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

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 arguição 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 pêtreo do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explicita 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 pêtreo, no seu art. 60, § 4º:

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

1 - 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 pêtreas e a ideia de unidade de Constituição (Einheit der Verfassung) acabaram 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 significado.

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

Essa afirmação simplista, ao invés de resolver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido de não de uma interpretação restritiva das cláusulas pêtreas, 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 protegidos.

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se contraria uma interpretação ao art. 79, III, que não leve nem ao engrossamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryce que essa tarefa é prenhe 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 abarca todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afirma 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 reduzido 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..."
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 Elles-Urteil, de 16.01.1957, deixando assente que uma norma jurídica leva 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.

No referido julgado explicitou a Corte alemã orientação que seria repetida e aprofundada em decisões posteriores: "De tudo o que se afirma, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade individual (allgemeine Handlungsfreiheit) se corresponder à 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, II).

Tal como assinalado, essa decisão permitiu que o Bundesverfassungsgericht apreciasse, na via excepcional da Verfassungsbewerde (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 configurável, 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) dos restrições à liberdade individual pelo Executivo e pelo judiciário. Mediane a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se refaz 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 alega-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 de 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 Freiheitsegriffs ist eine Bedingungsinhaltes Verfassungsmäßigkeit, sein Gesetzesverstoss ist auf jeden Fall Grundrechts, süssen)."

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.

Tal como enunciado por Pestalozza, configuram-se hipóteses de afronta ao direito geral de liberdade (Lei Fundamental, art. 2, II ou a outra garantia constitucional expressa:
- a não observância pelo regulamento dos limites estabelecidos em lei (Lei Fundamental, art. 80, II);
- a lei promulgada com inobservância das regras constitucionais de competência;
- a lei que estabelece restrições incompatíveis com o princípio da proporcionalidade.

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.

De 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).


BVerfGE 41, 86 (116), 82, 374 (383).
BVerfGE 18, 280 (298 s.), 40, 56 (60), 42, 20 (27).
BVerfGE 38, 288 (298).

BVerfGE 6, 32 (16 s.), 41.
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 democracia.⁴

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 mercedores de proteção parecem desígnios 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. E o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitiria explicitar o conteúdo de determinado princípio.

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

“(…) Os casos de intervenção pré-figuradas nessa enumeração se enunciem 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 exame do ponto de vista do conteúdo e da extensão 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, e limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses principios é dado doutrinário que tem de ser examinado em 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 define cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados.”⁵

Essa orientação, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal para os chamados princípios sensíveis, há de aplicar-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 regulação, 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.⁶

Destarte, um julgamento mais ou menos seguro sobre a leis 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 leis de preceito fundamental não se configurarão apenas quando se verificar possibilidade afronta a um preceito fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmem densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo vista a interconexão e interdependências dos princípios e regras, sobre não seja reconhecível 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 leis de 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 ordenações 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 Verfassungswidrertwede na Alemanha (Lei Fundamenta, art. 93, n° 4), destinado, basicamente à defesa dos direitos fundamentais.

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

---

2. R.V. nº 537, Relator: Ministro Castro Nunes, Arquivo Judiciário nº 47.1.27, p. 31. 34-35.
TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO


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

**Gilmar Ferreira Mendes.

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

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. Subsiste, porém, uma ampla insegurança em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade. Deve-se observar, outros sim, 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 municipais.¹

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, podermos 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 arguição de descumprimento, que a Lei "X", do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPUT (progressivo e 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 comuns.

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

A Lei nº 9.882, de 1999, previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal e no processo de arguição 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 controversia judicial instaurada possa resultar sêrio prejuízo à aplicação da norma, com possível leso a preceito fundamental da Constituição.

De certa forma, a instauração da arguição 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 póssem 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 asenta simplesmente na ilegitimidade 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 amplios do art. 1º da Lei nº 9.882, de 1999, essa hipótese pode ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato de Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito do controle de constitucionalidade dativo.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental pode contrariar um direito normativo. A hipótese, caberá a proposta da arguição 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 levar irrelevantes 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 (Aufanggrundrecht).3

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 (Generalklausen) 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" (Verfassungswrke) (BVVerfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325).

Não há dúvida de que essa orientação prepara algum esforço para tornar mais eficaz a interpretação jurídica do texto constitucional (art. 102, III, "a"). A situação jurídica é um caso de decisão judicial que contrariaria diretamente a Constituição (art. 102, III, "a").

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

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limite a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade depende, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconheceu ou negligenciou, em face da Constituição e de toda a ordem jurídica, o que 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

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

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limite a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconheceu ou negligenciou, em face da Constituição e de toda a ordem jurídica, o que 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.5

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

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limite a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconheceu ou negligenciou, em face da Constituição e de toda a ordem jurídica, o que 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.6

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

3 SCHLAICH. Das Bundesverfasungsgericht., cit., p. 108.
4 BVVerfGE 18, 85 (92 s.); cf., também, ZUCK, Rüdiger. Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2ª ed., Muni-
que, 1988, p. 220.
5 SCHLAICH. Das Bundesverfasungsgericht., cit., p. 109.
6 SCHLAICH. Das Bundesverfasungsgericht., cit., p. 109.
7 SCHLAICH. Das Bundesverfasungsgericht., cit., p. 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 (Sturtevant), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Embora o modelo de controle de constitucionalidade de 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 contribuíram para dificultar a aplicação da orientação acima desenvolvida no âmbito do recurso extraordinário.

A argüição 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 argüição 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 satisfaça 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 deleguado 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 argüição 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 incompleta.

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 registar 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 desiludido pela Corte, que é um triste testemunho do poder do controle da constitucionalidade da lei polo estatuto do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a omissão 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 invalidade da constituição discriminatoria.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cru-cianente, quando se tratar, ao contrário, de inferior à isonomia pela autora 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 de alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos disparos, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.


8 BVerfGE 15, 46 (76); 22, 329 (362); 23, 1 (10); 23, 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 Friesenbahn, Die Verlassungsgerichtsbarkeit 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 da nossa tradição (v. g. RL 102.353, 21-8-86, RTJ 122/723) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a inequidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traz 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 ocorre, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estava 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 satisfaetória, se ressaltasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos os quinhentos sofrerem 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 dirigir-se a comunica-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudos de inegável autoridade (v. g. Gilmar Mendes, ob. cit. pág. 70), o aflieto da inconstitucionalidade por omissão parcial Ofensiva da Constituição – se pode ser construída, a partir da Alemãnia, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional –, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de implanta-la para a delícuia semelhante 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 deseje 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 consideração aprofundaria o estudo de inconstitucionalidade, tal como já admitido pelo Bundesverfassungsgericht em algumas decisões.

Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se nessa necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam 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 argüição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, "ao não reconhecer a não-incidência do Imposto (IPMF) apenas quanto a movimentação bancária ocorridas nas cotas 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 confeção 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 impede a atuação do 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 por omissão de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão", o que tornaria "inadiável a conversão da ação de inconstitucionalidade por omissão de norma"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, por ser 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 8.882, ao estabelecer que o Supremo fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preço do imposto fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual, mas justamente por fornecer suporte técnico-legal em subsidio ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

