

(art. 3.º, letras *a* e *i*, da Lei de Abuso de Autoridade) não são da competência da Justiça Militar Estadual e sim da Justiça Criminal Estadual, quando praticados por policiais militares, conforme iterativa jurisprudência<sup>3</sup>.

## 6. Conclusões

Como se verifica, não se pode imputar à Justiça Militar Estadual, em especial a de São Paulo, o aumento do número de mortes nos confrontos da Polícia Militar com marginais, tenham eles passagens ou não pela Justiça, sejam primários ou não.

Os confrontos, em especial em uma megacidade como a de São Paulo, não são procurados e nem podem ser evitados pela Polícia Militar, a menos que esta, em detrimento da segurança do povo, não cumpra o seu múnus estatal de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, como previsto no art. 144, § 5.º, da Constituição de 1988.

Nesses confrontos não é legítimo pretender-se que, para justificar-se a morte do marginal, também deva haver baixa policial militar. Este recebe preparo para defender-se e o povo, no estrito cumprimento do dever legal.

A Justiça Militar Estadual vem cumprindo o seu múnus estatal de *órgão jurisdicional* do Poder Judiciário. Ela processa e julga os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, condenando-os ou absolvendo-os, conforme as provas produzidas, *nos autos*, pelo Ministério Público Estadual e pelo advogado de defesa.

Esses julgamentos, pelo que se verificou, não destoam daqueles que possam ter sido feitos e o foram pelos Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando chamados a processar e julgar os processos em que estavam envolvidos Roberval Conte Lopes Lima e outros policiais militares.

Não compete à Justiça Militar Estadual o processo e julgamento dos crimes por abuso de autoridade, previstos na Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965. A competência é da Justiça Criminal e, no Estado de São Paulo, o órgão recursal de segundo grau de jurisdição é o seu Tribunal de Alçada Criminal.

<sup>3</sup> Acórdão unânime da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 5 de março de 1992, no Conflito de Competência n.º 2.686, do Rio Grande do Sul, relator Ministro José Dantas, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n.º 37, pp. 56-60.

# A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei - "Unvereinbarkeitserklärung" - na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã \*

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990)

## SUMÁRIO

1. Abreviaturas. 2. Introdução. 3. Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e outras decisões semelhantes à Corte Constitucional Federal. 3.1. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o "apelo ao legislador". 3.2. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos. 3.3. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena. 4. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 4.1. A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade. 4.2. A omissão legislativa. 4.3. A liberdade de conformação do legislador. 4.4. O argumento sobre as consequências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 5. Consequências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 5.1. Considerações preliminares. 5.2. Dever de legislar. 5.3. A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (*Anwendungssperre*). 5.4. Aplicação da lei inconstitucional. 6. Bibliografia.

\* Este trabalho integra a Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Münster — RFA (julho-1990) — *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Berlin, 1991, Editora Duncker & Humblot. (O controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional Federal Alemã perante o Supremo Tribunal no Brasil.)

## 1. Abreviaturas

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

## 2. Introdução

A Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal disciplina as decisões para cada tipo de processo. A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo de processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de norma propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independentemente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no *Diário Oficial* e têm força de lei (*Gesetzeskraft*). (Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, § 31, (2)). Além da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, e da interpretação conforme a Constituição<sup>1</sup>, utilizada já no começo de sua judicatura, desenvolveu o Tribunal outras variantes de decisão. As vezes, reconhece o Tribunal que a situação é ainda constitucional ou não é “ainda inconstitucional” e vincula essa decisão com o “apelo ao legislador” para que, dentro de um determinado

<sup>1</sup> BVerfGE 2, 266 (282).

prazo, proceda à correção dessa situação<sup>2</sup>. Em outros casos, limita-se o Tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)<sup>3</sup>. Esta última modalidade de decisão foi adotada pelo legislador em 1970 (Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, § 31, (2), 2.º e 3.º períodos, e § 79, (1))<sup>4</sup>.

Em nenhum sistema de controle de normas, seja ele incidental ou concentrado, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional Federal<sup>5</sup>.

Os problemas que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a “decisão de apelo” devem resolver, foram há muito identificados na doutrina. Na literatura jurídica alemã do começo desse século pode-se constatar pelo menos uma tendência nesse sentido.

<sup>2</sup> Cf. BVerfGE 7, 282; 16, 130; 21, 12 (42); 25, 167; cf. e outros Ipsen, Rechtsfolgen, p. 132; Zeidler, EuGRZ, 1988, p. 207 (210 s.); Pestalozza, “Noch verfassungsmässige”, vol. I, p. 520 (540); Schulte, Martin, DVBl. 1988, pp. 1200 s.

<sup>3</sup> Cf., a propósito, BVerfGE 6, 246; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 31, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; 55, 100 (112); 61, 43 (68); 65, 325 (357).

<sup>4</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das BVerfG de 21-12-1970 (BGBl. I, p. 1765).

<sup>5</sup> A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de discricão para dispor sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII). Essa possibilidade de dispor sobre as conseqüências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (cf. Korinek, Karl, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen VVDStRL (Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público) nº 39, pp. 38/39; Oberndorfer, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Europäische Grundrechtszeitschrift (EUGrZ), 1988, p. 193 (203). O modelo americano — restrito ao caso concreto — não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos Tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os Tribunais podem assumir a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* (347 US 483 (1954) e 439 US 294 (1955)) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (ver *Bounds et al vs. Smith et al.*, 430 US 817; reproduzido, parcialmente, in: Europäische Grundrechtszeitschrift, 1977, pp. 509 s.) (cf. a propósito, Seibert, Helga, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, Bericht über Vortrags- und Diskussionsabend der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift, 1978, p. 384 (386)).

Assim, sustentava Triepel, na famosa Conferência sobre a "natureza e o desenvolvimento da jurisdição estatal" (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*), que, quanto mais política fosse determinada questão submetida à jurisdição constitucional, mais pareceria inadequada a adoção de processo judicial ordinário<sup>6</sup>. "Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação de atos estatais — ressaltava Triepel —, mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas"<sup>7</sup>.

Quase simultaneamente sustentava Walter Jellinek que o conteúdo normativo do artigo 13, II, da Constituição de Weimar, deveria ser limitado, de modo que a Suprema Corte Alemã (*Reichsgericht*) somente deveria decidir com base nesse preceito se a pronúncia da nulidade da lei se mostrasse apta a resolver a questão<sup>8</sup>. Essa seria a hipótese se, em lugar da lei declarada inconstitucional ou nula, surgisse uma norma apta a preencher eventual lacuna do ordenamento jurídico. Do contrário, deveria o Tribunal abster-se de pronunciar a nulidade. Assim, não poderia o Tribunal declarar a nulidade de uma lei que contrariasse o artigo 17, da Constituição de Weimar (princípio da eleição proporcional), uma vez que "a consequência seria o caos, o Estado-Membro não teria uma lei eleitoral"<sup>9</sup>.

Isso demonstra que, já no início deste século, existia alguma preocupação com o perigo da adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisão consagradas pela jurisdição ordinária.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>10</sup>. Desde 1970 prevê o § 31, (2), 2.º e 3.º períodos, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei. No que respeita à sentença penal condenatória, o § 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal equiparou a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade à declaração da nulidade. A expressão literal da lei, todavia, não se mostra unívoca. Enquanto no § 78, 1.º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, assenta-se que a lei incompatível com a Constituição deve ser declarada nula; os §§ 31, (2) e 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, distinguem entre a lei inconstitucional e a lei nula<sup>11</sup>.

6 Triepel, *Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 26.

7 Triepel, *op. cit.*, p. 26.

8 Jellinek, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, p. 27. Cf., também, Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 38.

9 Jellinek, *op. cit.*, p. 27.

10 Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 168.

11 Schlaich, *op. cit.*, p. 168.

Enquanto em 1969/70 ainda não se podia falar de um tipo autônomo de decisão<sup>12</sup>, pode-se afirmar que, a partir de 1969, passou a Corte Constitucional Federal a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei<sup>13</sup>.

Dados estatísticos indicam que, entre 1980 e 1982, o Tribunal pronunciou tantas declarações de nulidade quantas foram as declarações de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>14</sup>. Desde então, é crescente a tendência do Tribunal em declarar a nulidade da lei<sup>15</sup>. Se em 1981 ainda foram proferidas 7 declarações de inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade)<sup>16</sup>, constata-se, em 1984, apenas uma decisão dessa modalidade<sup>17</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, proferida em todos os processos de controle de normas<sup>18</sup> perante a Corte Constitucional Federal, gera ainda insegurança na doutrina. As disposições constantes do § 31, (2), 2.º e 3.º períodos e do § 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, contribuem, de certa forma, para esse quadro de insegurança, uma vez que elas não explicitam quando o Tribunal deverá abster-se de declarar a nulidade<sup>19</sup>. A insegurança e controvérsia que estão associadas a esse instituto<sup>20</sup> não foram suficientes, todavia, para impedir que os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros (*Länder*) incorporassem esse tipo de decisão na sua praxis<sup>21</sup>.

12 Cf., Ipsen, *op. cit.*, p. 107; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, p. 169. Inicialmente, o Bundesverfassungsgericht não incorporava a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na parte dispositiva, limitando-se a esclarecer as razões da renúncia à declaração de nulidade nos fundamentos da decisão. Uma exceção a essa prática pode ser identificada na decisão BVerfGE 13, 248 (249).

13 Ipsen, *op. cit.*, p. 108; Schlaich, *op. cit.*, p. 169.

14 Ipsen, *op. cit.*, p. 108; Schlaich, *op. cit.*, p. 169.

15 Cf., Hein, *Unvereinbarerklärung*, p. 31.

16 BVerfGE 56, 175; 56, 146; 56, 192; 56, 353; 57, 335; 57, 361; 58, 137; cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 31.

17 BVerfGE 67, 348.

18 Schlaich, *op. cit.*, p. 168.

19 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

20 Cf., a propósito, Ipsen, *JZ*, 1983, pp. 41 s.

21 Cf. Corte Constitucional de Baden-Württemberg — ESVGH 26, 129, 141; com remissão da jurisprudência da Corte Constitucional Federal in Corte Constitucional da Baviera, BayVBl. 1975, 558; Corte Constitucional da România do Norte — Westfália, DVBl. 1976, 393; Corte Constitucional da Baviera 21, 14 (23); 24, 97 (101); 27, 61 (64); 28, 143. Cf., a propósito, Stern, *Staatsrecht*, I, p. 1040, nota 529; Bashof, *Der Richter als Gesetzgeber?*, in: *Weg zum Rechtsstaat*, pp. 344 (348); Hein, *op. cit.*, p. 151; Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 250.

3. *Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e outras decisões semelhantes da Corte Constitucional Federal*

3.1 *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o "apelo ao legislador"*

Cumpra distinguir, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do "apelo ao legislador" ("Appellentscheidung"), decisão na qual o Tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, anunciando, todavia, uma possível conversão dessa situação "ainda" constitucional (*noch verfassungsgemäss*) num estado de inconstitucionalidade.

Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a "Appellentscheidung" da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>22</sup>. A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa característica exclusiva do "Appellentscheidung", uma vez que também da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade constam, não raras vezes, recomendações ou exortações expressas para que o legislador edite uma nova regulamentação<sup>23</sup>. Também a possibilidade de eventual aplicação da lei questionada não se afigura suficiente para fixar uma decisiva diferenciação entre a "Appellentscheidung" e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, pois, tal como ressaltado pela Corte Constitucional Federal, "excepcionalmente, os dispositivos que tiveram a sua inconstitucionalidade declarada poderão ser aplicados"<sup>24</sup>.

Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade", é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada que obriga o legislador, nos termos dos artigos 1.º, III (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, III, da Lei Fundamental (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental), a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade<sup>25</sup>. Portanto, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade contém uma declaração de inconstitucionalidade, o "apelo ao legislador" configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade<sup>26</sup>.

22 Cf., a propósito, Sachs, DöV, 1982, p. 23 (27 und 30).

23 Zeidler, EuGRZ, 1988, p. 207 (214).

24 BVerfGE 61, 319 (356). Cf., a propósito, Maurer, Zur Verfassungswidrigkeitserklärung, Festschrift für Weber, p. 347.

25 Cf., também, BVerfGE 37, 217; 40, 296; 55, 100. Ver, também, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (346-347).

26 Schulte, Martin, *op. cit.*, 1200 (1201); Pohle, Verfassungswidrigkeitserklärung, pp. 48-49; Schlaich, *op. cit.*, p. 181; Ipsen, *op. cit.*, p. 268; Gusy, Gesetzgeber, p. 210.

3.2 *Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos*

Não obstante certas semelhanças<sup>27</sup>, a decisão declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos (*Organstretigkeiten*) não se confunde com a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" uma vez que, embora no processo de conflito entre órgãos (§ 64 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal) possa ser impugnada uma lei<sup>28</sup>, a decisão proferida não há de versar diretamente sobre a sua constitucionalidade<sup>29</sup>. A Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal restringe aqui o seu poder de censura ao estabelecer, no § 67, 1.º período, que "o Tribunal deve-se limitar a verificar se o ato ou a omissão em apreço lesa disposição da Lei Fundamental"<sup>30</sup>.

3.3 *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena.*

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não se confunde, igualmente, com as decisões da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal que se limitam a constatar a inconstitucionalidade de disposições integrantes do direito estrangeiro ou de organizações supranacionais<sup>31</sup>. Nesse caso, a renúncia à declaração da nulidade decorre da falta de competência para proferir uma decisão de índole cassatória. O Tribunal limita-se, por isso, a verificar se a aplicação dessa norma se afigura compatível com a Lei Fundamental<sup>32</sup>.

4. *Análise da jurisprudência da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada "exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade", que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (*v. g.* benefícios sociais, salários

27 Cf., a propósito, Frowein, DöV 1971, p. 792 (795); Meyer, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. III, Art. 93, nº 25.

28 BVerfGE 1, 144 (145-146); 1, 208 (211, 216); 4, 115 (116-119).

29 Hein, *op. cit.*, p. 28.

30 Cf. BVerfGE 1, 351, (371); 20, 229 (129); 20, 134 (140); 24, 300 (350). V. também, Schlaich, *op. cit.*, p. 158; Hein, *op. cit.*, p. 28; Lücke JZ 1983, p. 380.

31 BVerfGE 15, 337; 36, 146 s.; 37, 271 s.

32 Cf., a propósito, Pestalozza, *op. cit.*, p. 518 (523); Hein, p. 21; Gusy, *op. cit.*, p. 189; Schneider, Bernd-Jürgen, Funktion der Normenkontrolle, p. 170; Pohle, *op. cit.*, p. 67.

ou vencimentos, subvenções, etc.)<sup>33</sup>. A jurisprudência do Tribunal não se limitou, porém, a esses casos. A orientação desenvolvida para os casos "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" foi estendida a outras hipóteses nas quais o Tribunal identificou, igualmente, a necessidade de declarar a inconstitucionalidade da lei sem pronunciar a sua nulidade<sup>34</sup>.

#### 4.1. A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade

Tem-se uma "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo<sup>35</sup>; a exclusão de benefícios é explícita<sup>36</sup> se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos<sup>37</sup>. Abstraídos os casos de exigência constitucional inequívoca<sup>38</sup>, a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de uma nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade<sup>39</sup>. Assim, poderia ser objeto da declaração de nulidade, em sentido técnico, tanto a disposição que outorga o benefício, como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente por uma norma<sup>40</sup>. A Corte Constitucional Federal abstém-se de pronunciar a nulidade da norma. Nesses casos, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia<sup>41</sup> e a

33 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (348) Schlaich, *op. cit.*, p. 170; Ipsen, *op. cit.*, p. 109.

34 BVerfGE 38, 187 (205); 39, 196 (204); 40, 196 (227).

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

36 Cf. BVerfGE 25, 101.

37 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349); Ipsen, *op. cit.*, p. 109; Jülicher, *Verfassungsbeschwerde*, pp. 51 s.

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

39 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (348); Ipsen, *op. cit.*, p. 109.

40 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349); Schneider, *Funktion der Normenkontrolle*, p. 174.

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

cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante<sup>42</sup>. Isso implicaria, nos casos em que a disposição se mostrasse aplicável apenas a determinado grupo, que, após a declaração de nulidade, nenhuma pretensão poderia ser dela derivada. Todavia, a cassação da norma que não contempla determinado grupo no seu âmbito de aplicação não assegura, por si só, o gozo do direito pretendido ao eventual postulante.

O Tribunal não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefício<sup>43</sup>. Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, "uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão" ("Steine statt Brot")<sup>44</sup>.

Vê-se, assim, que, nos casos de ofensa ao princípio de isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação<sup>45</sup>. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa ("relative Verfassungswidrigkeit") não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações ("die Unterschiedlichkeit der Regelung")<sup>46</sup>. Essa "relação normativa inconstitucional" ("verfassungswidrige Normrelation")<sup>47</sup> não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar<sup>48</sup>.

Essa concepção foi contestada recentemente por Sachs<sup>49</sup>. A suposição de que a ofensa ao princípio da isonomia não pode ser aferida em face de uma regra determinada, configurando sempre a inconstitucionalidade de uma "relação normativa", afigurar-se-ia desde já equivocada, porque, na

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

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

44 Ipsen, *op. cit.*, p. 110. Ver, também, Jülicher, *op. cit.*, p. 52. Cf. também BVerfGE, 22, 349 (359); 25, 236 (246, 252); 32, 157 (163); 52, 369 (379); 56, 196 (215).

45 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354).

46 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354).

47 Ipsen, *op. cit.*, p. 214.

48 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354); Stern, *Staatsrecht*, II, p. 960.

49 Sachs, *DÖV* 1984, p. 411 (418).

sua opinião, o direito de igualdade deve ser entendido, exclusivamente, como pretensão a uma abstenção ou pretensão à supressão de um tratamento discriminatório<sup>50</sup>.

A argumentação desenvolvida por Sachs mostra-se problemática, porque ela vislumbra a inconstitucionalidade, exclusivamente, no favorecimento. Não se esclarece porque o benefício e não a exclusão há de ser considerado inconstitucional<sup>51</sup>. A simples incompatibilidade dos direitos de igualdade com a concessão de privilégios não logra fundamentar satisfatoriamente essa posição, uma vez que não se pode distinguir, de forma geral, entre a concessão de benefícios ao arripio do princípio da igualdade ou a imposição de ônus em contrariedade ao mesmo princípio<sup>52</sup>. Essa orientação, que pretende vislumbrar no artigo 3.º, I, da Lei Fundamental um direito de proteção contra favorecimento de terceiros, revela-se problemática, uma vez que, com fundamento no princípio da igualdade, permitir-se-ia uma intervenção em "esfera jurídica alheia" ("fremde Rechtssphäre"). Essa idéia importaria, segundo entendimento dominante, numa inversão do significado do artigo 3.º, I, da Lei Fundamental, uma vez que, geralmente, pode-se derivar do princípio da igualdade apenas uma pretensão à eliminação de intervenção no âmbito da própria esfera jurídica<sup>53</sup>.

Também em relação às leis que consagram obrigações de forma incompatível com o princípio da igualdade, houve por bem a Corte Constitucional Federal abandonar a orientação que recomendava a simples pronúncia da nulidade<sup>54</sup>. Algumas decisões mais recentes revelam que o Tribunal limita-se, também nesses casos, a declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, sob a alegação de que a ofensa ao princípio da igualdade pode ser eliminada de diferentes formas<sup>55</sup>. Dessarte, em inúmeros casos, atinentes às leis tributárias e a diplomas concessivos de benefícios sociais, tem-se valido o Tribunal do topos "liberdade de conformação do legislador" (*Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) para declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>56</sup>.

50 Sachs, *op. cit.*, p. 411 (417).

51 Cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 104.

52 Hein, *op. cit.*, p. 104.

53 Dürig, in: Maunz, Dürig, Grundgesetz, Art. 3 § 1 n.º 471; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. I, p. 64; Dax, Das Gleichbehandlungsgebot, p. 127; Götz, NJW 1979, p. 1478 (1480); Henke, W., Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, p. 118.

54 BVerfGE 8, 28 (37); 8, 51 (70 s.); 6, 273 (281); 9, 291 (301). Cf., também, Schneider, *op. cit.*, p. 188; Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 520 (535).

55 Cf., também, BVerfGE 23, 1 (10 s.); 33, 90 (105 s.).

56 BVerfGE 23, 1 (10); 25, 101 (110); 28, 227 (242 s.); 33, 90 (105 s.); 33, 106 (114 s.); 45, 104 (114); 51, 1 (9 s.); 61, 319 (320, 356 s.); 62, 256 (288 s.).

#### 4.2. A omissão legislativa

Ao lado da ofensa ao princípio da igualdade, a omissão legislativa assume relevo para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na jurisprudência do Tribunal constitucional<sup>57</sup>. A declaração de nulidade é de excluir-se na ausência de ato normativo<sup>58</sup>, tal como formulado pela Corte Constitucional Federal, não se podendo declarar a nulidade da lacuna<sup>59</sup>.

A omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar<sup>60</sup>, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental, quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação<sup>61</sup>. Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita<sup>62</sup>. Esses casos dizem respeito, *v. g.*, às hipóteses em que o legislador não editou as regras, que, no contexto de um determinado complexo normativo, deveriam ter sido promulgadas<sup>63</sup>. Embora exista, nesse caso, uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude<sup>64</sup>, seja porque o legislador foi omisso em proceder à complementação do complexo normativo<sup>65</sup>, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada<sup>66</sup>.

#### 4.3. A liberdade de conformação do legislador

Não raro justifica-se a renúncia à declaração de nulidade em virtude de uma intolerável intervenção no poder ou na liberdade de conformação do legislador<sup>67</sup>. Esse fundamento — "a liberdade ou o poder de confor-

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

58 Jülicher, *op. cit.*, pp. 53 s.; Gusy, *op. cit.*, p. 189.

59 BVerfGE 22, 349 (360 s.). Cf., também, Jülicher, *op. cit.*, pp. 53 s.

60 BVerfGE 6, 257 (264). Cf., também, Pestalozza, *op. cit.*, vol. I, p. 526. Cf., Jülicher, *op. cit.*, p. 13.

61 BVerfGE 56, 54 (70 s.); 55, 37 (53); Hein, *op. cit.*, p. 57; BVerfGE, Vorprüfungsausschuss, NJW 1983, 2931 (Waldsterben).

62 Lerche, AöR 90 (1965), p. 341 (352); Jülicher, *op. cit.*, p. 33; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n.º 285; Lechner, NJW 1955, p. 181 s.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz, entre outros, BVerfGE, § 90, n.º 121.

63 Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 519 (532).

64 BVerfGE 21, 173 (183); 25, 236 (252); 30, 292 (332 s.); 31, 229 (242); 275 (291 s.); 34, 71 (80); 35, 79 (148); 39, 334 (375).

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

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

67 Pohle, *op. cit.*, pp. 78 s.; Moench, Verfassungswidriges Gesetz, p. 47.

mação do legislador” — tem sua origem, na jurisprudência do Tribunal, nos julgados relativos à ofensa ao princípio da igualdade, nos quais esse *topos* é sempre referido<sup>68</sup>. No desenvolvimento de sua jurisprudência, houve por bem a Corte Constitucional Federal estender a utilização desse *topos* a outros casos, justificando, assim, a escolha de uma determinada variante de decisão<sup>69</sup>. Dessarte, “a liberdade de conformação do legislador” tornou-se quase uma espécie de cláusula geral para justificar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>70</sup>. O argumento sobre a existência de várias alternativas para a eliminação da inconstitucionalidade já foi utilizado, inclusive, para justificar a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade em casos de flagrante intervenção nos direitos de liberdade<sup>71</sup>.

A invocação desse poder de conformação do legislador tem merecido sérias críticas na doutrina<sup>72</sup>. Segundo alguns autores, a “liberdade de conformação do legislador” não seria afetada na maioria dos casos, uma vez que este poderia editar as novas regras exigidas tanto após uma declaração de nulidade, quanto depois da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>73</sup>. Acentue-se, por outro lado, que a discricionariedade do legislador não legitima a conservação parcial de uma norma inconstitucional, assim como a discricionariedade administrativa não obsta à cassação do ato administrativo eivado de ilegalidade<sup>74</sup>.

#### 4.4. O argumento sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade

Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*bedrohliche Rechtslücken*), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias conseqüências, ensejando mesmo eventual “caos jurídico”<sup>75</sup>. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada “inexeqüibili-

68 BVerfGE 8, 28 (36 s.); 14, 308 (311); 15, 121 (125); 17, 148 (152 s.); 18, 288 (302); 21, 329 (337); 23, 1 (10); 28, 227 (247).

69 Hein, *op. cit.*, p. 79.

70 BVerfGE 61, 43 (68); 61, 358; 62, 117 (153); 62, 256 (257, 288 s.); 62, 374 (391); 64, 323 (366); 64, 367 (388); 65, 325 (357). Cf., também, Stern, *op. cit.*, Art. 93 n° 282; Schlaich, *op. cit.*, p. 171; Hein, *op. cit.*, pp. 79 s.

71 BVerfGE 21, 173; 31, 275; 34, 71.

72 Cf., a propósito, Skouris, *Teilnichtigkeit*, p. 52; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (357); Ipsen, *JZ* 1983, p. 41 (44).

73 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (357); Ipsen, *op. cit.*, p. 41 (44); Sachs, *DÖV* 1982, p. 23 (27).

74 Skouris, *op. cit.*, p. 52.

75 Pohle, *op. cit.*, p. 70 s.; Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 519 (537 f.); Schlaich, *op. cit.*, p. 170; Moench, Christoph, *op. cit.*, pp. 39 s.

dade da decisão cassatória” (“Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung”)<sup>76</sup>. A declaração de nulidade levaria a uma minimização (*Minimierung*), ao invés de levar a uma otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional<sup>77</sup>. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional<sup>78</sup>.

A necessidade de renúncia à declaração de nulidade tornou-se evidente nos casos relativos ao pagamento de vencimentos de funcionários públicos (*Besoldungsfälle*), nos quais o Tribunal reconheceu que, se afirmasse a nulidade, não haveria fundamento legal para que a Administração procedesse ao pagamento de vencimentos de determinados segmentos do funcionalismo<sup>79</sup>. Portanto, a imperfeição identificada deveria ser corrigida pelo próprio legislador.

Semelhança com esses casos, relativos aos vencimentos de funcionários públicos, pode ser identificada nas chamadas questões de *status* (*Statusfälle*), que se referem à estruturação de determinado órgão ou instituição<sup>80</sup>. No acórdão sobre a constitucionalidade da lei universitária, de 18-7-1972, promulgada pelo Estado de Hamburgo, limitou-se a Corte Constitucional Federal a declarar a inconstitucionalidade do seu § 17 sem pronunciar a nulidade, uma vez que a ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades criaria uma situação ainda mais distante daquela pretendida pela Constituição<sup>81</sup>. Essa orientação foi aplicada, igualmente, à decisão relativa aos subsídios dos parlamentares (*Diäten-Entscheidung*), na qual o Tribunal declarou que a concessão de privilégios tributários outorgados aos parlamentares estaduais afigurava-se inconstitucional (arts. 38, 48, 3, I, da Lei Fundamental)<sup>82</sup>. Absteve-se a Corte, todavia, de pronunciar a nulidade da norma porque, dessa forma, “suprimir-se-ia parcialmente a base jurídica que assegura a situação ou *status* dos parlamentares”<sup>83</sup>. A independência deles, enquanto parlamentares, dependia, fundamentalmente, da percepção dos subsídios<sup>84</sup>. Essa orientação foi confirmada em outras decisões do Tribunal<sup>85</sup>.

76 Maywald, *BayVBl* 1971, p. 91; Pohle, *op. cit.*, p. 70. Cf., também, BVerfGE 8, 1 (19); 33, 303 (347); 34, 9 (43); 35, 79; 40, 296; 44, 249.

77 Schneider, *op. cit.*, p. 196.

78 BVerfGE 32, 199 (214 f); 34, 9 (43 f); Maurer, *op. cit.*, p. 345 (350); Pohle, *op. cit.*, p. 70.

79 BVerfGE 8, 1 (19); 32, 199 (217); 44, 249 (272); 56, 146 (169).

80 Cf., a propósito, Pohle, *op. cit.*, p. 73; Schneider, *op. cit.*, p. 203.

81 BVerfGE 33, 303 (347). Cf., também, BVerfGE 35, 79.

82 BVerfGE 40, 296 (329).

83 BVerfGE 40, 296 (329).

84 BVerfGE 40, 296 (329). Cf., também, 37, 217 (261).

85 BVerfGE 56, 146 (169); 56, 175 (184); 62, 374 (391).

5. *Conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*

5.1 *Considerações preliminares*

As conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal. Apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador o cuidado de disciplinar expressamente essas conseqüências. Nos termos do § 79, (1), do referido diploma, é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada inconstitucional ou incompatível com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional — mas não nula — não mais deve ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (sentença penal condenatória) praticados com base no diploma inconstitucional<sup>85</sup>.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada<sup>87</sup>. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados “casamentos mistos”, na qual a Corte Constitucional Federal houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>88</sup> à declaração de inconstitucionalidade. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada<sup>89</sup>. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional<sup>90</sup>.

O Tribunal deixou assente nessa decisão que são idênticos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e da declaração de nulidade<sup>91</sup>. Essa formulação foi reiterada em outras decisões<sup>92</sup>. Evidentemente, tal fórmula revela-se equívoca. Se plenamente válida, ela tornaria supérflua a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>93</sup>. A declaração de inconstitucionalidade sem a

85 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345; Ipsen, *op. cit.*, p. 218.

87 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101). Cf. Stern, *op. cit.*, Art. 93, n° 281; Söhn, *Anwendungspflicht*, p. 61.

88 BVerfGE 37, 217 (262).

89 BVerfGE 37, 217 (261).

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

91 BVerfGE 37, 217 (262).

92 BVerfGE 55, 100 (110).

93 Rupp, H.H., Art. 3 GG als Massstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, II, p. 364 (387-388); Schlaich, *op. cit.*, pp. 175-176; Schneider, *op. cit.*, p. 187.

pronúncia da nulidade e a ordem que ela contém para que o legislador haja prontamente demonstram que a Corte Constitucional Federal considera que, nesse caso, a lei inconstitucional subsiste, pelo menos para o efeito de evitar que o direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional ou para obviar o surgimento de um “vácuo jurídico”<sup>94</sup>.

5.2 *Dever de legislar*

A obrigação de eliminar prontamente a situação inconstitucional constitui, sem dúvida, a menos controvertida conseqüência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>95</sup>. Constitui tarefa do legislador empreender os esforços necessários para restabelecer o estado de constitucionalidade, seja através da colmatação de eventual lacuna, seja através da supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada<sup>96</sup>. A vinculação do legislador à ordem constitucional estabelecida está prevista expressamente nos arts. 1, III, e 20, III, da Lei Fundamental, e encontra sua concretização no § 31, n.ºs 1 e 2, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que confere força de lei e efeito vinculante às decisões do Tribunal. Daí resulta o dever do legislador de tomar as medidas necessárias à restauração do estado de constitucionalidade sem qualquer atraso culposo, isto é, sem mora<sup>97</sup>.

Se se admite, com a Corte Constitucional Federal, que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem efeitos também em relação ao passado<sup>98</sup>, cabe indagar sobre os limites que devem ser observados pelo legislador ao emprestar retroatividade à nova disciplina da situação jurídica em questão. O Tribunal entende<sup>99</sup> que o legislador deve guiar-se pelos parâmetros constantes do § 79, (2), da Lei Orgânica Constitucional Federal, que, embora se refiram à declaração da nulidade, seriam aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia

94 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 176; Ipsen, *op. cit.*, pp. 218-219.

95 Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.); BVerfGE 37, 217 (262); 51, 1 (28); BVerfGE 57, 361 (388). Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, pp. 211-213; Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Gusy, *op. cit.*, p. 191; Hein, *op. cit.*, pp. 168 s.; Heyde, *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, Festschrift für Faller*, p. 53 (54 s.); Gerontas, DVBl. 1982, p. 486 (488); Heussner, NJW 1982, p. 257; Maurer, *op. cit.*, p. 362; Schneider, *op. cit.*, p. 162.

96 Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Hein, *op. cit.*, p. 169; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (54); Ipsen, *op. cit.*, p. 212.

97 Skouris, *op. cit.*, p. 47; Pestalozza, *op. cit.*, p. 519 (555, 559); Ipsen, *op. cit.*, pp. 212-213; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (55); Heussner, 1982, pp. 257 s.; Gerontas, DVBl. p. 488; Stettner, DVBl. 1982, p. 1127; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (367); Ulsamer, Maunz, Theodor, entre outros, BVerfGE, § 78 n° 32; Pohle, *op. cit.*, p. 154; Leibholz-Rupprecht, BVerfGE — Nachtrag, § 31, nota 3; Gusy, *op. cit.*, pp. 191, 196; Hein, *op. cit.*, p. 170; Schmidt-Bleibtreu, *op. cit.*, § 95, n° 42.

98 BVerfGE 37, 217 (262 s.); 55, 100 (110 s.).

99 BVerfGE 37, 217; 55, 100 (110 s.).



da nulidade<sup>100</sup>. Essa orientação foi confirmada na decisão de 8 de novembro de 1980<sup>101</sup>.

Nos termos do § 79 (2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, não podem ser revistos os atos do Poder Público não mais suscetíveis de impugnação, ainda que se assentem numa lei declarada nula. Os efeitos negativos ou danosos não mais poderão ser suprimidos em relação ao passado. Todavia, eles perdem sua eficácia em relação ao futuro, não podendo mais ser executados<sup>102</sup>. Daí resulta que o legislador não está obrigado a fazer com que a norma legal editada para atender à ordem constante da decisão de inconstitucionalidade retroaja ao momento da colisão<sup>103</sup>. A retroatividade somente é de exigir-se em relação àquelas situações ainda suscetíveis de serem impugnadas e que, portanto, não estão cobertas pelas "cláusulas gerais de preclusão" ou pela coisa julgada<sup>104</sup>.

### 5.3 A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (Anwendungssperre)

Tal como a declaração de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem o efeito de impedir que os Tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte dispositiva do julgado<sup>105</sup>. Essa orientação colhe em geral aplausos na doutrina<sup>106</sup>. A norma constante do § 79 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que impede a continuada aplicação da lei declarada inconstitucional<sup>107</sup>, explicita os princípios constantes dos arts. 1.º, III, 20, III, e 100, I, da Lei Fundamental, incompatíveis com a aplicação da lei declarada inconstitucional<sup>174</sup>. A decisão proferida no controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes* (§ 31 (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal), de modo que, após a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com efeito *erga omnes* ou após a pronúncia da nulidade, não subsiste dúvida quanto à exis-

100 BVerfGE 37, 217 (263).

101 BVerfGE 55, 100.

102 Cf., a propósito, Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 178; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (58); Hein, *op. cit.*, p. 175.

103 Heyde, *op. cit.*, p. 58; Pestalozza, *op. cit.*, p. 178; Hein, Peter, *op. cit.*, p. 175.

104 Heyde, *op. cit.*, p. 53 (58); Hein, *op. cit.*, p. 175.

105 BVerfGE 37, 217 (261).

106 Gerontas, 1982, *op. cit.*, p. 486 (488 s.); Heussner, Hermann, *op. cit.*, p. 257 (258); Jülicher, *op. cit.*, p. 97; Geiger, in: *Festgabe für Maunz, Theodor*, p. 136; Leibholz/Rupprecht, BVerfGE, § 31 (nota 3); Maunz, Theodor, *op. cit.*, p. 518; Jekewitz, DVBl. 1981, p. 1148; Maurer, Hartmut, *op. cit.*, p. 345 (362); Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 526; Skouris, *op. cit.*, p. 55; Ulsamer, Gerhard, in: Maunz, entre outros, BVerfGE, § 78, nº 33; Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Stern, Klaus, *op. cit.*, II, p. 1041.

107 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362). V., também, Pohle, *op. cit.*, p. 123.

tência à ofensa constitucional<sup>108</sup>. A lei declarada inconstitucional não dispõe portanto de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais<sup>109</sup>. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional<sup>110</sup>.

A não-aplicação da lei inconstitucional no âmbito do controle concreto de normas e no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) dirigido contra decisões judiciais tem conseqüências primeiramente para os casos concretos, impondo aos Tribunais o dever de suspender os processos pertinentes a essa questão<sup>111</sup>. Enquanto para o processo de controle concreto de normas (CI. art. 100, I) revela-se imperiosa uma nova suspensão do processo, deve o Tribunal, no caso do recurso constitucional, cassar a decisão impugnada e devolver a questão ao Tribunal competente para que aguarde a promulgação de novas regras<sup>112</sup>. Dessa forma, pode a parte beneficiar-se da nova disciplina sem que se lhe possa opor o efeito da coisa julgada, que deveria ser conseqüência da decisão no processo de recurso constitucional e no controle concreto<sup>113</sup>.

A limitação do dever de suspensão apenas aos casos concretos que deram ensejo à decisão da Corte (*Anlassfälle*) não seria razoável, uma vez que, com a constatação da inconstitucionalidade, a Administração e os Tribunais estão impedidos, com eficácia *erga omnes*, de editar atos com base na lei declarada inconstitucional (CF, art. 20, III). Por isso, constatou Ipsen, a propósito da chamada "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade", que qualquer decisão definitiva das instâncias administrativas configura aqui uma ilegalidade<sup>114</sup>. Portanto, os processos pendentes na esfera da Administração ou da Justiça — os chamados casos paralelos (*Parallelfälle*) — não devem ser tratados de maneira diferente. Qualquer outro processo deve ser suspenso até a edição de novas regras compatíveis com a Constituição<sup>115</sup>.

108 Maunz, in: Maunz, Theodor, entre outros, BVerfGE, § 31, nº 33, 42; Ipsen, *Jörn, op. cit.*, pp. 217-218.

109 Cf., a propósito, Maunz, *op. cit.*, § 31, nº 37; *op. cit.*, pp. 217-218; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

110 Ipsen, *op. cit.*, p. 218; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

111 Cf., a propósito, BVerfGE 28, 324 (363); 29, 71 (83); 31, 1 (7); 37, 217 (261).

112 BVerfGE 15, 46 (76 s.); 22, 349 (362 s.); 23, 1 (11 s.); 25, 236 (255 s.); 28, 57 (71); 32, 325 (372 s.); 39, 316 (333).

113 Schlaich, *op. cit.*, 1985, p. 173.

114 Ipsen, *op. cit.*, p. 219.

115 BVerfGE 22, 349 (363); BVerfGE 39, 316; Heussner, *op. cit.*, p. 257 (258); Gerontas, *op. cit.*, p. 486 (488 s.); Jülicher, *op. cit.*, p. 97; Geiger, *Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, Festgabe für Maunz*, p. 136; Leibholz-Rupprecht, BVerfGE § 31 (nota 3); Maunz, BayVBl. 1980, p. 518; Jekewitz, DVBl. 1981, p. 1148; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Pestalozza, *op. cit.*, p. 526; Skouris, *op. cit.*, p. 55; Ulsamer, *op. cit.*, § 78, nº 33; Schlaich, *op. cit.*, p. 172.

A suspensão de aplicação da lei como consequência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não é bem recebida por toda a doutrina, uma vez que ela dificilmente se deixa compatibilizar com o sistema de consequências jurídicas existentes. A aplicação de uma norma declarada inconstitucional é defendida por Söhn, que vislumbra na renúncia da declaração de inconstitucionalidade o reconhecimento da validade da norma, porque falta uma decisão de índole cassatória<sup>116</sup>. Também Moench parte do princípio de que, embora a suspensão de aplicação da norma seja uma consequência possível e ótima da declaração de inconstitucionalidade, não deve ser entendida como uma consequência necessária do princípio da supremacia da Constituição. Os limites da suspensão de aplicação e, portanto, as condições de validade de norma inconstitucional devem ser definidos de forma estruturalmente igual à renúncia à declaração de nulidade<sup>117</sup>. Argumentos semelhantes são trazidos por Pohle. Na aplicação superveniente da lei declarada inconstitucional inexistente uma ofensa ao princípio da supremacia da Constituição, porque os órgãos estatais estão obrigados a aplicar, não raras vezes, o direito inconstitucional; eles não atuam de forma inconstitucional e sim de forma compatível com a Constituição, porque é a própria supremacia da Constituição que exige a aplicação continuada do direito inconstitucional<sup>118</sup>. Semelhante posição é defendida por Kranz e Schneider, que vislumbram na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade a justificativa para a aplicação superveniente e para a vigência continuada da norma declarada inconstitucional<sup>119</sup>.

A aplicação irrestrita e genérica da lei inconstitucional parece pressupor uma "alternativa normativa"<sup>120</sup> que autorize essa aplicação continuada do direito inconstitucional<sup>121</sup>. Como o Direito Constitucional alemão não dispõe dessa "alternativa", afigura-se difícil encontrar fundamento constitucional que empreste sustentáculo às opiniões que defendem a aplicação da norma inconstitucional<sup>122</sup>.

A suspensão de aplicação da lei é recusada, igualmente, por Sachs. A simples constatação da inconstitucionalidade da lei pode configurar negação da nulidade da lei, permitindo que os Tribunais considerem-na plenamente aplicável<sup>123</sup>. Como as consequências da declaração de incons-

116 Söhn, Hartmut, *op. cit.*, p. 58.

117 Moench, *op. cit.*, p. 172.

118 Pohle, *op. cit.*, p. 118.

119 Kranz, NZA 1984, p. 348; Schneider, *op. cit.*, pp. 159 s. Ver, também, Kraushaar, AuR 1983, pp. 142 s.; Pieroth, Schlink Staatsrecht II, nº 562.

120 Cf., Kelsen, Reine Rechtslehre, p. 85; Ipsen, *op. cit.*, pp. 55s; 160 s., 171, 259.

121 Cf. Kelsen, Reine Rechtslehre, p. 85; Ipsen, *op. cit.*, pp. 55 s.; 160 s., 171, 259.

122 Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, p. 67; Stern, *op. cit.*, p. 1041.

123 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (985).

tucionalidade sem a pronúncia da nulidade não estão previstas nem na Lei Fundamental, nem no direito ordinário, não deveriam elas ser pressupostas como fundamento da suspensão. Ao contrário, elas precisam ser fundamentadas<sup>124</sup>. Por isso, entende Sachs que a Corte Constitucional Federal deveria retornar à praxis anterior, consagrada originariamente no § 78 da sua Lei de organização, que limitava as decisões à declaração de nulidade ou à declaração de constitucionalidade da norma<sup>125</sup>. Opinião semelhante é sustentada por Ipsen, que não encontra fundamento no direito positivo para a suspensão de aplicação e para a suspensão de processos como consequência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>126</sup>.

A opinião sustentada por Sachs a propósito de uma decisão da Corte Constitucional Federal, relativa ao tempo livre especial para a mulher com atividades domésticas próprias, tal como resulta de um escrito mais recente<sup>127</sup>, assenta-se numa concepção material do direito de igualdade que pretende atribuir às pretensões baseadas no art. 3.º da Lei Fundamental apenas a finalidade de supressão de ofensa ao princípio da isonomia. A consequência por ele defendida — nulidade — pressupõe essa concepção material do direito de igualdade. O direito de igualdade, enquanto pretensão a uma omissão ou à supressão de um tratamento desigual, leva, em última instância, ao reconhecimento de que o cidadão tem uma proteção contra a outorga de benefício a terceiro<sup>128</sup>. Isto permitiria uma intervenção na esfera jurídica de terceiros com suporte no princípio da igualdade, o que é recusado pela doutrina dominante<sup>129</sup>.

Em relação à tese segundo a qual faltaria fundamento legal para suspensão dos processos, deve-se mencionar que o legislador se refere, no § 31, n.º 2, 2.º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, tanto à lei que teve sua nulidade declarada, quanto à lei que simplesmente foi declarada inconstitucional. Isso significa que, com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, tem-se decisão sobre a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*. O poder vinculante da lei deixa de existir tanto para um indivíduo quanto para as autoridades e Tribunais<sup>130</sup>. A edição de atos singulares com base na lei inconstitucional é defesa tanto para a Administração quanto para os Tribunais (LF, arts. 1.º, III, e 20, III). É de indagar-se apenas se os órgãos estatais poderiam ignorar a lei inconstitucional e decidir diretamente as questões que lhe

124 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (985).

125 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (985).

126 Ipsen, JZ 1983, p. 41 (43).

127 Sachs, *op. cit.*, p. 411 (418).

128 Cf. Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349).

129 Dürig, *op. cit.*, nº 473; Erichsen, *op. cit.*, I, p. 64; Dax, *op. cit.*, p. 127; Götz, *op. cit.*, p. 1478 (1480); Friauf, DVBl. 1969, p. 368 (371 s.).

130 Cf. a propósito, Ipsen, *op. cit.*, pp. 159-160.

fossem submetidas ou se deveriam suspender o exercício de suas atividades pertinentes à questão até uma decisão do legislador<sup>131</sup>. A renúncia à declaração da nulidade somente poderia ser entendida dogmaticamente como uma opção para que o legislador encontre diretamente a solução para o caso, uma vez que a tarefa de concretização da vontade constitucional foi, em primeira linha, confiada a ele<sup>132</sup>. Assim, é de reconhecer-se que não falta base jurídica tanto para a suspensão da aplicação da lei, quanto para a suspensão dos processos como decorrência.

Deve-se admitir, por isso, que, apesar da insegurança que resulta da suspensão da aplicação da norma<sup>133</sup>, constata-se, com a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, que a situação jurídica questionada, na forma existente, não se compatibiliza com a Lei Fundamental. Isso significa que qualquer ato praticado com base na norma inconstitucional é ilegítimo<sup>134</sup>.

A aplicação continuada da norma que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelos órgãos estatais revela-se inadmissível, uma vez que, tal como o legislador, estão a Administração e os Tribunais obrigados a observar o disposto nos arts. 1.º, III, e 20, III, da Lei Fundamental, que consagra o princípio do Estado de Direito. Eles estão autorizados a agir apenas em conformidade com a Constituição<sup>135</sup>. Qualquer ação incompatível com a Lei Fundamental não pode, em princípio, ser justificada pelo prisma constitucional. Sob esse aspecto, não há como deixar de reconhecer como correta a equiparação entre a declaração de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade<sup>136</sup>.

#### 5.4. Aplicação da lei inconstitucional

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pela Corte Constitucional Federal sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados "casamentos mistos"<sup>137</sup>, tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um vácuo legislativo. A Corte Constitucional Federal reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional.

131 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

132 Cf. a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Ipsen, *op. cit.*, p. 219.

133 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

134 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Ipsen, Jörn, *op. cit.*, p. 192.

135 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Hein, *op. cit.*, p. 189.

136 Cf., Hein, *op. cit.*, p. 189; Schlaich, *op. cit.*, p. 178.

137 BVerfGE 37, 217.

nal, a fim de que não surja nessa fase intermediária situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente<sup>138</sup>.

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico<sup>139</sup>. Idêntica opinião é sustentada por Stern<sup>140</sup>, Schlaich<sup>141</sup>, Maurer<sup>142</sup> e Jülicher<sup>143</sup>, no caso de a aplicação da lei inconstitucional ser exigida pela própria Constituição. Também Moench admite a aplicação da lei inconstitucional em caso concreto, observados os parâmetros estabelecidos na própria Constituição<sup>144</sup>. Essa orientação é sustentada, igualmente, por Heussner, que admite aplicação da lei inconstitucional, com fundamento, sobretudo, em razões de segurança jurídica<sup>145</sup>.

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional — mas que não teve a sua nulidade reconhecida — é legítima, quando exigida pela própria Constituição<sup>146</sup>. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso<sup>147</sup>.

Evidentemente, não se esclarecem, assim, os critérios que devem orientar a Corte Constitucional Federal para expedir a autorização de aplicação da lei inconstitucional<sup>148</sup>. Pode-se afirmar, todavia, com segurança, que essa autorização somente pode ser outorgada se a aplicação continuada da lei inconstitucional for exigida ou pressuposta pela Constituição, uma vez que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional<sup>149</sup>. Essa concepção, que há de ser considerada obrigatória sob o prisma constitucional, contém o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar, na Constituição, toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação da norma inconstitucional<sup>150</sup>. Semelhante tendência poderia fortalecer a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade confere efetivamente ao Tribunal uma "discrecioniedade da sanção" (*Sanktionsermessen*)<sup>151</sup>.

138 BVerfGE 61, 319 (356).

139 Pestalozza, *op. cit.*, pp. 565-566.

140 Stern, *op. cit.*, p. 1041.

141 Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

142 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

143 Jülicher, *op. cit.*, p. 97.

144 Moench, *op. cit.*, p. 173.

145 Heussner, *op. cit.*, p. 257 (259).

146 Cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 192.

147 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180; Hein, Peter, *op. cit.*, p. 194.

148 Cf. a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

149 Cf., também, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

150 Schlaich, *op. cit.*, p. 180; Hein, *op. cit.*, p. 194.

151 Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, p. 220; Idem, JZ 1983, pp. 41 s.; ver, também, Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, p. 98.

## 6. Bibliografia

- (A forma abreviada de citação utilizada no texto vem explicitada, sempre que imprescindível, entre parênteses)
- BACHOF, Otto, Der Verfassungsrichter als Gesetzgeber?, in: Wege zum Rechtsstaat, Königstein/Ts, 1979.
- DAX, Günter, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte (cit.: Das Gleichbehandlungsgebot), Bonn, 1969.
- DÜRIG, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, art. 3.
- EBSEN, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin, 1985.
- ERICHSSEN, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. I, 3ª edição, München, 1982.
- . Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, 2ª edição, Munique, 1979.
- FRIAUF, Karl-Heinrich, Anmerkung zu den Urteilen des BVerwGs vom 30.8.1968 — BVerwG VII — C 122.96 und vom 25.10.1968 — BVerwG 90-66, DVBl. 1969, p. 368.
- FLAD, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.
- FROMEIN, Jochen Abr. Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem, DöV 1971, pp. 793 s.
- GEIGER, Willi, Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe für Theodor Maunz, Munique, 1971.
- GERONTAS, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486.
- GÖTZ, Volkmar, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht, NJW 1979, p. 1478.
- GUSY, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (cit.: Gesetzgeber), Berlin, 1985.
- HEIN, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht (cit.: Unvereinbarerklärung), Baden-Baden, 1988.
- HENKE, W., Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen, 1979.
- HEYDE, Wolfgang, Gesetzgeberische Konsequenz aus der Verfassungswidrigkeit von Normen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, Munique, 1984, p. (53) 55.
- HEUSSNER, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, p. 257.
- IPSEN, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt (cit.: Rechtsfolgen), Baden-Baden, 1980.
- . Nichtigerklärung oder "Verfassungswidrigerklärung" — Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ 1983, p. 41.
- JEKEWITZ, Jürgen, Anmerkung zum Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8.10.1980, DVBl. 1981, p. 1148.
- JELLINEK, Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3ª edição, Leipzig e Berlin, 1927.
- JÜLICHER, Friedrich, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen (cit.: Verfassungsbeschwerde), Berlin, 1972.
- KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, 1ª edição, Leipzig e Viena, 1934.
- . Reine Rechtslehre 2ª edição, Viena, 1960.
- KORINEK, KARL, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, p. 7.
- KRANZ, Jürgen, Neue Kündigungsfristen für ältere Arbeitnehmer? NZA 1984, p. 348.
- KRAUSHAAR, Bernhard, Die neuen Kündigungsfristen für ältere Arbeiter, AuR 1983, p. 142.
- LECHNER, Hans, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 1955, p. 1817.
- LEIBHOLZ, Gerhard/RUPPRECHT, Reinhard, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Colônia, 1968.
- . Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, (Nachtrag) Colônia, 1971.
- LERCHE, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen", AöR 90 (1965), p. 341.
- MAUNZ, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 31.
- . Das verfassungswidrige Gesetz, BayVB1., 1980, p. 513.
- MAURER, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin, 1974, p. 345.
- MAYWALD, Anwendbarkeit für verfassungswidrig erklärte Gesetze?, BayVB1. 1971, p. 90.
- MEYER, Wolfgang, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. III, 2ª edição, Munique, 1983, art. 93.
- MOENCH, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle (cit.: Verfassungswidriges Gesetz), Baden-Baden, 1977.
- OBERNDORFER, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 193.

- PESTALOZZA, Christian, "Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechtslagen (cit.: "Noch verfassungsmäßige"), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, vol. I, p. 520.
- . Verfassungsprozessrecht, 2ª edição, Munique, 1982.
- PIEROOTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard, Grundrechte — Staatsrecht II, 4ª edição atualizada, Heidelberg, 1988.
- POHLE, Albrecht Peter, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, (cit.: Verfassungswidrigerklärung) Frankfurt am Main, Berna, 1979.
- RUPP, Hans Heinrich, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte, MJW 1974, p. 2153.
- SACHS, Michael, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1982, pp. 23 s.
- . Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, FamRZ 1982, p. 981.
- SCHLAICH, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München, 1985.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 90.
- . in: Maunz, u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz — Kommentar zu § 94.
- SCHNEIDER, Bernd Jürgen, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze (cit.: Funktion der Normenkontrolle), Frankfurt am Main, 1988.
- SCHULTE, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BVBl., 1988, p. 1200.
- SEIBERT, Helga, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, EuGRZ, 1978, p. 386.
- SKOURIS, Wassilios, Teilnichtigkeit von Gesetzen (cit.: Teilnichtigkeit), Berlin, 1973.
- SÖHN, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen? (cit.: Anwendungspflicht), Frankfurt am Main, 1974.
- STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, Munique, 1980.
- . Staatsrecht der Bundesrepublik, vol. I, 2ª edição, Munique, 1984.
- STETTNER, Rupert, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, p. 1123.
- TRIEPEL, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 3.
- ULSAMER, Gerhard, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 78.

## Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988

Prof. A. B. COTRIM NETO  
Da UFRJ e da Academia Brasileira de  
Letras Jurídicas

"Caminhamos a passos largos para a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do Judiciário. Já em 1983 a Professora Ada Pellegrini Grinover mostrava a tendência de aplicar-se o dispositivo do art. 107 da CF então vigente, também, à função jurisdicional. Não mais se compreende que o Estado moderno não responda pelo mau funcionamento do Poder Judiciário, qualquer que seja o agente da conduta lesiva" (do Pres. do IAB, Adv.º Roberto Haddock Lobo, na inauguração do Simpósio sobre "O Poder Judiciário e a Administração da Justiça", em 5-9-91, no Rio de Janeiro).

### SUMÁRIO

1. Cominações de juiz, nos Códigos de Hamurabi e dos Decêvros.
2. Ressarcimento de prejuízos por juiz, em Roma.
3. Penalização de juiz faltoso, na Itália.
4. Idem, no Brasil.
5. Indefinição da Responsabilidade Civil do Estado, no século XVIII.
6. Em França constrói-se a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado.
7. Na Alemanha se desenvolve a Teoria da Responsabilidade sem Culpa, no Direito Público.
8. A jurisprudência do STF, do Brasil, segundo CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, "no sentido de que o Estado não é civilmente