

A FUNGIBILIDADE ENTRE ADI E ADO E AS TÉCNICAS DE DECISÃO QUE RESOLVEM OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS PARCIAIS

Paulo Paiva*

1. Introdução

A presente comunicação tem como escopo principal a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento conjunto nas ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que importou na alteração da orientação, até então assente, acerca da admissibilidade da fungibilidade entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A referida decisão, que tem importância doutrinária ímpar, acrescenta mais um capítulo nos contínuos esforços que vêm sendo expendidos no sentido de racionalizar as soluções que são, a cada passo, exigidas pelo instigante problema da omissão legislativa inconstitucional parcial.

2. A omissão legislativa inconstitucional parcial e a complexidade de sua solução

Há algum tempo, vem sendo destacado pela doutrina¹ que a omissão legislativa inconstitucional apresenta-se como um dos mais complexos problemas que enfrentam os sistemas de controle de constitucionalidade, aqui e alhures.

* Bacharel em História e Direito, especializado em Filosofia, especializando em Direito Constitucional (IDP).

¹ Nesse sentido, cf., Gilmar Ferreira Mendes, *et. al.*, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1229: “É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?”

Destaque-se, entre as muitas incertezas que cercam a operação do sistema de controle de constitucionalidade da omissão legislativa, a necessária construção de técnicas de decisão que escapem ao binômio inconstitucionalidade/nulidade e a elaboração de uma solução processual para a eventual confusão entre os pedidos e causas de pedir veiculadas por ação diretas de inconstitucionalidades e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que tenham por objeto o mesmo diploma legal.

Acerca da inadequação da declaração de inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade em face de omissões legislativas inconstitucionais, principalmente parciais, cumpriria referir que a gradação da eficácia das decisões prolatadas pelos órgãos de jurisdição constitucional e a combinação de diferentes espécies de técnicas de controle de constitucionalidade têm sido, nas últimas décadas, os instrumentos com os quais os tribunais constitucionais buscam atenuar o descompasso entre suas atribuições institucionais e a heterogeneidade das situações de inconstitucionalidade que se lhe submetem, de um lado, e a rigidez e insuficiência dos instrumentos processuais admitidos pelo modelo clássico de controle de constitucionalidade, de outro². Tal processo foi condensado, com propriedade, por Camazano:

Pode-se afirmar que, entre a sentença estimatória de inconstitucionalidade e a desestimatória, há um vasto campo. Na verdade, existem muitas modalidades de sentenças a serem prolatadas pelo órgão constitucional entre a sentença estimatória e a desestimatória, o que levou a doutrina europeia a falar da “técnica” das sentenças constitucionais. Resulta, assim, que não obstante a alternativa nulidade/conformidade represente o modelo clássico de controle judicial das normas emanadas do Parlamento, esse modelo de constitucionalidade já foi, ou está sendo, amplamente superado por meio da interpretação constitucional aplicada às modalidades de sentenças³.

² Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>, acesso em 24.9.2008, p. 180: “Nos últimos anos, alguns tribunais constitucionais têm desenvolvido, em sua construção jurisdicional, diversas formas de resolver as situações de inconstitucionalidade que lhes foram submetidas. Muitas vezes, suas sentenças afastaram-se do rol tradicional da simples pronúncia pela inconstitucionalidade (e derrogação) da norma analisada ou para confirmar sua constitucionalidade, ou seja, pela estimação ou desestimação da demanda de inconstitucionalidade, desenvolvendo importantes e criativos aportes em matéria de interpretação constitucional. O processo deu origem ao surgimento de uma nova variedade de ‘tipos de sentença’, com alcance e efeitos particulares especiais, que responderam adequadamente à necessidade de evitar os efeitos perniciosos que podem surgir – em certos casos – ante os vazios legais gerados quando se expulsa uma determinada norma do ordenamento jurídico”.

³ Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 366. O autor especificou, em nota, as diferentes manifestações nacionais

A lógica do legislador negativo é inútil, v. g., diante das omissões legislativas inconstitucionais parciais, hipóteses que põem em relevo os “problemas funcionais do binômio inconstitucionalidade-nulidade”⁴. Tal inadequação levou Cerri a constatar que, na Itália, embora Constituição e lei sobre processo constitucional tenham previsto efeitos somente ablativos à decisão, “o exercício da função de justiça constitucional mostrou a insuficiência dessas disposições”⁵.

No plano teórico, afirma-se ilusória a concepção da inconstitucionalidade como uma característica absoluta, refratária a modulações. Ao contrário, são expendidos esforços para que se assente a premissa segundo a qual a “inconstitucionalidade é sempre uma eleição”, e que, “no fundo, é a Corte quem elege entre os distintos graus de conformidade do ordenamento com a Constituição”⁶.

O fenômeno ocorre também entre nós e contam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal em que a solução para a inconstitucionalidade provocada pela omissão legislativa foi levada a cabo através da aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99⁷.

Destaque-se, nesse sentido, a decisão, proferida pela Corte, em 24 de fevereiro de 2010, nas ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que, julgadas conjuntamente, contestavam a

do fenômeno: “Os modelos mais desenvolvidos nesse ponto são o alemão e o italiano, que dispõem de um rico e plural arsenal de técnicas de pronunciamentos sobre a constitucionalidade das leis. A variedade é menos rica e original no caso espanhol, e não abundam os estudos sobre tipologia das sentenças constitucionais. Também mostra-se interessante para nós, de alguma forma, o modelo americano, assim como o português”.

⁴ Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 113.

⁵ Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1994, p. 94.

⁶ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 259. A doutrina refere-se a Franco Modugno como responsável pela conscientização geral acerca da gradação do vício de inconstitucionalidade, cf., nesse sentido, Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/modugno.html, acesso em: 03.11.2008, item nº 6: “o controle de constitucionalidade não pode ser restrito à alternativa ‘conformidade-desconformidade’, mas pode avaliar a constitucionalidade-inconstitucionalidade da lei segundo uma escala de maior ou menor adequação aos princípios e valores constitucionais, na lógica (proerética) do possível, provável, preferível e não (só) na lógica do verdadeiro/falso, conforme/não conforme”.

⁷ Cf., nesse sentido, a ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3-8-2007.

legitimidade constitucional da Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, a qual estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE).

Considerou o Tribunal, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, que, muito embora a Lei Complementar em tela não satisfaça, *in totum*, a exigência expressa na parte final do art. 161, II, da Constituição Federal de 1988, seu imediato expurgo da ordem jurídica significaria prejuízo incalculável ao interesse público - em face da inevitável interrupção da prestação dos serviços públicos essenciais - e à economia dos Estados, haja vista que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos do Fundo de Participação dos Estados.

A mera alusão a tais consequências parece indicar a correção do entendimento majoritário fixado pelo Tribunal que, sem importar o abandono da doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, conferiu normatividade ao princípio da segurança jurídica ao manter em vigor a Lei Complementar objeto das ações constitucionais referidas.

Com fundamento em tais argumentos e aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99 em sua versão mais radical (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade), o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 875/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF) para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, mantendo, no entanto, sua vigência até 31 de dezembro de 2012, por 34 meses, portanto.

3. A mudança de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da fungibilidade entre ADI e ADO

Não obstante a técnica de decisão utilizada para a solução da controvérsia constitucional aduzida naquelas ações diretas ter servido para consolidar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, o aspecto doutrinário mais importante fixado no precedente em análise diz com o reconhecimento, pelo Plenário do Supremo Tribunal, da fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, quando em causa omissões legislativas inconstitucionais parciais.

O precedente avulta em importância, inclusive, pois importa em mudança de orientação do Tribunal, que já se havia manifestado no sentido da inadmissibilidade da fungibilidade (conversão) entre ações diretas por ação e omissão.

A esse respeito, cumpre referir o julgamento da ADI 986, da Relatoria do Ministro Néri da Silveira.

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”.

Acerca do tema em apresso, foram contundentes as razões expendidas pelo Relator:

A **quaestio juris**, que então se propõe como preliminar, respeita à possibilidade, ou não, de converter-se a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão, tendo em conta o que efetivamente pretende a requerente.

Penso, no particular, que não cabe à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. 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 é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade, **ut** art. 102, I, letra 'a', do Estatuto Supremo. À parte ficará reservado aforar, então, a ação de inconstitucionalidade por omissão, ou não, adotando-se, para tanto, o procedimento cabível, não coincidente com o da demanda aforada, não sendo, desde logo, cabível cautelar.

É a questão de ordem que, como preliminar, submeto ao Tribunal. Adianto, desde logo, na linha do antes referido, que não conheço, desde logo, da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada⁸.

Em sentido idêntico, aduziu o Ministro Sepúlveda Pertence:

Ora, o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão. Por isso, creio, de fato, inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se

⁸ ADI 986, Relator Néri da Silveira, *DJ* 8.4.1994.

propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas. Acompanho, portanto, o eminente Relator e não conheço da ação⁹.

Essa orientação foi reafirmada por ocasião do julgamento da ADI 1.442, da relatoria do Ministro Celso de Mello, na qual se aduzia a insuficiência do salário mínimo, então fixado, para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, configurando, portanto, uma omissão parcial do legislador. Naquela ocasião, e depois de aduzir argumentos acerca da distinção entre a ADI e a ADO, manifestou-se o Ministro Relator nestes termos:

Tenho para mim - consideradas as razões que venho de expor e que evidenciam a especificidade desses meios de controle abstrato de constitucionalidade - que não se revela possível converter, em ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade, que, ajuizada - como a presente - com a única finalidade de, após suspensão cautelar de eficácia da norma impugnada (norma que transgrediria, por omissão parcial, texto da Constituição), promover, mediante decisão plenária desta Corte, “a exclusão dos dispositivos retromencionados do arcabouço jurídico pátrio” (fls. 8)¹⁰.

Seria preciso ponderar-se, entretanto, contra as razões aduzidas nos julgados que estabeleceram a jurisprudência do Supremo Tribunal, que o fulcro da discussão não diz com o pedido, uma vez que em um ou outro caso (ADI ou ADO), indiferentemente, o que se tem é um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Apenas que na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, aduz-se que a causa da inconstitucionalidade está, não no conteúdo da norma, mas no que dela está ausente.

Essa circunstância tornou-se particularmente evidente no recente julgamento conjunto das ADIs 1.987, 875, 2.727 e 3.243.

No que concerne às ADIs 1.987 e 3.243, ambas de autoria do Estado do Mato Grosso, verifica-se que, na primeira, requer-se a declaração de inconstitucionalidade por omissão da Lei Complementar nº 62/89, ao argumento de que estaria em mora o Congresso Nacional em cumprir com rigor o disposto no art. 161, inc. II, da Constituição, não estabelecendo critérios bastantes para a repartição dos recursos componentes do FPE. Na segunda, com objeto e parâmetro de controle idênticos, pede o arguente a declaração de

⁹ ADI 986, Relator Néri da Silveira, *DJ* 8.4.1994.

¹⁰ ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24.4.2005.

inconstitucionalidade total da lei complementar, fundado nas mesmas causas de pedir¹¹, ou seja, na inexistência de parâmetros adequados para a operação da sobremencionada partição de recursos.

De forma análoga, o pedido de declaração de inconstitucionalidade contido na ADI 875, funda-se na alegada ausência de critérios constitucionalmente adequados para a referida partição de receitas tributárias.

E, por fim, analisando o pedido veiculado pelo Governador do Mato Grosso do Sul mediante a propositura da ADI 2.727, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em parecer acostado aos autos, concluiu que a questão aduzida fundava-se na omissão inconstitucional consubstanciada na ausência de legislação específica para fixação dos critérios de rateio dos fundos de participação (fl. 107).

Diante desse quadro, a imbricação entre pedidos e causas de pedir tornava virtualmente impossível a distinção das questões constitucionais, pois que a assertiva de que o legislador não havia cumprido o mandamento do art. 161, inc. II da Constituição trazia, em si mesma, a afirmação de que a Lei Complementar nº 62/89 era inconstitucional. Ou, em outras palavras, as quatro ações diretas acabavam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, qual seja, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

A aparente confusão entre os institutos de controle, que não lhes é ínsita, torna-se facilmente compreensível se se leva em consideração que, ao contrário da omissão absoluta, a parcial contém uma conduta legislativa positiva, que não pode ser excluída do processo de controle de normas.

Nestes termos, parece correto concluir que a omissão legislativa inconstitucional parcial consubstancia uma ponte, teórica e procedimental, entre o processo de controle de constitucionalidade por ação e por omissão.

Em hipóteses que tais, parece despicienda a distinção entre as espécies de ações diretas de inconstitucionalidade, sobressaindo, ao contrário, a premência de encontrar-se uma técnica de decisão adequada com a qual superar o alegado estado de inconstitucionalidade originado na omissão parcial do legislador.

Com supedâneo em tais considerações foi que o Plenário do Supremo Tribunal, acompanhando a manifestação do Relator das ADIs, Ministro Gilmar Mendes, *assentou a fungibilidade entre as ações de inconstitucionalidade por ação e omissão, superando, à inanimidade, o anterior entendimento colegiado aludido acima.*

¹¹ Interessante referir que as fundamentações das duas ações diretas compõem-se de trechos, muitas vezes, idênticos, distinguindo-se, as ações, basicamente, por seus pedidos.

4. Considerações finais

Concluimos a presente comunicação afirmando que o precedente em tela, que haverá de tornar-se objeto de estudos doutrinários de maior envergadura, estabelece o marco inicial de uma teoria específica para a omissão legislativa inconstitucional parcial, que constitui verdadeira *vexata quaestio* a ser enfrentada na condução do nosso sistema de controle de constitucionalidade, adensando-lhe a complexidade.

5. Bibliografia referida

BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

CAMAZANO, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira, *et. al.*, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MODUGNO, Franco. *Alcune riflessioni a margine della ricerca su “il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 200-2005*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/modugno.html, acesso em: 03.11.2008.

PRAELI, Francisco. *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>, acesso em: 24.09.2008.

VEGA, Augusto de la. *La sentencia constitucional en Itália*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.