

A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão

Ministro Gilmar Ferreira Mendes

1. Considerações Preliminares

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 obrigados¹. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, 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"*², 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 jurídicas³.

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

¹ HESSE. *Grundzüge*, cit., p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: JURA 1988, p. 617 (619).

² 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.

³ Cf. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 174; Ver, também, CANOTILHO. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1991, p. 548.

constitucionalmente assegurado⁴. 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)*⁵.

2. Direitos Fundamentais enquanto Direitos de Defesa

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*)⁶.

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.

3. 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 restritivas dos direitos de

⁴ Cf., HESSE. *Grundzüge*, cit., p. 118.

⁵ ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 179; Ver, também, CANOTILHO. *Direito Constitucional*, cit., p. 549.

⁶ Cf. BATTIS/GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 330.

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 fundamentais⁷. 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.

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.

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...*)⁸.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado⁹.

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*)¹⁰, 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 omissão¹¹.

7 Cf., sobre o assunto, KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (623); BATTIS E GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., p. 322 s.

8 KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (624).

9 KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (624).

10 Cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (624-5); ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 395 s.

11 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.

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 administrativas¹².

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 juridicamente¹³.

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 (*Zukunftsgestaltung*) 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 direito e política¹⁴.

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 criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "*reserva do possível*" ("*Vorbehalt des Möglichen*")¹⁵.

12 Cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (624-5); ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, 1986, p.395 s.

13 Cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (625).

14 Cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (625).

15 BVerfGE 33, 303 (333).

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.

4. 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*)¹⁶. A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" (*willkürlicher 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 grupo¹⁷; a exclusão de benefícios é explícita¹⁸ se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos¹⁹.

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação*²⁰. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa* ("*relative Verfassungswidrigkeit*") não no sentido de uma inconstitucionalidade menos

16 CANOTILHO. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 381-382.

17 Cf. BVerfGE 18, 288 (301); 22, 349 (360).

18 Cf. BVerfGE 25, 101.

19 Cf., a propósito, MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, in: *Festschrift für Weber*, p. 345 (349); IPSEN. *Rechtsfolgen*, p. 109; JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, p. 51 s.

20 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, in: *Festschrift für Weber, Albrecht*, p. 345 (354).

grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações ("*die Unterschiedlichkeit der Regelung*")²¹.

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 lesado²².

II A Tutela dos Direitos Fundamentais e as Técnicas de Decisão no Juízo de Constitucionalidade

1. 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*)²³, isto é, aquela situação em que a inconstitucionalidade não reside nesta ou naquela norma, mas na *disciplina normativa diferenciada* (*Unterschiedlichkeit der Regelung*)²⁴. Em outros termos, tem-se, nessa hipótese, a inconstitucionalidade de uma *relação normativa* (*verfassungswidrige Normrelation*)²⁵.

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

21 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (354).

22 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 347 (354).

23 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (354).

24 Cf., sobre o assunto, MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (354).

25 IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 213 s.

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 norma²⁶.

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*)²⁷ e a *inconstitucionalidade por omissão*²⁸.

2. A Exclusão de Benefício Incompatível com o Princípio da Isonomia

Abstraídos os casos de exigência constitucional inequívoca²⁹, 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 igualdade³⁰. 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 norma³¹. 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 isonomia³² e a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante³³. Isso implicaria, nos casos em que a disposição se mostrasse aplicável

26 BVerfGE 22, 349 (360 s.).

27 Cf., MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (348); IPSSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 109.

28 Cf., sobre o assunto, 6, 257 (264); PESTALOZZA. "*Noch verfassungsmässige*", in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol I, p. 526.

29 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).

30 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (348); Ipsen. *Rechtsfolgen*, cit., p. 109.

31 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (349); Schneider. *Funktion der Normenkontrolle*, cit., p. 174.

32 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.

33 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301 s.).

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 benefícios³⁴. 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*)³⁵.

3. 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 alemão³⁶. A declaração de nulidade é de excluir-se na ausência de ato normativo³⁷ ou, tal como formulado pelo *Bundesverfassungsgericht*, não se pode declarar a nulidade da lacuna³⁸.

A omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar³⁹, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental, quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação⁴⁰.

Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências

34 Cf. STARCK. *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, VVDStRL 34 (1976), p. 43 (83).

35 IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 110; Ver, também, JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 52; Cf. também BVerfGE, 22, 349 (359); 25, 236 (246, 252); 32, 157 (163); 52, 369 (379); 56, 196 (215).

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

37 JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 53 s.; GUSY. *Gesetzgeber*, cit., p. 189.

38 BVerfGE 22, 349 (360 s.); Cf., também, JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 53 s.

39 BVerfGE 6, 257 (264); Cf., também, PESTALOZZA. "*Noch verfassungsmässige*", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 526; cf. JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 13.

40 BVerfGE 56, 54 (70 s.); 55, 37 (53); HEIN. *Unvereinbarerklärung*, p. 57; BVerfG, *Vorprüfungsausschuss*, NJW 1983, 2931 (Waldsterben).

constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita⁴¹. 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 promulgadas⁴².

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 incompletude⁴³, seja porque o legislador foi omissivo em proceder à complementação do complexo normativo⁴⁴, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada⁴⁵.

4. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade e suas conseqüências

4.1 Considerações preliminares

No modelo tedesco, as conseqüências da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* não podem ser inferidas diretamente da Lei do *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 inconstitucional⁴⁶.

41 LERCHE, AöR 90 (1965), p. 341 (352); JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., 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.

42 PESTALOZZA. "Noch verfassungsmässige", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 519 (532).

43 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).

44 BVerfGE 8, 28 (35); 13, 248 (260); 18, 288 (301); 31, 275 (291); 34, 71 (80).

45 BVerfGE 15, 46 (75); 22, 349 (360 s.); 43, 58 (74); 52, 369 (379).

46 Cf., MAURER. *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung*, cit., p. 345; IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 218.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada⁴⁷. 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 subsequente da lei inconstitucional, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*⁴⁸ 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 aplicada⁴⁹. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional⁵⁰.

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*⁵¹. Essa formulação foi reiterada em outras decisões⁵².

Evidentemente, tal fórmula revela-se equívoca. Se plenamente válida, ela tornaria supérflua a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*⁵³. 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*"⁵⁴.

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

47 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101); Cf. STERN. *Bonner Kommentar*, Art. 93, nº 281; SÖHN. *Anwendungspflicht*, p. 61.

48 BVerfGE 37, 217 (262).

49 BVerfGE 37, 217 (261).

50 BVerfGE 37, 217 (261); Cf., também, BVerfGE 61, 319 (356).

51 BVerfGE 37, 217 (262).

52 BVerfGE 55, 100 (110).

53 RUPP, H.H. *Art. 3 GG als Massstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, p. 364 (387-388); SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 175-176; SCHNEIDER. *Funktion der Normenkontrolle*, cit., p. 187.

54 Cf., a propósito, SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 176; IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 218-219.

(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 consequência da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*⁵⁵. 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 declarada⁵⁶.

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 julgado⁵⁷. Essa orientação colhe em geral aplausos na doutrina⁵⁸. A lei declarada inconstitucional não dispõe, portanto, de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais⁵⁹. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional⁶⁰.

55 Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.); BVerfGE 37, 217 (262); 51, 1 (28); BVerfGE 57, 361 (388); Cf., a propósito, IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 211-213; SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 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*, cit., p. 362; Schneider. *Funktion der Normenkontrolle*, cit., p. 162.

56 SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 172; HEIN. *Unvereinbarerklärung*, cit., p. 169; Heyde. *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen*, in: Festschrift für Faller, p. 53 (54); IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 212.

57 BVerfGE 37, 217 (261).

58 GERONTAS, 1982, DVBl. 1988, p. 486 (488 s.); HEUSSNER, HERMANN, NJW 1982, p. 257 (258); JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 97; GEIGER, in: Festgabe für MAUNZ, Theodor, p. 136; LEIBHOLZ/RUPPRECHT, BVerfGG, § 31 (nota 3); MAUNZ, Theodor, BayVBl. 1980, p. 518; JEKEWITZ, DVBl. 1981, p. 1148; MAURER, Hartmut. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., 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. 1041.

59 Cf., a propósito, MAUNZ, in: MAUNZ, Theodor, dentre outros, BVerfGG § 31 nº 37; IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 217-218; MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung*, p. 345 (362).

60 IPSEN. *Rechtsfolgen*, p. 218; MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, p. 345 (362).

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*"⁶¹, 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 existente⁶².

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico⁶³.

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 Constituição⁶⁴. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso⁶⁵.

4.2 O Desenvolvimento da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade no Direito Brasileiro

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático 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 injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e

61 BVerfGE 37, 217.

62 BVerfGE 61, 319 (356).

63 PESTALOZZA. "*Noch verfassungsmässige*", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 565-566.

64 Cf., a propósito, HEIN. *Unvereinbarerklärung*, p. 192.

65 Cf., a propósito, SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 180; HEIN. *Unvereinbarerklärung*, p. 194.

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 sérios⁶⁶.

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 legislador⁶⁷. 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 legislador⁶⁸.

66 ERICHSEN. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. II, p. 169-170.

67 Cf. a propósito, JÜLICHER. *Verfassungsbeschwerde*, p. 33; Lerche, AöR 90 (1965), p. 341 (352).

68 SCHENKE. *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, p. 169; GUSY. *Gesetzgeber*, p. 152; SCHNEIDER. *Funktion der Normenkontrolle*, p. 148.

A afirmação de que o legislador não satisfaz determinada exigência constitucional contém, normalmente, censura ou crítica ao direito positivado⁶⁹. 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 lei⁷⁰. Portanto, a distinção imprecisa entre a ofensa constitucional praticada através de uma atividade do legislador ou mediante eventual omissão⁷¹ 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 individuais⁷².

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 editar⁷³. Também o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar a inadmissibilidade da edição de normas concretas ou de normas gerais por parte do

69 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).

70 Cf. BVerfGE 8, 1 (10); 22, 349 (360).

71 ERICHSEN. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, II, p. 129-170; PESTALOZZA. "Noch verfassungsmäßige", in: *Bundesverfassungsgericht Grundgesetz*, vol. I, p. 519 (526, 530).

72 MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (354); IPSEN. *Rechtsfolgen*, p. 214.

73 BVerfGE 6, 257 (264), 8, 1 (19); a propósito v. também HERZOG, in: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Art. 20, III, nº. 13.

Tribunal, uma vez que tal prática não se revelaria compatível com os princípios constitucionais da democracia e da divisão do poderes⁷⁴.

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 normas⁷⁵.

4.3 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 da igualdade*⁷⁶.

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 decisão⁷⁷.

74 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 s.

75 Cf. GUSY. *Gesetzgeber*, p. 152, nota 34.

76 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). 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 799-8, Relator: Ministro Néri da Silveira), na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1º da Constituição.

77 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 s.

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 inconstitucional⁷⁸. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada 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 alemão⁷⁹, 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

78 Rp. 930, Relator: Ministro Djaci Falcão RTJ 87, p. 758; Rp. 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 95, p. 998.

79 IPSEN. *Rechtsfolgen*, cit., p. 216.

Constituição e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias⁸⁰.

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional*, também no direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais⁸¹.

A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional⁸², cláusula inexistente no direito brasileiro. Não se pode fundamentar a aplicação indiscriminada da lei apenas com a afirmação de que, na sistemática 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*⁸³, das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional⁸⁴ e independe da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição⁸⁵. Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa⁸⁶.

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

80 BUZAID. *Da Ação Direta*, 1955, p. 131; CAMPOS, F. *Direito Constitucional*, 1950, vol. I, p. 430-431.

81 MENDES, Gilmar Ferreira. *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Berlim, 1991, p. 197.

82 MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 149. Exemplo de alternativa normativa de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7 da Constituição austríaca.

83 BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.

84 Cf., a propósito, MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung*, cit., p. 345 (353, 360, 368).

85 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).

86 Cf., a propósito, MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 168 s.

forma, revele-se afrontosa a um direito subjetivo constitucionalmente assegurado. Poder-se-ia dizer, ademais, que dessa 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*⁸⁷, 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 deva ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processos objetivos*, não conhecem partes⁸⁸. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal⁸⁹, devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral⁹⁰. Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta do dever constitucional de legislar, 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

87 Cf. MENDES. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p.249.

88 MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 168.

89 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin de 19.6.1974; *in*: DJ de 16.05.1977; p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, *in*: DJ de 16.05.1977, p. 3124; MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 28.11.1989.

90 Sobre a problemática no Direito alemão, Cf. GOESSL. *Organstreitigkeiten*, p. 45; Friesenhahn. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 105.

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.

4.4 Aplicação de 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 constitucional⁹¹.

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um único exemplo há de explicitar 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 normas⁹² - tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)⁹³ -, 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.

91 Cf., sobre a problemática, no direito alemão, MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 172.

92 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 737, Relator: Ministro Moreira Alves).

93 BVerfGE 8, 1 (19).

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui consequência 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 Constituição⁹⁴. 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*)⁹⁵.

4.5 Omissão Legislativa Parcial e a Fungibilidade (Relativa) entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão

Como amplamente enfatizado, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o

94 Cf. sobre a problemática no Direito alemão, MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 168 s. e p. 172 s.

95 Sobre esse conceito, Cf. HOFFMANN-RIEM. *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktverfahren*, DVbl. 1971, p. 842.

satisfaz de forma incompleta. Nesses casos, que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁹⁶, 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 judicial⁹⁷.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas⁹⁸, não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado⁹⁹, 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 abstrato¹⁰⁰.

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

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn nº 526, oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição¹⁰¹.

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

Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade.

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

97 Cf., a propósito, GUSY. *Gesetzgeber*, p. 152, nota 34.

98 FRISENHAHN. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 65.

99 Cf. MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 215 s.

100 GUSY. *Gesetzgeber*, p. 152.

101. ADIn n. 526, Relator: Ministro Sepúlveda PERTENCE,; RTJ n.145, p. 101 (112-113).

Em julgado mais moderno, também relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que não caberia à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Tratava-se de argüição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, *ao não reconhecer a não incidência do imposto (IPMF) apenas quanto a movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas, estaria impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras de movimentação e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamentos a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão de obra e serviços necessários à confecção do jornal (...)*¹⁰².

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

Também na ADIn 1458, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, reiterou o Supremo Tribunal Federal essa orientação, como se pode depreender da leitura da ementa do acórdão, verbis:

"SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL.

- A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral

102. ADIn n. 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 08.04.94.

103. ADIn n. 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 08.04.94.

de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

- *A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*

- *As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.*

-

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

- *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.*

- *A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional¹⁰⁴.*

¹⁰⁴ ADIn n. 1458, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

Ao contrário do afirmado nas referidas decisões, o problema, tal como já amplamente enfatizado, não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma dada situação normativa.

Em se tratando de omissão parcial, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (*declaração de nulidade*) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

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 inconstitucionalidade¹⁰⁵. 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.

105 Cf. MENDES. *Die abstrakte Normenkontrolle*, p. 163 s. e 215 s.

4.6 Cabimento de cautelar no processo de controle da omissão

Se se admite que um dos possíveis efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade há de ser a suspensão de aplicação da lei inconstitucional até a deliberação do órgão legislativo, não se afigura despropositado cogitar-se da suspensão prévia da aplicação da norma, em sede de cautelar, permitindo que o Tribunal, desde logo, advirta o legislador sobre os riscos quanto à aplicação da disposição questionada.

Ao revés, tudo está a indicar que sempre que o Tribunal puder constatar que, no caso de eventual declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, afigura-se recomendável a suspensão de aplicação da lei inconstitucional, poderá ele, presentes os requisitos para concessão da cautelar, deferir a medida solicitada.

Portanto, aceita a tese concernente à fungibilidade (relativa) entre as ações diretas de inconstitucionalidade e a ação direta por omissão, especialmente no que se relaciona com a chamada "omissão parcial", e admitida a necessidade de adoção de uma técnica de decisão diferenciada (declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade), parece que se haverá de aceitar, igualmente, a possibilidade de que o Tribunal possa deferir providências cautelares, no controle da omissão, desde que essa decisão seja compatível com o pronunciamento que venha eventualmente a proferir (declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, com a suspensão de aplicação da norma).

Em verdade, em muitos casos de omissão parcial, a suspensão cautelar da aplicação da lei afigura-se quase obrigatória para evitar o aprofundamento do estado de inconstitucionalidade.

É o que se verifica em muitas hipótese de lesão ao princípio da isonomia, especialmente na exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. A preservação da aplicação da lei defeituosa acabará por perpetuar ou estender de maneira indefinida a situação irregular, tornando extremamente difícil a superação do estado de inconstitucionalidade mediante a supressão da vantagem ou do benefício concedido, que, como se sabe, constitui uma das formas de eliminação da ofensa constitucional (ver/ Sepúlveda Pertence – 28.86).