

## ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (SUA DOUTRINA EM FACE DE UMA SITUAÇÃO CONCRETA)

José AFONSO DA SILVA\*

SUMARIO: I. *Relevância do tema*. II. *Descumprimento de preceitos fundamentais*. *Cabimento da ação*. III. *Dispositivos argüidos e razões da argüição*. IV. *Função legislativa e o princípio da razoabilidade da lei*. V. *Conclusão*.

### I. RELEVÂNCIA DO TEMA<sup>1</sup>

1. A sede constitucional do tema está no art. 102, § 1, da Constituição de 1988, que assim dispõe: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Ver-se-á que estamos diante de um caso especial de ação constitucional que, uma vez proposta, gera um tipo de *processo constitucional*. Significa isso que se trata de um instituto de *direito processual constitucional*.

O texto fará considerações teóricas sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, como meio adequado de apreciar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos legais, ilustrando essas considerações com a análise de artigos questionados da Lei complementar 101, de 4.5.2000. Só depois desse estudo prévio é que estaremos aptos a responder sinteticamente aos quesitos apresentados.

\* Professor de Derecho constitucional, Brasil.

<sup>1</sup> Texto organizado em homenagem para figurar num livro em homenagem ao Dr. Héctor Fix-Zamudio, em comemoração ao seus 50 anos de investigar jurídico e porque foi ele um sistematizador do direito processual constitucional.

## II. DESCUMPRIMENTO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS. CABIMENTO DA AÇÃO

2. *Preceitos fundamentais* são aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo constitucional. São aqueles que conferem identidade à Constituição. Diferenciam dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito.<sup>2</sup> Como anota Celso Bastos e Alexis Vargas, tem-se que “[a] Constituição, ao referir-se a preceitos fundamentais, demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no seu sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a argüição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial”.<sup>3</sup>

3. O *descumprimento* de preceito fundamental pode dar-se de diversas maneiras. Certamente que a *inconstitucionalidade* de leis e atos normativos constitui uma forma de descumprimento da Constituição ou de qualquer de seus princípios ou preceitos. Cármen Lúcia Antunes Rocha o afirmou com todas as letras:

Consiste a inconstitucionalidade no descumprimento da Constituição, vale dizer, no cometimento de um ato contrário a ela. Pode este ato vir do poder público, manifestando-se em qualquer de suas funções e o agravo tem, então, um tratamento específico, e pode vir do particular, hipótese em que a senda para a sua impugnação será definida em situação diversa daquela primeira. Entretanto, ambas são reprimíveis, pois em qualquer delas terá havido descompasso jurídico no acatamento obrigatório à Constituição.<sup>4</sup>

4. Mas o descumprimento não se confunde com a pura inconstitucionalidade. Se o constituinte utilizou termos diversos é porque devem refe-

<sup>2</sup> Cfr. Ramos Tavares, André, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, pp. 121, 123, 124 e 134.

<sup>3</sup> “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 69, apud Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota anterior, p. 123.

<sup>4</sup> Cfr. *Constituição e constitucionalidade*, pp. 99 e 100.

rir-se a fenômenos também diferentes. Primeiro, porque o descumprimento, para o fim da argüição prevista no § 1 do art. 102 da Constituição e na Lei 9.882, de 3.12.1999, se refere à violação de *preceitos fundamentais* decorrentes da Constituição, enquanto a inconstitucionalidade constitui uma forma de violação de qualquer preceito ou princípio constitucional. A lei só admite o descumprimento de preceito fundamental por *atos* do poder público (art. 1). *Atos do poder público* podem ser normativos ou simplesmente materiais. Ora, é importante observar esse aspecto, porque a ação direta de inconstitucionalidade só é cabível contra *lei* ou *ato normativo* federal ou estadual (CF, art. 101, I, “a”). O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra lei de efeito concreto, entendendo que só é cabível contra lei normativa.

5. Pois bem, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não está subordinada a essa orientação. Se um ato concreto, como uma lei de efeito concreto, descumpra preceito fundamental decorrente da Constituição, aí se compõe o pressuposto essencial de cabimento da argüição. A respeito disso, lembra André Ramos Tavares: ficam superados os empecilhos levantados até agora pelo Supremo Tribunal com a introdução da argüição de descumprimento. “Não mais será preciso forçar construções jurídicas, realizar verdadeiros ‘malabarismos mentais’, para fins de considerar legislativos certos atos de cunho material, só para que possam ser objeto de apreciação concentrada pelo Supremo sem quebrantar os princípios por este adotados”.<sup>5</sup>

6. Como se vai ver adiante, os dispositivos impugnados, nesta oportunidade, têm nítido caráter material, nada mais concreto do que uma regra que reparte verba orçamentária entre órgãos estatais, ainda que estejam dispondo também para o futuro. Desmostrar-se-á em seguida que esses dispositivos (art. 18 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal) ofendem preceitos fundamentais da Constituição: o princípio federalista com desrespeito à autonomia dos Estados e Municípios (arts. 1, 18, 25, 29, 29A e 30), o princípios de divisão de poderes com desrespeito à autonomia dos Poderes Judiciário e Legislativo (arts. 2, 51, IV, 52, XIII, e 99), o princípio do devido processo legal no que concerne ao princípio da razoabilidade que nele se contém (art. 5, LIV), indiretamente o princípio da não vinculação da receita, e ainda desrespeita o preceito do art. 169, com re-

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 195.

percussão no princípio da acessibilidade à Jurisdição (art. 5, XXXV), como se está sentindo em São Paulo.

7. Ora, se tais preceitos fundamentais são vulnerados por dispositivos concretos de uma lei, nada mais apropriado para impugnar a sua validade do que a *argüição de descumprimento de preceito fundamental*, mais do que a própria ação direta de inconstitucionalidade que pode esbarrar no entendimento de que não é ela meio adequado para aferir de inconstitucionalidade de regras concreta. Significa isso que estão presentes os pressupostos do cabimento da ação, segundo a lei (art. 1) : *a*) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público; *b*) para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público; *c*) quando for *relevante* o fundamento da *controvérsia constitucional*; *d*) inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade.

8. Este último requisito merece atenção. O art. 4, § 1, da Lei 9 882/99, é que o exige ao declarar que *não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Tem-se chamado a isso de *princípio da subsidiariedade*. É preciso interpretar essa regra conforme a Constituição, sob pena de se anular uma ação constitucional por via de um requisito simplesmente legal. Isso porque as leis processuais sempre oferecem meios para a invocação do Poder Judiciário em qualquer hipótese. Por isso, não é feliz a idéia de que se trata de subsidiariedade. A Constituição não pode ter querido estabelecer um mecanismo apenas subsidiário para uma missão tão relevante qual seja proteger seus preceitos fundamentais. Ao contrário, a Constituição entendeu necessário preordenar um instituto próprio e adequado para o fim de argüir descumprimento de preceito fundamental. Para tal fim, essa é a ação apropriada e não outra, pouco importa se encontrem no sistema outras ações que possam gerar o mesmo resultado. Nesse sentido, a argüição é via principal, não podendo estar sujeita a princípio da subsidiariedade. A exigência legal, para não se anular o mandamento constitucional, tem que ser entendida em face do sistema da Constituição e da própria lei. E pode até ser que, antes de ser subsidiária, a argüição seja o remédio adequado e que, por isso, afasta os demais. Mais do que isso, porque se trata de meio autônomo para alcançar o fim posto a ele pela Constituição. É preciso ter em mente que o § 1 do art. 102 da Constituição só autorizou a lei a dar a *forma*. É isso que quer dizer “na forma da lei”. A lei, portanto, não está autorizada a ingressar no conteúdo do dispositivo constitucional, menos ainda para impor li-

mites que a própria Constituição não admitiu. Já escrevi a respeito dos limites das leis integrativas da Constituição em texto que vem a calhar: “convém não olvidar que essas leis são puramente complementares das normas constitucionais. Não podem, portanto, distorcer o sentido do preceito complementado, mudando o sentido da constituição. Isso desbordaria de sua competência, e implicaria verdadeira mutação constitucional por via indireta. A doutrina não tem dúvida em declarar que absolutamente não é lícito à lei complementar, seja de que tipo for, procurar fixar o sentido ou o alcance duvidoso do texto constitucional, dando-lhe determinada interpretação. Não existe interpretação autêntica da constituição. Lei que o pretendesse efetivamente estaria emendando o estatuto político, e isso só é possível atendendo-se às regras expressas para tanto.”<sup>6</sup> Em suma, lei integrativa não pode inovar a norma integrada, criando empecilho à sua eficácia.

9. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem tentando ajustar a compreensão da norma a uma interpretação conforme a Constituição. Contudo, ainda se apega ao princípio da subsidiariedade, dando a este certo relevo. Merece, no entanto, referir ao seguinte entendimento expandido pelo Min. Celso de Mello, em despacho preliminar na ADPF 17-AP:

É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de *preceito fundamental*, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de *preceitos fundamentais* contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na carta política, de valores essenciais, de *preceitos fundamentais* e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

<sup>6</sup> Minha Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 230, citando sob nota 7, Meirelles Teixeira, J. H., *Curso de direito constitucional*, p. 362.

Perfeito. Falou o constitucionalista sensível aos valores essenciais da Constituição. Pena que ainda insista tanto no princípio da subsidiariedade, que, no fundo, não se compadece com a doutrina sustentada na decisão. O Eminentíssimo Magistrado não poderia, de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade do § 1 do art. 4 da Lei 9.882/1999; vislumbra-se, contudo, *data venia*, no seu despacho, certa inconformidade com a regra limitadora. O apego ao princípio da subsidiariedade, no caso, tem, além do mais, o inconveniente de oferecer uma visão abstrata, a dizer: você entrou com a argüição; não há nenhuma outra ação proposta; mas isso não importa, porque existe a ação popular ou a ação direta de inconstitucionalidade que você poderia ter utilizado; por isso, indefiro a argüição. Esse é um efeito danoso dessa doutrina da subsidiariedade, que afasta o conhecimento de uma ação apropriada porque, em abstrato, existe outra que poderia ter sido usada. Nem se sabe ainda se a outra é, de verdade, eficaz, porque, *a priori*, não se pode admitir uma eficácia real de uma medida ainda não proposta, e, mesmo que esteja proposta, cumpre verificar se ocorre ou não tal eficácia. Assim já decidiu, ao que entendi, o Min. Maurício Corrêa, Rel. da ADPF-10/Al, na qual ele concedeu a medida liminar, apesar de existir a ADI n. 2.231-9/DF, afirmando:

idente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de sequestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas.

Se o texto do § 1 do art. 4 teve mesmo a intenção de transpor para o sistema brasileiro o princípio da subsidiariedade do sistema alemão e do espanhol,<sup>7</sup> o intento é frustrado porque esbarra com outro tipo de previsão constitucional. O direito constitucional alemão tem norma autorizativa para tanto. De fato, o recurso constitucional está previsto no art. 93, 1, 4a, mas o art. 94, 2, declara que a lei de organização do Tribunal Constitucional e do processo perante ele poderá “impor como condição para os processos constitucionais que previamente se tenha esgotado as vias legais e prever um processo especial de aceitação do processo”. Isso não

<sup>7</sup> Parece que assim entende Gilmar Mendes, conforme referência de André Ramos Tavares, se bem entendi, *op. cit.*, nota 2, pp. 241 e 242, e nota 485.

existe na Constituição brasileira em relação à argüição de descumprimento de preceito fundamental. O recurso de amparo do direito espanhol é bem diferente da argüição, porque se aproxima do mandado de segurança. Demais, a Constituição espanhola admite o amparo nos *casos* e *formas* que a lei estabeleça. Vale dizer, a lei está autorizada a indicar não só a forma (processo) mas também os *casos* de seu cabimento. O nosso art. 102, § 1, só autoriza a lei a dispor sobre a *forma* da argüição, não sobre casos de seu cabimento. Isso tudo está a mostrar que o princípio da subsidiariedade não foi acolhido pelo nosso direito constitucional em relação à argüição de que me ocupo aqui. Logo, se não se der ao art. 4, § 1o., uma interpretação conforme a Constituição, consoante se indicará abaixo, não há como fugir da sua inconstitucionalidade.

10. A interpretação conforme a Constituição, ao contrário de entender a disposição legal como restritiva, a concebe como ampliativa e abrangente de situações outras para as quais não existe remédio constitucional algum (infringência de preceito fundamental, p. ex., por particulares). É o que parece entender também André Ramos Tavares, quando escreve: “A interpretação válida da Lei só pode ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da argüição *também* em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada”.<sup>8</sup>

Mais adiante, considera o art. 4, § 1, em causa, não como uma regra de limitação, mas de abertura de outras vias possíveis. É o que se extrai da seguinte passagem de seu magistério:

1o. do art. 4o. deve ser compreendido dentro da sistemática da Lei, o certo será, partindo das hipóteses já traçadas pelo art. 1, absorver *outras* hipóteses por via da incidência da regra de abertura do § 1 do art. 4<sup>o</sup> Não se deve considerar, pois, o referido parágrafo como uma regra de exceção à regra do art. 1 Se assim fosse o § 1 do art. 4 deveria estar inserido no próprio art. 1 De concluir, pois, que o dispositivo controvertido traz uma regra de abertura e não uma limitação. Assim, reconhecendo a autonomia da ar-

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 242.

<sup>9</sup> No original, há uma inversão por erro de digitação por certo. Lá está “§ 4 do art. 1”. Ora, é nítido que a referência é ao § 1º do art. 4, até porque o art. 1 da lei não tem § 4o. Apenas parágrafo único. Por isso, me pareceu lícito corrigir, na citação, o equívoco.

güição, por força do art. 1o. da Lei e, acima de tudo, por força das normas constitucionais aplicáveis à hipótese, infere-se que o art. 4º ainda possibilita o cabimento da argüição em hipóteses diversas, quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.<sup>10</sup>

11. Enfim, como se vê, em certas situações, como se disse acima, o remédio apropriado é ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ainda que outro, como a ação direta de inconstitucionalidade, possa eventualmente ser cabível, ou mesmo já ter sido proposta. No caso, em apreço, pela natureza concreta dos dispositivos atacados, sem dúvida nenhuma o meio adequado é a argüição, pois a ação direta de inconstitucionalidade corre o risco de ser afastada por entender o Tribunal que não se trata de ato normativo. Por isso, mesmo que haja, como no caso há, ações direta de inconstitucionalidade (*ADIs*. 2365-9, 2241-5, 2238) visando a declaração de inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos argüidos, sua eficácia se revela duvidosa, E se há dúvida sobre a eficácia de remédio utilizado, isso é suficiente para demonstrar que o disposto no § 1 do art. 4 da lei não pode ser obstáculo ao conhecimento e julgamento da argüição, com a devida vênia (independentemente de ser ele declarado inconstitucional, ou não), até porque a interposição daquelas ações não tiveram força para impedir os efeitos concretos da violação contida nos dispositivos impugnados. Além do mais, ao que me consta, o objeto daquelas ações eram mais restritos do que o objeto desta argüição, que abrange parte do art. 18 e o art. 20, incs. I, *a*, *b* e *d*; II, *a*, *b*, *c* e *d*, e III, *a* e *b*, e § 1o., enquanto outras impugnações, ao que me consta, se restringiram ao art. 20, II, *b*.

### III. DISPOSITIVOS ARGÜIDOS E RAZÕES DA ARGÜIÇÃO

12. A matriz constitucional dos dispositivos impugnados é o art. 169 da Constituição, que estatui: “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

Essa foi especialmente a razão por que a Lei de Responsabilidade Fiscal veio em forma de lei complementar: *Lei complementar 101, de 4.5.2000*, porque boa parte de seus dispositivos não contém a matéria

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 244.

que requeresse lei com essa qualificação, mas lei ordinária de normas gerais de direito financeiro com base no art. 24, I e II.. Os arts. 21 a 23 da referida lei tratam de matéria de lei complementar, de acordo com o transcrito art. 169. Interessa aqui apenas os arts. 18 e 20, embora seja o art. 19 que mais de perto contém a definição dos limites da despesa com pessoal que o dispositivo constitucional determina sejam estabelecidos por lei complementar. Esse art. 19 está, de fato, afinado com o mandamento constitucional, quando declara que para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida que vêm discriminados nos seus incisos e parágrafos.

13. Leis complementares são leis infraconstitucionais, por isso “sua validade afere-se segundo o princípio da compatibilidade vertical, como qualquer outra lei. Por isso estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, como outra lei qualquer. Sua função é de mera complementariedade, disso não podem desbordar. Nem se há de servir delas para interpretar a Constituição ou qualquer de suas normas”.<sup>11</sup> Pontes de Miranda foi claro quanto a esse ponto, concluindo:

Se, ao redigir alguma lei complementar, o Congresso Nacional invadiu a esfera jurídica da Constituição de 1967, ou de alguma das emendas constitucionais, a regra jurídica é *nula*, ou o elemento da regra jurídica, que ofendeu o sistema, é *nulo*, por ofensa à Constituição – o que tem grande relevância no tocante ao recurso extraordinário, à decretação de inconstitucionalidade e outras legitimações ativas.<sup>12</sup>

Os arts. 18, em parte, e algumas disposições do art. 20 da citada lei complementar foi além das balizas do art. 169 da Constituição.

14. Vejamos, primeiramente, o art. 18. Diz ele no *caput*: “Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os *pensionistas*, relativos a mandato eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder...”.

<sup>11</sup> Cfr. Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5a. ed., p. 245.

<sup>12</sup> Cfr. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. III/140.

Não é necessário transcrever mais, porque o que se quer questionar é a introdução das despesas com *pensionistas*. Lembra bem Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Como se pode observar, ao acrescentar a categoria de *pensionistas*, esse conceito infraconstitucional se *ampliou* em relação à sua matriz constitucional, pois que esta se refere, acertadamente, apenas a pessoa *ativo e inativo*...

Como os pensionistas [adita o autor] não estão a serviço de entidades públicas nem nele se aposentaram, as pensões referidas no art. 18, *caput*, não podem ser computadas para efeito de estabelecimento de limites de gastos com pessoal.<sup>13</sup>

De fato, *pensionistas* não integram o conceito de pessoal da Administração pública, por isso as despesas com *pensões* não são despesas com pessoal, tanto que na classificação orçamentária da despesa os dois tipos estão codificados diferentemente, embora sejam ambas despesas correntes. As despesas de pessoal (código 3.1.1.0.00) são classificadas como Despesas de Custeio, incluindo pessoal civil, militar e obrigações patronais, enquanto as despesas com pensionistas são classificadas como Transferências Correntes a pessoas (código 3.2.5.0.00).<sup>14</sup>

Essa é aparentemente uma violação constitucional de menor significação. Quando, porém, a questão é imposta por lei federal aos Estados e Municípios a violação tem repercussão não muito pequena. Possivelmente o grave problema que vem ocorrendo no Poder Judiciário de São Paulo não tivesse a amplitude que está tendo se a enorme despesa com os pensionistas da Instituição não estivesse onerando seu orçamento e, especialmente, os 6% que a lei lhe destina.

15. A questão cresce de importância com as determinações do art. 20 da lei em tela. Diz ele:

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I – na esfera federal;

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas

<sup>13</sup> Cfr. *Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal*, p. 169.

<sup>14</sup> Cfr. Lei 4.320/64, art. 13.

- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
  - c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõe os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;
  - d) 0,6% ( seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;
    - I – na esfera estadual;
    - a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas;
    - b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
    - c) 49 (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
    - d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;
  - III – na esfera municipal:
    - a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
    - b) 54 % (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.
- § 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos ente seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

16. O art. 169 da Constituição não autoriza a lei complementar a fazer a repartição que foi feita pelo art. 20 citado. Nesse sentido, só por aí, a lei já desborda da matriz constitucional que a fundamenta. Se o dispositivo constitucional autorizasse essa interferência na esfera de outros Poderes ou em outras esferas governamentais da Federação, nada haveria a objetar. A lei, no art. 20, I, *a e b e d*, quebra a autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Isso vale também em relação ao Ministério Público Federal a que também se reconhece autonomia administrativa e financeira limitada apenas à observação da lei de diretrizes orçamentárias (art. 127, §§ 2 e 3, da CF).

17. Assim é que o art. 51, IV, dá autonomia à Câmara dos Deputados para a administração de seu pessoal, inclusive a fixação de remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, não em outra lei; igual disposição existe para o Senado Federal (art. 52, XIII). Essas regras são fundamentais ao sistema constitucional, por-

que definem regras da autonomia do Poder Legislativo, como desdobramento do princípio da divisão de Poderes (art. 2), que tem, na independência e harmonia dos Poderes, seu núcleo conceitual. Esses dispositivos, sem sombra de dúvida, albergam preceitos fundamentais cujo descumprimento, por lei ou por qualquer outra forma, dá ensejo ao cabimento da ação de arguição prevista no § 1 do art. 102 da Constituição, segundo seu processo estatuído na Lei 9.882/1999.

18. Igual ofensa se contém no art. 20, I, *b*, em relação ao Judiciário, a que o art. 96 da Constituição atribui autonomia para a administração de seu pessoal, com a única determinação de obediência ao art. 169, parágrafo único, na redação originária da Constituição e § 1 da redação dada pela EC-19/98. Reforça essa autonomia de fixação da despesa de seu pessoal a previsão de autonomia orçamentária constante do art. 99, §§ 1 e 2, tudo isso com o objetivo de conferir eficácia real à independência que lhe confere o princípio da divisão de Poderes (art. 2). Assim também em relação ao Ministério Público estadual (art. 127 da CF)

19. O art. 20, II e III, é ainda mais agressivo a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, porque, com ele, a lei penetra no íntimo da organização das Unidades Federadas e dos Municípios, violando, no primeiro momento, o princípio federativo pelo desrespeito à autonomia dessas entidades da Federação e, num segundo passo, penetrando na intimidade dos Poderes estaduais, decidindo sobre assuntos que integram, por inteiro, a autonomia constitucional que lhes garantem o art. 25, que confere aos Estados a sua capacidade auto-organizativa mediante a Constituição e leis que adotarem, enquanto o art. 29, 29A e 30 firmam a autonomia dos Municípios, no que interessa aqui, especialmente o inc. III do art. 30, ao conferir-lhe poder autônomo para aplicar suas rendas. Todos esses preceitos encontram sua base no princípio federativo insculpido no art. 1 e na organização político-administrativa da República prevista no art. 18 que embasam a autonomia dessas entidades, nos termos da Constituição. Ora, os termos da Constituição não admite a invasão dessas autonomias a título de determinar o que cada Poder da organização dos Estados e dos Municípios pode gastar, porque essa é uma questão de estrita competência da capacidade financeira dessas entidades. O art. 169, como se disse antes, não autoriza essa invasão. Apenas previu que lei complementar fixasse os limites da despesa com pessoal ativo e inativo. Isso foi feito, corretamente, pelo art. 19 da lei questionada. O que o art. 20, inc. II e III e seu § 1o. acrescentaram, é demasia que ultrapassa a autorização constitucional,

com ofensa não só ao princípio federativo mas também ao princípio da divisão dos Poderes estaduais e municipais. Acrescente-se que o art. 99 da Constituição confere autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário, especificando, no § 1o., que “os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias” e, no seu § 2o., que “o encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: II - “no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais”. Estatui-se que a proposta orçamentária dos Tribunais estaduais só fica sujeita aos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Como pode uma lei federal, ainda que lei complementar, descumprir um tal mandamento constitucional? A ilegitimidade é evidente. São preceitos estruturais do sistema adotado pela Constituição, portanto, preceitos fundamentais que devem ser protegidos e defendidos pela interposição da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

20. Agrava ainda mais essas ofensas a adoção do *regime de competência* na apuração da despesa do pessoal. Dir-se-á que a Constituição não optou nem pelo *regime de caixa* nem pelo *regime de competência*. Regime de caixa se dá quando a apuração da despesa pública em consonância com o exercício financeiro que coincide com o ano civil; quer dizer, no regime de caixa as despesas empenhadas pertencem ao exercício financeiro, que a Lei 4.320/64, art. 34, define como sendo coincidente com o ano civil. No regime de competência, a apuração da despesa não coincide com o exercício financeiro. Pois bem, para a apuração da despesa total de pessoal, a Lei complementar 101/2000, no art. 18, § 2, adotou expressamente o regime de competência, ao declarar que a despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores. A Constituição não escolheu diretamente o regime da despesa, mas estatuiu no art. 165, § 9, que cabe à *lei complementar* dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentária e da lei orçamentária anual. Essa matéria já é regulada pela Lei 4.320/64, que agora só pode ser modificada pela lei complementar prevista naquele dispositivo constitucional. Isso significa que ela foi recebida pela Constituição, porque harmonizada com suas normas e princípios, e recebida com a qualidade de lei complementar, a que os

Estados e Municípios são obrigados a respeitar. Aí é que está o complicador, porque as regras técnico-burocráticas de repartição dos percentuais constantes no art. 20, II e III, que são proporcionais aos percentuais da despesa total estabelecida no art. 19, não coincidem com o exercício financeiro (ano civil) a que a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária estadual e municipal são obrigadas a atender. Se isso não é inconstitucional, certamente agrava a inconstitucionalidade do art. 20, II e III.

21. Finalmente, para concluir esse aspecto da questão, é de lembrar o princípio orçamentário da *não vinculação* de receitas, bem expresso no art. 167, IV, da Constituição, segundo o qual é vedada a vinculação de receita de impostos a órgãos, fundo ou despesas. Não se há de impressionar a indicação de que só se veda a vinculação de impostos, porque, em verdade, quando a Lei complementar 101/2000, no art. 20, reparte, entre órgãos, percentuais da despesas global previstos no art. 19, na verdade está vinculando parte da receita corrente, que é receita de tributos, basicamente de impostos, à despesa desses órgãos com o pessoal. Mas essa é uma inconstitucionalidade implícita, mas, assim mesmo, é uma forma de descumprimento de princípio constitucional.

#### IV. FUNÇÃO LEGISLATIVA E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DA LEI

22. A esse propósito limitar-me-ei a sintetizar texto que produzi em outro parecer sobre as preocupações doutrinárias modernas a respeito dos limites da lei em face do princípio da razoabilidade, porque tem pertinência aqui o que foi dito naquela oportunidade.

23. A *função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominas *leis*, e cabe ao Poder Legislativo em cada órbita de governo da estrutura federativa, na conformidade da distribuição constitucional de competências. Decorre ela do *princípio da especialização funcional*, que, juntamente com a independência orgânica, fundamenta a divisão de poderes que foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. O que se extrai dessas breves considerações é que não há função de poder ilimitada. A função legislativa, como a executiva e a jurisdicional, está sujeita a limites. E quando o ato respectivo é produzido sem observância desses limites, torna-se arbitrário e inválido. Os limites são formais ou

substanciais. *Formais* quando o órgão criador do ato legislativo, executivo/administrativo ou judicial/jurisdicional não observa as regras de competência e, assim, invade campo de outro órgão. *Substanciais* quando o conteúdo do ato se contrapõe ao conteúdo de princípio ou norma constitucional.

Significa isso que a lei, embora seja o ato oficial de maior realce na vida política e ato discricionário por excelência (porque de conformação política), está também sujeita a limites. Já Carlos Esposito, pelos anos de 1934, no seu clássico livro sobre a validade das leis, doutrinou amplamente sobre os limites da lei, dizendo mesmo que não há lei que, por natureza, se subtraia a limites, ou, por natureza, seja a eles submetida, mas qualquer lei pode ser subordinada a limites; e o determinar, em concreto, se isso ocorre, e em que medida, depende do exame das disposições de direito positivo que regulam a espécie fática, e não da inclusão do ato na categoria das leis formais ou materiais.<sup>15</sup> E aqui não se quer tratar da tradicional forma de inconstitucionalidade das leis, questão sobejamente conhecida... Quer-se aqui demonstrar que a lei pode ser ilegítima e inválida porque desviou dos fins postos à função legislativa em casos específicos.<sup>16</sup>

É de lembrar que o Poder Legislativo, excepcionalmente, produz lei não geral e não abstrata, mas individual e de efeito concreto, como é o caso que me ocupa neste parecer.

É nesse âmbito que mais fácil se verifica o desvio do Poder Legislativo. Primeiro, porque já é, em certo sentido, um desvio da função legislativa a produção de leis concretas [no todo ou em parte, acrescente-se agora]; segundo, porque é, nesse caso, que o legislador mais habitualmente comete abusos e proteção individual, que requerem correção pelo Poder Judiciário, especialmente porque fere o princípio da razoabilidade que encontra seu fundamento no princípio constitucional do devido processo legal, como veremos mais adiante.<sup>17</sup>

24. Quer-se aqui, em verdade, mostrar que a lei pode ser ilegítima e inválida por ofensa ao *princípio da razoabilidade*. Implícito na Consti-

<sup>15</sup> *Cfr. La validità delle legge*, 1934, p. 154.

<sup>16</sup> *Cfr.* “O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa”, parecer, RDP 220/345.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 347.

tuição Federal, deduzido especialmente dos princípios da moralidade, da igualdade e do devido processo legal... o princípio da razoabilidade (às vezes, também chamado de princípio da proporcionalidade) ganha, dia-a-dia, força de relevância no estudo do direito público em geral... e que hoje não se concebe apenas como uma regra de contenção e de validade só do ato administrativo. Pois existem preceitos constitucionais em que a razoabilidade se converte no parâmetro por excelência do exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos e normas.<sup>18</sup> San Thiago Danas explorou o tema exatamente em relação ao problema das leis arbitrárias: “O problema da lei arbitrária, que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, determinados em gênero ou espécie, tem constituído, em todos os sistemas de direito constitucional, um problema de grande dificuldade teórica e de relevante interesse prático”.<sup>19</sup>

Como se vê, situa ele o problema no âmbito do direito constitucional. Observa ele que o problema se apresenta especialmente em relação às leis especiais, leis pelas quais o Poder Legislativo resolve criar para um gênero de casos, ou mesmo para casos concretos determinados, uma norma especial, diferente da que rege os casos gerais, diferenciação que, não raro, se sente ser arbitrária, e que os princípios do direito se insurgem contra o seu reconhecimento e aplicação, e logo põe ele a questão de saber qual o critério que permite distinguir a lei arbitrária da lei especial justificada e, admitido um tal critério, se ele autoriza o Poder Judiciário a recusar aplicação à lei arbitrária.<sup>20</sup> Todo o seu texto está voltado para a resposta positiva a essa indagação.

25. É palmar que a repartição de percentuais de despesa entre órgãos dos Poderes como fez o art. 20 da Lei complementar 101/2000 é arbitrária. Não se fundamenta em nenhum critério razoável. O que mais demonstra essa irrazoabilidade é que se conferiu ao Poder Judiciário de São Paulo apenas 6%, quando antes dela ele já utilizava 7%. É arbitrário destinar o mesmo percentual igualmente para o Poder Judiciário federal e todos os Poderes Judiciários dos Estados. É arbitrário, porque amarra o futuro do

<sup>18</sup> Cfr. José Afonso da Silva, parecer *cit.*

<sup>19</sup> Cfr. “Igualdade perante a lei e *due process of law*”, *Problemas de direito positivo*, 1953, p. 37.

<sup>20</sup> *Idem.* Em José Afonso da Silva, parecer e *loc. cit.*

Judiciário a um percentual que hoje mal dá para cobrir as despesas vigentes, sem levar em conta as necessidades futuras, especialmente porque o Poder Judiciário, na medida mesma em que o povo desperta para a defesa de seus direitos, tem necessidade de ampliar seus quadros de pessoa a fim de abrir amplo acesso à Justiça pela cidadania. Arbitrário, porque num certo momento o percentual distribuído ao Executivo pode ser excessivo, enquanto os outros Poderes necessitam mais recursos para seu pessoal. Enfim, a proporcionalidade estabelecida é arbitrária e não leva em consideração diversos fatores que influem na distribuição de recursos orçamentário nas diferentes esferas governamentais. Não se pense que, estabelecendo percentuais que indicam proporções, se está atendendo o princípio jurídica da proporcionalidade (outro nome do princípio da razoabilidade), pois fixar proporções iguais, mediante percentuais, para situações díspares o mesmo é que contravir aquele princípio.

26. Põe-se em destaque a questão do Judiciário, porque exatamente foi, em relação a ele, que a arbitrariedade da lei gerou conseqüências danosa à prestação da jurisdição. É de palmar evidência que a prestação de serviços judiciários é mais do que serviço público (artigo 5, inciso XXXV da CF), porque é verdadeiro dever jurídico do Estado Democrático de Direito (artigo 1 da CF). Regra infraconstitucional que negue direta ou indiretamente o acesso à Jurisdição, ou inviabilize-a concretamente, retirando-lhe a possibilidade de prover cargos públicos anteriormente dimensionados é de inconstitucionalidade cristalina (artigo 96, I, “c”, “d”, “c”, “e”). Foi exatamente o que ocorreu com o Poder Judiciário paulista, situação que somente ficou evidenciada e comprovada com o *agravamento* no movimento grevista.

Se a eficácia do artigo 20, inciso II, letra “b” da Lei de Responsabilidade Fiscal tem o condão de paralisar os serviços judiciários do Estado economicamente mais forte da federação brasileira, tal fato é indicativo seguro que ela é causa de deterioração de *serviço público essencial e privativo do Estado*, resultado esse que agride nosso sistema constitucional e que, portanto, não pode prosperar. Aliás, em pronunciamento recente, o Eminentíssimo Min. Costa Lei, Presidente do STJ, afirmou que o pleno funcionamento de todo o Poder Judiciário está comprometido com essa lei, e reconhece que o quadro é grave e que o Judiciário não pode se omitir (Notícia do Superior Tribunal de Justiça, 9.11.01, Internet).

## V. CONCLUSÃO

27. A pretensão deste texto era mostrar, em face de uma controvérsia concreta, o cabimento da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, independentemente de haver ações de inconstitucionalidade versando parte do mesmo objeto; primeiro porque o objeto proposta para a ação de argüição era mais amplo; segundo, porque as partes seriam completamente diferentes, ainda que se pretendia tratar-se de dois tipos de processos objetivos.

28. Por outro lado, o texto também pretendeu demonstrar que os dispositivos questionados da Lei complementar 101/2000 (chamada Lei de Responsabilidade Fiscal) dontinham evidentes violações de preceitos fundamentais da Constituição, tais como o *princípio federativo* pela interferência na esfera da autonomia dos Estados e dos Municípios (CF, arts. 1, 18, 25, 29, 29<sup>a</sup> e 30, especialmente 30, III), o princípio da divisão de Poderes e da autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário (CF, arts. 2, 51, IV, 52, XIII, 96, I, 99, §§1 e 2), além de violar o próprio art.169 que é a matriz daqueles dispositivos, porque vão além das balizas por ele traçadas ao legislador complementar. Vulneram igualmente o art. 5, LIV, da Constituição, na medida em que se reconhece que nele se alberga o princípio da razoabilidade e na medida em que protege o devido processo legal. São preceitos estruturais do sistema constitucional brasileiro, cuja proteção foi confiada exatamente a essa ação constitucional a que se deu o nome de *argüição de descumprimento de preceito fundamental -ADPF*.

29. Por outro lado, o texto também quis mostrar que o §1 do art. 4 da Lei 9.882/1999 (que regula o processo da ADPF), literalmente considerado como adoção do princípio da subsidiariedade é ilegítimo, porque importa criar obstáculo, constitucionalmente não previsto, ao cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ele não pode ser entendido como uma condição de procedibilidade, porque esta nada tem a ver com subsidiariedade. No entanto, uma interpretação conforme a Constituição, não só pode salvá-lo da eiva de inconstitucional, como até elevá-lo à condição de meio de abertura de novas possibilidades de aplicação da norma constitucional do art. 102, §1, da Constituição. Mas, entendido como princípio da subsidiariedade, o dispositivo é indubitavelmente inconstitucional. Caracteriza-se mesmo como uma forma de des-

cumprimento de preceito fundamental da Constituição, porque, no sistema, o preceito do art. 102, §1, assume esse valor.

30. Demais o texto procurou mostrar também que ADPF é um meio direto de argüir inconstitucionalidades, ainda que apenas de preceitos fundamentais, inclusive em situações de descabimento de ação direta de inconstitucionalidade, porque esta só pode ser intentada de lei ou ato normativo federal, tendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmado a orientação de que uma lei ou ato legislativo ou administrativo de efeito concreto não pode ser objeto de ADI, enquanto a ADPF não está submetida a essas limitações.