

1
15734

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: IDENTIFICAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE PARA OS FINS DO ART. 103, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

GILMAR FERREIRA MENDES*

1. Considerações preliminares

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da argüição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explícita os chamados princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros.

A Constituição de 1988 consagra a seguinte cláusula pétrea, no seu art. 60, § 4º:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais."

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de *unidade de Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da

ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado¹.

Daí afirma-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva.

Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, ao invés de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, o seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos².

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é preñhe de dificuldades:

"Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não se levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzida a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária) do que o princípio da

¹ Cf. Bryde, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 244.

² Bryde, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung*. cit., p. 244.

alegação de ofensa aos direitos fundamentais, surgem mecanismos ou técnicas que acabam por estabelecer uma ponte entre os direitos fundamentais e todo o sistema constitucional, reconhecendo-se que a lei ou ato normativo que afronta determinada disposição do direito constitucional objetivo ofende, *ipso jure*, aos direitos individuais, seja no que se refere à liberdade de ação, seja no que diz respeito ao princípio da reserva legal.

A Corte Constitucional alemã apreciou pela primeira vez a questão no chamado *Elfes-Urteil*, de 16.01.1957, deixando assente que uma norma jurídica lesa a liberdade de ação (*Handlungsfreiheit*) se contraria disposições ou princípios constitucionais, tanto no que se refere ao aspecto formal quanto no que diz respeito ao aspecto material.⁶

No referido julgado explicitou a Corte alemã orientação que seria repetida e aperfeiçoada em decisões posteriores: "De tudo o que se afirmou, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade individual (*allgemeine Handlungsfreiheit*) se corresponder às exigências estabelecidas pela ordem constitucional. Do prisma processual, significa dizer: todos podem sustentar, na via do recurso constitucional, que uma lei que estabelece restrição à liberdade individual não integra a ordem constitucional, porque afronta, formal ou materialmente, disposições ou princípios constitucionais; (...)" (LF, art. 2, I).⁷

Tal como assinalado, essa decisão permitiu que o *Bundesverfassungsgericht* apreciasse, na via excepcional da *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), a alegação de afronta não apenas aos direitos fundamentais, mas a qualquer norma ou princípio constitucional.

É que, como observa Hans-Jürgen Papier, qualquer inconstitucionalidade de lei restritiva de direito configura, também, afronta aos direitos fundamentais: "O significado dos direitos fundamentais nos termos da Lei Fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade (*Gesetzmässigkeit*) das restrições à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção dos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para a intervenção nos direitos fundamentais de uma dupla autorização: além da autorização legal (*gesetzliche Ermächtigung*) para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais da Lei Fundamental não se exaurem na legalidade do segundo e do terceiro Poder, surge, ao lado da reserva legal, a idéia de uma reserva da Constituição. Então afigura-se lícito admitir que, de uma perspectiva jurídico-material, os direitos fundamentais protegem contra restrições ilegais ou contra limitações sem fundamento legal levadas a efeito pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. A legalidade da restrição ao direito de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade; a violação à lei constitui uma afronta aos próprios direitos fundamentais (*Die gesetzmässigkeit des Freiheitseingriffs ist eine Bedingung seiner*

*Verfassungsmässigkeit, sein Gesetzesverstoss ist auf jeden Fall Grundrecht, svestoss).*⁸

Orientação semelhante é enfatizada por Klaus Schlaich, ressaltando que também a incompatibilidade entre as normas regulamentares e a lei formal enseja a interposição de recurso constitucional sob alegação de afronta a um direito geral de liberdade.⁹

Tal como enunciado por Pestalozza,¹⁰ configuram-se hipóteses de afronta ao direito geral de liberdade (Lei Fundamental, art. 2, I) ou a outra garantia constitucional expressa:

- a não observância pelo regulamento dos limites estabelecidos em lei (Lei Fundamental, art. 80, I);¹¹
- a lei promulgada com inobservância das regras constitucionais de competência;¹²
- a lei que estabelece restrições incompatíveis com o princípio da proporcionalidade.¹³

Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a *flexibilização* do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei, quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal.

Do contrário, restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer eventual alegação de afronta, sob o argumento da falta de uma ofensa direta à Constituição. Especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que a *legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade*.

Não há dúvida, igualmente, de que esse entendimento aplica-se integralmente ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV).

* Procurador da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA. Advogado-Geral da União.

⁸ PAPIER, Hans-Jürgen. "Spezifisches Verfassungsrecht' und Eifaches Recht' als Argumentationsformal des Bundesverfassungsgerichts", in *Bundesverfassungsgericht un Gundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. I, p. 432 (433-434).

⁹ SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, p. 108.

¹⁰ PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*, 2ª ed., Munique, 1982, pp. 105-106.

¹¹ BverfGE 41, 88 (116); 42, 374 (385).

¹² BverfGE 38, 288 (298 s.); 40, 56 (60), 42, 20 (27).

¹³ BverfGE 38, 288 (298).

⁶ BverfGE 6, 32 (36 s.; 41).

⁷ BverfGE 6,32 (33).

proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia³."

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das *garantias de eternidade* somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Tal como enunciado normalmente nas chamadas cláusulas pétreas, os princípios merecedores de proteção parecem despídos de conteúdo específico.

Que significa, efetivamente, separação de poderes ou forma federativa? Que é um Estado de Direito democrático? Que significa proteção da dignidade humana?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados princípios sensíveis (representação interventiva) assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas:

"(...) Os casos de intervenção pré-figurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados⁴."

Essa orientação, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal para os chamados princípios sensíveis, há de apli-

car-se à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados preceitos fundamentais.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais, em um determinado sistema. Tal como ensina Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros *limites textuais implícitos*⁵.

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

2. Preceito fundamental e Princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar

A Constituição Federal de 1988 estabelece ser admissível recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face do texto constitucional.

Assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o *recurso constitucional* aos casos de afronta aos direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a Constituição.

Portanto, a admissibilidade do recurso constitucional não está limitada, em tese, a determinados parâmetros constitucionais, como é o caso da *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha (Lei Fundamental, art. 93, nº 4ª), destinada, basicamente à defesa dos direitos fundamentais.

Assinale-se, porém que, mesmo nos sistemas que admitem o recurso constitucional apenas com base na

³ Bivde, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung*. cit., p. 245.

⁴ Rp. nº 94. Relator: Ministro Castro Nunes: *Archivo Judicial* nº 85. 1947. p. 31-34-35.

⁵ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1992, p. 1136.

nica Jus Navigandi, na Internet:
www.jus.com.br/doutrina/incinco1.htm

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p.128-149.

RAMOS, Elival da Silva. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 122-123.

ROTHENBURG, Walter Cláudius. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-238.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 150-171.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 530.

TAVARES, André Ramos. *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

*Advogado e Professor no Paraná. Assessor Jurídico Coordenador da COAMO. Especialista em Administração Universitária pela UEM e em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Mestrando em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá - UEM.

1 16093 OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL II

GILMAR FERREIRA MENDES*

Em continuação a artigo publicado nesta revista, no qual foram tecidas considerações sobre aspectos gerais da argüição de descumprimento de preceito fundamental e sobre o controle do direito pré-constitucional, seguem-se abaixo reflexões sobre outros temas referentes ao objeto da argüição.

3. O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal

Tal como anotado, a Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição estadual. Subsistia, porém, uma ampla insegurança em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade. Deve-se observar, outrossim, que, dada a estrutura diferenciada da federação brasileira, algumas entidades comunais têm uma importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, à de muitas unidades federadas, o que conferia gravidade à ausência de controle normativo eficaz.

No contexto da revisão constitucional de 1994, esforçou-se para superar, ainda que parcialmente, essa situação, adotando-se o chamado "incidente de inconstitucionalidade", que haveria de ser suscitado perante o Supremo Tribunal Federal, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais¹.

A Lei nº 9.882, de 1999, veio, em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial.

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o Supremo Tribunal Federal aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no município "A", mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas.

¹ Ver Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo I, Parecer nº 27, p. 312 e s.

Em outras palavras, se o Supremo Tribunal afirmar, em um processo de argüição de descumprimento, que a Lei "X", do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais.

4. Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e argüição de descumprimento

A Lei nº 9882, de 1999, previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal e no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição.

De certa forma, a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das "ações declaratórias", ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade.

5. A lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial

Pode ocorrer uma lesão a preceito fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário, essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, "a").

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei nº 9.882, de 1999, essa hipótese poderá ser objeto de argüição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter um violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da argüição de descumprimento para se evitar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/99.

6. Contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em uma falsa base legal)

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à

ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*).²

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã: "na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*) devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*) (BVerfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325)).³

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões hão de ter a sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal.⁴

Enquanto essa orientação prevalece em relação às leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial.⁵ Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruht vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiver willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*).⁶

Assim, uma decisão que, v.g., amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* (LF, art. 103, II).

² SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 108.

³ BVerfGE 18, 85 (92 s.); cf., também, ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., Munique, 1988, p. 220.

⁴ SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

⁵ Cf., sobre o assunto, SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

⁶ BVerfGE 64, 389 (394).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.⁷

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, § 1º).

Certamente, afigurava-se extremamente difícil a aplicação desse entendimento, entre nós, no âmbito do recurso extraordinário. O caráter acendradamente individual da impugnação; a fragmentariedade das teses apresentadas nesse processo, a exigência estrita de prequestionamento contribuíam para dificultar a aplicação da orientação acima desenvolvida no âmbito do recurso extraordinário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental vem libertar o questionamento da decisão judicial concreta dessas amarras.

7. Omissão legislativa e o controle de constitucionalidade no processo de controle abstrato de normas e na arguição de descumprimento de preceito fundamental

Tal como vem sendo amplamente reconhecido, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta. Nesses casos, que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸, é de se admitir tanto um controle principal ou direto, como um controle incidental, uma vez que existe aqui norma que pode ser objeto de exame judicial⁹.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas¹⁰, não se deve excluir a possibilidade de que essa omissão venha ser examinada no controle de normas.

Dado que no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato¹¹.

Tem-se, pois, aqui uma *relativa*, mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526, oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

“Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estabelecimento do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema crucial, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, ‘Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador’, 1992, 333 ss.; 339; ‘Direito Constitucional’, 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, ‘Controle de Constitucionalidade’, 1990, págs. 60 ss.; Regina Ferrari, ‘Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade’, 1990, págs. 156 ss.; Carmem Lúcia Rocha, ‘O Princípio Constitucional da Igualdade’, 1990, pág. 42): ‘a censurabilidade do comportamento do legislador – mostra Canotilho (‘Constituição Dirigente’, cit., pág. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa – ‘tanto pode residir no acto positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadãos, esquecendo outros’.

⁷ ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., Munique, 1968, p. 221.

⁸ BVerfGE 15, 46 (76); 22, 329 (362); 23, 1 (10); 25, 101 (110); 32, 365 (372); 47, 1 (33); 52, 369 (379).

⁹ Cf., a propósito, Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152, nota 34.

¹⁰ Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 65.

¹¹ Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152.

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por ‘não favorecimento arbitrário’ ou ‘exclusão inconstitucional de vantagem’ – que é a da nossa tradição (v. g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/725) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa –, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v. g. Gilmar Mendes, ob. cit. pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional –, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter¹².

É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pelo *Bundesverfassungsgericht* em algumas decisões.

Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que per-

mitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade.

Em julgado mais moderno, também relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que não caberia à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Tratava-se de arguição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, “ao não reconhecer a não incidência do imposto (IPMF) apenas quanto a movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas”, estaria “impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras de movimentação e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamentos a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão-de-obra e serviços necessários à confecção do jornal (...)”¹³.

“Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal – afirma o Relator, Ministro Néri da Silveira – é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade ‘ut’ art. 102, I, letra ‘a’, do Estatuto Supremo”. Na mesma linha de argumentação, concluiu o Ministro Sepúlveda Pertence que “o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão”, o que tornaria “inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas”¹⁴.

Ao contrário do afirmado na referida decisão, o problema, tal como já amplamente enfatizado, não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

O art. 10 da Lei nº 9.882, ao estatuir que o Supremo fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual, mas justamente por fornecer suporte técnico-legal em subsídio ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

* Procurador da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (RFA). Advogado-Geral da União.

¹² ADIn 526, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ nº 145, p. 101 (112-3).

¹³ ADIn 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 8 abr. 1994.

¹⁴ ADIn 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 8 abr. 1994.