Número 13 – janeiro/fevereiro/março de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DA NULIDADE E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CARÁTER RESTRITIVO OU LIMITATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), Doutor em Direito pela Universidade de Münster
.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2.1 - Considerações preliminares. 2.2 - O caráter *obrigatório* ou *mandamental* da decisão proferida no mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão. 3 - Reflexões conceptuais. 3.1 - Considerações preliminares. 3.2 - A decisão do Supremo Tribunal Federal que dá pela procedência da ação no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão ajuizada em caso de omissão parcial do legislador. 4 - Aplicação da lei inconstitucional. 5 - Omissão legislativa e o controle abstrato de normas. 6 - A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo. 6.1 - Considerações Preliminares. 6.2 - A Limitação de efeitos e o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999. 6.3 - A declaração de inconstitucionalidade restritiva e sua repercussão sobre as decisões proferidas nos casos concretos.

1. INTRODUÇÃO

A *declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou sem a pronúncia da nulidade* não expressa, propriamente, um *novum* no Direito Constitucional brasileiro. Já em 1946 adotara o constituinte modalidade de decisão na qual o Tribunal deveria limitar-se, no processo preliminar da intervenção federal, a constatar eventual ofensa aos chamados princípios sensíveis (Constituição de 1946, art. 7º, VII, c/c art. 13). Disposição idêntica foi incorporada à Constituição de 1967/69 (art. 10, VII, em c/c o art. 11, § 2º) e à Constituição de 1988 (art. 34, VII, c/c o art. 36, IV e § 3º), que previram a *representação interventiva* tanto para a preservação dos chamados princípios sensíveis, quanto para a garantia da execução da lei federal.

Tal como estabelecido na Constituição vigente, o Tribunal deve limitar-se a declarar a inconstitucionalidade da providência ou da omissão de determinado Estado-Membro. A providência impugnada não pode ser cassada ou suspensa, uma vez que a suspensão do ato do Governo estadual há de ocorrer mediante providência do Presidente da República dentro de contexto

do processo interventivo[1] (CF, art. 36, § 3º, RISTF, art. 175).

Não existe a menor dúvida na doutrina de que essa decisão faz coisa julgada. O próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal admite-o expressamente, quando afirma que a comunicação oficial ao Presidente da República sobre a procedência da *representação interventiva* somente há de ocorrer após o trânsito em julgado da decisão (RISTF, art. 175). Essa decisão vincula as partes envolvidas — a União, representada pelo Procurador-Geral da República e o Estado, representado pelo órgão competente. A decisão final não opera efeitos *erga omnes* e permite, como formulado pelo Supremo Tribunal Federal, *"(como elo de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) (...) ao Presidente da República suspender a execução do ato impugnado"*[2]. A decisão judicial, no caso de ato normativo do Estado, não afeta, portanto, a existência do ato impugnado.

Há de se considerar, pois, que a decisão proferida na *representação interventiva* configura sentença meramente declaratória da existência de violação constitucional, dispondo o Supremo Tribunal Federal aqui de limitado poder de censura. Todavia, o ente federado que teve o ato ou omissão declarado inconstitucional está obrigado a empreender as medidas necessárias para o cumprimento da decisão, seja através da revogação das medidas consideradas inconstitucionais, seja mediante a expedição dos atos necessários à execução das leis federais. A execução da intervenção federal através do Presidente da República somente deverá ocorrer se o Estado-Membro mostrar-se recalcitrante na execução da decisão[3].

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (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 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 trinta dias.

Tal como já afirmado, essa questão ganhou nova dimensão prática com a admissão da declaração de inconstitucionalidade com eficácia restrita (art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999).

---

[1] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, *com a Emenda n. 1 de 1969*, v. 2, p. 257; Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 222 e s.

[2] RE 92.169, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 103, p. 1113.

[3] Cf., a propósito, Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições brasileiras*, v. 3, p. 78-9; J. A. Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 53.

2. AS DECISÕES PROFERIDAS NO MANDADO DE INJUNÇÃO E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

2.1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras[4]. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão[5]. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes[6].

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa[7]. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que, se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção[8]. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, v.g., o pagamento do seguro-desemprego[9].

É interessante registrar a manifestação do ilustre processualista Calmon de Passos a propósito do tema:

> *"Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve*

---

[4] Manoel Antonio Teixeira Filho, Mandado de injunção e direitos sociais, *LTr* n. 53, 1989, p. 323; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 277.

[5] J.A. Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 389-90.

[6] J.J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo*, *mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 124.

[7] J.J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 124.

[8] J.J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 112-3.

[9] J.J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 112-3.

> *a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. Também seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir-se do caráter de pessoalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa. A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral"*[10].

Uma segunda corrente entende que o mandado de injunção destina-se, tão-somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível[11]. Segundo esse entendimento, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter obrigatório ou mandamental[12].

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal, o que acabou por obrigá-lo, num curto espaço de tempo, a apreciar não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

2.2 - O CARÁTER OBRIGATÓRIO OU MANDAMENTAL DA DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE INJUNÇÃO E NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DA OMISSÃO

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar pela primeira vez as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão na decisão de 23 de novembro de 1989.

O mandado de injunção havia sido proposto por Oficial do Exército contra o Presidente da República que, segundo se alegava, não teria

---

[10] J.J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 112.

[11] Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, p. 57; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 359.

[12] Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, p. 141.

encaminhado, tempestivamente, ao Congresso Nacional, Projeto de Lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição (art. 42, § 9º). O impetrante havia prestado serviço por nove anos e seria compelido a passar para a reserva ao implementar o décimo ano, se fosse aplicada a legislação pré-constitucional. Daí ter requerido a promulgação da norma prevista constitucionalmente. Ao lado desse pleito principal, requereu ele, igualmente, a concessão de liminar que garantisse o seu *status* funcional até à pronúncia da decisão definitiva.

A inexistência de regras processuais específicas exigia, tal como já enunciado, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão-somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.

A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada. A regra concreta deveria ser excluída em determinados casos, como decorrência da natureza especial de determinadas pretensões, v. g., daquelas eventualmente derivadas dos postulados de direito eleitoral[13]. Tanto em relação a uma norma concreta, quanto em relação a normas gerais proíbe-se que a coisa julgada possa vir a ser afetada mediante lei posterior (art. 5º, XXXVI). Como essas decisões judiciais haveriam de transitar em julgado, não poderia a lei, posteriormente editada, contemplar questões que foram objeto do pronunciamento transitado em julgado[14].

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de poderes e com o princípio da democracia[15]. Como o modelo constitucional não continha norma autorizativa para o desempenho de uma atividade substitutiva do legislador, mediante a edição de regras autônomas pelo Judiciário, ainda que com vigência provisória, tal como recomendado por parte da doutrina, revelava-se esse resultado incompatível com a Constituição[16], tal como indicado por parte da doutrina.

Contra esse entendimento colocar-se-ia, igualmente, o princípio da reserva legal, constante do art. 5º, II, da Constituição, uma vez que essas regras gerais, que deveriam ser editadas pelos Tribunais, haveriam de impor obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei[17].

Por outro lado, a opinião dos representantes dessa corrente, que sustentavam a inadmissibilidade do mandado de injunção nos casos em que o exercício do direito subjetivo exigisse a organização de determinada atividade, instituição técnica ou em que fosse imprescindível a disposição de recursos

[13] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 e s.
[14] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (33).
[15] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (34).
[16] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (34-5).
[17] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (35).

públicos, acabaria por tornar quase dispensável[18] a garantia constitucional do mandado de injunção.

Após essas considerações, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (Constituição, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Como *omissão* deveria ser entendida não só a chamada *omissão absoluta* do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a *omissão parcial*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de *dever constitucional de legislar*[19].

Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado[20].

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção, tem caráter *obrigatório* ou *mandamental*. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Ter-se-ia aqui um exemplo daquela ação que Goldschmidt[21] houve por bem denominar *Anordnungsklagenrecht* (*ação mandamental*)[22].

Essa *ação mandamental* exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes*[23]. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando às decisões proferidas nesses processos idênticas conseqüências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão[24].

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que,

[18] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (32-3).
[19] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (31).
[20] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 33.
[21] James Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 2. ed., Berlim, 1932, § 15a, p. 61.
[22] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (35).
[23] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (38-9).
[24] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (38-9).

enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico[25].

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança[26], enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança[27].

Em resumo, pode-se afirmar que:

1) os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida;

2) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;

---

[25] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (38-9).
[26] Sobre o mandado de segurança, cf. acima Título II, Capítulo I, II, 4.
[27] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (39).

3) a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, não tendo diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;

4) é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com vistas a assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legitima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

3. REFLEXÕES CONCEPTUAIS

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

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[28].

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[29]. 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[30].

---

[28] Erichsen, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, v. 2, p. 169-70.

[29] Cf., a propósito, Jülicher, *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, p. 33; Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den “nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen”, *AöR* 90 (1965), p. 341 (352).

[30] Schenke, *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, p. 169; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152; Schneider, *Funktion der Normenkontrolle*,

A afirmação de que o legislador não satisfez determinada exigência constitucional contém, normalmente, censura ou crítica ao direito positivado[31].

Vê-se, pois, que a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador — mesmo nesses processos especiais de controle da omissão, como o mandado de injunção e o controle abstrato da omissão — contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei[32]. Portanto, a distinção imprecisa entre a ofensa constitucional praticada através de uma atividade do legislador ou mediante eventual omissão[33] 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 na 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[34].

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[35]. 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[36].

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

---

p. 148.

[31] Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen", *AöR* 90 (1965), p. 341 (352); Ulsamer, in Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 78, n. 22, nota de rodapé n. 3. Cf., a propósito, *BVerfGE* 1, 101; 6, 257 (264), 8, 1 (10).

[32] Cf. *BVerfGE* 8, 1 (10); 22, 349 (360).

[33] Erichsen, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, v. 2, p. 129-70; Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1, p. 519 (526, 530).

[34] Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, *Festschrift für Werner Weber*, p. 345 (354); Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 214.

[35] *BVerfGE* 6, 257 (264); 8, 1 (19); a propósito, ver, também, Herzog, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 20, III, n. 13.

[36] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 e s.

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[37].

Antes de arrostar essa questão, cumpre analisar o significado e o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal que dá pela procedência da ação no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.2 - A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DÁ PELA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO E NO CONTROLE ABSTRATO DA OMISSÃO AJUIZADA EM CASO DE OMISSÃO PARCIAL DO LEGISLADOR

Abstraídos os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria das hipóteses, de omissão parcial do legislador, isto é, de uma *lacuna da lei* ou, especialmente, de uma *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*[38].

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 MI 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[39].

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

---

[37] Cf. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152, nota 34.

[38] Embora na doutrina os casos de *exclusão de benefício 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 der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 214). Entre nós, ver ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei n. 7.719, de 6-1-1989 (ADIn 799-8, Relator: Ministro Néri da Silveira), na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1.º, da Constituição

[39] MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 e s.

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 tese segundo a qual, 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[40]. 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 alemão[41], 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* e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias[42].

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional*, também no Direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais[43].

A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional[44], disposição 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*[45], das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional[46],

---

[40] Rp. 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, *RTJ* n. 87, p. 758; Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 95, p. 998.

[41] Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 216.

[42] Buzaid, *Da ação direta*, 1955, p. 131; F. Campos, *Direito constitucional*, 1950, v. 1, p. 430-1.

[43] Cf., *supra*, Título IV, Capítulo III, II, 2.

[44] Cf. Título IV, Capítulo II, II, 1. Exemplo de *alternativa normativa* de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

[45] *BVerfGE* 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.

[46] Cf., a propósito, Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, in *Festschrift für Werner Weber*, p. 345 (353, 360, 368).

independentemente da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição[47]. Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa[48].

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 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*[49], 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 partes[50]. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal[51], devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral[52]. Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta de 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).

---

[47] 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).

[48] Cf., *supra*, Título IV, Capítulo II, III, 4, 4.3.

[49] Cf., *supra*, Título III, Capítulo II, II, 2, 2.3.

[50] Cf., *supra,* Título III, Capítulo II, II, 2, 2.3.

[51] Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin de 19-6-1974, *DJ*, 16 maio 1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, *DJ*, 16 maio 1977, p. 3124; MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 133, p. 11 (38-9).

[52] Sobre a problemática no Direito alemão, cf. Goessl, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*, p. 45; Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 105.

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.

4. 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[53].

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. 7.º, 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[54] — tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)[55] —, de 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.

---

[53] Cf., sobre a problemática, no Direito alemão, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.4.

[54] A questão deixou de ser meramente acadêmica, uma vez que o PDT formulou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n. 8.419, de 7-5-1992, que fixava o salário mínimo em Cr$ 230.000,00 (ADIn 737, Relator: Ministro Moreira Alves).

[55] *BVerfGE* 8, 1 (19).

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[56]. 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[57].

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*)[58].

5. 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[59], é de se admitir tanto um controle principal ou direto, como um controle incidental, uma vez que existe aqui norma que pode

[56] Cf., sobre a problemática, no Direito alemão, *supra*, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.4.

[57]. De certa forma, o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, veio regular a matéria, prevendo, expressamente, a possibilidade de o Tribunal limitar os efeitos da decisão ou de declarar a inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*.

[58] Sobre esse conceito, cf. Hoffmann-Riem, Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktverfahren, *DVBl*. 1971, p. 842.

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

ser objeto de exame judicial[60].

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas[61], não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado[62], essa omissão venha ser examinada no controle de normas.

Dado que no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato[63].

Tem-se, pois, aqui uma *relativa,* mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos — o de controle de normas e o de controle da omissão — acabam por ter — formal e substancialmente — o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.[64]

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[65].

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[66].

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 (....)"[67].

---

[60] Cf., a propósito, Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152, nota 34.

[61] Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 65.

[62] Cf., *supra*, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.2 e Título IV, Capítulo III, V, 3, 3.1.

[63] Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152.

[64] Sobre o tema, vide passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar na ADin 526, contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, transcrito no item 2 do Capítulo III: "A nulidade *ipso jure* e *ex tunc*".

[65] Cf., *supra*, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.2 e Título IV, Capítulo III, V, 3, 3.1.

[66] Cf., *supra*, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.2

[67] ADIn 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, *DJ*, 8 abr. 1994

"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"[68].

Ao contrário do afirmado na referida decisão, o problema, tal como já amplamente enfatizado, não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outros casos, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, 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, em princípio licitamente, 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.

Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

É fácil ver, assim, que 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.

6. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CARÁTER LIMITATIVO OU RESTRITIVO

6.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A disposição contida no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, introduziu

[68] ADIn 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, *DJ*, 8 abr. 1994.

expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança da fórmula consagrada no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo. [69]

[69] A constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999 está sendo questionada em duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN 2.154 e ADIN 2.258). Disposição semelhante da Lei nº 9.882, de 1999 (art. 11) foi impugnada na ADIN 2.231. Neste último caso, o Ministro Relator, Néri da Silveira, votou pelo indeferimento da medida cautelar requerida, entendendo que a fórmula proposta não seria incompatível com a Constituição (seção plenária do dia 5.12.2001, DJ de 17.12.2001). Todavia, o julgamento da controvérsia está suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator das ADINs 2.154 e 2.258. A propósito da legitimidade do aludido art. 27, talvez mereçam transcrições as seguintes notas contidas nas informações elaboradas pelo Consultor-Geral da União, Dr. André Serrão Borges de Sampaio, na ADIn 2.154, *verbis:*

"(...) *sabemos todos, com Karl Larenz, que uma Corte Constitucional deve considerar a repercussão de suas decisões antes de proferi-las (Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2ª ed., p. 441: 'Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento.(...) Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável(...)'). Garcia de Enterría já nos havia indicado que o apego inflexível ao dogma da nulidade da lei inconstitucional pode constituir, em razão da impossibilidade prática de mantê-lo, um desserviço à máxima eficácia da ordem constitucional (op. cit., p. 14) pela eventual convalidação de atos inconstitucionais. Em verdade, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, ao permitir a introdução de novas técnicas de decisão semelhantes à declaração de inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia de nulidade e ao apelo ao legislador (MENDES, Jurisdição Constitucional, op. cit., pp. 202 e s. e 229 e s.), permite ampliar a capacidade decisória da Corte Constitucional e, com isso, fazer frente às demandas de controle de constitucionalidade em situações normativas e fáticas crescentemente complexas (tais como as imposições do princípio da isonomia e o controle da inconstitucionalidade por omissão: idem, ibidem).*

Se, do ponto de vista da política constitucional, é inquestionável a relevância da adoção de uma flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, do ponto de vista estritamente jurídico-dogmático, resta ainda uma indagação que a mera reprodução dos já conhecidos e matizados posicionamentos sobre a mais adequada disciplina da matéria não é capaz de revelar. Ao se afirmar que o princípio da nulidade da lei inconstitucional possui status constitucional, a legitimidade de sua flexibilização por lei ordinária estaria a depender da identificação de um fundamento de hierarquia igualmente constitucional que a autorizasse. Assim posta a questão, não se cuida de saber se o princípio da nulidade da lei inconstitucional possui status constitucional, mas sim se sua flexibilização poderia contar com fundamento de igual hierarquia e assim apto a legitimá-la.

É lição comezinha da doutrina constitucional contemporânea a existência de tensões entre princípios constitucionais (CANOTILHO, op. cit., pp. 171 e s.). A solução de tais conflitos de princípios jurídicos não se dá, todavia, por meio da exclusão de um dos princípios colidentes, mas antes por meio de uma ponderação em que se determina, sob determinadas circunstâncias, a prevalência de um dos princípios contrapostos. Esse procedimento metódico recebe diversas denominações (ponderação, colisão de direitos ou princípios fundamentais, equilíbrio de direitos, etc.) que podem ser reconduzidas à idéia geral de cotejo da adequação de cada princípio às circunstâncias fáticas e normativas do caso a decidir (vide, a respeito, a internacionalmente prestigiosa obra de ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, em que se sustenta que a ponderação de direitos obedece, em última análise, às máximas do princípio da proporcionalidade ou, entre nós, do devido processo legal em sentido material: art. 5º, LIV). De fato, a regra inserta no art. 27 da Lei sob exame traduz uma autorização legislativa (e sempre haverá uma reserva legal implícita em todo o conflito entre normas ou princípios constitucionais com vistas ao estabelecimento de padrões normativos para a sua solução: CANOTILHO, op. cit., p. 619-622) para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio

constitucional da nulidade da lei inconstitucional e "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", por meio da qualificadíssima maioria de dois terços de seus membros.

O legislador fixou, destarte, os termos fundamentais da ponderação a que será submetido o princípio da nulidade da lei inconstitucional: exigência de maioria extraordinariamente qualificada, e oposição do princípio da nulidade à segurança jurídica e ao excepcional interesse social. A questão decisiva para manifestar-se acerca da legitimidade dessa autorização legislativa reside, portanto, em definir se os princípios da segurança jurídica e o excepcional interesse social possuem status constitucional. Se o possuírem, sua ponderação com o princípio da nulidade da lei inconstitucional – tal como expressamente autorizada pelo legislador – será indubitavelmente legítima.

Como sabemos todos, é inegável o status constitucional do princípio da segurança jurídica. Em nosso texto constitucional, o princípio da segurança jurídica possui inequívoca consagração em, ao menos, duas expressas disposições constitucionais. A primeira e mais evidente é aquela inserta no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, em que se protegem frente à lei o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No que toca a essa última, o prazo para a propositura de ação rescisória constitui, por exemplo, uma inequívoca cláusula de preclusão por meio da qual se imunizam em relação à pretensão rescisória inclusive aquelas decisões fundadas em leis inconstitucionais ou que tomaram por inconstitucional lei perfeitamente legítima. Parece evidente, nessa medida, que a proteção da coisa julgada consubstancia direta emanação do princípio da segurança jurídica – ainda que o alcance deste princípio, como é próprio da maior generalidade e abstração de qualquer princípio, transcenda àquele da regra que protege a coisa julgada (CANOTILHO, op. cit., p. 147).

Há igualmente uma outra disposição constitucional em que se encontra assegurado o status constitucional do princípio da segurança jurídica. Trata-se do macroprincípio do Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal), entre cujos subprincípios se situa o princípio da segurança jurídica. Restou assentado na doutrina constitucional alemã e portuguesa a identificação de um conjunto de princípios integrantes do macroprincípio do Estado de Direito, a saber, entre outros: os subprincípios da Legalidade, da Reserva Legal, da Segurança Jurídica, da Divisão de Poderes e da Proporcionalidade (vide, a respeito, CANOTILHO, op. cit., pp. 375 e s., e notas dos tradutores em KIMMINICH, Otto, "A Jurisdição Constitucional e o Princípio da Divisão de Poderes", RDP 92/17-33). Afirma Canotilho acerca dos limites da retroatividade, em tudo transcendentes das situações estritamente protegidas pela coisa julgada:

"Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroactividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado, entendido no sentido restrito acabado de mencionar.

Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na definitiva consolidação de situações, actos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade ipso jure, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevante a sua subsequente declaração de inconstitucionalidade." (op. cit., p. 1083).

Constata-se, por conseguinte, a validade universal da necessidade de firmar-se ponderação entre as situações constituídas – em nome da segurança jurídica – e o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Na República Federal da Alemanha, é também uma lei ordinária – a lei de organização do Tribunal Constitucional Federal – que autoriza a adoção de eficácia distinta da ex tunc no juízo de inconstitucionalidade. Leciona Gilmar Mendes a esse respeito:

"Também a Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (Appellentscheidung), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (es ist noch

verfassungsgemass), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade.
Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, e do apelo ao legislador, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Desde 1970, prevê o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do Bundesverfassungsgericht, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei.
No modelo tedesco, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei do Bundesverfassungsgericht.
Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada. 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 subseqüente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (BVerfGE 37, 217 (262) 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. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional." (MENDES, "Processo e Julgamento ...", in op. cit., pp. 426-428).
A experiência alemã revela, por conseguinte, a admissibilidade da introdução de efeito distinto da nulidade no juízo de inconstitucionalidade sem que se verifique expressa disposição constitucional a respeito, impondo-se antes uma ponderação entre o interesse social, a colmatação de lacunas na ordem jurídica, a conseqüente segurança e eficácia do direito e o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Como observado na citação, a lei orgânica do Tribunal Constitucional Federal não exaure a matéria, cuja solução está a depender da interpretação e aplicação in concreto dos imperativos constitucionais propiciada pela Corte Constitucional.
Entre nós, tal problema não passou despercebido aos eminentes integrantes deste Pretório Excelso. Com efeito, assinalava Leitão de Abreu:
"Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de pretensão de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela de boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo." (RE nº 79.343 – BA, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ vol. 82, pág. 795).
Igualmente o Ministro Maurício Corrêa tornou manifesta sua preocupação com o problema:
"Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o dies a quo, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar.

A fórmula consagrada na Constituição portuguesa e, agora, reproduzida parcialmente no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, não constitui modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários modelos de controle de constitucionalidade. Além das especificidades do modelo alemão, também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador

---

(...)
Ressalvada a minha posição pessoal quanto aos efeitos para a eficácia da decisão que, em nome da conveniência e da relevância da segurança social, seriam a partir da concessão da cautelar deferida em 9 de setembro de 1994, e acolhendo a manifestação do Procurador-Geral da República, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2, para, confirmando a liminar concedida pela maioria, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'empresários' e 'autônomos' contidas no inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.116-DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, RTJ vol. 160, pág. 805).
O Ministro Célio Borja, se, por um lado, efetivamente aferrou-se, no caso a seguir citado, ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, por outro lado, cuidou de indagar acerca da eventual ocorrência de "excepcional interesse social" que legitimasse o afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional, in verbis:
"Alegação de só poder ter efeito ex nunc a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.
Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, in casu, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (Bedrohliche Rechtslucke)". (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513/DF, Relator Ministro Célio Borja, RTJ vol. 141, pág. 739)
Nesses termos, ainda que o Ministro Célio Borja tenha, no caso concreto sob exame, negado a ocorrência dos pressupostos aptos a afastar a incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional, sugeriu o Ministro a legitimidade de proceder-se a uma tal ponderação.
Se se tem presente que é somente a possibilidade de uma tal ponderação o que legislador veio a facultar à Corte Constitucional, é forçoso concluir pela sua legitimidade, pois os princípios em face dos quais será ponderado o princípio da nulidade da lei inconstitucional possuem hierarquia igualmente constitucional – como acima sugerido. Ademais, a prevalência, intensificada desde a promulgação da Constituição Federal, do sistema de controle de constitucionalidade concentrado em nosso ordenamento jurídico tende a aproximar a disciplina dos efeitos de suas decisões daquela própria do sistema austríaco, isto é, a admissão de decisões de eficácia ex nunc (o que, de resto, é absolutamente rotineiro nas decisões relativas a medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade: ADIMC-1981/DF; Relator Ministro Néri da Silveira; DJ 05.11.99, p. 00002). Ao se considerar que tal fato amplia ainda a capacidade decisória do Supremo Tribunal Federal e permite uma adequada, universal e ótima ponderação entre todos os valores constitucionais envolvidos ou afetados por determinada decisão, seria legítimo supor que a concessão à Corte Constitucional de faculdade semelhante àquela inscrita no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, é, antes, exigida pelo complexo sistema constitucional brasileiro. Essa exigência decorreria exatamente da necessidade de promover, por meio da ponderação, a concordância prática (CANOTILHO, op. cit., p. 234) entre os distintos bens, direitos e valores constitucionais afetados em uma decisão da jurisdição constitucional. Nessa medida, inexiste, tal como demonstrado, ilegitimidade alguma na disposição inserida no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999".

da nulidade absoluta.

A propósito é interessante a resenha apresentada pelo Professor Rui Medeiros, em seu rico estudo sobre a "Decisão de Inconstitucionalidade":

> -- "*No ordenamento austríaco, a anulação da lei inconstitucional tem, em regra, eficácia ex nunc. Mas esta regra não vale ilimitadamente. Já se disse atrás que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroactiva em relação ao caso que esteve na base do controlo concreto da constitucionalidade da lei (entendido em termos amplos) e que o Tribunal Constitucional pode ainda optar com eficácia pro praeterito.É tempo agora de sublinhar que, nos termos do n. 5 do art. 140 da respectiva Constituição, o Tribunal Constitucional austríaco pode fixar, na sentença anulatória de uma lei, um prazo de até 18 meses durante o qual a lei inconstitucional continue a produzir os seus efeitos. E, se assim for, a lei deve ser aplicada a todos os factos ocorridos até ao termo desse prazo, com excepção do caso pretexto, por força do n. 7 do mesmo artigo*"[70];

No direito italiano, segundo Medeiros, merecem destaque:

> "*1ª) a técnica da inconstituzionalità sopravvenuta em sentido amplo ou differita; 2ª) a técnica da doppia pronuncia – a Corte começa por proferir uma decisão de costituzionalità provvisoria ou, se se quiser, uma decisão de infondatezza ou de inammissibilità esortative ou monitorie, na qual, à maneira de uma crônica de uma inconstitucionalidade anunciada, adverte o legislador na motivação para a possibilidade de um ulterior juízo de inconstitucionalidade, deixando para momento posterior, e caso o vício se mantenha, a declaração de inconstitucionalidade da norma. A primeira técnica de decisão é um instrumento particularmente adequado à limitação do alcance da sentença de acolhimento na sua vertente pro praeterito. A segunda, por seu turno, permite evitar os efeitos negativos pro futuro de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.*
>
> *Refira-se, entre parênteses, que as técnicas referidas não constituem necessariamente uma forma de limitação das conseqüências da decisão de inconstitucionalidade. O que acontece é tão-somente que elas são por vezes utilizadas para alcançar tal desiderato. É o que sucede quando a decisão em causa surge num processo de ponderação entre valores constitucionais conflituantes, servindo por exemplo para tomar em consideração o princípio constitucional da cobertura financeira das despesas ou da continuidade do ordenamento. O recurso à figura da incostituzionalità sopravvenuta ou differita é ilustrativo. Com efeito, embora nos casos de verdadeira inconstitucionalidade superveniente ou deslizante não haja limitação de efeitos, a excessiva ampliação dessa figura transforma-a numa espécie de passe partout de confins nebulosos utilizado para restringir os efeitos das decisões de acolhimento. O mesmo se diga da técnica da doppia pronuncia ou da decisão de costituzionalità provvisoria. Trata-se de uma técnica que, na perspectiva dos seus efeitos, está mais próxima das decisões apelativas alemãs do que das decisões de*

[70] MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, p. 681.

> *incompatibilidade também proferidas pelo Bundesverfassungsgericht, pois não envolvem por definição qualquer bloqueio de aplicação da norma. E à maneira das decisões apelativas do Tribunal Constitucional Federal alemão, é uma técnica utilizada, tanto em casos em que a norma ainda é conforme com a Constituição, como em hipóteses em que, apesar da existência de inconstitucionalidade, se pretende evitar um resultado ainda mais inconstitucional. Ou seja, além das verdadeiras sentenças de constitucionalidade provisória, este tipo de decisão serve também para proferir sentenças de inconstitucionalidade accertata ma non dichiarata"*[71].

Situação semelhante estar-se-ia a verificar também em relação ao Direito Comunitário:

> *"Em relação ao Direito Comunitário, o nº 2 do artigo 174º do Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Européia confere ao Tribunal de Justiça, em caso de procedência de um recurso contra um regulamento comunitário, o poder de fixar os efeitos da invalidade. 'Os autores dos tratados acharam conveniente limitar as perturbações que poderiam resultar do completo restabelecimento do stato quo ante, permitindo ao Tribunal decidir, quando o considerar necessário, que não sejam postos em causa certos efeitos produzidos pelo acto impugnado'.*
>
> *Não se julgue, porém, que o interesse da lição comunitária reside apenas na expressa previsão de um poder de limitação dos efeitos da decisão de invalidade de um regulamento. É fundamental não esquecer que este poder consagrado no artigo 174º é interpretado extensivamente ou aplicado analogicamente pelo Tribunal de Justiça. Três situações merecem ser destacadas.*
>
> *Em primeiro lugar, embora o Tratado se refira apenas aos regulamentos, a jurisprudência aceita, sem dificuldade, restringir igualmente os efeitos da invalidade de uma directiva comunitária.*
>
> *Além disso, raciocinando por analogia, o Tribunal de Justiça estende a faculdade que lhe confere o artigo 174º aos casos em que é chamado a julgar da questão prejudicial da validade de um acto comunitário. O significado desta jurisprudência salta à vista. Basta que se atenda às semelhanças entre o processo das questões prejudiciais e o processo interno de fiscalização concreta (maxime, em sistemas de mero incidente de inconstitucionalidade como o italiano ou o alemão) e ao facto, que tantas dúvidas suscitou, de a decisão de limitação de efeitos se poder projectar no próprio giudizio a quo.*
>
> *Enfim, e este terceiro aspecto é também particularmente significativo, o Tribunal de Justiça admite, inclusivamente, uma limitação in futuro dos efeitos da anulação. Assim, a quando da anulação de uma directiva que concretizara e regulamentara o direito de residência de estudantes nacionais de um Estado-membro, o Tribunal de Justiça começou por observar que a anulação pura e simples da directiva impugnada poderia prejudicar o exercício de um*

[71] MEDEIROS, *op. cit.*, p. 684-685.

> *direito que decorria do próprio Tratado de Roma ou, mais concretamente, do direito de residência dos estudantes com vista a uma formação profissional. Acrescentou de seguida que, no caso em apreciação, a legitimidade do conteúdo normativo essencial da directiva não era questionada. Nessas circunstâncias, concluiu o Tribunal de Justiça, razões importantes de segurança jurídica impunham que se mantivessem provisoriamente todos os efeitos da directiva anulada, até que o Conselho a viesse a substituir por uma nova directiva adoptada com base jurídica adequada."*[72]

No Direito português, reconhece-se expressamente, a possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos no art. 282, (4), da Constituição:

> *"Quando a segurança jurídica, razões de eqüidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.".*

Deve-se anotar que, além de razões estritamente jurídicas – segurança jurídica e eqüidade –, o constituinte português consagrou uma cláusula justificadora da limitação de efeito também de caráter político – o interesse público de excepcional relevo[73].

Ressalte-se, ademais, que o instituto vem tendo ampla utilização, desde a sua adoção. Segundo Rui Medeiros, entre 1983 e 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos. Essa tendência mantém-se também entre 1989 e 1997: das 50 declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos de controle abstrato de normas[74], pelo menos 18 teriam sido com limitação de efeitos[75].

A despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada por um princípio da proporcionalidade[76].

A propósito, Rui Medeiros assinala que as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Peculiar relevo assume a proporcionalidade em sentido estrito na visão de Rui Medeiros:

> *"A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser*

[72] MEDEIROS *op. cit.*, p.686-687.
[73] MEDEIROS, *op. cit.*, p. 688.
[74] Segundo Medeiros, o Tribunal Constitucional português raramente profere a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos nos processos de controle concreto (*op. cit.*, p. 689).
[75] MEDEIROS, *op. cit.*, p. 689.
[76] MEDEIROS, *op. cit.*, p. 696.

> *perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repritinatória.*
>
> *Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex tunc tem, manifestamente prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está orientado para a expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que "o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica -- que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança – que a retroactividade, em princípio, acarreta" (Acórdão do Tribunal Constitucional n. 308/93). É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da eqüidade ou de interesse público de excepcional relevo'[77]".*

Acentue-se que, ao contrário do imaginado por alguns autores, também o conceito indeterminado relativo ao interesse público de excepcional relevo não é um mero conceito de índole política. Em verdade, tal como anota Rui Medeiros, a referência ao interesse público de excepcional relevo não contrariou qualquer intenção restritiva nem teve o propósito de substituir a *constitucionalidade estrita* por uma *constitucionalidade política* ou de colocar a *razão de Estado* em lugar da *razão da lei*[78]. Essa opção nasceu da constatação de que *"a segurança jurídica e eqüidade, não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais , podiam justificar uma limitação de efeitos"*[79].

Resta, assim, evidente que o art. 282 (4), da Constituição portuguesa adota, também em relação ao interesse público de excepcional relevo, adota um conceito jurídico indeterminado para abarcar os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de eqüidade[80].

Essa orientação enfatiza que os conceitos de segurança jurídica,

[77] . MEDEIROS, *op. cit.*, p. 703-704.
[78] . MEDEIROS, *op. cit.*, p. 705-706.
[79] . MEDEIROS, *op. cit.*, p. 707.
[80] . MEDEIROS, *op. cit.*, p. 710.

eqüidade e interesse público de excepcional relevo expressam valores constitucionais e não simples fórmulas de política judiciária[81].

Outra questão interessante, no direito português, diz respeito à possibilidade de o Tribunal Constitucional diferir a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A doutrina dominante repudia essa possibilidade, seja porque o princípio da constitucionalidade não admitiria, seja porque o art. 282 (4), da Constituição não a prevê[82].

6.2 - A LIMITAÇÃO DE EFEITOS E O ART. 27 DA LEI Nº 9.868, DE 1999

O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social[83]. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Vê-se, pois, que, também entre nós, terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade[84].

Nos termos do art. 27 da nº Lei 9.868, de 1999, o Supremo Tribunal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões:

a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);

---

[81] . Cf., a propósito, MEDEIROS (*op. cit.*, p. 715), que, por isso, sublinha a diferença, nesse ponto, entre o direito português e o direito austríaco.

[82] . CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª. Ed., p. 989.

[83] . Cf., a propósito do direito português, MEDEIROS, *op. cit.*, p. 716.

[84] . Cf., sobre o assunto, MEDEIROS, *op. cit.*, p. 703-704.

b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*) e, eventualmente;

c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos).

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc.* Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei / *hipótese "a")*.

Outra hipótese (*hipótese "b"*) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito "*pro futuro*"). Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.

Como se sabe, o modelo austríaco consagra fórmula que permite ao Tribunal assegurar a aplicação da lei por período que não exceda 18 meses. Ressalte-se que o prazo a que se refere o art. 27 tem em vista assegurar ao legislador um período adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Assim, ao decidir pela fixação de prazo, deverá o Tribunal estar atento a essa peculiaridade.

Finalmente, poderão surgir casos que recomendem a adoção de uma pura declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (suspensão de aplicação da lei e suspensão dos processos em curso) (*hipótese "c"*). Poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob de pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, *congelando* a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional.

6.3 - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESTRITIVA E SUA REPERCUSSÃO SOBRE AS DECISÕES PROFERIDAS NOS CASOS CONCRETOS

Questão relevantíssima no sistema misto brasileiro diz respeito à

repercussão da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

O tema não é novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade. Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140 , n. 7).

No direito americano, o tema poderia assumir maior delicadeza tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é raro a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*)[85]. Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional[86].

A prática da *prospectivity* no sistema de controle americano demonstra, pelo menos, que o controle concreto não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

De qualquer sorte, o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão ex nunc do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia "ex tunc"?

Um argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já argüido no direito português., afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão[87].

A propósito dessa objeção, Rui Medeiros apresenta as seguintes respostas:

> "*-- É sabido, desde logo, que existem domínios em que a restrição do alcance do julgamento de inconstitucionalidade não é, por definição, susceptível de pôr em causa esse direito fundamental (v.g., invocação do n. 4 do art. 282 para justificar a aplicação da norma penal inconstitucional mais favorável ao argüído do quea norma repristinada);*
>
> *-- Além disso, mostra-se claramente claudicante a representação do direito de acção judicial como um direito a uma sentença de mérito favorável, tudo apontando antes no sentido de que o artigo 20 da Constituição não vincula os tribunais a "uma obrigação-resultado*

[85] . Cf. MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 743.
[86] . Cf. MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 743.
[87] . Cf., a propósito, MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 746.

(procedência do pedido) mas a uma mera obrigação-meio, isto é, a encontrar uma solução justa e legal para o conflito de interesse entre as partes";

-- Acresce que, mesmo que a limitação de efeitos contrariasse o direito de acesso aos tribunais, ela seria imposta por razões jurídico-constitucionais e, por isso, a solução não poderia passar pela absoluta prevalência do interesse tutelado pelo art. 20 da Constituição, postulando ao invés uma tarefa de harmonização entre os diferentes interesse em conflito;

-- Finalmente, a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão. A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de "mero decisionismo" do órgão de controlo. O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não-aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento"[88].

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita, no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade restrita, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento. (v.g., até o momento da decisão i*n abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, freqüentemente, os efeitos produzidos até à data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa.[89]

Assim, pode-se entender que se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição

[88] . MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 746/747.
[89] . MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 748.

embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia "ex nunc" nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia "*ex nunc*") se e quando submetidos ao Supremo Tribunal Federal[90].

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia "ex tunc" e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia "ex nunc"). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio Supremo Tribunal Federal declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia "ex nunc", ressalvando, porém, os casos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos "sub judice", até a data de ajuizamento da ADIN. Essa ressalva assenta-se também em razões de índole de constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes entre nós, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público , nº. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

[90] . Questão interessante que pode ser suscitada diz respeito à possibilidade de o STF apreciar recurso extraordinário no qual se alegue, fundamentalmente, que o acórdão do Tribunal "a quo", ao dar pela inconstitucionalidade, não atentou para os eventuais danos ao princípio da segurança jurídica decorrentes da retroatividade da decisão.

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.