

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 124
outubro/dezembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã

LUÍS AFONSO HECK

SUMÁRIO

I. *Introdução*. II. *Fundamentos históricos (precursores)*. III. *Definição*. IV. *Natureza jurídica do recurso constitucional*. V. *Função dúplice do recurso constitucional*. A. *Garantia da proteção jurídica individual*. B. *Defesa e desdobramento da Lei Fundamental*. VI. *Objeto e critério normativo*. A. *Ação ou omissão do poder público*. 1. *Poder Legislativo*. a) *Ação*. b) *Omissão*. 1) *Grau*. 2) *Dever à ação*. 3) *Jurisprudência constitucional*. 2. *Poder Executivo*. 3. *Poder Judiciário*. a) *Decisão judicial e extensão do exame*. 1) *O Tribunal Constitucional Federal não é instância de revisão*. 2) *A posição da doutrina*. b) *Procedimento judicial*. c) *Fundamento do recurso constitucional*. 1) *Nas decisões judiciais*. 2) *Nos procedimentos judiciais*. d) *Omissão judicial*. B. *Critério normativo*. VII. *Faculdade para promover o recurso constitucional*. A. *Violação "pessoal, presente e direta"*. "Pessoal". "Presente". "Direta". B. *Esgotamento das vias judiciais*. *Posição do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental*. 2. *Princípio da subsidiariedade*. C. *Exceção à exigência do esgotamento das vias judiciais*. VIII. *Legitimados à propositura do recurso constitucional*. A. *Pessoas naturais*. B. *Pessoas jurídicas*. C. *Associações carentes de personalidade jurídica*. IX. *Prazo*. X. *Pressupostos da admissão* (§ 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) A. *Significado fundamental jurídico-constitucional* (§ 93a, alínea 2, letra a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). B. *Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal* (§ 93a, alínea 2, letra b, primeira parte da frase, dessa lei) C. *Indicação de um especial prejuízo grave* (§ 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). D. *Competência da Câmara e do Senado - e procedimento* (§ 93b e § 93c da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). E. *Decisão* (§ 93d da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). XI. *Decisão sobre o recurso constitucional* (§ 95, alíneas 2 e 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) A. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão*. B. *Deferimento do recurso constitucional dirigido con-*

Luis Afonso Heck é Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Fundação Universidade de Itaúna, MG. Doutorando de Direito Constitucional na Albert-Ludwigs Universität, Freiburg. i.Br., República Federal da Alemanha.

tra uma lei. C. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa*. 1. *Omissão legislativa absoluta*. 2. *Omissão legislativa relativa XII. Custas-taxas*.

I. Introdução

Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um dos seus elementos essenciais,¹ mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais,² os quais têm, no mencionado recurso³ a sua expressão jurídica. Por meio dele constituiu-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa⁴ figurar como guarda da Lei Fundamental, como, ainda, formulou-se um instituto jurídico do qual dimana um efeito educador⁵ aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos.⁶ O recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coroaamento da idéia do Estado de Direito.⁷ Além disso, ele propor-

⁰¹ FRIESENIHAIN, E. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Mosler, H. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 1961, S. 91; cf. do mesmo autor, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln u. a., 1963, S. 7.

⁰² Comparar com HESSE, K. Wandlungen der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die bundesstaatliche Ordnung, in: *FS für Dietrich Schindler*, Basel, 1989, S. 727.

⁰³ Até 1980 foram propostos 44. 773 recursos constitucionais no Tribunal Constitucional Federal; em 1990, 3.309; em 1991, 3.904 e em 1992, 4.214. Ver *Gesamtjahresstatistik des Bundesverfassungsgerichts für das Geschäftsjahr 1992*.

⁰⁴ Art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

⁰⁵ ZWEIGERT, K. Die Verfassungsbeschwerde, in: *JZ*, 1952, S. 321; RUPP, H. Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, in: *ZZP*, 1969, S. 3.

⁰⁶ Comparar com STERN, K. in: Dolzer, R. u. Vogel, K. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, Stand: Juli, 1993, Art. 93, RdNr. 405, S. 168; GEIGER, W. Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951, in: *Bundesanzeiger*, 13.2.1952, Nr. 30, S. 6 ff.

⁰⁷ Comparar com ZWEIGERT (nota 5), S. 321. Ver também LECHNER, H. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 3. Aufl., München, 1973, § 90, Vorbemerkung 3., S. 341; STERN, K. (nota 6),

ciona oportunidades ao Tribunal Constitucional Federal para pronunciar-se sobre magnas questões constitucionais relativas à interpretação dos direitos fundamentais, potencializando, ao mesmo tempo, a atualização da Lei Fundamental em sua aplicação por meio dos detentores do poder estatal.⁸

O escopo deste artigo, além de informativo, em decorrência da envergadura jurídico-constitucional do recurso constitucional, é reflexivo,⁹ tendo em vista que esse recurso é o único instrumento processual alemão que possibilita submeter diretamente a omissão legislativa ao controle judicial.¹⁰

II. Fundamentos históricos (precursores)

A tradição do recurso constitucional¹¹ tem, na Alemanha, duas vertentes geográficas: uma regional, bávara, e outra supra-regional. Naquela são mencionadas: Constituição do Reino da Baviera, de 26 de maio de 1818, § 21;¹² Constituição do Estado Livre da Baviera, de 14 de agosto de 1919, § 93, alínea 1,¹³ e a Constituição do Estado Livre da Baviera, de 2 de dezembro de 1946, art. 120.¹⁴ Nesta são aludidas: Ata Congressual de Viena, de 2 de junho de 1815, art. 46;¹⁵ Ata Final de Viena, de 15 de maio de 1820,

Art. 93, RdNr. 412, S. 170.

⁰⁸ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU, B. in: Maunz, T. - Schmidt-Bleibtreu, B. - Klein, F. - Ulsamer, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, München, Stand: März 1992, § 90, RdNr. 19, S. 34.

⁰⁹ Penso no mandado de injunção brasileiro.

¹⁰ Ver SCHNEIDER, R. Rechtsschutz gegen verfassungswidrige Unterlassen des Gesetzgebers, in: *AOZ*, Band 89, 1964, S. 28.

¹¹ Ver DRATH, M. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *ITDSiRL*, Heft 9, 1952, S. 39. Comparar com KREUZER, K. Vorläufer der Verfassungsgerichtsbarkeit im süddeutschen Konstitutionalismus, in: *EuGRZ*, 1986, S. 97.

¹² Texto impresso, in: HUBER, E.R. *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 1, 3. Aufl., Stuttgart u. a., 1978, S. 155 ff.

¹³ Texto impresso, in: *GlöBI für den Freistaat Bayern*, 1919, Nr. 58, S. 531 ff.

¹⁴ Texto impresso, in: *(Bay)GlöBI* vom Jahr 1946, Nr. 23, S. 333 ff. Sobre esse aspecto regional, ver BOULANGER, W. *Die geschichtliche Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., Heidelberg, 1954, S. 5 ff.

¹⁵ Texto impresso, in: KLÜBER, J.L. *Acten des Tiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815*, Sechster Band, Erlangen, 1816, S. 53. Há também referências ao Regulamento do Tribunal Cameral do Império, de 25 de setembro de 1555: Theil II, Tit. I, § 2 e Tit. XXVI, § 1 (texto impresso, in: LAUFS, A. *Die Reichskammergerichtsordnung von 1555*, Köln

art. 29;¹⁶ Constituição Imperial de Frankfurt, de 28 de março de 1849, § 126, letra g;¹⁷ Constituição da Federação Germânica do Norte, de 16 de abril de 1867, art. 77¹⁸ e Constituição do Império Alemão, de 16 de abril de 1871, art. 77.¹⁹

Inicialmente a Lei Fundamental não continha o recurso constitucional, sendo nela introduzido por meio da décima nona lei modificadora da Lei Fundamental, de 29 de janeiro de 1969.²⁰ Até então, a competência decisória do Tribunal Constitucional Federal relativa ao recurso constitucional provinha dos §§ 90 e 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, que têm o seu fundamento no art. 93, alínea 2, da Lei Fundamental.

III. Definição

O recurso constitucional é "o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação, sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser

Wien, 1976, S. 55 ff). Ver, a esse respeito, SCHEUNER, U. Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Starck, C. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band 1, Tübingen, 1976, S. 11; HÖKE, R. Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: Starck u. Stern, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Teilband I, Baden-Baden, 1983, S. 36 f; ROBBERS, G. Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *JUS*, 1990, S. 258; cf. do mesmo autor, *Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Umbach, D.C. u. Clemens, T. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, 1992, RdNr. 6, S. 5.

¹⁶ Texto impresso, in: MEYER, S.A.G.v. u. ZOEPFL, H. *CJC'G oder Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Zweiter Teil, 3. Aufl., Frankfurt a.M., 1859, S. 1010 ff.

¹⁷ Texto impresso, in: HUBER, (nota 11), S. 375 ff.

¹⁸ Texto impresso, in: HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 2, 3. Aufl., Stuttgart u. a., 1986, S. 272 ff.

¹⁹ Texto impresso, in: HUBER (nota 18), S. 384 ff. No respeitante ao aspecto supra-regional, ver SCHUMANN, E. Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: Starck u. Stern, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Teilband II, Baden-Baden, 1983, S. 171 ff; BOULANGER (nota 14), S. 58.

²⁰ Art. 1, n.1 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 97). À alínea 1 do art. 93, da Lei Fundamental, foram acrescentados os n.º 4a e 4b.

decidido".²¹

IV. Natureza jurídica do recurso constitucional

O recurso constitucional é um recurso extraordinário.²² De um lado, porque não se constitui em um recurso suplementar para os processos perante os tribunais ordinários ou perante os tribunais administrativos.²³ Ele não se coloca como opção ao lado de outros recursos nem como possibilidade de simplificar ou de contornar as outras vias judiciais previstas.²⁴ De outro lado, devido à excepcionalidade, motivada pela certeza jurídica, do questionamento de decisões provenientes de outros tribunais, transitadas em julgado no sentido formal, e de decisões não-impugnáveis de autoridades.²⁵

V. Função dúplice do recurso constitucional

Essa característica do recurso constitucional aparece, na jurisprudência constitucional, pela primeira vez na BVerfGE 33, 247 (258 ff).²⁶ Nela se expõe a função subjetiva e a função objetiva do recurso constitucional, o que já fora tratado pela doutrina,²⁷ estando, hoje, assente.²⁸

²¹ LANGE, H.-R. *Begriff und Rechtscharakter der Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Jur. Diss., Münster, 1955, S. 39. O recurso constitucional dos municípios e das uniões de municípios, previsto no § 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, não será considerado neste trabalho.

²² BVerfGE 2, 287 (291); 18, 315 (325); 22, 287 (290 f); 68, 376 (379). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 15, S. 29a-30; ZUCK, R. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. Aufl., München, 1988, RdNr. 8-28, S. 4-9.

²³ BVerfGE 1, 3 (5); 1, 5 (6).

²⁴ BVerfGE 2, 287 (291). Ver também BVerfGE 1, 97 (103); 68, 376 (381).

²⁵ BVerfGE 22, 287 (291). Comparar com BVerfGE 68, 376 (379 f). Ver também HERZOG, R., Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Deutsche Bundestag, 12. Wahlperiode*, Protokoll der 72. Sitzung des Rechtsausschusses 24. März 1993, Bonn, S. 37.

²⁶ Ver também BVerfGE 51, 130 (139).

²⁷ WINTRICH, J. u. LECHNER, H. Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, *Die Grundrechte*, Band 3, 2. Halbband, Berlin, 1959, S. 669; SCHUMANN, E. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin, 1963, S. 108 ff.

²⁸ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode*, Bonn, 1992, Drucksache 12-3628, S. 8; SCHOLZ, R. in: Protokoll (nota 25), S. 31.

A. *Garantia da proteção jurídica individual*

O recurso constitucional é um meio de proteção jurídica, concedido ao cidadão, para efetivar processualmente os direitos fundamentais ou os direitos de igual categoria.²⁹ Nas decisões relativas ao recurso constitucional a atividade do Tribunal Constitucional Federal funciona em defesa dos direitos fundamentais.³⁰ Essa função também decorre do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.³¹ Configurando-se, ainda, no § 90, alínea 2, frase 2, da mencionada lei.

B. *Defesa e desdobraamento da Lei Fundamental*

²⁹ BVerfGE 1, 3 (5) - jurisprudência constante. Essa concepção é corroborada pela doutrina: SCHMIDT-BLEIßTREU (nota 8), § 90, RdNr. 17, S. 31; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 403 ff, S. 168 ff; cf. do mesmo autor, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, München, 1980, S. 1015; ZUCK (nota 22), RdNr. 64, S. 19 f; LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, J u. Kirchhof, S. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, Heidelberg, 1987, RdNr. 142, S. 828.; GUSY, C. *Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren*, Heidelberg, 1988, RdNr. 15, S. 9; SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 2. Aufl., München, 1991, RdNr. 263, S. 160 f; SOMMER, M. *Die verfassungsrechtliche Nachprüfung von Unterlassen des Gesetzgebers*, Jur. Diss., Würzburg, 1959, S. 39; SCHERRER, G. *Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt*, Jur. Diss., Freiburg, 1959, S. 6 ff; PFEIFFER, G. *Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis*, Essen, 1959, S. 1 f; HENNING, S. *Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Jur. Diss., Göttingen, 1981, S. 193 ff; BALLEY, K.-M. v. *Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren unter Berücksichtigung an Aufnahme der Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., München, 1972, S. 34 ff; KLEIN, E. *Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *AÖR*, Band 108, 1983, S. 589; KLEY, D. in: *Umbach u. Clemens* (nota 15), § 90, RdNr. 2, S. 1157 f.
³⁰ ZWEIFERT (nota 5), S. 321.

³¹ Ver KLEIN, E. *Konzentration durch Entlastung? Das fünfte Gesetz zur Abänderung des Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, in: *NJW*, 1993, S. 2074; ZUCK, R. *Der Zugang zum BVerfG: was lässt das 5. Änderungsgesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?*, in: *NJW*, 1993, S. 2644.

Além dessa função subjetiva, o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento.³² Na medida em que submete o exercício de todo o Poder Estatal ao critério dos direitos fundamentais por meio de um controle resgatável do singular, ele também esclarece e vivifica esse âmbito jurídico central, como, ainda, solidifica a sua validade na vida jurídica.³³ O recurso constitucional serve, nesse contexto, ao esclarecimento de questões constitucionais,³⁴ motivando a proteção da Constituição, com a qual significa a estabilização do sistema.³⁵ Essa função objetiva também se justifica por meio da dedução legal: art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, § 93a, alínea 2, letra a, e § 90, alínea 2, frase 2, ambos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.³⁶

VI. *Objeto e critério normativo*

Qualquer pessoa tem legitimidade para promover um recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental, pelo poder público.³⁷ A violação pode resultar tanto de uma ação como de uma omissão.³⁸ Desses enunciados normativos decorre o objeto do recurso constitucional como sendo um fazer ou um não-fazer do poder público. Esse, em conexão com o art. 1, alínea 3, da Lei Fundamental,³⁹ compreende o âmbito da divisão dos poderes, i.e. os Poderes Executivo, Legislativo e Ju-

³² BVerfGE 30, 247 (259). Ver também BVerfGE 45, 63 (74); 51, 130 (139); 79, 365 (367 f); 85, 109 (113). Na doutrina, ZUCK (nota 22), RdNr. 65 ff, S. 20 ff; GUSY (nota 29), RdNr. 16, S. 9 f.
³³ LECHNER (nota 7), § 90, *Vorbemerkung* 3., S. 341.

³⁴ BVerfGE 56, 249 (268) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 266 ff). Ver também RÜPP (nota 5), S. 3.

³⁵ KLEIN, E. *Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde*, in: *DÖJ*, 1982, S. 798.

³⁶ Ver KLEIN, (nota 31), S. 2074; ZUCK (nota 31), S. 2644. Comparar com ZUCK (nota 22), RdNr. 61 ff, S. 21 f.

³⁷ Art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

³⁸ § 92 e § 95, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

³⁹ "Os direitos fundamentais seguintes vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como direito auto-aplicável."

diciário.⁴⁰ O poder público alienígena está a cavaleiro do recurso constitucional.⁴¹

A. Ação ou omissão do poder público

1. Poder Legislativo

a) Ação

A ação compreende o resultado da legiferação,⁴² i.e. a lei,⁴³ publicada,⁴⁴ que figura aqui, tanto no sentido formal⁴⁵ como no sentido material.⁴⁶ Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal admite o recurso constitucional contra o decreto-lei⁴⁷ e contra o estatuto.⁴⁸ A lei

⁴⁰ SCHERER (nota 29), S. 26 f; PFEIFFER (nota 29), S. 10; MAUNZ, T. in: Maunz, T. - Dürig, G. - Herzog, R. - Scholz, R. - Lereche, S. - Papier, H.J. - Randdelzhofer, A. - Schmidt-Assmann, E. *Grundgesetz - Kommentar*, München, Stand: Dezember 1992, Art. 93, RdNr. 64, S. 32; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 69, S. 70 f; PESTALOZZA, C. *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. Aufl., München, 1991, RdNr. 23, S. 173. Uma concepção mais dilatada encontra-se em SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 68, S. 69 f. Os titulares da administração indireta estão incluídos nesse conceito (SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 69, S. 70). Comparar com PFEIFFER (nota 29), S. 9.

⁴¹ ZWEIFERT (nota 5), S. 321; SCHERER (nota 29), S. 35; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 206, S. 125. Comparar, v. g., com BVerfGE 58, 1 (27).

⁴² A qual toca um legislador alemão (PFEIFFER (nota 29), S. 11).

⁴³ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 205, S. 124; ZWEIFERT (nota 5), S. 322; PFEIFFER (nota 29), S. 10; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 229.

⁴⁴ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 78, S. 75; PFEIFFER (nota 29), S. 11. Comparar com ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

⁴⁵ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 78, S. 75; RENNERT, K. in: Umbach u. Clemens (nota 15), § 95, RdNr. 71, S. 1394; BÜSSER, K. *Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, Jur. Diss., Wiesbaden, 1967, S. 26.

⁴⁶ ZWEIFERT (nota 5), S. 322; PFEIFFER (nota 29), S. 10; RENNERT (nota 45), § 95, RdNr. 71, S. 1394; BÜSSER (nota 45), S. 26.

⁴⁷ BVerfGE 3, 162 (171); 62, 273 (277); 62, 117 (119, 153); 65, 248 (249). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 87, S. 79a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 229 f. cf. do mesmo autor (nota 29), S. 1018; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 205, S. 124; PFEIFFER (nota 29), S. 10; ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

⁴⁸ BVerfGE 12, 319 (321); 65, 325 (326). Na doutrina, ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 230; cf. do mesmo autor (nota 29), S. 1018; SCHLAICH (nota 28), RdNr. 205, S. 125; ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

aprovatória de tratados ou acordos com Estados estrangeiros também submete-se ao recurso constitucional.⁴⁹ Da mesma forma, leis modificadoras da Lei Fundamental.⁵⁰ O Direito Consuetudinário⁵¹ e o Direito Secundário das Comunidades Europeias⁵² não são alcançados pelo recurso constitucional.

A diferença entre leis pré-constitucionais e leis pós-constitucionais, relevante no controle concreto de normas, carece, nesse ponto, de significação.⁵³

b) Omissão

1) Graú

A atitude omissiva do legislador pode ser absoluta ou relativa.⁵⁴ É absoluta quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever legislativo, violando, por meio disso, esse seu dever.⁵⁵

Quando o legislador, embora tenha sido ati-

⁴⁹ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 86, S. 76a, RdNr. 82, S. 75a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 230.

⁵⁰ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 84, S. 76.

⁵¹ O direito não-escrito carece de uma ação do poder público. Ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 620, S. 230; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 81, S. 75a.

⁵² SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 86a, S. 77a.

⁵³ BVerfGE 11, 225 (259 D); 18, 1 (9); 43, 108 (116). Ver também PFEIFFER (nota 29), S. 11; ZWEIFERT (nota 5), S. 323; GUSY (nota 29), RdNr. 29, S. 19.

⁵⁴ Essa terminologia deve-se a WESSEL, F. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, in: *DFBZ*, 1952, S. 164. Ver, quanto a isso, também LECHNER, H. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, in: *NJW*, 1955, S. 1877 ff; SEIWERTH, J. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Köln, 1962, S. 57, 66 f; SEUFERT, L. Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsrechtliche Durchsetzung - Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens -, Jur. Diss., Würzburg, 1969, S. 77 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 111, S. 99.

⁵⁵ SOMMER (nota 29), S. 56 f. Trata-se de casos nos quais a Lei Fundamental obrigou o legislador a decretar uma determinada lei como, v. g., o art. 131, o art. 3, alínea 2, coneceto com o art. 117, alínea 1 (com prazo), e o art. 6, alínea 5. Ver, a esse respeito, SPÄTH, S. *Wesen, Umfang und Wirkung der Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., München, 1955, S. 108.

vo. deixa, na sua regulação, um determinado grupo populacional em desconsideração, ocorre a omissão relativa.⁵⁶ a qual viola o princípio isonômico, sito no art. 3.º da Lei Fundamental.⁵⁷

2) Dever à ação

Para que a omissão legislativa possa entrar em questão, há mister da existência de um dever à ação, do qual decorre a sua relevância jurídica.⁵⁸ O recurso constitucional deve ter por base uma infração de um dever de ação legislativo, o qual encontrou, na parte relativa aos direitos fundamentais ou nas outras prescrições normativas da Lei Fundamental, protegidas pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, a sua especial expressão.⁵⁹ Não é somente o direito, mas também o dever do corpo legislativo de decretar as leis que são necessárias.⁶⁰

3) Jurisprudência constitucional

No primórdio, o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se hesitante quanto ao tema:

“A questão sobre se uma lei deve ser decretada depende de considerações econômicas, políticas e ideológicas, as quais se subtraem a um controle judicial em geral.”⁶¹

Em seguida, porém, mudou de posição, na qual se manteve:

“Se o legislador está constitucionalmente obrigado a efetuar uma ação, i.e., a decretar uma lei, pode, então, por meio de uma violação ao seu dever de ação, ou seja, por omissão, também violar direitos fundamentais. Se cumpriu apenas parcialmente o mandato constitucional, violando, por esse meio, o princípio isonômico, um recurso constitucional pode,

então, amparado pelo art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental, também dirigir-se contra a omissão parcial.”⁶²

2. Poder Executivo

Objeto do recurso constitucional pode ser qualquer ato administrativo,⁶³ não importando se federal, estadual ou municipal.⁶⁴ Nessa esfera, o recurso constitucional tem uma importância prática restrita,⁶⁵ uma vez que o conceito de poder público está centrado no art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental.⁶⁶ A omissão do Poder Executivo é passível do recurso constitucional,⁶⁷ havendo, sobre isso, concordância geral.⁶⁸

3. Poder Judiciário

a) Decisão judicial e extensão do exame

Com exceção das decisões do próprio Tribunal Constitucional Federal,⁶⁹ incluídas aquelas das Câmaras,⁷⁰ todas as outras decisões, tanto de tribunais federais como estaduais,⁷¹ inclusive dos tribunais constitucionais estaduais,⁷² são objeto do recurso constitucional.⁷³

Quanto à extensão do exame, dois pontos merecem consideração.

⁶² BVerfGE 6, 257 (264), de 20 de fevereiro de 1957. Ver também BVerfGE 8, 1 (1 - diretiva n.º 3); 10, 302 (306, 329); 19, 150 (155); 56, 54 (78).

⁶³ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 161, S. 121; PFEIFFER (nota 29), S. 16. Ver também ZWEIFERT (nota 5), S. 324; ZUCK (nota 21, RdNr. 458, S. 208) assevera que o relevante não está na classificação do ato administrativo, senão na vinculatividade da medida em relação ao cidadão atingido e na necessidade de haver efeitos externos.

⁶⁴ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 161, S. 122.

⁶⁵ GUSY (nota 29), RdNr. 33, S. 22.

⁶⁶ PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 25, S. 174.

⁶⁷ BVerfGE 1, 97 (100); 2, 287 (290); 10, 302 (306); 69, 161 (167).

⁶⁸ Ver PFEIFFER (nota 29), S. 16; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 634, S. 234, RdNr. 649, S. 239; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 34, S. 179; GUSY (nota 29), RdNr. 36, S. 25; LECHNER (nota 54), S. 1819; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 117, S. 132.

⁶⁹ BVerfGE 1, 89 (90); 7, 17 (18); 19, 88 (90).

⁷⁰ BVerfGE 7, 241 (243); 18, 440 (440 f); 19, 88 (90).

⁷¹ BVerfGE 34, 81 (93).

⁷² BVerfGE 6, 445 (447); 13, 132 (140); 42, 312 (323).

⁷³ Para o conjunto, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 127-130, S. 104a-105; GUSY (nota 29), RdNr. 37, S. 25 f; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 627, S. 231 f; PFEIFFER (nota 29), S. 19; ZWEIFERT (nota 5), S. 324.

⁵⁶ SOMMER (nota 29), S. 68.

⁵⁷ Comparar com SEUFERT (nota 54), S. 77; SOMMER (nota 29), S. 68.

⁵⁸ SOMMER (nota 29), S. 53; PFEIFFER (nota 29), S. 12; SEUFERT (nota 54), S. 37 f. Contra, SPÄTH (nota 55), S. 108 f.

⁵⁹ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 107, S. 98; cf. do mesmo autor Anmerkung, in: *DÖJ*, 1962, S. 105; Ver também SEUFERT (nota 54), S. 98.

⁶⁰ LECHNER (nota 54), S. 1818. Sobre isso, fundamentalmente PESTALOZZA, C. Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: *NJW*, 1981, S. 2081 ff; Ver também BADURA, S. Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen, in: *FS für Kurt Eichenberger*, Basel, 1982, S. 481 ff.

⁶¹ BVerfGE 1, 97 (101), de 19 de dezembro de 1951.

1) *O Tribunal Constitucional Federal não é instância de revisão*

Esse enunciado contém a questão principal⁷⁴ referente à relação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada.⁷⁵ A sua significação reside nos aspectos quantitativo e qualitativo: a grande maioria dos recursos constitucionais é proposta contra decisões judiciais.⁷⁶ e, nisto, a sua função específica, garantir a atualização dos direitos fundamentais, reconhece-se nitidamente.⁷⁷

O próprio Tribunal Constitucional Federal, todavia, não se configura como uma superinstância de revisão,⁷⁸ ao exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais,⁷⁹ até por-

⁷⁴ SCHENKE, W.-R. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. Heidelberg, 1987, S. 27.

⁷⁵ GERHARDT, W. Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, speziell: Zwangsvollstreckung. in: ZZZ, 1982, S. 474. Ela problematiza a correspondência entre a certeza jurídica e a justiça material. A certeza jurídica foi, historicamente, instrumentalizada por meio da revisão, que tinha a função primordial garanti-la, não remover a injustiça no caso concreto (SCHLAICH (nota 29), RdNr. 266, S. 164), concepção ainda hoje corrente (SCHUMANN, E. Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, in: ZZZ, 1983, S. 195). A justiça material tem o seu principal meio operacional no recurso constitucional (comparar com SEIDE, H. Verfassungsbeschwerde, Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit, in: DÖJ, 1969, S. 675). Assim configurada, essa correspondência reconhece-se na dupla função do recurso constitucional, ultrapassando-a todavia, para refletir-se na questão em pauta, a saber: a censura ao Tribunal Constitucional, por ver nele uma instância de revisão, não pode desconhecer que essa *qualidade*, a qual possibilita a objeção, advém, não da sua volição, senão da necessidade (assim, entretanto, BURMEISTER, J. Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, in: DfBf, 1969, S. 608) proveniente da função objetiva do recurso, em constitucional (comparar com GERHARDT, *ibid.*, S. 493). Há, portanto, entre a mencionada função e a competência do Tribunal Constitucional Federal relativa à verificação das decisões judiciais, uma elasticidade que impossibilita fixar os limites do exame judicial a priori (ver, infra, VI.A., 3., a) (2)).

⁷⁶ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b.

⁷⁷ RUPP (nota 5), S. 12.

⁷⁸ VerfGE 7, 198 (207).

⁷⁹ VerfGE 18, 85 (92). Comparar com BVerfGE 13, 318 (325); 53, 30 (53). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b; ZUCK (nota 22), RdNr. 28, S. 8; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 274, S. 168; RUPP (nota 5), S. 12; ZIERLEIN, K.-G. Die Gewährleistungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103, Abs. 1 GG) nach

que o recurso constitucional não é um recurso suplementar para o procedimento relativo aos tribunais especializados.⁸⁰ A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto são questões dos tribunais para isso competentes, subtraindo-se ao exame posterior por meio do Tribunal Constitucional Federal.⁸¹ Ele também não verifica se essas decisões são "corretas" do ponto de vista do direito ordinário.⁸² A fundamentação da sentença, em princípio, não se presta ao exame.⁸³

O critério lindeiro foi concebido pelo Tribunal Constitucional Federal sob a fórmula do "Direito Constitucional específico"⁸⁴: o controle circunscreve-se à não-observância dos direitos fundamentais,⁸⁵ à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação e aplicação do assim chamado Direito Ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental).⁸⁶ A atividade corretiva do Tribunal Constitucional Federal somente é possível quando o resultado interpretativo judicial especializado transpassa os limites esta-

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Spruchspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: DfBf, 1989, S. 1175; OSSENBÜHL, F. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit - Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: FS für HansPeter Ipsen, Tübingen, 1977, S. 135; SCHENKE (nota 74), S. 29 f; STEINWEDEL, U. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", Baden-Baden, 1976, S. 32. Opinião diversa, BURMEISTER (nota 75), S. 605 ff (608).

⁸⁰ BVerfGE 1, 4 (5). Comparar com BENDA, E. u. WEBER, A. Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht, in: ZZZ, 1983, S. 304; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 274, S. 168.

⁸¹ BVerfGE 18, 85 (92) - jurisprudência constante. Comparar com SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b; BENDA u. WEBER (nota 80), S. 305.

⁸² BVerfGE 13, 318 (325) - *aspas no original*. Comparar com BVerfGE 87, 273 (273 - *diretiva n.º 2, 279 f*).

⁸³ Ver, a esse respeito, JAKOBS, O.-W. Verfassungsbeschwerde gegen die Art der Begründung gerichtlichen Entscheidungen, in: JZ, 1971, S. 279 ff.

⁸⁴ Ver, acerca disso, STEINWEDEL (nota 79), S. 33 f; PAPIER, H.-J. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck (nota 15), S. 432 ff.

⁸⁵ BVerfGE 18, 85 (92 f).

⁸⁶ BVerfGE 62, 338 (343).

belecidos pela Lei Fundamental, principalmente quando não é possível acordá-lo com a significação e o alcance do direito fundamental à liberdade pessoal, ou quando é simplesmente insustentável e, com isso, arbitrário (art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental).⁸⁷

2) A posição da doutrina

Embora a literatura especializada se tenha ocupado com essa temática, apresentando reflexões crítico-sugestivas,⁸⁸ não chegou, todavia, a um esclarecimento satisfatório. Isso indica uma prova a favor da concepção que argumenta no sentido de a função do Tribunal Constitucional Federal como guarda da Constituição e como órgão supremo à realização dos direitos fundamentais exigir, conforme à época, o

⁸⁷ BVerfGE 65, 317 (322). Para o conjunto, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c; SCHENKE (nota 74), S. 31 f.; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 272, S. 166f.; ZUCK, R. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgesüge, in: *DI/B1*, 1979, S. 387; RUPP (nota 5), S. 16. SCHLAICH (nota 29, RdNr. 273, S. 167) tem a expressão "Direito Constitucional específico" como malograda no sentido linguístico. ZUCK (ibid. S. 388) evidencia a falta de uma definição a respeito. O seu uso pelo Tribunal Constitucional Federal reduziu-se: o Primeiro Senado afastou-se dela de forma implícita - BVerfGE 42, 143 (147 f.); 54, 208 (215); 60, 79 (90 f.); 62, 230 (242); o Segundo Senado ainda a aplica - BVerfGE 52, 42 (54); 57, 250 (272); 60, 175 (214): "Direito Constitucional Federal específico"; 65, 196 (211); 72, 105 (117); 86, 280 (284). A propósito, conquanto SCHUMANN (nota 75, S. 180) argumente haver sido a mesma substituída por vagas fórmulas vazias, não esgota, todavia, a assertiva.

⁸⁸ Ver SCHUMANN (nota 27), S. 194 ff.; PAPIER (nota 84), S. 434 ff.; SEUFFERT, W. Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, in: *NJW*, 1969, S. 1369 ff.; SCHWABE, J. Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte, in: *AOÖR*, 100 Band, 1975, S. 442 ff.; PELKA, J. Die Verletzung des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) durch einen rechtswidrigen Steuerbescheid, in: *DI/B1*, 1970, S. 887 ff.; SCHNEIDER, R. Die Vermittelbarkeit der Grundrechtsverletzung als Vorbedingung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde, in: *DI/B1*, 1969, S. 325 ff.; KRAUSS, F. *Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht*, Köhl, 1987, S. 141 ff.; SCHIERZBERG, A. *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität". Das Ausmass individueller Grundrechtsbetroffenheit als materielle rechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*, Berlin, 1989, S. 285.

ramo jurídico e o tribunal controlado, critérios de exame diferenciados.⁸⁹ Os limites da verificação posterior das decisões judiciais especializadas por meio do Tribunal Constitucional Federal não se deixam, portanto, traçar como rígidas e imutáveis.⁹⁰

b) Procedimento judicial

Ao recurso constitucional também estão submetidos os procedimentos judiciais,⁹¹ que, junto com a sua organização, são instrumentos que permitem realizar e assegurar os direitos fundamentais.⁹² A questão relativa à organização e ao procedimento judicial como apoio dos direitos fundamentais revela uma das mais importantes tendências na recente interpretação dos direitos fundamentais.⁹³ O exame do Tribunal Constitucional Federal tem, aqui, uma extraordinária extensão, onde se desvanecem as limitações pertinentes ao exame das decisões judiciais.⁹⁴

c) Fundamento do recurso constitucional

1) Nas decisões judiciais

No exame das decisões judiciais, motivado pelo recurso constitucional, pode esse recurso ter a sua fundamentação jurídica nos aspectos seguintes: a decisão está diretamente erigida sobre uma violação ou falsa interpretação de direitos fundamentais ou de direitos àqueles equiparados pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal; a decisão descansa numa norma infratora de direitos fundamentais; a decisão firma-se numa norma que, embora não viole normas de direitos fundamentais ou de outros direitos protegidos pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, é, entretanto, por outras razões, inconstitucional; a decisão, conquanto apoiada numa lei constitu-

⁸⁹ GÜNDISCH, J. Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, in: *NJW*, 1981, S. 1819.

⁹⁰ SCHUPPERT, G.F. Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: *AOÖR*, 103, Band, 1978, S. 67.

⁹¹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 311, S. 185; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c.

⁹² HESSE, K. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: *EuGRZ*, 1978, S. 434. Ver também OSSENBÜHL, F. Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: *FS für K. Eichenberger*, Basel, 1982, S. 183 f.

⁹³ BETHGE, H. Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organization und Verfahren, in: *NJW*, 1982, S.1. Comparar com SCHUPPERT (nota 90), S. 403.

⁹⁴ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 312, S. 185.

cional, viola, por meio da sua aplicação imediata, direitos fundamentais ou direitos equivalentes, insertos no § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.⁹⁵

2) Nos procedimentos judiciais

O embasamento legal do recurso constitucional dirigido contra procedimentos judiciais, configura-se nestas prescrições da Lei Fundamental: art. 101, alínea 1, frase 2 (direito ao juiz natural); art. 103, alínea 1 (direito de ser ouvido); art. 104 (isonomia judicial) e art. 19, alínea 4 (direito à proteção judicial).⁹⁶

d) Omissão judicial

A mencionada omissão pode ser impugnada por meio do recurso constitucional. Tal como na omissão executiva, essa também é uma questão pacífica.⁹⁷

B. Critério normativo

Em referência ao recurso constitucional, o critério normativo está situado nos direitos fundamentais do art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e nos direitos de igual categoria do § 90 alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Esses enunciados normativos contêm uma previsão taxativa.⁹⁸ Outros direitos não se prestam ao critério normativo,⁹⁹ como, v. g., as regras gerais do Direito Internacional Público, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Euro-

péia dos Direitos Humanos e os direitos fundamentais estaduais.¹⁰⁰

VII. Faculdade para promover o recurso constitucional

Duas são as exigências para haver a faculdade de propor o recurso constitucional, as quais têm procedência diversa: uma advém da jurisprudência constitucional e a outra decorre de mandamento normativo.

A. Violação "pessoal, presente e direta"

Numa de suas primeiras decisões, o Tribunal Constitucional Federal restringiu a mencionada fórmula ao âmbito da lei.¹⁰¹ Mais tarde, todavia, estendeu-a a todas as ações do poder público,¹⁰² valendo também para as omissões.¹⁰³

1. "Pessoal"

O promovente deve provar que está sendo violado pessoalmente em seus direitos fundamentais ou a esses equiparados.¹⁰⁴ O ponto decisivo está na interferência da ação na protegida esfera jurídica do promovente.¹⁰⁵ Nesse aspecto, o recurso constitucional se diferencia da ação popular.¹⁰⁶ exemplificadamente, da ação popular bávara.¹⁰⁷

2. "Presente"

Essa palavra significa uma violação atual e

¹⁰⁰ PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175 ff; GUSY (nota 29), RdNr. 67, S. 45; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 48, S. 50a, RdNr. 51, S. 52a.

¹⁰¹ BVerfGE 1, 97 (97 - diretiva n.º 2, 101 ff).

¹⁰² BVerfGE 53, 30 (48); 55, 244 (246 f); 59, 360 (375); 64, 301 (319); 67, 157 (169); 68, 287 (300); 74, 297 (318); 21BvR 2134-92 u.2 BvR 2159-92 NJW, 1993, S. 3047 (3048) - recurso constitucional contra o Tratado de Maastricht. Ver também PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 35, S. 180; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 223, S. 135.

¹⁰³ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 119, S. 100a-101 (omissão legislativa), RdNr. 155, S. 118a-119 (omissão judicial), RdNr. 177, S. 132 f (omissão executiva).

¹⁰⁴ HENNING (nota 29), S. 21; Ver também GUSY (nota 29), RdNr. 102 ff, S. 66 ff; ZUCK (nota 22), RdNr. 566 ff, S. 257 ff.

¹⁰⁵ Comparar com SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 95, S. 84a.

¹⁰⁶ BVerfGE 49, 1 (8); 64, 301 (319). Ver também ZWEIGERT (nota 5), S. 323; HENNING (nota 29), S. 21; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 94, S. 82a.

¹⁰⁷ Art. 98, frase 4, da Constituição do Estado Livre da Baviera, de 2 de dezembro de 1946. Acerca disso, ver DOMKE, H. Die bayerische Popularklage, in: Starck u. Stern (nota 19), S. 233, 244.

⁹⁵ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 143-146a, S. 107a-114a, com pormenores. Comparar com GUSY (nota 29), RdNr. 38, S. 26 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 277-300, S. 170-182; RUPP (nota 5), S. 15; HFNKE, W. Juristische Systematik der Grundrechte, in: *DÖJ*, 1984, S. 9 f.

⁹⁶ Ver, a esse respeito, OSSENBÜHEL (nota 79), S. 135 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 311-316, S. 185-188; SCHUMANN (nota 75), S. 156 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c-107a; GUSY (nota 29), RdNr. 38, S. 26.

⁹⁷ BVerfGE 1, 97 (100); 10, 302 (306); 69, 161 (167). Na doutrina, ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 649, S. 239; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 155, S. 118a; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 34, S. 179; LECHNER (nota 54), S. 1819; GUSY (nota 29), RdNr. 42, S. 29.

⁹⁸ GUSY (nota 29), RdNr. 66, S. 44 f; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 210, S. 126; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175; HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg, 1993, RdNr. 341, S. 143; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 47, S. 50a.

⁹⁹ PFEIFFER (nota 29), S. 27; GUSY (nota 29), RdNr. 67, S. 45; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175.

não "virtual" ou futura.¹⁰⁸ A condição de estar sendo violado não é a de "poder ser violado".

3. "Direta"

A relevância prática dessa exigência está vinculada ao recurso constitucional proposto contra uma lei.¹⁰⁹ Alguém está "diretamente" afetado por meio de uma lei quando, sem a intercalação de outro ato do poder público, deve observá-la e cumpri-la.¹¹⁰ Está "indiretamente" afetado quando a lei apresenta, primeiro, uma autorização a agir ao poder público, da qual, por sua vez, resultará a intervenção nos direitos fundamentais do afetado.¹¹¹ A violação "indireta" envolve atos de execução, havendo, em decorrência, antes, a necessidade do esgotamento das vias judiciais.¹¹²

B. Esgotamento das vias judiciais

Segundo o § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e o art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, o esgotamento prévio das vias judiciais é um dos mais importantes pressupostos processuais do recurso constitucional.¹¹³

1. Posição do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental¹¹⁴

¹⁰⁸ BVerfGE 60, 360 (371). Na doutrina, ver HENNING (nota 29), S. 54; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 226, S. 136.

¹⁰⁹ Ver SCHLAICH (nota 29), RdNr. 230, S. 137. Comparar com HENNING (nota 28), S. 92 ff.

¹¹⁰ GUSY (nota 29), RdNr. 121, S. 77. Comparar com BVerfGE 53, 1 (14); 53, 366 (389); 68, 319 (325). Ver também ZUCK (nota 22), RdNr. 576 ff, S. 271 ff. Em pormenores, SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 99-106, S. 88-96a.

¹¹¹ GUSY (nota 29), RdNr. 122, S. 77. Comparar com BVerfGE 3, 34 (36); 16, 147 (158 f); 65, 1 (36 f); 68, 287 (300); 74, 69 (74); 75, 246 (262).

¹¹² Comparar com BVerfGE 1, 97 (102 f); 2, 292 (295); 68, 143 (150); 72, 39 (44). SCHLAICH (nota 29), RdNr. 230, S. 138) vê esse argumento jurisprudencial como uma dedução do princípio da subsidiariedade do recurso constitucional (ver, inf., B., 2). Excepcionalmente o Tribunal Constitucional Federal tem desconsiderado a exigência da execução do ato, admitindo imediatamente o recurso constitucional contra a lei: "... se a lei obriga os destinatários da norma já no presente a decisões que não permitem correção posterior, ou se já atualmente leva-os a disposições que eles não poderão reparar após a execução ulterior da lei." (BVerfGE 60, 360 (372).) Ver também BVerfGE 65, 1 (37); 68, 287 (300); 72, 39 (44); 74, 69 (76 f) e inf. C.

¹¹³ PFEIFFER (nota 29), S. 28; Ver também PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 46, S. 185; GUSY (nota 29), RdNr. 133, S. 84 f; ZUCK (nota 22), RdNr. 615 f, S. 278 f.

¹¹⁴ "Se alguém é violado em seus direitos por meio

O recurso constitucional, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, ultrapassa a garantia da via judicial oferecida pelo art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental.¹¹⁵ Os atos do poder público deste não abarcam aqueles do Poder Judiciário¹¹⁶ e aqueles do Poder Legislativo.¹¹⁷ Sobrevém, em consequência, a questão de se saber quais são as vias judiciais a serem esgotadas. Em relação às medidas do Poder Executivo, há o art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental, além delas estarem submetidas, em grandes dimensões, ao controle judicial-administrativo.¹¹⁸ No que toca às decisões judiciais, existem a apelação e o recurso de cassação.¹¹⁹ Em pertinência às leis em sentido formal, carece o ordenamento jurídico de vias judiciais.¹²⁰

2. Princípio da subsidiariedade

Esse princípio, considerado atualmente como o desenvolvimento judicial mais importante do Direito Processual Constitucional,¹²¹ foi resumido pelo Tribunal Constitucional Federal em duas considerações que o fundamentam nesta decisão:

"O princípio da subsidiariedade, que encontrou a sua expressão no § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ancorado no art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (BVerfGE 42, 243 (249)), tem por base

do poder público, então, está-lhe aberta a via judicial. Na medida em que outra competência não está estabelecida, é oferecida a via judicial ordinária. O art. 10, alínea 2, frase 2, fica intacto."

¹¹⁵ ZACHER, H.F. Die Selektion der Verfassungsbeschwerde, in: Starck (nota 15), S. 400. Ver também SCHLAICH (nota 29), S. 290 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 15, 275 (280); 25, 352 (365); 49, 329 (340).

¹¹⁷ BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 31, 364 (367 f); 45, 297 (334). De forma contrária, MÖTZER, S. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, Jur. Diss., Münster, 1978, S. 105, 109.

¹¹⁸ § 40 da Lei de Organização da Jurisdição Administrativa, de 19 de março de 1991 (texto impresso in: BGBl. I, S. 686 ff - Bekanntmachung der Neufassung der Verwaltungsgerichtsordnung).

¹¹⁹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 236, S. 141.

¹²⁰ GUSY (nota 29), RdNr. 138, S. 87.

¹²¹ BENDER, M. Rügepflicht für Verfassungsverstöße vor den Fachgerichten? Zu einer angenommenen Vorwirkung des Verfassungsprozessrechts?, in: AÖR, 112 Band, 1987, S. 173; cf. do mesmo autor, Vortrag von den Gerichten und Verfassungsbeschwerden, in: NJW, 1988, S. 809.

duas ponderações: o próprio promovente deve, em primeiro lugar, empenhar-se para remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação dos direitos fundamentais. Ele está obrigado, por princípio, à esgotadura recursal; somente então pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, o esgotamento das vias judiciais não é apenas um pressupostoprocessual; o princípio da subsidiariedade contém, ao mesmo tempo, um fundamental enunciado sobre a relação dos tribunais especializados com o Tribunal Constitucional Federal. Segundo a distribuição de competências da Lei Fundamental, incumbe aos tribunais, em primeiro lugar, a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais. (...) Ao preceito do esgotamento das vias judiciais corresponde o dever dos tribunais de, eles próprios, removerem, na prossecução de instâncias, uma possível infração de direitos fundamentais.¹²²

Em decisões posteriores o Tribunal Constitucional Federal continuou ratificando a segunda ponderação.¹²³ A primeira, entretanto, foi precisada: o princípio da subsidiariedade exige que o promovente, ultrapassando a regra do esgotamento das vias judiciais no sentido estrito, aproveite as possibilidades processuais à sua disposição para obter uma correção da violação alegada de direitos fundamentais ou im-

pedir uma violação de direitos fundamentais.¹²⁴ Essa precisão foi circunscrita dentro dos limites do exigível.¹²⁵

C. Exceção à exigência do esgotamento das vias judiciais

O § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, admite ao Tribunal Constitucional Federal desconsiderar essa exigência quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.¹²⁶

VIII. Legitimados à propositura do recurso constitucional

A expressão "qualquer pessoa", do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, refere-se aos titulares de direitos fundamentais.¹²⁷

A. Pessoas naturais

Essa categoria abrange os nacionais¹²⁸ e os estrangeiros.¹²⁹

B. Pessoas jurídicas

No pertinente às pessoas jurídicas de Direito Privado não há objeções. Existem, sim, no referente às pessoas jurídicas de Direito Público. Na medida em que as pessoas jurídicas de Direito Público desempenham tarefas públicas, não dispõem do recurso constitucional.¹³⁰ Situação diversa existe quando se deve agregar diretamente às pessoas jurídicas de Direito Público o âmbito vital protegido pelos direitos fundamentais. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal tem considerado como legitimados

¹²² BVerfGE 49, 252 (258). Ver, a esse respeito, MOTZER (nota 117), S. 102 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 236 ff, S. 141 ff; PESTALLOZZA (nota 40), RdNr. 10-12, S. 165-167; ZUCK (nota 22), RdNr. 29 ff, S. 9 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 18, S. 33a-34; LECHNER, P. Aspekte verfassungsgerichtlichen Subsidiarität in Deutschland und Österreich, in: *FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1984, S. 369 ff. A objeção de S. Detterbeck (Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtsatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, in: *DOI*, 1990, S. 562), segundo a qual o princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional configura-se como uma criação processual-constitucional supérflua do Tribunal Constitucional Federal, parece-me insustentável em confronto com a segunda ponderação. Por meio dela ZUCK (nota 87, S. 388; cf. do mesmo autor, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Macht und Ohnmacht, in: *MDR*, 1984, S. 801; nota 22, RdNr. 263, S. 97) argumenta pela eliminação do recurso constitucional relativo às decisões judiciais.

¹²³ Ver BVerfGE 69, 122 (125); 74, 69 (74).

¹²⁴ Ver BVerfGE 68, 384 (388 ff); 74, 102 (113). PESTALLOZZA (nota 40, RdNr. 46, S. 185) observa que a Constituição e a lei nada sabem sobre isso.

¹²⁵ Ver BVerfGE 77, 275 (282); 79, 275 (178 ff); 85, 80 (86); 86, 15 (22).

¹²⁶ BVerfGE 86, 15 (22 ff). Acerca disso, ver, com pormenores, GUSY (nota 29), RdNr. 149 ff, S. 94 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 204 ff, S. 160 ff.

¹²⁷ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 198, S. 122; PESTALLOZZA (nota 40), RdNr. 18, S. 171; GUSY (nota 29), RdNr. 43, S. 31; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 20, S. 35a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 414, S. 171.

¹²⁸ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 21, S. 36; Comparar com GUSY (nota 29), RdNr. 45, S. 32.

¹²⁹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 198, S. 122; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 22, S. 360.

¹³⁰ BVerfGE 21, 362 (369 ff).

à propositura do recurso constitucional as uni-versidades, as faculdades e as emissoras de radiodifusão.¹³¹

C. Associações carentes de personalidade jurídica

Aqui entram em questão, v.g., as sociedades civis e comerciais e os partidos políticos, aos quais se reconheceu a legitimação à propositura do recurso constitucional.¹³²

IX. Prazo

A propositura do recurso constitucional cinge-se, em princípio, ao prazo de 1 (um) mês, dentro do qual o recurso também deve ser fundamentado.¹³³

Se a não-observância desse prazo mensal decorre porque o promovente estava, sem culpa, impedido, deve-lhe ser concedido, então, o restabelecimento.¹³⁴

Quando o recurso constitucional tem por objeto uma lei ou um outro ato de poder público, o prazo para a propositura é de 1 (um) ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público.¹³⁵ Nesse caso, o restabelecimento não é mais possível.¹³⁶

No caso de omissão legislativa, não há prazo durante a sua permanência.¹³⁷ A partir da sua cessação, aplicar-se-á a alínea 1 ou 3 do § 93 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, em consonância com a situação concreta.¹³⁸

¹³¹ Comparar, por ex., BVerfGE 61, 82 (102); 74, 297 (317 ff); 78, 101 (102). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 31 f, S. 41-43a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 439-458, S. 180-186; GUSY (nota 29), RdNr. 54-58, S. 36-40.

¹³² Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 26 f, S. 38-39a; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 199, S. 122.

¹³³ § 93, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também BVerfGE 5, 1 (1); 18, 85 (89).

¹³⁴ § 93, alínea 2, frase, 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa alínea foi introduzida por meio da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver, a esse respeito, *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; KLEIN (nota 31), S. 2076; ZÜCK (nota 31), S. 2642.

¹³⁵ § 93, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹³⁶ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹³⁷ Ver BVerfGE 6, 257 (266); 10, 302 (308); 16, 119 (121).

¹³⁸ Ver BVerfGE 58, 208 (218). Comparar com BVerfGE 13, 248 (253); 53, 1 (15); GUSY (nota 29), RdNr. 214, S. 134.

X. Pressupostos da admissão (§ 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

O recurso constitucional requer, para a decisão, admissão.¹³⁹ Na alínea 2 do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, encontram-se os critérios que, presentes, obrigam a admissão do recurso constitucional.¹⁴⁰

¹³⁹ § 93a, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁴⁰ O *Leitmotiv* da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 2.8.1993 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 142 ff; a sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal está numerada com o n.º 5, provavelmente porque a quinta lei modificadora, de 12.12.1985 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 2226 ff), não foi numerada, uma vez que a sua publicação deu-se junto com a lei modificadora do Estatuto da Magistratura Alemã), é o mesmo da primeira, de 21.7.1956 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 662 ff), e da terceira, de 3.8.1963 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 589 f), ou seja, proporcionar uma desopressão do Tribunal Constitucional Federal no referente ao recurso constitucional (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 7). Para tanto, considerou-se não somente o aumento do número de recursos constitucionais propostos (ver, supra, nota 3), mas também uma possível intensificação por meio dos pedidos provenientes dos 5 (cinco) novos estados componentes da Federação e de Berlin (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 8; HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Protokoll* (nota 25), S. 62), os quais ainda não alcançaram o Tribunal Constitucional Federal em virtude do esgotamento prévio das vias judiciais (HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Protokoll* (nota 25), S. 62). Assim, é importante assinalar os dois pontos pelos quais a sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, por meio de simplificação procedimental, pretende atingir o escopo mencionado: a) fixação de critérios vinculantes, tanto para a Câmara como para o Senado, no referente à decisão sobre o recurso constitucional (§ 93a até o § 93d, sobretudo no § 93a, alínea 2, letras a e b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal), e b) a desnecessidade de, doravante, fundamentar o indeferimento da admissão (§ 93d, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A relevância do aspecto da letra b) surge do fato de aproximadamente 97 % dos recursos constitucionais serem manifestamente infundados ou improcedentes (KLEIN (nota 31), S. 2073; comparar com *Protokoll* (nota 25), S. 18, 49). Em números: de 9.9.1951 até 31.12.1980 foram propostos 44.773 recursos constitucionais, dos quais 3.185 foram despachados por meio de decisão senatorial e 32.713 por meio de resolução de não-admissão (esses números não englobam os recursos constitucionais decididos em conexão com outros procedimentos); de 1.1.1981 até 30.6.1993 foram propostos 44.214 re-

A. *Significado fundamental jurídico-constitucional* (§ 93a, alínea 2, letra a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

Na medida em que ao recurso constitucional corresponde o mencionado significado, ele deve ser admitido. A prescrição citada da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal vincula-se à função objetiva do recurso constitucional.¹⁴¹ Por meio dessa prescrição evidencia-se a função essencial da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não só para a administração e jurisprudência, como também para o legislador, i.e. a interpretação vinculatória da Lei Fundamental e o destaque de linhas diretas para os futuros modos de proceder.¹⁴² A citada significação também traduz a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal rever a sua jurisprudência, contra a qual houverem sido levantadas objeções qualificadas.¹⁴³

B. *Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal* (§ 93a, alínea 2, letra b, primeira parte da frase, dessa lei)

A verificação dos pressupostos da admissão é alternativa,¹⁴⁴ ou seja, se ao recurso constitucional não corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, analisa-se, então, se há a indicação da realização dos direitos citados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (direitos fundamentais ou direitos inscritos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental).¹⁴⁵ O fundamento da indicação é, aqui, objetivo¹⁴⁶

curios constitucionais, dos quais 875 foram despachados por meio de decisão senatorial, 1.378 por meio de resolução cameral, a qual deu o deferimento, e 37.840 por meio de resolução de não-admissão (esses números compreendem as decisões dos recursos constitucionais em conexão com outros procedimentos). (Conforme a estatística que me foi gentilmente oferecida pelo Diretor do Tribunal Constitucional Federal, Dr. Zierlein.)

¹⁴¹ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; ZUCK (nota 31), S. 2643; KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴² Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹⁴³ HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: Protokoll (nota 25), S. 19. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁴ ZUCK (nota 31), S. 2643. A existência dos pressupostos para a admissão também pode ser cumulativa (KLEIN (nota 31), S. 2074).

¹⁴⁵ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; ZUCK (nota 31), S. 2643; KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁶ ZUCK (nota 31), S. 2643.

(importância objetiva).¹⁴⁷

O verbo *indicar* (anzeigen) gerou polêmicas na Comissão Jurídica, sobretudo porque não é usual na linguagem legal comum, uma vez que está restrito às leis pertinentes à medicina. O Ministro da Justiça Federal, todavia, após haver exposto as leis nas quais esse verbo está aplicado, frisou que o seu emprego ocorre justamente onde se deseja conceder um “espaço livre”,¹⁴⁸ desiderato¹⁴⁹ da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Pela fundamentação do governo, os casos nesse âmbito são os seguintes:

a) prática de direitos fundamentais ilegal dos tribunais especializados;

b) extrema negligência judicial/atitude judicial incompatível, e

c) experiência falha dos tribunais no trato com os direitos fundamentais e garantias equívocas.¹⁵⁰

C. *Indicação de um especial prejuízo grave* (§ 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

No exame dos pressupostos da admissão, a indicação também pode configurar-se por meio de um especial prejuízo grave ao promovente.¹⁵¹ O fundamento da indicação é, aqui, subjetivo¹⁵² (importância subjetiva).¹⁵³ No § 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, situa-se a função subjetiva do recurso constitucional.¹⁵⁴

Embora o “prejuízo grave” já exista como

¹⁴⁷ KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13. ZUCK (nota 31, S. 2644) vê no enunciado do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, uma expressão da função objetiva do recurso constitucional.

¹⁴⁸ Ver Protokoll (nota 25), S. 51 f. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁹ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13, onde se menciona um “espaço à decisão”.

¹⁵⁰ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁵¹ Se não existe a indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, passa-se, então, à verificação da indicação em pauta.

¹⁵² ZUCK (nota 31), S. 2643.

¹⁵³ KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹⁵⁴ ZUCK (nota 31), S. 2644; KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

critério desde a primeira lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,¹⁵⁵ a expressão encontrou objeções na Comissão Jurídica devido à adição do adjetivo “especial”.¹⁵⁶ A expressão “especial prejuízo grave” amplia a esfera de aplicação do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁵⁷ Não é possível, porém, fixar um limite geral porque 20.000,00 (vinte mil) Marcos nada representam para uma grande multinacional, não assim para um socorrido da Assistência Social. Além disso, a avaliação dos direitos destinados à proteção da personalidade humana apresenta enormes dificuldades.¹⁵⁸

O governo circunscreveu, na fundamentação, o “especial prejuízo grave” como um caso de significação existencial para o promovente.¹⁵⁹

D. Competência da Câmara e do Senado - e procedimento (§ 93b e § 93c da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

No § 93b da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal encontram-se os critérios decisórios, tanto da Câmara como do Senado, que decorrem do conteúdo do § 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁶⁰

Se os pressupostos do § 93a, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal estão ausentes, a Câmara pode indeferir a admissão do recurso constitucional.¹⁶¹ Para a sua admissão, por meio da Câmara, à decisão, precisam estar presentes os pressupostos do § 93c, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁶²

No § 93b, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, está prescrita a competência subsidiária do Senado no referente à decisão sobre a admissão do recurso constitucional. Com essa regra explicita-se, por um lado, o

¹⁵⁵ GRASSHOF, juiz constitucional, in: Protokoll (nota 25), S. 42.

¹⁵⁶ Ver Protokoll (nota 25), S. 24, 27 f, 31 f, 38 f, 44, 46 f.

¹⁵⁷ ZUCK (nota 31), S. 2644.

¹⁵⁸ Ver HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: Protokoll (nota 25), S. 38 f; ZUCK (nota 31), S. 2644; KLEIN (nota 31), S. 2074. Comparar com GEIS, N. u. WITH, H.v. Bericht, in: *Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode*, Bonn, 1993, Drucksache 12-4842, S. 12.

¹⁵⁹ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁶⁰ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁶¹ KLEIN (nota 31), S. 2075.

¹⁶² KLEIN (nota 31), S. 2075.

critério da admissão do recurso constitucional por meio da Câmara e, por outro, pretende-se evitar que o Senado seja prejudicado por meio de uma decisão cameral sobre a admissão do recurso constitucional.¹⁶³

Por meio do § 93c, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, a Câmara pode, havendo os pressupostos exigidos (do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) e se o Tribunal Constitucional Federal já decidiu, para a apreciação do recurso constitucional, da questão jurídico-constitucional determinante, deferir o recurso constitucional se ele está manifestamente fundamentado.¹⁶⁴

Quanto ao procedimento, a resolução da Câmara equivale a uma decisão do Senado.¹⁶⁵ Uma decisão que declara a incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, ou a sua nulidade, com força de lei, consoante ao § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, está reservada ao Senado.¹⁶⁶

E. Decisão (§ 93d da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

A decisão do § 93b e do § 93c, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ocorre sem procedimento oral.¹⁶⁷ Ela não é passível de impugnação.¹⁶⁸ O indeferimento da admissão do recurso constitucional não precisa ser fundamentado.¹⁶⁹

¹⁶³ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2075.

¹⁶⁴ Ver também KLEIN (nota 31), S. 2075. Por meio da quinta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, foi conferido às Câmaras o poder de deferimento do recurso constitucional. Até então, somente o Senado podia deferir-lo. Acerca disso, ver ULSAMER, G. *Neue Gesetzliche Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts*, in: *EuGRZ*, 1986, S. 115.

¹⁶⁵ § 93c, alínea 1, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁶ § 93c, alínea 1, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁷ § 93d, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁸ § 93d, alínea 1, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁹ § 93d, alínea 1, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa não-necessidade, entretanto, não exclui uma fundamentação em casos particulares especialmente apoiados ou quando necessário em decorrência de outras razões (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14). O

As decisões da Câmara sucedem por meio de resolução unânime.¹⁷⁰ A admissão por meio do Senado está decidida se pelo menos três juízes a aprovam.¹⁷¹

No § 93d, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, foi estabelecida a competência das Câmaras no tocante às medidas cautelares.¹⁷² Ao Senado, entretanto, está reservado: tomar uma medida cautelar por meio da qual a aplicação de uma lei é total ou parcialmente suspensa¹⁷³ e a decisão, nos casos do § 32, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁷⁴

XI. *Decisão sobre o recurso constitucional (§ 95, alíneas 2 e 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)*

A. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão*

A decisão do § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, abarca qualquer medida do poder público, que pode ser objeto do recurso constitucional, em consonância com o § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁷⁵ Assim, decisão não é apenas a sentença judicial, mas também o ato administrativo.¹⁷⁶ A sentença é infirmada,¹⁷⁷ total¹⁷⁸ ou parcialmente,¹⁷⁹ e remetida a um tribunal competente. O ato administrativo também é infirmado.¹⁸⁰

dever da fundamentação permanece para a admissão do recurso constitucional (KLEIN (nota 31), S. 2075). Ver também nota 140. supra.

¹⁷⁰ § 93d, alínea 3, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷¹ § 93d, alínea 3, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷² Também por meio dessa competência cameral procurou-se aliviar o Senado. Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁷³ § 93d, alínea 2, frase 2, primeira parte, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁴ § 93d, alínea 2, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁵ Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 340, S. 198. Ver também SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 95, RdNr. 23, S. 16, RdNr. 26, S. 17.

¹⁷⁶ BVerfGE 6, 386 (388); 84, 1 (3). SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8, RdNr. 23, S. 16) adita ainda o despacho e as disposições gerais.

¹⁷⁷ § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁸ Ver, v. g., BVerfGE 15, 46 (48); 40, 65 (66, 87); 52, 369 (370, 379); 63, 80 (89); 87, 48 (49); 87, 399.

¹⁷⁹ Ver, v. g., BVerfGE 54, 224 (225); 86, 122 (122 f).

¹⁸⁰ § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também SCHMIDT-BLEIB-

B. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma lei*

Consoante ao § 95, alínea 3, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, quando o recurso constitucional, que foi dirigido contra uma lei, for deferido, o Tribunal Constitucional Federal deve declarar essa lei nula. A respectiva decisão tem caráter declaratório,¹⁸¹ com efeito *ex tunc*.¹⁸² A lei da qual se decidiu não mais pode ser aplicada pelos tribunais e pela administração¹⁸³ e o cidadão não precisa cumpri-la.¹⁸⁴

O Tribunal Constitucional Federal tem, todavia, elaborado outras fórmulas decisórias, que são, também nesse caso, aplicadas.

a) Nulidade parcial

aa) Nulidade parcial quantitativa¹⁸⁵

Dela se trata quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, alínea,¹⁸⁶ frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra.¹⁸⁷

b) Nulidade parcial qualitativa

Essa ocorre quando o âmbito de aplicação da lei inferior, que viola a lei superior, é restrin-

TREU (nota 8), § 95, RdNr. 26, S. 17.

¹⁸¹ HEIN, P. E. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht. Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Baden-Baden, 1988, S. 93; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 271, S. 125; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 345, S. 202.

¹⁸² SCHLAICH (nota 29), RdNr. 344, S. 201; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 276, S. 127; PESTALOZZA, C. "Noch Verfassungsmässig" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Starck (nota 15), S. 522. Ver também BVerfGE 1, 14 (37).

¹⁸³ Ver, v. g., BVerfGE 55, 100 (110).

¹⁸⁴ MAURER, H. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: *FS für Werner Weber*, Berlin, 1974, S. 347.

¹⁸⁵ Ela também é denominada de "nulidade parcial por meio de redução do texto" (SKOURIS, W. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, 1973, S. 91). No tocante à aplicação da nulidade parcial quantitativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ver v. g., BVerfGE 4, 219 (220); 17, 38 (39); 27, 220; 38, 187 (188); 63, 181; 65, 1 (3); 68, 384 (384 f); 73, 119 (119 f); 85, 134 (134 f); 86, 90 (90 f). Mais indicações encontram-se em SACHS, M. *Teilnichtigereklärung: von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht*, in: *DtZfB*, 1979, S. 390, Anm. 14.

¹⁸⁶ SACHS (nota 185), S. 389.

¹⁸⁷ ULSAMER (nota 8), § 78, RdNr. 23, S. 13. Ver também IPSEN, J. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, S. 99 f.

gido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo.¹⁸⁸ Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação.¹⁸⁹

bb) Declaração de incompatibilidade

Quando o Tribunal Constitucional Federal chega à convicção de que uma lei (ou parte da lei) viola a Lei Fundamental, ele a declara incompatível com a Lei Fundamental, sem, todavia, afirmar a sua nulidade.¹⁹⁰

A declaração de incompatibilidade justifica-se quando, por meio de uma declaração de nulidade seria configurado um estado que situar-se-ia ainda mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional.¹⁹¹ Ela também é admissível quando ao legislador estão dadas várias possibilidades de afastar a violação constitucional¹⁹² e a declaração de

nulidade for uma intervenção na liberdade de conformar do legislador.¹⁹³

Em regra, a declaração de incompatibilidade tem o efeito segundo o qual os tribunais e a administração estão impedidos de aplicar a lei objetada, devendo aguardar, com o procedimento pendente, a nova regulação do legislador.¹⁹⁴ Excepcionalmente, porém, o Tribunal Constitucional Federal admite valha a lei declarada incompatível com a Lei Fundamental durante um período transitório, i.e. até haver a feitura de uma nova pelo legislador.¹⁹⁵

Outro consectário da declaração de incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental está no dever do legislador, que é expressado, em modificar a lei assim declarada, a fim de conciliá-la com a Lei Fundamental.¹⁹⁶ Por meio dessa consequência, a declaração de incompatibilidade diferencia-se da declaração de nulidade: nesta, o próprio Tribunal Constitucional Federal remove a violação constitucional e, naquela,

¹⁸⁸ SKOURIS (nota 185), S. 92. Comparar com SACHS (nota 185), S. 390. Ver também VOGEL, K. *Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane: Bundesverfassungsgerichtliche Argumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M., 1988, S. 217 ff; IPSEN (nota 187), S. 100. Para o seu emprego na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ver v. g., BVerfGE 8, 51 (52); 13, 31; 19, 330 (331); 26, 338 (339); 34, 165 (166); 43, 291 (294); 62, 117 (118 ff); 67, 290 (291); 87, 68 (69); 87, 95. Mais informes acham-se em SACHS (nota 185), S. 390, Anm. 18.

¹⁸⁹ Ver SCHLAICH (nota 29), RdNr. 351, S. 204 f.

¹⁹⁰ Ver VOGEL (nota 188), S. 223. Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 360, S. 209; PESTALOTTA (nota 182), S. 523. Para o seu uso pelo Tribunal Constitucional Federal, ver IPSEN (nota 187), S. 107, Anm. 1, na qual se encontra uma ordenação das decisões pertinentes. Um confronto entre a terminologia do Tribunal Constitucional Federal e da doutrina encontra-se em SCHLAICH (nota 29), RdNr. 363-365, S. 210.

¹⁹¹ BVerfGE 87, 153 (177 ff). Ver também, v. g., BVerfGE 33, 303 (347 ff); 83, 130 (154); 84, 9 (20). Na doutrina, ver VOGEL (nota 188), S. 226 ff, 229 ff; POHLE, A. P. *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechmisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt a.M., 1979, S. 70; MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Jur. Diss., Freiburg Baden-Baden, 1977, S. 39. Os dois últimos autores designam essa justificativa do Tribunal Constitucional Federal como "teoria do caos".

¹⁹² BVerfGE 87, 153 (178). Ver também, v. g., BVerfGE 28, 227 (242 ff); 52, 369 (379); 55, 100 (110); 61, 43 (68); 73, 40 (101); 78, 350 (363); 82, 60 (97).

¹⁹³ BVerfGE 84, 168 (187). Ver também, v. g., BVerfGE 28, 344 (362 ff); 39, 316 (332 ff); 77, 308 (337). Esse topos argumentativo jurisprudencial-constitucional relaciona-se, na maior parte dos casos, com o princípio isonômico, sito no art. 3.º da Lei Fundamental. Comparar, quanto a isso, com POHLE (nota 191), S. 78 ff; HEIN (nota 181), S. 114 ff; IPSEN (nota 187), S. 111 ff; MOENCH (nota 191), S. 47 ff. De forma duvidosa, SACHS, M. *Blosse Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?*, in: *NJW*, 1982, S. 660.

¹⁹⁴ BVerfGE 87, 114 (136); 87, 153 (178). Ver também, v. g., BVerfGE 37, 217 (261), 55, 100 (110); 61, 319 (356); 81, 363 (383 ff); 84, 9 (21). Na doutrina, ver MAURER (nota 184), S. 361 f; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 378 ff, S. 218 ff.

¹⁹⁵ Ver, a esse respeito, HEIN (nota 181), S. 123 ff; POHLE (nota 191), S. 110 ff; HOFFMANN-RIEM, W. *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in: *DI/Bi*, 1971, S. 843 ff. A razão da continuidade da vigência da lei declarada incompatível com a Lei Fundamental está em evitar um "vácuo jurídico" (BVerfGE 37, 217 (261) e ser um meio com o qual se preserva a "certeza jurídica" (BVerfGE 61, 319 (356)).

¹⁹⁶ BVerfGE 87, 153 (154, 178); 55, 100 (110). Ver também, v. g., BVerfGE 6, 257 (265 ff); 18, 288 (302); 32, 199 (221); 34, 9 (44); 37, 217 (263); 41, 399 (425 ff); 46, 97 (112 ff); 57, 361 (388); 61, 319 (356 ff); 84, 168 (187). No setor doutrinário, ver HEYDE, W. *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der verfassungswidrig-Erklärung von Normen*, in: *FS Hans Joachim Fallert*, München, 1984, S. 53 ff; HEIN (nota 181), S. 168 ff; HEUSSNER, H. *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, in: *NJW*, 1982, S. 257 f.

a remoção da violação constitucional é dever do legislador.¹⁹⁷

c) A lei “ainda constitucional” e o assim denominado “apelo ao legislador”¹⁹⁸

Uma “decisão-apelo” configura-se quando o Tribunal Constitucional Federal, no exame de uma lei, constata defeitos jurídico-constitucionais mas, em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes, (ainda) não declara a lei incompatível com a Lei Fundamental, senão notifica o legislador, nos fundamentos da decisão, a, em breve, remover o defeito jurídico-constitucional reconhecido.¹⁹⁹ O prazo para o cumprimento do dever legislativo é nuançado: ora vai até o final da legislatura,²⁰⁰ ora não tem uma data-limite determinada.²⁰¹

Na base das “decisões-apelo” estão considerações pragmáticas,²⁰² em resposta ao “tornar-se inconstitucional” de uma lei,²⁰³ cuja sucessão está vinculada às mudanças das relações fáticas havidas no tempo da sua entrada em vigor.²⁰⁴

¹⁹⁷ IPSEN (nota 187), S. 213. Comparar com VOGEL (nota 185), S. 223.

¹⁹⁸ Essa expressão remonta a *Wiltraut Rupp-v. Brünneck*, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?, in: *FS für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, S. 355. Exemplos de decisões da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal a respeito encontram-se nesse trabalho. Mais recentemente, em SCHULTE, M. Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: *DVBl*, 1988, S. 1200 ff.

¹⁹⁹ MAURER (nota 184), S. 346. Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 396, S. 226. A expressão “decisão-apelo” não tem, na doutrina, entendimento uniforme, uma vez que uma parcela doutrinária também a identifica com a declaração de incompatibilidade conjugada com um apelo. Ver SCHULTE (nota 198), S. 1201; MAURER (nota 184), S. 346, Anm. 4.

²⁰⁰ Ver. v. g., BVerfGE 15, 337 (352); 16, 130 (142); 36, 146 (172).

²⁰¹ Ver. v. g., BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252); 53, 257 (312 f).

²⁰² Comparar com RUPP-V. BRÜNNECK (nota 198), S. 372, 377. De forma duvidosa, GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, S. 210 ff.

²⁰³ Acerca disso, ver KRAUSE-PALFNER, T. *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen*, Jur. Diss., Frankfurt a. M., 1973, S. 28 ff. PESTALOZZA (nota 182, S. 548) menciona “as normas a caminho da inconstitucionalidade”. Comparar com MAUNZ, T. *Das Verfassungswidrige Gesetz*, in: *BayfBl*, 1980, S. 518.

²⁰⁴ Comparar com IPSEN (nota 187), S. 133.

d) Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição não é apenas uma regra de interpretação, uma vez que ela concretiza, ao mesmo tempo, um princípio de Direito Processual Constitucional,²⁰⁵ segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a Constituição.²⁰⁶ Esse “acordo” não só existe quando a lei admite uma interpretação sem a atração de pontos de vista constitucionais, como, também, pode ser estabelecido por meio da determinação de um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei por via de conteúdos constitucionais.²⁰⁷

Sob o aspecto diferenciador, enquanto na nulidade parcial qualitativa declaram-se determinados “casos de aplicação” como incompatíveis, na interpretação conforme a Constituição declaram-se determinadas “possibilidades de interpretação” como incompatíveis.²⁰⁸

Como tarefa, a interpretação conforme a Constituição cabe não somente ao Tribunal Constitucional Federal, mas a todos os tribunais,²⁰⁹ máxime no controle normativo.²¹⁰

A sua justificação encontra-se, sobretudo, na unidade do ordenamento jurídico.²¹¹ O outro argumento justificador situa-se na presunção da validade da lei²¹² (o *favor legis*).²¹³

e) Interpretação orientada pela Constitui-

²⁰⁵ BOGS, H. *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Stuttgart, 1966, S. 15.

²⁰⁶ BVerfGE 2, 266 (282). Ver também BVerfGE 59, 360 (386); 64, 229 (242). Como se vê, o Tribunal Constitucional Federal valeu-se cedo dessa fórmula decisória.

²⁰⁷ HESSE (nota 98), RdNr. 80, S. 30.

²⁰⁸ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 352, S. 205.

²⁰⁹ BVerfGE 68, 337 (344). Ver também SIMON, H. “Die verfassungskonforme Gesetzauslegung” in: *EuGRZ*, 1974, S. 87 f.

²¹⁰ Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 406, S. 229.

²¹¹ Ver MÜLLER, N. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonforme Auslegung*, Bern, 1980, S. 93 ff.

²¹² Ver BOGS (nota 205), S. 21 f.

²¹³ ZIPPELIUS, R. *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in: Starck, C. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band 2, Tübingen, 1976, S. 110. Andreas Auer (*Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel, 1984, S. 87) menciona ainda como postulados embaixadores, a supremacia da constituição e a pirâmide normativa.

ção - diferença

Essa expressão²¹⁴ significa: no procedimento de aplicação de uma norma, cuja constitucionalidade não está questionada,²¹⁵ que permite possibilidades de interpretação, deve-se escolher aquela interpretação que está mais próxima da Constituição.²¹⁶ Ela serve para otimizar os postulados constitucionais na decisão do caso concreto e tem contribuído para o desenvolvimento do direito vigente em direção à realização dos direitos fundamentais e à efetivação de exigências referentes ao Estado de Direito.²¹⁷

C. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa*

1. *Omissão legislativa absoluta*

Na medida em que uma norma inexistente não pode ser declarada nula,²¹⁸ resta a alternativa da declaração de incompatibilidade da omissão.²¹⁹ Na prática, entretanto, isso não tem ocorrido.

O Tribunal Constitucional Federal tratou, por meio do procedimento do recurso constitucional, da omissão legislativa absoluta, referente ao art. 6.º, alínea 5, da Lei Fundamental,²²⁰ na BVerfGE 25, 167. O objeto do recurso constitucional, todavia, não foi a omissão legislativa, senão uma sentença a ela vinculada, cuja pronúncia fora feita pelo Tribunal Estadual de primeira instância, sito em Kiel. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal frisou, primeiro, que essa prescrição de direito fundamental contém um encargo (obrigatório) ao legislador, cuja execução não está ao seu livre alvedrio. Ele está, antes, obrigado a cumprir a promessa declara-

da na citada norma fundamental e viola a Constituição, se omite, dentro de um prazo razoável, a execução do mandado constitucional ou promulga leis que não correspondem ao mandamento constitucional.²²¹

Depois o Tribunal Constitucional Federal ocupou-se com um problema, decisivo para o caso: se, tendo em vista o ainda não cumprimento desse mandado constitucional pelo legislador,²²² essa prescrição constitucional ganha, então, validade imediata no sentido de derrogar aquelas determinações consagradas do direito ordinário que são incompatíveis com a decisão valorativa constitucional, e, se a lacuna daí advinda pode ser coberta pelo juiz por meio de interpretação jurídica criadora, com fundamento no art. 6.º, alínea 5, da Lei Fundamental, enquanto o legislador não age.²²³ Ambas as questões receberam resposta positiva: seria incompatível com o caráter de direito fundamental da prescrição e com a sua estreita relação referente a valores centrais da ordem constitucional, acreditar que a Constituição quis contentar-se fosse o referido artigo, em sua significação perante as prescrições consagradas contrárias do direito ordinário, apenas um mero princípio programático. Antes, há de se partir do fato de que, nesse caso, a vontade da Constituição, se e desde que isso seja possível, deve ser realizada pelo Poder Judiciário no âmbito a ele acessível.²²⁴

Em referência, o Tribunal Constitucional Federal observou ainda que isso não viola o Princípio da Separação dos Poderes, porque a dilatação funcional do Poder Judiciário, decorrente da inatividade do legislador, tem apenas uma natureza subsidiária: ao legislador está disponível, em qualquer tempo, chamar novamente a si o cumprimento do mandado constitucional, que está, em primeiro lugar, a ele endereçado, e concretizá-lo em consonância com as suas concepções.²²⁵

²¹⁴ O Tribunal Constitucional Federal não a emprega. Ver, acerca disso, SCHLAICH (nota 29), RdNr. 413, S. 233.

²¹⁵ Nesse aspecto reside a diferença em relação à interpretação conforme à Constituição.

²¹⁶ Comparar com WANK, R. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, in: *JUS*, 1980, S. 547 f. Ver também STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 693, S. 254.

²¹⁷ SIMON (nota 209), S. 87.

²¹⁸ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 107, S. 97.

²¹⁹ Ver PESTALOZZA (nota 182), S. 526, 529. Comparar com MEDER, G. Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen, in: *DVBl*, 1971, S. 851.

²²⁰ "Aos filhos ilegítimos devem ser estabelecidas, por meio da legislação, as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual e para a sua situação na sociedade como para os filhos legítimos."

²²¹ BVerfGE 25, 167 (173).

²²² O termo final desse prazo foi associado com o término da legislatura então corrente (BVerfGE 25, 167 (188)).

²²³ BVerfGE 25, 167 (173). Sobre o perfeioar do Direito na omissão legislativa absoluta, ver JÜLICHER, F. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschuss*, Berlin, 1972, S. 33 ff.

²²⁴ BVerfGE 25, 167 (180 f. 188).

²²⁵ BVerfGE 25, 167 (181).

As considerações dos dois últimos parágrafos, o Tribunal Constitucional Federal já as fizera quando cuidou da omissão legislativa absoluta pertinente ao art. 117, alínea 1,²²⁶ conectado com o art. 3.º, alínea 2,²²⁷ ambos da Lei Fundamental, na BVerfGE 3, 225.²²⁸

2. Omissão legislativa relativa

Assim como na omissão legislativa absoluta, também aqui a declaração de nulidade da omissão legislativa relativa está excluída. Permanecem, então, como modalidades a declaração de nulidade, a declaração de incompatibilidade da lei (ou parte da lei) e a declaração de incompatibilidade da omissão.²²⁹ Esta, também nesse âmbito, não tem sucedido.

Em decorrência de a omissão legislativa relativa possuir a sua relevância em confronto com o princípio isonômico,²³⁰ cuja violação, por sua vez, pode ser diretamente questionada por meio do recurso constitucional, é importante

assinalar como o Tribunal Constitucional Federal tem avaliado, no procedimento relativo ao referido recurso, expressamente, na parte dispositiva da decisão, a lei infratora do princípio isômico. As fórmulas decisórias seguintes foram aplicadas: declaração de nulidade quantitativa,²³¹ declaração de nulidade qualitativa²³² e declaração de incompatibilidade.²³³

XII. Custas-taxas

O procedimento do Tribunal Constitucional Federal é gratuito.²³⁴

Uma taxa de até 5.000,00 (cinco mil) Marcos pode, todavia, ser imposta pelo Tribunal Constitucional Federal se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante ao art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.²³⁵

²³¹ BVerfGE 1, 208 (211); 6, 273 (274); 10, 59 (60); 11, 266; 11, 351 (352); 12, 10 (11); 13, 1; 23, 327; 34, 81 (82); 38, 187 (188); 68, 384 (385); 71, 364 (366).

²³² BVerfGE 17, 122 (123); 53, 336; 60, 123 (124); 62, 117 (118 f); 67, 290 (291).

²³³ Declaração de incompatibilidade total: BVerfGE 30, 292; 43, 242 (244); 56, 353 (354).

²³⁴ Declaração de incompatibilidade parcial: BVerfGE 6, 246; 6, 282 (282 f); 32, 365 (366); 38, 1 (2); 38, 61 (62); 39, 316 (317); 43, 58; 45, 104 (105); 46, 97 (98); 47, 1 (2); 48, 64 (65); 51, 1 (1 f); 52, 369 (370); 56, 146 (147); 56, 175 (176); 59, 302 (302 f); 61, 319 (320); 75, 108 (109); 75, 166; 75, 284; 78, 350; 85, 191 (192).

²³⁵ § 34, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também acerca disso GUSY (nota 29), RdNr. 236, S. 149 f.

²³⁵ § 34, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa taxa é denominada de *taxa de abuso*. Ver, a seu respeito, GUSY (nota 29), RdNr. 247-252, S. 155-157; MAHRENHOLZ, E. G. Kammerbeschlüsse -Nichtannahmegebühren. Neue Institute im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: *FS für Wolfgang Zeidler*, Band 2, Berlin New York, 1987, S. 1375. Sobre a continuação de sua vigência, de forma duvidosa, ZUCK (nota 31), S. 2645.

²²⁶ "O direito contrário ao art. 3.º, alínea 2, permanece em vigor até a sua adaptação a essa prescrição, todavia, não além do dia 1 de março de 1953."

²²⁷ "Homens e mulheres gozam dos mesmos direitos."

²²⁸ Nesse caso, tratou-se de um procedimento de controle normativo.

²²⁹ Comparar com PESTALOZZA (nota 182), S. 529.

²³⁰ Ver, supra, VI., A., 1., b) (1).