A DOUTRINA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA CIDADANIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DE NULIDADE NO DIREITO BRASILEIRO*

GILMAR FERREIRA MENDES**

*1. Introdução. 2. Os Direitos Fundamentais na ordem constitucional. a) Considerações Preliminares. b) Os Direitos Fundamentais enquanto Direitos de Defesa. (aa) Considerações Preliminares. (bb) Os limites dos limites (*Schranken-Schranken*) (aaa) O princípio da proteção do núcleo essencial. (bbb) Princípio da clareza e determinação das normas restritivas. (ccc) A proibição de restrições casuísticas. (ddd) O Princípio da Proporcionalidade (razoabilidade) ou da Proibição de Excesso. c) Os Direitos Fundamentais enquanto garantias positivas do exercício das liberdades. (aaa) Direitos Fundamentais como normas de proteção de institutos jurídicos. (bbb) Direitos Fundamentais enquanto direitos a prestações positivas. (ccc) Direito à organização e ao procedimento. (ddd) Os Direitos de Igualdade: a hipótese de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. 3. A Tutela dos Direitos Fundamentais e as Técnicas de Decisão no Juízo de Constitucionalidade. a) Considerações Preliminares. b) A Exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia. c) A omissão legislativa. d) Conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 4. Reflexões sobre o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro. a) Considerações Preliminares. b) Suspensão de aplicação da lei inconstitucional. c) Aplicação da lei inconstitucional. d) Omissão legislativa e o controle abs-*

* Texto básico de conferência proferida no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional — Belo Horizonte 30.11 — 04.12.1992.

** Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (1987) (Diss.: *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, Saraiva. São Paulo, 1990). Doutor em Direito pela Universidade (1990) (Tese: *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal* = O Controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional alemã e perante o Supremo Tribunal Federal, Duncker & Humblot, Berlim, 1991).

trato de normas. Abreviaturas. AöR. Archiv des öffentlichen Rechts. Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen — *BVerfGE (Decisões do Tribunal Constitucional Alemão) — o primeiro número refere-se ao volume; o segundo, às páginas. AöR. Archiv des öffentlichen Rechts. BayVBl. Bayerische Verwaltungsblatt. BGBl. Bundesgesetzblatt. DöV. Die öffentliche Verwaltung. DVBl. Deutsches Verwaltungsblatt. EUGrZ. Europäische Grundrechtszeitschrift. FamRZ. Familienrechtszeitschrift. NJW. Neue Juristische Wochenschrift. JZ. Juristenzeitung. VVDStRL. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.*

1. *Introdução*

Não são poucos os desafios a que está submetida a doutrina constitucional hodierna. Se, como afirma Kriele, cada geração desenvolve sua própria Teoria do Estado, é certo que a moderna doutrina constitucional está às voltas com o problema relativo ao desenvolvimento de instituições que, de um lado, consigam impor o interesse público em face das poderosíssimas organizações privadas como sindicatos, associações e conglomerados econômicos, e, de outro, logrem assegurar um regime democrático e de liberdades[1] na acepção mais ampla, que tenha como baldrame a própria concepção de dignidade humana.[2]

A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica.[3] É por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrário de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos (*"Annahme der prinzipiellen Möglichkeit des staatlichen Unrechts"*).[4]

É exatamente essa experiência que legitima o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis.[5] Não são poucas as ordens constitucionais que procuram gravar essas instituições com as *cláusulas ou garantias de eternidade (Ewigkeitsgarantien)*, colocando-as a salvo de eventual revisão constitucional.

Tal como amplamente acentuado na doutrina e sistematizado, dentro outros, por Kelsen,[6] Loewenstein[7] e Hesse,[8] não basta que a Constituição consagre garantias

[1] Kriele, Martin, Einführung in die Staatslehre, 2ª ed., 1981, Reinbeck bei Hamburg, p. 14.
[2] Klein, Hans, H., Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, p. 60.
[3] Cf., a propósito, Denninger, Erhard, Staatsrecht, Reinbeck bei Hamburg, 1973, p. 24.
[4] *apud* Denninger, Staatsrecht, p. 24.
[5] Cf., sobre o assunto, Denninger, Staatsrecht, cit., p. 24.
[6] Cf. Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, 1929, 5, p. 30 s.
[7] Cf. a classificação das Constituições desenvolvida por Loewenstein: *Constituição normativa* (que realmente vige); *Constituição semântica* (que se destina consolidar o poder fático dos grupos dominantes) e a *Constituição nominal* (que, embora juridicamente válida, não logra reger o processo político) (in: Teoria de la Constitución, Barcelona, 1976, p. 216-222; Sobre o assunto, Ver, também, Bryde, Brun-Otto, Verfassungsentwicklung, p. 27 s.
[8] Cf. Hesse, Konrad, A Força Normativa da Constituição, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.

essenciais para a consolidação de um sistema democrático, no qual os direitos fundamentais sejam, efetivamente, respeitados. Faz-se mister que ela logre concretizar sua *pretensão de eficácia*. Não parece haver dúvida de que, a despeito dos elementos culturais e históricos que acabam por conferir especificidades a diferentes sistemas jurídicos, é certo que a falta de mecanismo de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição.[9] Kelsen chega mesmo a afirmar que tais Constituições não dispõem de força vinculante, uma vez que qualquer ato normativo secundário pode afastar a sua aplicação tópica ou genericamente.[10]

Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.[11]

E este parece ser o ponto central de nossas reflexões resumido na feliz síntase de Erhard Denninger:

> *"A forma pela qual a jurisdição constitucional utiliza a competência que lhe foi conferida é essencial para o desenvolvimento da "Constituição vivida" (gelebte Verfassung), da "Constituição real" (reale Verfassung), sobretudo para a efetiva concretização dos direitos da cidadania. A efetividade da proteção dos direitos fundamentais para as minorias socialmente discriminadas e grupos não-privilegiados depende em última instância da atuação do Poder Judiciário."*[12]

Esse relevante papel dos órgãos da jurisdição constitucional no mundo hodierno está a desafiar a criatividade do jurista com o propósito de desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional.

É de suma importância que o controle de constitucionalidade não se limite a uma aferição formal, mas que possa, igualmente, investigar eventual excesso por parte do legislador, tal como já reconhecido amplamente no direito tedesco (*Verhältnismässigkeitsprinzip: Princípio da Proporcionalidade*) e positivado no art. 18, II, da Constituição de Portugal.

Há muito vem a doutrina ressaltando as limitações da simples pronúncia da nulidade ou da mera cassação da lei para solver todos os problemas relacionados à inconstitucionalidade.[13] Não são poucos os que apontam a insuficiência ou a inadequa-

[9] Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 30 (78).

[10] Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 30 (78).

[11] Cf., a propósito, recente artigo de Guido Calabresi, Antidiscrimination and Constitutional Acountability, in: Harward Law Review, vol. 105, novembro 1991, p. 80 (81); Ver também, Hesse, Grundzüge, cit., p. 137.

[12] Denninger, Staatsrecht, Reinbeck bei Hamburg, 1973, p. 27 (28).

[13] Acentue-se que a preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido, *Referat* sobre *"a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional"*, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26). *"Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...) de condenação, de cassação de atos estatais* — dizia Triepel — *mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas"* (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929) p. 26. Quase

ção da declaração de nulidade da lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão.[14] Esse problema revela-se tanto mais sério se se considera que, satisfeitas as principais exigências constitucionais dirigidas ao legislador, passará a assumir relevo a chamada *omissão parcial*, decorrente da execução defeituosa de dever constitucional de legislar.

Portanto, a diferença entre a inconstitucionalidade decorrente de uma atuação legislativa e a inconstitucionalidade por omissão é bem mais tênue do que imaginou o constituinte brasileiro de 1988.

2. *Os Direitos Fundamentais na ordem constitucional*

a) Considerações Preliminares

A Constituição brasileira de 1988, tal como já consagrado na Lei Fundamental de Bonn (1949), na Constituição portuguesa (1976) e na Constituição espanhola (1978), outorgou significado especial aos direitos fundamentais, passando inclusive a con-

simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, parágrafo 2º, da Constituição de Weimar, afirmando que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia (Jellinek, Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, Leipzig e Berlim, 3. ed., 1927, p. 27; Cf. também Flad, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929, p. 38. Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reinchsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois *"teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral"* (Jellinek, Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 1927, p. 27). Sobre o assunto, cf. nosso "Apelo ao Legislador — *Appellentscheidung* — na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã", in: Arquivos, Ministério da Justiça, nº 179 (1992), p. 80 s.

[14] Cf., sobre o assunto, Maurer, Zur Verfassungswidrierklärung, in Festschrift für Werner Weber, p. 345 (368). Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo! Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma *"Teoria da omissão inconstitucional"*. Aqueles que quiserem aprofundar no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, como quase uma *excentricidade* do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn. Observe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã. Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível (Hauptprobleme de Staatsrechtslehre, 1911, p. 410). Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, p. 80, nota 1). Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na idéia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade (Richard Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, t. II, p. 608 s.; Felix Genzmer, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, t. II, p. 506 s).

templá-los já no seu capítulo inicial. Tal como os textos constitucionais referidos, a Constituição de 1988 confere eficácia vinculante imediata aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º). Tal como verificado nos textos constitucionais acima mencionados (Lei Fundamental, art. 79, parágrafo 3; Constituição portuguesa, art. 288), a Constituição de 1988 gravou esses direitos fundamentais com a *cláusula de imutabilidade* ou com a *garantia de eternidade*, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Para que possamos analisar o significado do controle de constitucionalidade enquanto garantia dos direitos fundamentais,[15] faz-se mister que consideremos, em suas linhas gerais, o significado e a estrutura desses direitos na ordem constitucional.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.[16] Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua *Teoria dos quatro "Status"*[17], que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.[18]

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung)*, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.[19]

Outras normas consagram *direitos a prestações de índole positiva (Leistungsrechte)*, que tanto podem referir-se a *prestações fáticas de índole positiva (faktische positive Handlungen)*, quanto a *prestações normativas de índole positiva (normative Handlungen)*.[20]

[15] Cf., a propósito, Hesse, Grundzüge, p. 137.

[16] Hesse, Grundzüge, cit., p. 112; Krebs, Walter, Freiheitsschutz durch Grundrechte, in: JURA 1988, p. 617 (619).

[17] Jellinek, G., Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi, trad. ital., Milão, 1912, p. 244. Sobre a crítica da Teoria de Jellinek, Cf. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 s.

[18] Cf. Alexy, Theorie der Grundrechte, cit., p. 174; Ver também, Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, p. 548.

[19] Cf., Hesse, Grundzüge, cit., p. 118.

[20] Alexy, Theorie de Grundrechte, 1988, p. 179; Ver também, Canotilho, Direito Constitucional, p. 549.

b) Os Direitos Fundamentais enquanto Direitos de Defesa

(aa) Considerações Preliminares

Como observado, enquanto *direitos de defesa,* os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

(1) pretensão de abstenção *(Unterlassungsanspruch)*
(2) pretensão de revogação *(Aufhebungsanspruch)*, ou, ainda, em uma
(3) pretensão de anulação *(Beseitigungsanspruch)*.[21]

Embora não haja mais lugar para dúvida quanto ao efeito vinculante dos direitos fundamentais em relação ao legislador, as normas disciplinadoras dessas situações remetem, não raras vezes, à lei, que poderá, assim, estabelecer restrições ao *âmbito de proteção* desses direitos.

Tem-se *simples reserva legal* ou *simples restrição legal (einfacher Gesetzesvorbehalt)*, quando a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei. É o que se verifica. v.g., no que concerne à proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, VI).

Diversamente, tem-se uma *reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter Gesetzesvorbehalt)*, quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados (Ver: CF, art. 5º, XIII — liberdade de exercício profissional CF, art. 5º, XII — sigilo de correspondência).[22]

(bb) Os *limites dos limites (Schranken-Schranken)*

Da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que *tais restrições são limitadas.* Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou *"limites dos limites" (Schranken-Schranken)*, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais.[23] Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um *núcleo essencial (Wesensgehalt)* do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.[24]

[21] Cf. Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 330.
[22] Cf., sobre o assunto, dentre outros, Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, p. 68.
[23] Alexy, Theorie der Grundrechte, 1988, p. 267; Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsreche II, Heidelberg, 1988, p. 72; Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, p. 618 (622 s.).
[24] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 72; Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, p. 622 s.

(aaa) O princípio da proteção do núcleo essencial

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do *núcleo essencial*, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III). Cuida-se, talvez, de preocupação exagerada do constituinte,[25] pois, é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas.[26] Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador.

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição[27] ou enquanto postulado constitucional imanente,[28] o *princípio da proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie)* destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.[29]

(bbb) Princípio da clareza e determinação das normas restritivas

O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador.[30]

(ccc) A proibição de restrições casuísticas

Outra limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.[31]

[25] A explicitação desse princípio no direito constitucional alemão explica-se por razões de índole histórica. Como se sabe, a Constituição de Weimar era dotada de um catálogo de direitos fundamentais. Esses direitos foram transformados em maculatura com as práticas desenvolvidas pelo regime nazista.

[26] Cf., sobre o assunto Cooley, Costitutional Limitations, p. 209; *"...Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as restriction upon legislative power"*. Ver também, Rp. nº 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, transcrito in Rp 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 937 (962).

[27] Lei Fundamental de Bonn, art. 19, II; Constituição portuguesa de 1976, art. 18, II.

[28] Nesse sentido é a doutrina constitucional americana (Cf. Cooley, Constitutional Limitations, p. 209). Dessa orientação parece compartilhar também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Cf. Rp. nº 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, transcrito in Rp. 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 937 (962).

[29] Hesse, Grundzüge, p. 134.

[30] Cf., sobre o assunto, Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Heidelberg, 1987, p. 102.

[31] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 78; Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, p. 626.

Diferentemente das obras constitucionais alemã (LF, art. 19, I) e portuguesa (Constituição, art. 18, III), a Constituição brasileira não contempla expressamente a proibição de lei casuística no seu texto. Isto não significa, todavia, que tal princípio não tenha aplicação entre nós. Como amplamente admitido na doutrina, tal princípio deriva do postulado material da igualdade, que veda qualquer tratamento discriminatório ou arbitrário.[32]

Resta evidente, assim, que a elaboração de normas restritivas de caráter casuístico afronta, de plano, o princípio da isonomia. É de observar-se, outrossim, que tal proibição traduz uma exigência do Estado de Direito democrático, que se não compatibiliza com a prática de atos discriminatórios ou arbitrários. Nesse sentido, é inexcebível o magistério de Pontes de Miranda nos seus comentários aos art. 153, § 2º da Constituição de 1967/69:

> *"Nos Estados contemporâneos não democratizados, a segurança de que as regras jurídicas emanam de certa fonte, com a observância de pressupostos formais, muito serve à liberdade, sem, contudo, bastar-lhe. Não é aqui o lugar para mostrarmos como se obtém tal asseguração completa da liberdade, pela convergência, de três caminhos humanos (democracia, liberdade, igualdade). (...) O art. 153, § 2º contém em si um dos exemplos: se o Estado é democrático, a proposição, que se acha no art. 153, § 2º, é como se dissera "Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de regra jurídica emanada dos representantes do povo (democracia, arts. 27-59), formalmente igual para todos (igualdade, art. 153, § 1º).*[33]

Se não há dúvida de que, também entre nós, revela-se inadmissível a adoção de leis singulares, individuais ou pessoais com objetivo de restringir direitos, cumpre explicitar as características dessas leis. Segundo Canotilho, lei individual restritiva inconstitucional é toda lei que:

— imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas;

— imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser *determináveis* através de conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento de sua entrada em vigor.[34]

O notável publicista português acentua que o critério fundamental para a identificação de uma lei individual restritiva não é a sua formulação ou o seu enunciado lingüístico, mas o seu conteúdo e respectivos efeitos. Daí reconhecer a possibilidade de leis individuais camufladas, isto é, de leis que, formalmente, contêm uma normação geral e abstrata, mas que, materialmente, segundo o conteúdo e efeitos, dirigem-se, efetivamente, a um círculo determinado ou determinável de pessoas.[35]

Não parece ser outra a orientação da doutrina tedesca. A técnica de formulação da lei não é decisiva para a identificação da lei restritiva individual ou casuística.

[32] Cf., sobre o assunto, Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, 1991, p. 625-626; Herzog, in: Maunz-Dürig, dentre outros, Grundgesetz — Kommentar zu Art. 19, I, nº 9.
[33] Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 2-3.
[34] Canotilho, Direito Constitucional, p. 626.
[35] Canotilho, Direito Constitucional, p. 626.

Decisiva é a conseqüência fática (*tatsächliche Wirkung*) da lei no momento de sua entrada em vigor.[36]

(ddd) O Princípio da Proporcionalidade (razoabilidade) ou da Proibição de Excesso

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância do requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).*[37]

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.[38]

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas, tal como se depreende da seguinte passagem de votos proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. nº 930:

> *"Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não".*[39]

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para *"apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público"* demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da *"lei consigo mesma";*[40] tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos.

Por outro lado, deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma *relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhag),*[41] deve ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis).* Trata-se, à evidência, de aplicação do *princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso* no juízo de constitucionalidade.

[36] Herzog, in: Maunz-Dürig, dentre outros, Grundgesetz, Kommentar zu Art. 19, I, nº 36.
[37] A Constituição Portuguesa, de 1976, consagrou, expressamente, no art. 18, II, o princípio da proibição de excesso.
[38] Cf., sobre o assunto, Mendes, Gilmar, Ferreira, Controle de Constitucionalidade, São Paulo, 1990, p. 47 s., Ver também, Castro, Carlos Roberto Siqueira de, O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição, Rio de Janeiro, 1989, p. 368 s.
[39] Cf. transcrição na Rp. 1.054, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 110/937 (962).
[40] Canotilho, Direito Constitucional, 1991 p. 1.025.
[41] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, 1988, p. 71.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a administração constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*),[42] pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).[43]

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.[44] Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.[45]

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*).[46]

É certo que a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso pode estimular o constitucionalista e, mormente, a Corte Constitucional ou o órgão que desempenhe função análoga a arrogar poderes que, efetiva ou aparentemente, afetam a esfera de competência dos demais órgãos constitucionais.[47] Isto, todavia, não infirma a imprescindibilidade desse princípio para a aferição de constitucionalidade das leis restritivas, até porque, como observado por Krebs, eventual escorregão (*Gratwanderung*) entre o direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista.[48]

c) Os Direitos Fundamentais enquanto garantias positivas do exercício das liberdades

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais.[49] É o que se verifica, v.g., com as chamadas garantias de natureza institucional, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado direito à organização e ao processo (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) e, não raras vezes, com o direito de igualdade.

[42] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 70
[43] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 72
[44] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 73
[45] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 73
[46] Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 74
[47] Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (623).
[48] Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (623).
[49] Cf., sobre o assunto, Krebs, Walter Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (623); Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991, p. 322 s.

A concretização desses direitos exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.

(aaa) Direitos Fundamentais como normas de proteção de institutos jurídicos

A Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.) Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa.[50]

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII) são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcamente normativo.[51]

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador e expedir atos normativos "conformadores" e concretizadores de alguns direitos.[52]

(bbb) Direitos Fundamentais enquanto direitos a prestações positivas.

Como ressaltado, a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade através do Estado (*Freiheit durch...*).[53]

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efe-

[50] Cf., sobre o assunto, Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (623); Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991, p. 322 s.

[51] Alguns direitos fundamentais, como o direito de propriedade, o direito de herança, o direito à proteção judiciária, o direito de defesa, o direito ao processo legal e o direito ao juiz natural são dotados de *âmbito* de proteção estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich*). Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude, a conformação, o conteúdo mesmo desses direitos fundamentais. Cuida-se de típicas garantias institucionais, que dependem, para a sua concretização, da edição de um complexo normativo (Cf., Pieroth e Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, p. 59).

[52] Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991, p. 327.

[53] Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (624).

tivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.[54]

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*)[55], é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.[56]

Não subsiste dúvida, tal como enfatizado, de que a garantia da liberdade do exercício profissional ou da inviolabilidade do domicílio não assegura pretensão ao trabalho ou à moradia. Tais pretensões exigem não só ação legislativa, como, não raras vezes, medidas administrativas.[57]

Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser *juridicizadas*, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente.[58]

Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (Cf, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre o direito e política.[59]

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à *reserva do financeiramente possível* (*"Vorbehalt des finanziell Möglichen"*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *"numerus clausus"* de vagas nas Universidades (*"numerus-clausus Entscheidung"*), que pretensões destinadas a

[54] Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (624).

[55] Cf. Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (624-5); Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, p. 395 s.

[56] As disposições constitucionais que instituem o mandado de injunção, para assegurar direitos e liberdades constitucionais, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício (CF, art. 5º, LXXI), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), destinada a tornar efetiva norma constitucional, expressam, no plano material, o efeito vinculante para o legislador das normas que reclamam expedição de ato normativo.

[57] Cf. Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (624-5); Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, p. 395 s.

[58] Cf. Krebs, Walter, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (625).

[59] Cf. Krebs, Walter, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (625).

criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à *"reserva do possível"* (*"Vorbehalt des Möglichen"*).[60]

Tal peculiaridade ressalta a necessidade de que se desenvolvam novas técnicas de declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista inclusive a notória insuficiência da declaração de nulidade para solver os problemas relativos à prestação de índole positiva.

(ccc) Direito à organização e ao procedimento.

Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de *"direito à organização e ao procedimento"* (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores, ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa).[61]

(ddd) Os Direitos de Igualdade: a hipótese de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*).[62] A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada *"exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" (willdkürlicher Begünstigungsausschluss)*. Tem-se uma *"exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade"* se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo;[63] *a exclusão de benefícios é explícita*[64] se a lei geral que outorga deteminados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.[65]

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação.*[66] Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa (*"*relative Verfassungswidrigkeit*"*)* não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É

[60] BVerfGE 33, 303 (333).
[61] Cf., sobre o assunto, Hesse, Grundzüge, p. 144; Alexy, Theorie de Grundrechte, p. 430; Canotilho, Direito Constitucional, p. 651 s.
[62] Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982, p. 381-382.
[63] Cf. BVerfGe 18, 288 (301); 22, 349 (360).
[64] Cf. BVerfGe 25, 101.
[65] Cf., a propósito, Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (349); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 109; Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 51 s.
[66] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, Albrecht, p. 345 (354).

que inconstitucional não se afigura a norma "*A*" ou "*B*", mas a disciplina diferenciada das situações *("die Unterschiedlichkeit der Regelung").*[67]

Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado.[68]

3. *A Tutela dos Direitos Fundamentais e as Técnicas de Decisão no Juízo de Constitucionalidade*

a) Considerações Preliminares

Se concordarmos que os direitos fundamentais desempenham diferentes funções na ordem jurídica, teremos de admitir que a técnica tradicional de declaração de nulidade ou de anulabilidade (*cassação*) mostra-se adequada para eliminar as diversas modalidades de ofensa aos direitos de liberdade enquanto *direitos de defesa (Abwehrrechte).*

A propósito da lesão ao princípio da isonomia, já anotara Maurer que a declaração de nulidade, que se mostra adequada para afastar as ofensas aos direitos de liberdade e de propriedade, não logra abranger a chamada *inconstitucionalidade relativa (relative Verfassungswidrigkeit)*[69], isto é, aquela situação em que a inconstitucionalidade não reside nesta ou naquela norma, mas na *disciplina normativa diferenciada (Unterschiedlichkeit der Regelung).*[70] Em outros termos, tem-se, nessa hipótese, a inconstitucionalidade de uma *relação normativa* (verfassungswidrige Normrelation).[71]

Da mesma forma, deve-se concluir que a técnica da declaração da nulidade ou a cassação é, fundamentalmente, inepta para solver os problemas decorrentes da chamada omissão inconstitucional, isto é, daqueles casos em que se identifica um imediato *dever constitucional de legislar (Verfassungsauftrag).* Tal como já afirmado pela Corte Constitucional alemã, não se declara a nulidade de uma lei pelo fato de não contemplar determinada norma.[72]

Tal constatação fez com que a Corte Constitucional alemã desenvolvesse a chamada declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), destinada, inicialmente, a superar a inconstitucionalidade da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (willkürlicher Begünstigungsausschluss)*[73] e a *inconstitucionalidade por omissão.*[74]

[67] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (354).
[68] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 347 (354).
[69] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Werner Weber, p. 345 (354).
[70] Cf., sobre o assunto, Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (354).
[71] Ipsen, Rechtsfolgen, p. 213 s.
[72] BVerfGE 22, 349 (360 s.).
[73] Cf., Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (348); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 109.
[74] Cf., sobre o assunto, 6, 257 (264); Pestalozza, "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol I, p. 526.

b) A Exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia

Abstraídos os casos de exigência constitucional inequívoca,[75] a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de uma nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade.[76] Assim, poderia ser objeto da declaração de nulidade, em sentido técnico, tanto a disposição que outorga o benefício, como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente por uma norma.[77]. *O Bundesverfassungsgericht* abstém-se de pronunciar a nulidade da norma, nesses casos, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia[78] e a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante.[79] Isso implicaria, nos casos em que a disposição se mostrasse aplicável apenas a determinado grupo, que, após a declaração de nulidade, nenhuma pretensão poderia ser dela derivada. Todavia, a cassação da norma que não contempla determinado grupo no seu âmbito de aplicação não assegura, por si só, o gozo do direito pretendido ao eventual postulante.

O Tribunal não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefícios.[80] Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, *"uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão"* (Steine statt Brot).[81].

c) A omissão legislativa

Ao lado da ofensa ao princípio da igualdade, a omissão legislativa assume relevo para fundamentar a declaração de *inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* na jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.[82] A declaração de nulidade é de excluir-se na ausência de ato normativo[83] ou, tal como formulado pelo *Bundesverfassungsgericht*, não se pode declarar a nulidade da lacuna.[84]

[75] Cf., também, BVerfGE 21, 329 (338, 343 f. 353); 22, 163 (174 s.), 27, 220 (230); 27, 364 (374); 27, 391 (399); 29, 283 (303); 39, 196 (204).

[76] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (348); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 109.

[77] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (349); Schneider, Funktion der Normenkontrolle, p. 174.

[78] Cf. BVerfGe 8, 28 (36 s.); 14, 308 (311 s.); 15, 46 (59 f.; 75 s.); 15, 121 (125 s.); 17, 122 (134 s.); 18, 257 (273); 18, 288 (301 s.); 21, 329 (337 s.; 353 s.) 22, 163 (174 s.); BVerfGE 22, 349 (359 s.); 26, 100 (110, 115); 26, 163 (171 s.); 27, 220 (230 s.); 27, 364 (374 s.); 28, 324 (361 s.); 29, 1 (10); 29, 57 (70 s.); 29, 71 (83); 29, 283 (303 s.); 31, 1. 87 s.); 32, 362 (362 s.); 37, 154; 37, 217; 38, 1 (22); 38, 41; 38, 61; 38, 213; 42, 176; 42, 369; 43, 58; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 47, 1; 48; 227; 56, 192; 62, 256; 63, 119; 67, 348; 71, 1; 71, 146; 71, 224.

[79] BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301 s.).

[80] Cf. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), p. 43 (83).

[81] Ipsen, Rechtsfolgen, p. 110; Ver, também, Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 52; Cf. também BVerfGE, 22, 349 (359); 25, 236 (246, 252); 32, 157 (163); 52, 369 (379); 56, 196 (215).

[82] Cf., a propósito BVerfGE 6, 257; 8, 1; 15, 46 (59); 18, 288 (301); 22, 349 (360); 23, 1 (11).

[83] Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 53 s.; Gusy, Gesetzgeber, p. 189.

[84] BVerfGE 22, 349 (360 s.); Cf., também, Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 53 s.

A omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar,[85] que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental, quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação.[86]

Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita.[87] Esses casos dizem respeito, v. g., às hipóteses em que o legislador não editou as regras, que, no contexto de um determinado complexo normativo, deveriam ter sido promulgadas.[88]

Embora exista, nesse caso, uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude,[89] seja porque o legislador foi omisso em proceder à complementação do complexo normativo,[90] seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada.[91]

d) Conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade

No modelo tedesco, as conseqüências da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* não podem ser inferidas diretamente da Lei o *Bundesverfassungsgericht.* Apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador o cuidado de disciplinar expressamente essas conseqüências. Nos termos do § 79, (1), do referido diploma, é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada nula ou *incompatível* com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional — mas não nula — não mais deve ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (*sentença penal condenatória*) praticados com base no diploma inconstitucional.[92]

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada.[93] Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "*casamentos mistos*", na qual o *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação sub-

[85] BVerfGE 6, 257 (264); Cf., também, Pestalozza, "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 526; cf. Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 13.
[86] BVerfGE 56, 54 (70 s..); 55, 37 (53); Hein, Unvereinbarerklärung, p. 57; BVerfG, Vorprüfungsausschuss, NJW 1983, 2.931 (Waldsterben).
[87] Lerche, AöR 90 (1965), p. 341 (352); Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 33; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, nº 285; Lechner, NJW 1955, p. 181 s.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz, entre outros, BVerfGG, 90, nº 121.
[88] Pestalozza, "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 519 (532).
[89] BVerfGe 21, 173, (183); 25, 236 (252); 30, 292 (332 s.); 31, 229 (242); 275 (291 s.); 34, 71 (80); 35, 79 (148); 39, 334 (375).
[90] BVerfGE 8, 28 (35); 13, 248 (260); 18, 288 (301); 31, 275 (291); 34, 71 (80).
[91] BVerfGe 15, 46 (75); 22, 349 (360 s.); 43, 58 (74); 52, 369 (379).
[92] Cf., Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschirft für Weber, p. 345; Ipsen, Rechtsfolgen, p. 218.
[93] BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101); Cf., Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, nº 281; Söhn, Anwendungspflicht, p. 61.

seqüente da lei inconstitucional, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*[94] *à declaração de nulidade.* Segundo o entendimento firmado nessa decisão, *a lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar),* mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada.[95] Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional.[96]

O Tribunal deixou assente, nessa decisão, que são idênticos os efeitos da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* e da declaração de nulidade.[97] Essa formulação foi reiterada em outras decisões.[98]

Evidentemente, tal fórmula revela-se equívoca. Se plenamente válida, ela tornaria supérfula a *declaração inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.*[99] A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a ordem que ela contém para que o legislador aja prontamente demonstram que o *Bundesverfassungsgericht* considera que, nesse caso, a lei inconstitucional subsiste, pelo menos para o efeito de evitar que o direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional ou para obviar o surgimento de um *"vácuo jurídico".*[100]

São três pelo menos as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade;

(1) dever de legislar;

(2) suspensão de aplicação da lei inconstitucional;

(3) eventual aplicação da lei inconstitucional.

A obrigação de eliminar prontamente a situação inconstitucional configura, sem dúvida, a menos controvertida conseqüência da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.*[101] Constitui tarefa do legislador empreender os esforços necessários para restabelecer o estado de constitucionalidade, seja através da colmatação de eventual lacuna, seja através da supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada.[102]

[94] BVerfGE 37, 217 (262).
[95] BVerfGE 37, 217 (261).
[96] BVerfGE 37, 217 (261); Cf., também, BVerfGE 61, 319 (356).
[97] BVerfGE 37, 217 (262).
[98] BVerfGE 55, 100 (110).
[99] Rupp, H.H., Art. 3 GG als Massstab verfassungsgerichtlincher Gesetzskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, II, p. 364 (387-388); Schlaich, Das Bundesverassungsgericht, p. 175-176; Schneider, Funktion der Normenkontrolle, p. 187.
[100] Cf., a propósito, Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 176; Ipsen, Rechtsfolgen, p. 218-219.
[101] Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.) BVerfGE 37, 217 (262); 51, 1 (28); BVerfGE 57, 361 (388); Cf., a propósito, Ipsen, Rechtsfolgen, p. 211-213; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 172; Gusy, Gesetzgeber, p. 191; Hein, Unvereinbarerklärung, p. 168 s.; Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, Festschrift für Faller, p. 53 (54 s.); Gerontas, DVBl. 1982, p. 486 (488); Heussner, NJW 1982, p. 257; Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 362; Schneider, Funktion der Normenkontrolle, p. 162.
[102] Schlaich, Das Bundersverfassungsgericht, p. 172; Hein, Unvereinbarerklärugn, p. 169; Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Festschrift für Faller, p. 53 (54); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 212.

Tal como a declaração de nulidade, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte dispositiva do julgado.[103] Essa orientação colhe em geral aplausos na doutrina.[104] A lei declarada inconstitucional não dispõe, portanto, de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais.[105] Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional.[106]

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados *"casamentos mistos"*,[107] tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um *vácuo legislativo*. O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.[108]

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico.[109]

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional — mas que não teve a sua nulidade reconhecida — é legítima, quando exigida pela própria Constituição.[110] Inexiste princípio geral sobre aplicação subseqüente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso.[111]

4. *Reflexões sobre o desenvolvimento da declaração de incostitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro*

a) Considerações Preliminares

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemáti-

[103] BVerfGE 37, 217 (261).
[104] Gerontas, 1982, DVBl. 1988, p. 486 (488 s..); Heussner, Hermann, NJW 1982, p. 257 (258); Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 97; Geiger, in: Festagabe für Maunz, Theodor, p. 136; Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 31 (nota 3); Maunz, Theodor, BayVBl. 1980, p. 518; Jekewitz, DVBl. 1981, p. 1.148; Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (362); Pestalozza, "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 526; Skouris, Teilnichtigkeit, p. 55; Ulsamer, Gerhard, in: Maunz, entre outros, BVerfGG, 78, nº 33; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 172; Stern, Klaus, Staatsrecht, II, p. 1.041.
[105] Cf., a propósito, Maunz, in: Maunz, Theodor, dentre outros, BVerfGG § 31 nº 37; Ipsen, Rechtsfolgen, p. 217-218; Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, p. 345 (362).
[106] Ipsen, Rechtsfolgen, p. 218; Maurer, Zur Verfassungsvidrigerklärung, p. 345 (362).
[107] BVerfGE 37, 217.
[108] BVerfGE 61, 319 (356).
[109] Pestalozza, "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht uns Grundgesetz, I, p. 565-566.
[110] Cf., a propósito, Hein, Unvereinbarerklärung, p. 192.
[111] Cf., a propósito, Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 180; Hein, Unvereinbarerklärung, p. 194.

co da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade,* na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *"omissão do legislador"*. O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injução sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de 30 dias.

A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de *direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador.*

É de assinalar-se, porém, que tanto a introdução de processo especial destinado a garantir direitos subjetivos, quanto a adoção de um processo de controle abstrato da omissão estão a demonstrar que o constituinte brasileiro partiu de uma precisa distinção entre a ofensa constitucional através de atividade positiva do legislador e a afronta constitucional resultante da omissão.

É fácil ver que a tentativa de proceder-se a essa rigorosa diferenciação esbarra em obstáculos sérios.[112]

Se se considerar que, após algum tempo, o legislador terá editado as leis mais relevantes exigidas expressamente no texto constitucional, não há como deixar de reconhecer que os casos significativos de omissão passarão a ser aqueles referentes à execução insatisfatória ou imperfeita de dever constitucional de legislar (*omissão parcial*), seja porque o legislador editou norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador.[113] É certo, pois, que, com a ressalva de alguns casos especiais, não mais se encontrará uma *omissão pura* do legislador. Não há como negar que o cumprimento imperfeito ou insatisfatório de uma determinada exigência constitucional configura ofensa ao dever que o constituinte impôs ao legislador.[114]

A afirmação de que o legislador não satisfez determinada exigência constitucional contém, normalmente, censura ou crítica ao direito positivado.[115] Vê-se, pois, que a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador — mesmo nesses processos especiais no controle da omissão, como o mandado de injunção e o controle abstrato da omissão — contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei.[116] Portanto, a distinção imprecisa entre a ofensa cons-

[112] Erichsen, Staatsrecht uns Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 169-170.
[113] Cf. a propósito, Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 33; Lerche, AöR 90 (1965), p. 341 (352).
[114] Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, p. 169; Gusy, Gesetzgeber, p. 152; Schneider, Funktion der Normenkontrolle, p. 148.
[115] Lerche, AöR 90 (1965), S. 341 (352); Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgericht Grundgesetz, 78 nº 22, nº 3; cf. a propósito BVerfGE 1, 101; 6, 257 (264), 8, 1 (10).'
[116] Cf. BVerfGE 8, 1 (10); 22, 349 (360).

titucional praticada através de uma atividade do legislador ou mediante eventual omissão[117] leva, necessariamente, a uma *relativização* do significado processual-constitucional desses instrumentos, concebidos especialmente para defesa da ordem constitucional e de direitos subjetivos contra eventual inércia do legislador.

Assim, pode-se afirmar que, de uma perspectiva estritamente processual, situa-se a problemática principal da omissão legislativa menos da necessidade de instituição de processos para o controle dessa modalidade de ofensa constitucional, do que no desenvolvimento de formas adequadas de decisão para superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa, mesmo nos processos tradicionais de controle de normas.

Como a ofensa inconstitucional resulta aqui da ausência de normas, não se pode eliminar a inconstitucionalidade, salvo em casos excepcionais, através da declaração de nulidade. Essa técnica jurídico-processual foi concebida, fundamentalmente, para superar a ilegitimidade de atos restritivos de direitos individuais.[118]

Nesse sentido, teve o *Bundesverfassungsgericht* oportunidade de constatar, já no começo de sua judicatura, que não estava autorizado a editar norma para o caso concreto ou de substituir-se ao legislador, determinando qual disposição ele deveria editar.[119] Também o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar a inadmissibilidade da edição de normas concretas ou de normas gerais por parte do Tribunal, uma vez que tal prática não se revelaria compatível com os princípios constitucionais da democracia e da divisão dos poderes.[120]

Se não se colocam, em princípio, razões jurídicas contra eventual aferição de ofensa à Constituição decorrente de omissão parcial do legislador, no processo de controle de normas incidental ou principal, seria lícito imaginar que esse tipo de ofensa poderia ser impugnado inclusive no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. A aceitação desse entendimento levaria a admitir que a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* poderia constituir nova modalidade de decisão no processo de controle de normas.[121]

b) Suspensão de aplicação da lei inconstitucional

Abstraídos os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria dos casos de omissão do legislador, de uma *lacuna da lei* ou especialmente, de uma *exclusão de benefício incompatível com o princípio de igualdade.*[122]

[117] Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, II, p. 129-170; Pestalozza, "Noch verfassungsmäßige", in: Bundesverfassungsgericht Grundgesetz, vol. I, p. 519 (526, 530).

[118] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (354); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 214.

[119] BVerfGE 6, 257 (264), 8, 1 (19); a propósito v. também Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 20, III, nº 13.

[120] MI nº 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 133, p. 11s.

[121] Cf. Gusy, Gesetzgeber, p. 152, nota 34.

[122] Embora na doutrina os casos de *"exclusão incompatível com o princípio da igualdade"* sejam considerados exemplos típicos de *lacuna* da lei (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, p. 359; Canaris, die Feststellung von Lücken im Gesetz, p. 81; Jülicher, Verfassungsbeschwerde, p. 29; Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, p. 345 (352), vem-se ressaltando, há algum tempo, que, nessas hipóteses, tem-se uma *relação normativa inconstitucional* (*verfassungswidrige Normrelation*) (Ipsen, Rechtsfolgen, p. 214).

É de indagar-se, ainda, se a regra que, por incompleta, é considerada inconstitucional, deve continuar a ser aplicada. Essa questão não foi contemplada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 107. Como ressaltado, o Tribunal limitou-se a constatar que de sua competência para julgar o mandado de injunção derivava também a faculdade para suspender os processos judiciais ou administrativos que, de alguma forma, afetassem a posição do impetrante. O dever das autoridades administrativas ou dos tribunais, cujos atos não foram diretamente impugnados pelo mandado de injunção, de suspender os processos de sua competência foi fundamentado pelo Tribunal, tanto quanto é possível inferir das considerações constantes do acórdão, com base na eficácia *erga omnes* de sua decisão.[123]

Embora o Tribunal tenha reconhecido expressamente que o *conceito de omissão envolvia não só a omissão total* do legislador, mas também a *omissão parcial,* não se posicionou sobre a situação jurídica que haveria de subsistir após a declaração da inconstitucionalidade. É provável mesmo que tenha deixado essa questão em aberto de forma consciente, porque, do contrário, teria dificuldades para sustentar a tese da aplicabilidade do mandado de injunção independentemente da edição de regras processuais adequadas.

Como não se cogita da cassação da lei defeituosa ou imperfeita, nos casos de omissão parcial, poder-se-ia afirmar que a situação anterior deveria subsistir até a edição das novas regras. Em favor dessa tese militaria o fato de que, tanto no mandado de injunção, quanto no processo do controle abstrato da omissão, se limita o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica. Poder-se-ia, portanto, sustentar que as normas antigas preservariam a sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente pelo acórdão que deu pela procedência da ação.

A concepção que advoga a tese de que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de omissão, limita-se a declarar a inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a idéia assente no direito brasileiro que considera nula a lei inconstitucional.[124] A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indicriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no direito alemão,[125] não pode ser qualquer lei, mas *lei compatível com a Constituição.*

O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60) não só ressaltam a diferença entre *lei e Constituição*

Entre nós, cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à lei nº 7.719, de 6 de janeiro de 1989 (ADIN nº 799-8, Relator: Ministro Néri da Silveira), na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1º da Constituição.

123 MI nº 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 133, p. 11s.

124 Rp nº 930, Relator: Ministro Djaci Falcão RTJ 87, p. 758; Rp. nº 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 95, p. 998.

125 Ipsen, Rechtsfolgen, p. 216.

e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias.[126]

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional,* também no direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais.[127]

A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional,[128] cláusula inexistente no direito brasileiro. Não se pode fundamentar a aplicação indiscriminada da lei apenas com a afirmação de que, na sitemática do controle da omissão, o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade de uma dada situação jurídica e a simples constatação da inconstitucionalidade, nos casos de omissão legislativa, resulta, como se pode depreender da firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht,*[129] das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional[130] e independe da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição.[131] Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa.[132]

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.

Contra a suspensão geral da aplicação da norma considerada inconstitucional poder-se-ia argumentar que o Tribunal somente está autorizado a aferir, no mandado de injunção, a inconstitucionalidade da omissão parcial que, de alguma forma, revelar-se afrontosa a um direito subjetivo constitucionalmente assegurado. Poder-se-ia dizer, ademais, que essa decisão, que produz efeitos apenas entre as partes não se pode extrair ou derivar uma suspensão geral da norma.

O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção, esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas.

A decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão, típico *processo objetivo,*[133] destinado, precipuamente, à preservação da Constituição, deveria ter, por sua própria natureza, eficácia *erga omnes.*

A posição do Supremo Tribunal Federal que reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes* merece ser acolhida. É de excluir-se, de plano, a idéia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão

126 Buzaid, Da Ação Direta, 1955, p. 131; Campos, F., Direito Constitucional, 1950, vol. I, p. 430-431.
127 Mendes, Gilmar Ferreira, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, Berlim, 1991, p. 197.
128 Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 149. Exemplo de *alternativa normativa* de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7 da Constituição austríaca.
129 BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.
130 Cf., a propósito, Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in: Festschrift für Weber, p. 345 (353, 360, 368).
131 Cf., na jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre controle de normas: BVerfGE 17, 210 (215); 44, 70 (88); 45, 376 (384); 47, 55; 48, 281; 63, 152 (166); 64, 158 (168), 64, 243 (247); BVerfGE 43, 154 (167).
132 Cf., a propósito, Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 168 s.
133 Cf. Mendes, Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos, 1990, p. 249.

deva ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processos objetivos*, não conhecem partes.[134] As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal,[135] devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral.[136] Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou imcompleta de dever constitucional do legislador, reconhece ele também a inconstitucionalidade de todo o complexo normativo impugnado com eficácia *erga omnes*. Definida a inconstitucionalidade, estão todos os órgãos estatais impedidos de praticar atos com base na regra considerada inconstitucional (CF, arts. 1º e 5º, § 1º).

Verifica-se, assim, que a constatação da inconstitucionalidade parcial, no processo de controle abstrato da omissão, deve ter como conseqüência, também no direito brasileiro, a *suspensão da aplicação* de todo o complexo normativo questionado.

Se se constata, com eficácia *erga omnes*, a omissão parcial, seja através da declaração da inconstitucionalidade, no controle abstrato da omissão, seja porque se empresta *força normativa* à decisão proferida no processo de mandado de injunção, fica o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio. Os órgãos estatais e a administração estão, igualmente, impedidos de aplicar a disposição, uma vez vinculados ao princípio do Estado de Direito (CF, arts. 1º e 5º, § 1º) e, por isso, obrigados a agir de forma legítima.

c) Aplicação da lei inconstitucional

Aceita a idéia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a *suspensão de aplicação* dos dispositivos impugnados, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.[137]

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um único exemplo há de explicar esse entendimento. Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a "*salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)*". Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário-mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas[138] — tal

[134] Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 168.

[135] Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin de 19.6.1974; in: DJ de 16.05.1977; p. 3.124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, in: DJ de 16.05.1977, p. 3.124; MI nº 107, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 28.11.1989.

[136] Sobre a problemática no Direito alemão, Cf. Goessl, Organstreitigkeiten, p. 45; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 105.

[137] Cf., sobre a problemática, no direito alemão, Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 172.

[138] A questão deixou de ser meramente acadêmica, uma vez que o PDT formulou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 8.419, de 7 de maio de 1992, que fixava o salário-mínimo em Cr$ 230.000,00 (ADIN nº 737, Relator: Ministro Moreira Alves).

como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht,* a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)*[139] —, que a lei que fixa o salário-mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional — assim como sua eventual cassação — acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui conseqüência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei,* mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição.[140] Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, deveria o legislador editar uma regra sobre suspensão de aplicação e legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. *De lege ferenda,* poder-se-ia cogitar do estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional.

Deve-se admitir, assim, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial, contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas *(Zweiaktverfahren).*[141]

d) Omissão legislativa e o controle abstrato de normas

Como amplamente enfatizado, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta. Nesses casos, que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte Constitucional alemã,[142] 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 judicial.[143]

[139] BVerfGE 8, 1 (19).
[140] Cf. sobre a problemática no Direito alemão, Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 168 s. e p. 172 s.
[141] Sobre esse conceito, Cf. Hoffmann-Riem, Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktverfahren, DVbl. 1971, p. 842.
[142] BVerfGE 15, 46 (76); 22, 329 (362); 23, 1 (10); 25, 101 (110); 32, 365 (372); 47, 1 (33); 52, 369 (379).
[143] Cf., a propósito, Gusy, Gesetzgeber, p. 152, nota 34.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas,[144] não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado,[145], essa omissão venha ser examinada no controle de normas.

Como no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da sua aferição no processo de controle de normas, ainda que abstrato.[146]

Tem-se, pois, aqui uma *relativa, mas* inequívoca *fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão.

Como demonstrado, a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminar da situação inconstitucional. Uma cassação aprofundaria, nos casos típicos de omissão do legislador, o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pelo *Bundesverfassungsgericht* em algumas decisões.[147]

Como referido, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade.[148] A introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no direito brasileiro.

Bibliografia

(A forma abreviada de citação utilizada no texto vem explicitada, sempre que imprescindível, entre parênteses)

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986.

Battis, Ulrich/Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª ed., Heidelberg, 1991.

Bryde, Brun-Otto, Verfassungsentwicklung, Stabiliät und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (cit.: Verfassungsentwicklung), Baden-Baden, 1982.

Buzaid, Alfredo, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro (cit.: Da Ação Direta), São Paulo, 1958.

Calabresi, Guido, Antidiscrimination and Constitutional Acountability, Harvard Law Review, vol. 105, p. 80.

Campos, Francisco Luiz da Silva, Direito Constitucional, Direito Constitucional, vol. I., Rio de Janeiro, 1956.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlim, 1964.

Canotinho, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, 1991.

_____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982.

Castro, Carlos Roberto de Siqueira, O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil, Rio de Janeiro, 1989.

144 Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 65.
145 Cf. Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 215 s.
146 Gusy, Gesetzgeber, p. 152.
147 Cf. Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 163 s. e 215 s.
148 Cf. Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 163 s. e 215 s.

Cooley, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations, 4ª ed. Boston, 1878.

Denninger, Erhard, Staatsrecht, Reinbeck bei Hamburg, 1973.

Dürig,in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3.

Erichsen, Hans-Uwe, Staatsrecht uns Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, 2ª ed., Munique, 1979.

Flad, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Brundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.

Friesenhahn, Ernst, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland (cit.: Verfassungsgrichtsbarkeit), Colônia, Berlim, Bonn, Munique, 1963.

Geiger, Willi, Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe für Theodor Maunz, Munique, 1971.

Genzmer, Felix, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, vol. II, 1932, p. 506 s.

Gerontas, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486.

Goessl, Manfred, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes (cit.: Organstreitigkeiten), Berlim, 1961.

Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundersverfassungsgericht (cit.: Gesetzgeber), Berlim, 1985.

Hein, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht (cit.: Unvereinbarerklärung), Baden-Baden, 1988.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (cit.: Grundzüge), 16ª ed., Heidelberg, 1988.

_____. A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.

Hessner, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, p. 257.

Heyde, Wolfgang, Gesetzgeberische Konsequenz aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, Munique, 1984, p. (53) 55.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktenverfahren, DVBl. 1971, p. 842.

Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt (cit.: Rechtsfolgen), Baden-Baden, 1980.

Jekewitz, Jürgen, Anmerkung zum Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8.10.1980, DVBl, p. 1.148.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2ª ed., 1905.

_____. Sistema dei Diritti Pubblici Subbjettivi, trad. ital. da 2ª ed. alemã, de Gaetano Vitagliano, Milão, 1912.

Jellinek, Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3ª ed., Leipzig e Berlim, 1927.

Jülicher, Friedrich, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen (cit.: Verfassungsbeschwerde), Berlim, 1972.

Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Caderno, 5, 1929, p. 30 s.

_____. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.

Klein, Hans H., Die Grundrechte im demokratischen Staat, Stuttgart, Berlim, Colônia, Mainz, 1972.

Krebs, Walter, Freiheitschutz durch Grundrechte, JURA, 1988, p. 617 s.

Kriele, Martin, Einführung in die Staatslehre, 2ª edição, Reinbeck bei Hamburg, 1981.

Larenz, karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5ª ed. Berlim, Heidelberg, Nova York, 1983.

Lechner, Hans, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 1955, p. 1.817.

Lerche, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen", AöR 90 (1965), p. 341.

Loewenstein, Karl, Teoría de la constitución. Trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona, 1976.

Maunz, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 31.

_____. Das verfassungswidrige Gesetz, BayVBl., 1980, p. 513.

Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlim, 1974, p. 345.

Mendes, Gilmar, Ferreira, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, Berlim, 1991.

_____. Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos, São Paulo, 1990.

Miranda, Pontes de, Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, tomo V, Rio de Janeiro, 1987.

Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechtlagen (zit.: "Noch verfassungsmäßige"), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, vol. I, p. 520.

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard, Grundrechte — Staatsrecht II, 4ª edição atualizada, Heidelberg, 1988.

Rupp, Hans Heinrich, Art 3 als Massstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol II, 1976, p. 364.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, Berlim, 1979.

Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München, 1985.

Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 90.

_____. in: Maunz, u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz — Kommentar zu 94.

Schneider, Bernd Jürgen, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze (cit.: Funktion der Normenkontrolle), Frankfurt am Main, 1988.

Skouris, Wassilios, Teilnichtigkeit von Gesetzen (cit.: Teilnichtigkeit), Berlim, 1973.

Söhn, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen? (cit.: Anwendungspflicht), Frankfurt am Main, 1974.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, Munique, 1980.

_____. Bonner Kommentar (2ª tiragem), art. 93.

Thoma, Richard, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, vol. II, 1932. p. 607 s.

Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 3.

Ulsamer, Gerhard, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 78.