

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Rafael de Souza Medeiros**

**O Apelo ao Legislador e o Controle de Constitucionalidade  
no Direito Brasileiro**

Monografia apresentada na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel.

**Orientador: Prof. Humberto Bergmann  
Ávila**

Porto Alegre  
2009

**RAFAEL DE SOUZA MEDEIROS**

**O APELO AO LEGISLADOR E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel.

Banca Examinadora:

---

Prof. Humberto Bergmann Ávila  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof. Adão Sergio do Nascimento Cassiano  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof. Igor Danilevich  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, em especial aos meus pais, Altair e Lucia, pelo apoio constante, pelo incentivo permanente na busca dos meus sonhos e pelas oportunidades que com tanto esforço me concederam. Sou um filho de sorte.

Aos colegas e amigos, pelas discussões de “alta indagação jurídica” que sempre serviram para arejar os pensamentos e tornar a faculdade um local de tão boas lembranças. Destes, tendo vista principalmente a contribuição ao presente trabalho, não poderia deixar de mencionar a Marina e a Juliana, amigas em Heidelberg, pelo material gentilmente enviado do *Seminar* com tanta presteza, e a Iulia, que se deu o trabalho de ler o esboço dessa monografia e apontar aspectos carentes de maior cuidado.

Ao orientador, professor Humberto, pela paciência e pelo reconhecimento ao esforço empreendido nesse projeto.

## RESUMO

O sistema jurídico alemão é um dos mais ricos no que se refere a métodos de controle de constitucionalidade, os quais em sua maioria têm origem jurisprudencial. Diante do crescente número de casos com forte viés político, o Tribunal Constitucional Federal alemão viu-se obrigado a desenvolver técnicas que escapam à dogmática tradicional, situação que se afigura de forma análoga no Brasil. Este trabalho de conclusão de curso versa sobre uma dessas técnicas, o “apelo ao legislador”, bem como cogita da sua aplicação no direito brasileiro. Inicialmente são esboçadas as características fundamentais do controle de constitucionalidade no direito alemão. Em seguida, procede-se a análise do “apelo ao legislador” em seu contexto de origem, de modo a verificar quais são os dados que o identificam, na tentativa de elaborar um conceito que englobe os elementos que lhe são essenciais. A partir desse embasamento teórico, são trazidas as hipóteses de sua aplicação, devidamente exemplificadas por decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão, revelando o caráter pragmático da Corte ao adotar essa técnica decisória e a adequação do seu emprego nesses casos. Compendo ainda a primeira parte da exposição, averigua-se a aplicação do “apelo ao legislador” com vistas a estimular a cooperação entre os poderes constituídos e a harmonização de suas ações, e a vinculatividade dessa espécie de decisão sobre os mesmos. Por fim, faz-se referência às opiniões doutrinárias na Alemanha sobre o tema e as principais críticas dirigidas ao “apelo ao legislador”. Em um segundo momento, a presente monografia volta-se para o controle de constitucionalidade brasileiro, ressaltando os elementos mais relevantes que o compõem. Antes de referir possíveis vantagens da aplicação da técnica do “apelo ao legislador” no ordenamento nacional, são apontadas as principais objeções que poderiam ser colocadas contra esse método, analisando a sua pertinência em cotejo com as peculiaridades do sistema jurídico pátrio. Com base nessas críticas, alude-se a eventuais adaptações do “apelo ao legislador” ao ordenamento brasileiro e a sua relação com a Lei nº 9.868/99 que, embora tenha certa influência dessa variante decisória, se difere da mesma em diversos aspectos. Finalmente são relacionadas decisões do Supremo Tribunal Federal que contém as características identificadoras do “apelo ao legislador” e as vantagens que poderiam advir da sua efetiva adoção pela Corte Constitucional brasileira.

**Palavras-Chave:** Controle de Constitucionalidade, Apelo ao Legislador, Cooperação entre Poderes, Lei “Ainda Constitucional”

## ABSTRACT

The German legal system is one of the most plentiful in relation to judicial review methods, which mostly rise from jurisprudence. Given the growing number of cases strongly politicized, the German Federal Constitutional Court was forced to develop techniques beyond the traditional dogmatic, circumstance analogically taking place in Brazil. This research paper deals with one of these techniques, called “appeal to the legislature”, also wonders about its application in the Brazilian law. Firstly, the main features of judicial review in the German law are outlined. Afterwards, an analysis of the “appeal to the legislature” under its original context is performed, as an effort to ascertain what data better identifies it, in an attempt to develop a concept encompassing its essential elements. From this theoretical, hypotheses of its application well exemplified through decisions given by the German Constitutional Court are brought up, revealing the pragmatic nature of the Court when adopting such resolution techniques, as well as the sufficiency of its use in these cases. Still as part of the first portion of this elucidation, the application of the “appeal to the legislature” is verified, in order to stimulate cooperation between the existing Powers and the harmonization of their actions, as well as the binding of such resolutions upon them. Finally, reference is made to the German doctrinal views on the subject as well as the main criticism against the “appeal to the legislature” mechanism. On the other hand, this research paper approaches the Brazilian judicial review, highlighting its most important elements. Before summarizing the advantages of applying the “appeal to the legislature” technique in our native legal system, it is necessary to present the main objections that could arise against such method, analysing its pertinency in comparison with the peculiarities of our native legal system. Based on these criticisms, references are made to occasional adjustments that the “appeal to the legislature” could experience in the Brazilian legal system as well as its relation with Act nº 9.868 of 1999 which, although might undergo by the influence of such resolution parameter, also differs from it in several aspects. As a final point, Supreme Court decisions containing identifying distinctiveness of the “appeal to the legislature” are mentioned as well as the advantages that could result of its effective implementation by the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Judicial Review, “Appeal to the Legislature”, Cooperation between Powers, “Still Constitutional” Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO .....	8
1.1 Introdução.....	8
1.2 “Apelo ao Legislador” .....	9
1.2.1 Conceito.....	9
1.2.2 Situação de constitucionalidade imperfeita ou norma “ainda constitucional” .....	13
1.2.3 Apelo ao legislador em situações de incompatibilidade da norma com a Constituição..	16
1.3 Hipóteses de aplicação do “apelo ao legislador”.....	18
1.3.1 “Apelo ao legislador” em razão de mudança da realidade ou da interpretação constitucional.....	18
1.3.2 Apelo ao legislador em razão de omissão do legislador.....	20
1.3.3 “Apelo ao legislador” em razão de incerteza quanto à violação da Constituição .....	21
1.4 Harmonização e cooperação entre poderes .....	24
1.5 Vinculatividade do “apelo ao legislador” .....	25
1.6 Considerações críticas da doutrina alemã.....	26
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO .....	30
2.1 Introdução.....	30
2.2 Considerações críticas à aplicação de técnica semelhante ao “apelo ao legislador” no direito brasileiro.....	31
2.2.1 Violação da autonomia do Legislativo e a tese do legislador negativo.....	31
2.2.2 Imprevisibilidade do momento de inconstitucionalização de lei.....	34
2.2.3 Impossibilidade de sentença condicional .....	35
2.2.4 Nulidade absoluta da norma inconstitucional.....	36
2.2.5 Ausência de previsão legal .....	37
2.2.6 Dever do julgador de decidir e o déficit da produção legislativa .....	38
2.3 O “apelo ao legislador” e a Lei nº 9.868/99 .....	40
2.4 Precedentes jurisprudenciais .....	42
2.5 Razões para o emprego do “apelo ao legislador” no ordenamento brasileiro .....	50
REFERÊNCIAS .....	54

## INTRODUÇÃO

A presente monografia de conclusão de curso pretende analisar a técnica do “apelo ao legislador” e a possibilidade de aplicá-la no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de variante decisória desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão no controle de constitucionalidade que se caracteriza por declarar a norma “ainda” constitucional. Nesse caso, a Corte se abstém de declarar nulo o ato normativo impugnado, limitando-se a apontar ao legislador o processo de inconstitucionalização que tende a levar a norma para o campo da inconstitucionalidade em um futuro próximo. Decidindo dessa forma, o Tribunal Constitucional assegura ao Parlamento o exercício da sua competência constitucional de configuração do ordenamento jurídico, bem como evita situações de vácuo normativo decorrentes da declaração de nulidade da norma.

Embora não tenha fundamento normativo, o “apelo ao legislador” constitui ferramenta importante do Tribunal Constitucional alemão principalmente em situações de alteração da realidade fática ou da interpretação da Constituição. Tem relevo igualmente na hipótese de omissão legislativa, alertando o Parlamento sobre o seu dever de legislar em determinado âmbito do ordenamento. Em razão da vinculação do legislador à ordem constitucional, este é obrigado a tomar providências para retomar a condição de plena constitucionalidade do ordenamento, na medida em que a situação de constitucionalidade imperfeita já lhe foi evidenciada.

A partir dessas características, averiguar-se-á a possibilidade de empregar técnica semelhante no direito brasileiro. Para tanto, é imprescindível considerar as críticas que são oponíveis ao “apelo ao legislador” no direito brasileiro, adaptando-o às peculiaridades do nosso sistema. Nesse contexto, também serão analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal que poderiam ser enquadradas nesse conceito com vistas a fundamentar a compatibilidade do “apelo ao legislador” com o ordenamento pátrio.

# 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO

## 1.1 Introdução

O sistema alemão de controle de constitucionalidade é pautado na declaração de nulidade *ipso iure* e *ex tunc*, isto é, a norma que está em desacordo com a Constituição é tida como inválida desde o momento em que foi editada, tendo a decisão de declaração de inconstitucionalidade apenas caráter declaratório. Desse modo, a norma que viola outra de hierarquia superior, como no caso da lei ordinária que afronta dispositivo constitucional, é desconsiderada de todo, não podendo gerar quaisquer efeitos. No sistema austríaco, por outro lado, a norma inconstitucional é revogada, sendo retirada do ordenamento jurídico por sentença do tribunal constitucional austríaco, a qual tem, portanto, natureza constitutiva em relação à inconstitucionalidade.

O princípio da nulidade da norma inconstitucional na Alemanha comporta, contudo, moderações. A lei orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em seus §§ 31, 2º e 3º períodos, e 79, prevê a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma sem declará-la nula (declaração de mera incompatibilidade – *bloÙe Unvereinbarkeitserklrung*). Mesmo antes do avanço legislativo, o Tribunal já desenvolveu na prática do controle de constitucionalidade variantes decisórias que ofereciam  Corte alternativas diversificadas na busca da efetivação dos ditames constitucionais através do exame de adequaçao legal  Constituiçao, a exemplo da interpretaçao conforme a Constituiçao.

Como bem aponta o ilustre professor Gilmar Mendes, “em nenhum outro sistema de controle de normas, seja ele incidental ou concentrado, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional”<sup>1</sup>. Nesse contexto, em razão da insuficiência do dogma da nulidade da norma inconstitucional, o *Bundesverfassungsgericht* desenvolveu ferramentas que lhe permitiram flexibilizar o controle de constitucionalidade às exigências do caso concreto, tendo em vista principalmente o alto teor político das decisões de âmbito constitucional<sup>2</sup>. Percebe-se, por vezes, nas decisões do Tribunal um viés mais

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 253.

<sup>2</sup> GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloÙe Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der Funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”. DVBl, 1982, p. 488.



pragmático, preterindo em certa medida seguir em seus julgamentos a dogmática jurídica mais estrita, o que não colhe aplausos unânimes da doutrina alemã<sup>3</sup>, porém tem-lhe emprestado maior efetividade e adequação às peculiaridades do caso concreto.

## 1.2 “Apelo ao Legislador”

### 1.2.1 Conceito

O termo “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) foi cunhado pela juíza do *Bundesverfassungsgericht* Wiltraut Rupp-v. Brünneck no artigo “*Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*”, de 1970. Nesse estudo, a juíza faz referência a determinadas decisões do Tribunal nas quais, embora seja declarada a constitucionalidade da norma, são expressamente consignadas diversas razões quanto à sua incompatibilidade com a Constituição e o alerta da Corte quanto à tendência de vir a declará-la inconstitucional em um futuro próximo, por vezes inclusive determinando um prazo, o que impõe ao legislador o dever de atuar e realizar reformas na legislação<sup>4</sup>. Faz referência, em suma, aos casos em que é rejeitada a inconstitucionalidade da norma jurídica, porém ao mesmo tempo o legislador é chamado a efetuar as correções necessárias para estabelecer a sua plena constitucionalidade<sup>5</sup>.

O primeiro caso de julgado desse teor apontado pela doutrina é a decisão sobre o Estatuto do Sarre (*Saarstatut*)<sup>6</sup>, de 1954. O Tribunal entendeu que o estatuto de ocupação deveria ser tido por constitucional e tolerado transitoriamente, pois, embora contivesse alguns vícios que eventualmente implicariam em sua inconstitucionalidade, era o que mais se aproximava no momento dos preceitos ditados pelo texto constitucional. Ademais, constituía indubitável avanço ante a legislação anterior, devendo, portanto, ser considerado (ainda) constitucional<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt”. Baden-Baden: Nomos, 1980, p. 141.

<sup>4</sup>BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren” in: Theo Rittersprach/Willi Giger. Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag. Tübingen, 1970, p. 355.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 296.

<sup>6</sup> BverfGE 4, 157.

<sup>7</sup> SCHLAICH, Klaus et KORIOH, Stefan. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”. 7ª edição, München: C. H. Beck, 2007, p. 242. Cabe ainda referir as considerações de MENDES sobre essa decisão, na qual, segundo o autor, “formulou a Corte Constitucional a chamada ‘Teoria da Aproximação’ (*Annäherungslehre*), que recomenda ao Tribunal abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade nos casos em que se reconheça estar o legislador empreendendo esforços para superar, gradualmente, o estado de

Apesar de ser alvo de atenção crescente, ainda hoje o conceito de “apelo ao legislador” não é pacífico na doutrina alemã, bem como nos estudos produzidos no Brasil sobre o tema. Klaus Schlaich e Stefan Koriath entendem que o “apelo ao legislador” se dá nas hipóteses em que há uma situação de “ainda constitucionalidade” (*noch verfassungsgemäß*) que se encaminha ameaçadoramente em direção à inconstitucionalidade. Nesses casos, o Tribunal limita-se a comunicar ao legislador a ameaça de inconstitucionalidade futura, porém não a declara. Trata-se, em certa medida, de um tipo especial de declaração de constitucionalidade, tendo em vista que a Corte Constitucional deixa de emitir juízo de desvalor sobre a norma atacada<sup>8</sup>. O Tribunal, portanto, reconhece em suas razões uma situação de inconstitucionalidade da norma prestes a se estabelecer, no entanto esta não é suficiente para ensejar a declaração de sua inconstitucionalidade ou incompatibilidade, preferindo conclamar o legislador a empreender reformas para que a violação da Constituição não venha a se configurar no futuro.

Schlaich e Koriath, entretanto, reconhecem a existência de decisões, especialmente algumas mais recentes, que ampliam a aplicação da *Appellentscheidung*, de forma a utilizá-la para evitar declaração de inconstitucionalidade em casos onde os seus pressupostos já estão configurados<sup>9</sup>.

Entendimento semelhante é adotado por Christoph Gusy, o qual contrapõe as declarações de nulidade e de incompatibilidade com a técnica do “apelo ao legislador”, afirmando que, nessa última, há uma situação conforme a Constituição, porém que está na iminência de se tornar inconstitucional<sup>10</sup>. Ao tratar da práxis do *Bundesverfassungsgericht*, todavia, o autor amplia o âmbito de possibilidades da *Appellentscheidung* ao apontar a existência de dois grupos de casos (*Fallkonstellation*) fundamentais, quais sejam: no primeiro a situação jurídica colocada à prova é ainda constitucional, antecipando a tendência de violação da Constituição em futuro próximo; e no segundo, por outro lado, a norma jurídica impugnada já se encontra na condição de inconstitucionalidade, de modo que o “apelo ao legislador” é utilizado para que se evite declará-la nula ou incompatível com a Constituição<sup>11</sup>.

---

inconstitucionalidade” (Jurisdição Constitucional, p. 296, nota 274). No mesmo sentido, GERONTAS (“Die Appellentscheidung...” p. 489).

<sup>8</sup> SCHLAICH, “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 241.

<sup>9</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 241.

<sup>10</sup> GUSY, Christoph. “Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht”. Berlin: Duncker und Humboldt, 1982, p. 205.

<sup>11</sup> GUSY, Christoph. “Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht”, p. 209.

Ressalta-se que Gusy é bastante crítico quanto a essa variante decisória, tendo-a por cabível apenas nos casos de omissão legislativa inconstitucional<sup>12</sup>.

Na trilha das lições de Schulte, Gilmar Mendes, embora delimite os seus estudos ao conceito de “apelo ao legislador” como “decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como ‘ainda constitucional’, anunciando a eventual conversão desse estado de *constitucionalidade imperfeita* numa situação de completa inconstitucionalidade”<sup>13</sup>, reconhece a possibilidade de aplicação do termo *Appellentscheidung* também nas decisões em que é reconhecida a inconstitucionalidade de certa norma sem que seja declarada a sua nulidade. Cumpre referir as considerações desse ilustre autor ao buscar distinguir a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do “apelo ao legislador”, quando afirma que nem sempre é possível fazer uma diferenciação precisa de ambas as variantes, concluindo que, via de regra, “enquanto a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade* contém uma declaração de inconstitucionalidade, o *apelo ao legislador* configura peculiar *sentença de rejeição de inconstitucionalidade*”<sup>14</sup>.

Por outro lado, Humberto Ávila diferencia de forma mais precisa as hipóteses do “apelo ao legislador”. Afirma o doutrinador que “no apelo ao legislador a norma jurídica é declarada (ainda) constitucional, mas o tribunal encarrega o legislador, ao mesmo tempo, de produzir, num determinado prazo, um estado integralmente constitucional”<sup>15</sup>. Posteriormente, ao tratar da declaração de incompatibilidade, assevera que “a diferença entre a declaração de incompatibilidade e apelo ao legislador reside no fato de que, na declaração de incompatibilidade, a norma jurídica é declarada inconstitucional, enquanto o apelo ao legislador declara a norma ‘ainda constitucional’”<sup>16</sup>.

Embora demonstre certa ressalva quanto à aceitabilidade deste tipo de decisão no direito português, Canotilho trata da possibilidade do “apelo ao legislador” apenas “no sentido de este emanar nova legislação em virtude de a legislação existente em breve se tornar inconstitucional” ou como “um sinal de perigo em virtude de ser previsível que a evolução fáctica e jurídica venha a pôr em causa o regime jurídico em vigor”<sup>17</sup>. Limita, pois, a possibilidade de alguma forma de apelo apenas às situações ainda constitucionais, porém que tendem para a inconstitucionalidade.

---

<sup>12</sup> GUSY, Christoph. “Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht”, p. 213.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 297.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 268/269 (grifos no original).

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 461.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 462.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 7ª ed., Coimbra (Portugal): Edições Almedina, 2003, p. 958.

Tais considerações não merecem reparos na medida em que se analise a questão a partir da parte dispositiva da decisão. De fato, tanto a declaração de inconstitucionalidade quanto a de mera incompatibilidade (*Unvereinbarkeiterklärung*), ou inconstitucionalidade sem os efeitos da nulidade, afirmam em seu dispositivo a violação da lei maior pela lei impugnada, o que tem por consequência imediata a vedação da aplicação dessa norma no ordenamento jurídico<sup>18</sup>, configurando o fenômeno jurídico denominado no direito alemão de *Anwendungssperre* (suspensão da aplicação)<sup>19</sup>. No “apelo ao legislador”, todavia, a norma é mantida no ordenamento com plena vigência, pois no dispositivo do julgado que cogitou da sua inconstitucionalidade, a lei é considerada constitucional. Apenas nas razões da decisão é que o *Bundesverfassungsgericht* esclarece a condição de constitucionalidade imperfeita ou ainda constitucionalidade.

Por outro lado, tendo em perspectiva a decisão em sua totalidade, isto é, o dispositivo e as razões, o conceito de “apelo ao legislador” deve ser ampliado. Nesse sentido, mostra-se irretorquível a lição de Ipsen. O autor alemão considera que, em geral, o apelo é aplicável nos casos em que se afigura no futuro a inconstitucionalidade da norma, contudo, no momento da decisão esta é ainda constitucional, isto é, tratar-se-ia de hipótese de constitucionalidade imperfeita em que o Tribunal julga incabível por ora a declaração de inconstitucionalidade. Eventualmente, todavia, aplica-se a *Appellentscheidung* quando a norma já se mostra incompatível com o texto constitucional, em situações cujas circunstâncias apontam para inadequação na prática da decisão que a declare incompatível ou nula<sup>20</sup>.

Esse último é o conceito de “apelo ao legislador” que será adotado no presente trabalho, o qual toma por *Appellentscheidungen* as decisões exaradas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no âmbito do controle de constitucionalidade que, no momento do julgamento, consideram a norma impugnada “ainda constitucional” ou que, embora já configurada a incompatibilidade da norma com a Constituição, declaram a sua constitucionalidade na parte dispositiva, sendo que em ambas as hipóteses é dada ciência ao legislador da necessidade de alteração legislativa sob pena, ainda que não obrigatoriamente, de a norma ser declarada inconstitucional caso a matéria seja novamente apreciada pelo Tribunal<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BVerfGE 55, 100, 110.

<sup>19</sup> Sobre o tema, GERONTAS “Die Appellentscheidung...”, p. 488. Ver também HEUBNER. “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”. NJW, 1982, p. 258.

<sup>20</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 133.

<sup>21</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 99.

Sendo assim, pode-se interpretar o “apelo ao legislador” como uma declaração de constitucionalidade dotada de um *obiter dictum* cujas conseqüências não podem ser ignoradas pelo legislador. Não obstante a impossibilidade de lhe reconhecer vinculatidade legal tanto sobre o legislador quanto sobre o próprio Tribunal, a obrigação do legislador em empreender a reforma tida como imprescindível é que a diferencia das demais formas de decisão no controle de constitucionalidade alemão. Schlaich e Koriath asseveram que “a semelhança de todas as decisões de “apelo ao legislador” encontra-se na obrigação do legislador em agir”<sup>22</sup>. Tal obrigação decorre tão somente da práxis do *Bundesverfassungsgericht*, o qual informa ao legislador como procederá no futuro caso a pretendida mudança não venha a ser executada a contento.

### 1.2.2 Situação de constitucionalidade imperfeita ou norma “ainda constitucional”

Segundo Yang, entre as decisões exaradas pela Corte Constitucional alemã classificadas como “apelo ao legislador”, aquelas que consideram a norma “ainda constitucional” compõem dois terços do total<sup>23</sup>. Nessa espécie de “apelo ao legislador”, a norma verificada está sofrendo um “processo de inconstitucionalização”, ou seja, embora no momento da decisão seja possível apurar um limitado descompasso da lei com a norma fundamental, esse não se mostra por ora completo ou suficiente para ensejar a declaração de sua inconstitucionalidade. Trata-se, assim, de norma que, embora não apresente qualquer “defeito de nascença” (*Geburtsfehler*)<sup>24</sup>, se encaminha para o terreno da inconstitucionalidade, porém deve ser considerada ainda constitucional, apesar de suas deficiências. Em tais casos, o Tribunal a declara constitucional, todavia ressalta a necessidade premente de sua alteração, seja através da sua substituição, derrogação ou complementação<sup>25</sup>.

Concomitantemente à afirmação da compatibilidade da norma com a Constituição, o *Bundesverfassungsgericht* dirige um chamado ao legislador para empreender a reforma da legislação, alertando para uma situação de ainda constitucionalidade que se inclina “ameaçadoramente” para uma inconstitucionalidade futura. Os efeitos jurídicos que são conferidos a essa variante decisória da Corte Constitucional alemã não diferem, portanto, daqueles outorgados à declaração de constitucionalidade. A diferença, na verdade, encontra-se

<sup>22</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 241.

<sup>23</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 110.

<sup>24</sup> GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidung...”, p. 486. Wiltraut Rupp-v. Brünneck acolhe entendimento semelhante sobre os casos em que é aplicada a *Appellentscheidung* (“Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 375).

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 306.

no juízo de desvalor<sup>26</sup> constante nas razões da decisão, bem como no aviso expresso que, na hipótese de manutenção irreparada da norma é bastante provável que será constatada a concretização do estado de inconstitucionalidade em um horizonte próximo<sup>27</sup>.

Pode-se considerar, portanto, que, não obstante o Tribunal Constitucional, nas razões da decisão, imputar ao apelo grande relevância, esse não é tido como juridicamente vinculante, como se verá posteriormente. Ao legislador, todavia, é comunicada a ameaça de inconstitucionalidade da norma impugnada, cabendo-lhe readequá-la ao sistema jurídico. Dessa forma, fica realçado o “dever de aprimoramento da norma” (*Nachbesserungspflicht*)<sup>28</sup>, de índole constitucional, o qual já está solidificado no direito alemão. Corresponde à obrigação do legislador de melhor adequar a lei ao ordenamento e à realidade ainda que esta seja considerada constitucional, reformando-a de forma a compatibilizá-la o máximo possível com os ditames constitucionais<sup>29</sup>.

No que tange o conteúdo da decisão, freqüentemente o *Bundesverfassungsgericht*, além de delimitar os pontos problemáticos da lei impugnada, oferece ao legislador indicações sobre como deve fazer as alterações necessárias para que a situação de inconstitucionalidade não venha a se concretizar posteriormente, bem como para restabelecer a condição de constitucionalidade absoluta. Na própria decisão, a Corte faz considerações sobre o que e em que medida o texto legal deve sofrer reformas, não se limitando a afirmar que determinada norma merece ser reeditada, ainda que tais indicações tenham caráter mais pedagógico e não vinculem a atuação parlamentar<sup>30</sup>.

Há decisões, no entanto, que apontam detalhadamente opções legislativas sobre como a norma deverá ser alterada para se compatibilizar plenamente ao texto constitucional. A Corte especifica quais os pontos da lei que merecem ser reformados para que se evite futura inconstitucionalidade e, concomitantemente, sugere alternativas de redação legislativa que entende serem as mais adequadas, precisando o teor que acredita que a norma deverá ter após alterada e orientando de forma bastante detalhada o legislador<sup>31</sup>. Essa conduta do Tribunal não está livre de críticas, ainda que denote boa vontade e não imponha ao legislador que esse legisle obrigatoriamente da forma como expôs a decisão.

---

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 461.

<sup>27</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 109.

<sup>28</sup> Sobre o “dever de aprimoramento”, cf. SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 238 e 243.

<sup>29</sup> BVerfGE 56, 54 e 65, 1.

<sup>30</sup> BVerfGE 87, 348 (358).

<sup>31</sup> BVerfGE 65,1 (59 ss). Cf. SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1204; YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 115 ss.

Na hipótese de norma “ainda” constitucional, da mesma forma que no “apelo ao legislador” em face de norma já tida como incompatível, o Tribunal estabelece um determinado prazo para o legislador atuar no ordenamento, o qual não se pode considerar como necessariamente vinculativo. Tal prazo é freqüentemente estabelecido através de conceitos abstratos, o que dá maior flexibilidade ao legislador, embora por vezes a Corte prefira fixar um prazo certo para a conclusão da alteração legal<sup>32</sup>, constando nas razões da decisão. Como caso excepcional, entretanto, impende citar a decisão do Segundo Senado de 8 de junho de 1988<sup>33</sup>, na qual o *Bundesverfassungsgericht* julgou o 4º período do § 1º da lei para retificação das subvenções equivocadas no setor imobiliário (*Gesetzes über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen – AFWoG*) constitucional até então, porém, a partir de 1º de janeiro de 1990, novo regramento que se adequasse ao art. 3º, período 1, da Lei Fundamental deveria lhe substituir, sendo que o termo fixado constou no dispositivo da decisão<sup>34</sup>.

Reunindo todas essas características, tem-se como caso paradigma dessa espécie de decisão aquelas sobre a pensão previdenciária por morte do cônjuge do sexo feminino (*Witwerrenten-Entscheidungen*)<sup>35</sup>. Quando a Lei da Seguridade foi promulgada, a morte de cônjuge do sexo feminino não ensejava pensão ao viúvo, o que foi tido por constitucional pelo Tribunal. Contudo, diante do aumento significativo de mulheres economicamente ativas no intervalo entre a promulgação da Lei de Seguridade e o momento da segunda decisão, o Tribunal entendeu que a norma que concedia pensão apenas no caso de morte do cônjuge do sexo masculino se adequava ainda àquelas situações nas quais incidu e estava incidindo, posto que o número de mulheres entre os trabalhadores mais idosos era reduzido. A aplicação de tal norma não seria aceitável, no entanto, para as relações fáticas que se encontravam em formação, pois, entre os mais jovens, as mulheres constituíam parte relevante da população economicamente ativa e já produziam rendimentos fundamentais à manutenção do sustento familiar. Dessa forma, mostrava-se imprescindível a alteração da norma para os casos futuros, ainda que então ela se mostrasse plenamente compatível com a Constituição<sup>36</sup>, ou seja, a norma, à época, era “ainda constitucional”, porém se encaminhava para uma iminente inconstitucionalidade.

---

<sup>32</sup> A decisão BVerfGE 85, 80 (93) usa a expressão “prazo razoável”, enquanto que a BVerfGE 39, 169 (195) fixa como prazo o final da legislatura seguinte.

<sup>33</sup> BVerfGE 78, 249.

<sup>34</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 117.

<sup>35</sup> BVerfGE 17,1, de 1963 e BVerfGE 39, 169, de 1974.

<sup>36</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 243; MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 299.

### 1.2.3 Apelo ao legislador em situações de incompatibilidade da norma com a Constituição

O “apelo ao legislador” também se mostra compatível com as hipóteses de norma já considerada inconstitucional, porém não é assim declarada, por razões diversas, no dispositivo da decisão. O *Bundesverfassungsgericht*, embora reconheça em suas razões a inconstitucionalidade de determinada norma, prefere declarar a constitucionalidade da mesma, manifestando concomitantemente ao legislador a necessidade de reforma legislativa a fim de eliminar do ordenamento jurídico tal violação da Constituição, constituindo o que se poderia considerar como uma “declaração de incompatibilidade implícita” (*implizite Unvereinbarerklärung*)<sup>37</sup>. Dessa forma, o Tribunal oferece ao legislador uma possibilidade de readequar a norma ao sistema sem precisar intervir diretamente, preferindo julgar de forma pragmática e menos gravosa às relações de fato.

Trata-se, portanto, de mecanismo da Corte Constitucional para autolimitação da sua atuação no sistema jurídico, pois estabelece mais um grau de intervenção entre a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* e a declaração de plena constitucionalidade da norma impugnada. Ao trazer em seu bojo juízo de demérito da lei, bem como prazo para o legislador eliminar os defeitos que já a tornam inconstitucional, a *Appellentscheidung* não pode ser equiparada a mera afirmação da constitucionalidade, contudo, dado que aponta as iniquidades da norma tão somente em suas razões, deve ser tida como menos interventiva do que a declaração de mera incompatibilidade (ou declaração de inconstitucionalidade sem os efeitos da nulidade), cabendo posicioná-la entre essas duas variantes<sup>38</sup>.

A conduta do Tribunal nessas hipóteses decorre da percepção dos efeitos nocivos que a nulidade da norma poderia produzir, isto é, a Corte Constitucional decide dando maior relevo às conseqüências negativas de um juízo de nulidade ou incompatibilidade da norma impugnada do que propriamente à concretização da ofensa à lei maior, contanto que essa violação seja tolerável, no sentido de produzir menos prejuízo à sociedade e aos ditames constitucionais do que a extirpação pura e simples da norma do sistema<sup>39</sup>. O caráter pragmático que o *Bundesverfassungsgericht* imprime à sua jurisprudência torna-se nesses casos ainda mais evidente, ainda que ofenda, por vezes, a dogmática mais estrita.

---

<sup>37</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 104.

<sup>38</sup> Sobre a diferenciação das hipóteses de cabimento da declaração de mera incompatibilidade e do “apelo ao legislador”, conferir Wiltraut Rupp-v. Brünneck. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 375.

<sup>43</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 138/139. No mesmo sentido, YANG. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 103.



Ademais, a obrigação de declarar nula norma jurídica que viole o texto constitucional não é consequência necessária, uma vez que pertence ao direito ordinário (§ 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal), podendo ser relativizada ante princípios de ordem constitucional, como o da segurança jurídica<sup>40</sup>.

Nesse sentido, Ipsen, ao tratar do “apelo ao legislador”, relaciona a evidência da ofensa à Constituição como pressuposto da inconstitucionalidade, de forma a adicionar um elemento subjetivo para a configuração de violação constitucional intolerável<sup>41</sup>. A aplicação do “apelo ao legislador” por falta de evidência da ofensa constitucional será tratada no capítulo a seguir. Por ora cumpre ressaltar que nessa hipótese os pressupostos objetivos da inconstitucionalidade já estão materializados, o que seria suficiente para a declaração de inconstitucionalidade em termos dogmáticos, entretanto, o Tribunal, na tentativa de “salvar” a norma por motivos de ordem pragmática, traz como requisito da declaração de inconstitucionalidade a perceptibilidade por parte do legislador da ofensa à lei maior<sup>42</sup>. De qualquer forma, resta demonstrado que, mesmo em casos de violação à Constituição, a Corte constitucional alemã, sob determinadas condições, prefere manter a norma vigente no ordenamento, apelando ao legislador para que a reforme, ao invés de declará-la inconstitucional.

Assim como nas hipóteses de “apelo ao legislador” por norma ainda constitucional, a presente espécie tem como característica fundamental a fixação de prazo para que o legislador atue. Nas razões da decisão, o Tribunal alerta o legislador quanto à sua obrigação de eliminar a ofensa constitucional dentro de determinado período, durante o qual continuará a tolerá-la.

Nesse sentido, cabe referir a decisão quanto à divisão dos distritos eleitorais (*Wahlkreisinteilung*), de 22 de maio de 1963<sup>43</sup>. A divisão dos distritos eleitorais na Alemanha foi elaborada em 1949 e desde então mantida pelas leis eleitorais subsequentes. Em 1963, o Tribunal foi questionado quanto à constitucionalidade dessa divisão, a qual não mais se adequava ao princípio da igualdade eleitoral (art. 38 da Lei Fundamental) em razão das transformações demográficas ocorridas no país à época, uma vez que o tamanho desigual que os distritos eleitorais tinham tomado diferenciava o peso dos votos dos cidadãos<sup>44</sup>. A situação em que foi colocada a Corte era bastante delicada, eis que a eliminação da norma do ordenamento jurídico geraria uma anomia insolúvel na medida em que o Parlamento então

---

<sup>40</sup> HEUßNER, Hermann. “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”, p. 257.

<sup>41</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 138.

<sup>42</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 138.

<sup>43</sup> BVerfGE 16, 130.

<sup>44</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 242.

eleito deveria ser afastado em virtude da nulidade da eleição anterior, não restando ninguém legitimado a alterar a lei<sup>45</sup>.

A Corte Constitucional declarou a constitucionalidade da lei eleitoral, referindo, no entanto, a sua imprescindível alteração para a próxima legislatura<sup>46</sup>, o que de fato foi efetivado pelo legislador em 1964<sup>47</sup>. Segundo Ipsen, “o Tribunal consignou que os pressupostos objetivos de uma violação do art. 38 da Lei Fundamental já teriam se apresentado em 1961”<sup>48</sup>, todavia ainda não haviam sido evidenciados ao legislador até aquele instante. Pode-se concluir, portanto, que embora já presentes os requisitos materiais capazes de configurar a inconstitucionalidade, o *Bundesverfassungsgericht* se absteve de declará-la, preferindo limitar-se a conclamar o legislador para saná-la dentro de determinado lapso.

### 1.3 Hipóteses de aplicação do “apelo ao legislador”

Posto que as hipóteses abrangidas pelo “apelo ao legislador” situam-se em uma zona cinzenta nos limites da constitucionalidade, as decisões que assim são denominadas possuem características diversificadas e bastante diferenciadas entre si. Não obstante, a doutrina, sem maiores divergências, dividiu as *Appellentscheidungen* em três categorias distintas: “apelo ao legislador” em razão de mudança da realidade ou da interpretação constitucional, “apelo ao legislador” em razão de omissão do legislador e “apelo ao legislador” em razão de incerteza quanto à violação da Constituição<sup>49</sup>:

#### 1.3.1 “Apelo ao legislador” em razão de mudança da realidade ou da interpretação constitucional

Aqui temos duas possibilidades de “apelo ao legislador”, reunindo a maior parte das ocorrências dessa variante decisória. Quanto à alteração das condições fáticas, deve-se observar que a lei, em geral, não apresentava quando editada qualquer vício de

---

<sup>45</sup> BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 372.

<sup>46</sup> BVerfGE 16, 130 (142).

<sup>47</sup> *Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes*, de 14 de fevereiro de 1964.

<sup>48</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 138.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 297; SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1201. Ipsen, por outro lado, divide as hipóteses de aplicação do apelo ao legislador em quatro, separando os casos de mudanças da realidade daqueles referentes à modificação da interpretação constitucional. Todavia, em razão de decisões em que há confusão de elementos fáticos e jurídicos, como na decisão sobre pensão previdenciária por morte de cônjuge do sexo feminino (BVerfGE 17,1), preferiu-se mantê-las agrupadas em um único grupo.

constitucionalidade. Porém, o contexto de fato no momento da impugnação alterou-se de tal forma em relação ao primeiro a ponto de pôr em cheque a constitucionalidade da legislação, embora o seu conteúdo tenha se mantido inalterado<sup>50</sup>.

A decisão quanto à divisão dos distritos eleitorais na Alemanha de 1963<sup>51</sup> é exemplo paradigmático dessa alteração. Como já referido supra, em 1949 os distritos eleitorais eram divididos de forma proporcional entre si, respeitando o princípio da igualdade eleitoral insculpido no art. 38 da Lei Fundamental, no entanto à época da decisão, em 1963, as condições fáticas haviam se alterado, isto é, a população mudou a sua distribuição demográfica pelo território alemão, de modo que não mais condizia com o referido princípio<sup>52</sup>. Diante disso, o Tribunal reconheceu disparidade da divisão dos distritos nas razões decisórias, todavia manteve a constitucionalidade da lei, apelando ao legislador para readequá-la à Constituição ainda na legislatura vigente<sup>53</sup>.

No que tange a mudança de interpretação da Constituição, cumpre considerar que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, no qual situações compatíveis com os parâmetros constitucionais por vezes deixam de sê-lo, pois os valores sociais positivados pelo texto da lei maior não são estáticos, alterando a sua interpretação gradativamente conforme se transforma a sociedade. Dessa forma, a separação entre atos válidos e inválidos *ab initio* é questionada, pois na presente hipótese tem-se uma lei inicialmente considerada adequada à Constituição que se torna incompatível com a mesma através de um “processo de inconstitucionalização” (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*)<sup>54</sup>.

A decisão do *Bundesverfassungsgericht* sobre a questão da execução penal (*Strafvollzugsentscheidung*)<sup>55</sup> nos anos que se seguiram à promulgação da Lei Fundamental constitui exemplo dessa problemática. Nessa decisão, negou-se ofensa ao art. 10, período 1, da Lei Fundamental. À época, o Tribunal entendeu que não fora pretendido pelo constituinte originário a edição imediata de lei sobre a execução penal que se conformasse às exigências relativas aos direitos fundamentais contemplados na Lei Fundamental. Mesmo em um estado de circunstâncias especiais (*Sonderstatusverhältnissen*), logo após o início da reestruturação do país, entendia-se necessário um substrato legal para restrições a direitos fundamentais, todavia essa interpretação somente poderia ser levada a cabo gradualmente<sup>56</sup>. Na medida em

---

<sup>50</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 133.

<sup>51</sup> BVerfGE 16, 130.

<sup>52</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 134.

<sup>53</sup> BVerfGE 16, 130 (142).

<sup>54</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 136/137.

<sup>55</sup> BVerfGE 33,1.

<sup>56</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 137.

que não havia qualquer sinal por parte do constituinte originário para editar lei referente à execução penal, o Tribunal considerou, nessas circunstâncias, que:

Ofensas aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem supedâneo legal, ainda serão toleradas por um determinado período de transição até que o legislador tenha oportunidade de criar uma lei de execuções penais que corresponda ao entendimento atual dos direitos fundamentais com as esboçadas hipóteses legais de intervenção<sup>57</sup>.

Dessa forma, inicialmente considerou-se que normas infralegais tinham capacidade de impor restrições aos direitos fundamentais dos presidiários. Com a evolução do entendimento do texto constitucional, passou-se a exigir para tanto autorização legal, no entanto, as limitações impostas sem base legal foram toleradas pelo *Bundesverfassungsgericht* por um período de transição<sup>58</sup>.

### 1.3.2 Apelo ao legislador em razão de omissão do legislador

Importante grupo de casos em que é aplicado o “apelo ao legislador” refere-se àquele em que há inadimplemento do dever constitucional implícito ou explícito de legislar (*unerfüllter Gesetzgebungsauftrag*). Nesses casos, via de regra o Tribunal declara a omissão legislativa “ainda constitucional”, porém lembra ao legislador expressamente das suas obrigações constitucionais<sup>59</sup>.

Deve-se observar que os textos constitucionais trazem em seu corpo determinadas diretrizes para o ordenamento jurídico que devem ser concretizadas pelo legislador ordinário. Em geral, não há prazo fixado para que o legislador cumpra tais deveres, mantendo-se a aplicação da regra inconstitucional ou deixando ao Judiciário a colmatação da lacuna jurídica por um período transitório<sup>60</sup>. Esse lapso, contudo, não pode se estender ao infinito. Nesse sentido, é emblemática a decisão do *Bundesverfassungsgericht* quanto aos filhos ilegítimos (*Nichteheliche Kinder-Entscheidung*)<sup>61</sup>.

A Lei Fundamental, em seu art. 6º, V, dispõe que caberá à lei assegurar aos filhos havidos fora do casamento as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e psíquico, bem como para a sua colocação na sociedade, gozadas pelos filhos legítimos.

<sup>57</sup> BVerfGE 33,1 (13).

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 301.

<sup>59</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1202; MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 301; YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 142.

<sup>60</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 135.

<sup>61</sup> BVerfGE 25, 167.

Passados vinte anos da promulgação da Lei Fundamental, ainda não havia legislação nesse âmbito, não obstante o dever expresso de edição de regramento nesse sentido. Finalmente, em janeiro de 1969, o Tribunal entendeu que já se passara prazo razoável para que o Parlamento agisse, alertando-o que, caso não cumprisse o dever constitucional de legislar ao qual estava obrigado até o final daquela legislatura, a norma geral presente no art. 6º, V, da Lei Fundamental passaria aplicada diretamente pelos tribunais<sup>62</sup>. Pouco antes de expirar o prazo, o legislador regulamentou devidamente o tema<sup>63</sup>.

Além de decorrer de previsão da própria Constituição, o dever de legislar pode também derivar do dever de proteção (*Schutzpflicht*) que impõe ao Estado a tarefa de proteger o cidadão ante a ameaça de agressão contra certos valores fundamentais por parte de terceiros<sup>64</sup>. Nesse diapasão, desenvolveu o Tribunal um “dever geral de adequação” (*Nachbesserungsvorbehalt*) – na tradução de Gilmar Mendes<sup>65</sup> – que, com apoio no dever constitucional de legislar, obriga o legislador o dever de aprimorar a legislação ante as alterações das circunstâncias de fato ainda que considerada adequada<sup>66</sup>.

Assim, na decisão relativa à Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*)<sup>67</sup>, de 1982, o *Bundesverfassungsgericht* declarou a constitucionalidade da referida lei, apontando, contudo, para a necessidade de elaboração de legislação complementar com vistas a aprimorar a organização e o procedimento de recenseamento<sup>68</sup>. A lei foi declarada constitucional, porém esta condição se manteria apenas se editadas as leis complementares exigidas pelo Tribunal.

### 1.3.3 “Apelo ao legislador” em razão de incerteza quanto à violação da Constituição

Por fim, deve-se mencionar a hipótese de “apelo ao legislador” por falta de evidência da ofensa à Constituição (*Appellentscheidung aus Anlaß fehlender Evidenz des Verfassungsverstoßes*)<sup>69</sup>. Apoiando-se na doutrina administrativa, o Tribunal, em algumas situações de relevantes conseqüências sociais, evita declarar a inconstitucionalidade de uma lei, embora presentes os pressupostos configuradores da violação constitucional, preferindo

---

<sup>62</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 143.

<sup>63</sup> *Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*, de 19 de agosto de 1969.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 301.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 302.

<sup>66</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 243.

<sup>67</sup> BVerfGE, 65, 1.

<sup>68</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 243.

<sup>69</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1202.

sustentar a sua “ainda constitucionalidade” e concomitantemente conclamando o legislador a fazer as alterações imprescindíveis à manutenção da compatibilidade da norma<sup>70</sup>.

Para tanto, introduz-se certa subjetivação da ofensa constitucional (*subjektivierung des Verfassungsverstößes*), isto é, mostra-se necessário para a declaração de inconstitucionalidade que seja evidenciado ao legislador a situação de inconstitucionalidade. A partir de então, se o legislador nada fizer para modificar essa condição, cabe à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma. Há necessidade, pois, de uma conduta considerada reprovável por parte do legislador (*schuldhafter Zögern*). Presume-se que ele não teve condições de reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma, restando necessário trazer-lhe tais defeitos aos olhos pelo Tribunal, permanecendo a norma até esse momento na qualidade de (ainda) constitucional<sup>71</sup>.

Além da decisão quanto à divisão dos distritos eleitorais<sup>72</sup>, já referida supra, constitui exemplo significativo dessa hipótese de aplicação do “apelo ao legislador” a decisão sobre imposto sobre vendas (*Umsatzsteuer-Entscheidung*)<sup>73</sup>. Em 1951, o Parlamento alemão alterou a lei que tributava vendas (*Umsatzsteuergesetz*), definindo um sistema de tributação sobre todas as negociações aplicado de forma cumulativa<sup>74</sup>. Dessa forma, empresas que desenvolvessem mais de um estágio da produção de determinado bem (*mehrstufige Unternehmen*) seriam forçosamente beneficiadas em relação àquelas que atuassem em apenas uma fase da produção (*einstufige Unternehmen*). Para corrigir tal distorção da concorrência, o legislador dotou o Executivo de competência para isentar determinadas espécies de negociação.

Todavia, a Corte Constitucional considerou esse mecanismo inconstitucional, pois delegava poderes legislativos de forma demasiadamente genérica, violando o art. 80, período 1, sentença 2, da Lei Fundamental<sup>75</sup>. A partir de então, não foi mais possível dar equilíbrio ao sistema tributário, o qual passou a ofender os preceitos do direito da concorrência trazidos pelo texto constitucional.

O *Bundesverfassungsgericht* viu-se então diante de uma situação de relevância excepcional para a própria viabilidade do Estado, pois, caso declarasse a inconstitucionalidade já caracterizada da Lei de Tributação das Vendas, impor-se-ia ao Estado a falência, tendo em

---

<sup>70</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1202.

<sup>71</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 139.

<sup>72</sup> BVerfGE 16, 130.

<sup>73</sup> BVerfGE 21, 12.

<sup>74</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 139; YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 151.

<sup>75</sup> BVerfGE 7, 282.

vista que o meio elaborado pelo legislador para evitar tal situação fora vetado pela decisão anterior do Tribunal. Por outro lado, a manutenção da vigência da referida lei resultaria em um prejuízo significativo à liberdade de concorrência por um período longo, uma vez que elaborar um novo sistema tributário é um processo bastante moroso<sup>76</sup>.

As catastróficas conseqüências para o orçamento estatal acabaram por sensibilizar a Corte Constitucional, que também levou em consideração o fato de o legislador ter iniciado discussões para a alteração do sistema já após a primeira decisão do Tribunal sobre o tema. Para salvar a norma impugnada, a decisão baseou-se no componente subjetivo, consignando que o legislador estava tomando as providências para a eliminação em breve da ofensa à Constituição<sup>77</sup>. Deve-se considerar ainda que a distorção da concorrência não era absolutamente intolerável, segundo Ipsen<sup>78</sup>.

Da mesma forma o Tribunal não vê como um comportamento reprovável do legislador, e, portanto, considerado incompatível com a Constituição, as hipóteses de falhas formais no processo legislativo, desde que não se trate de erros manifestos<sup>79</sup>, devendo ser antes evidenciado ao legislador. Dessa forma, não é qualquer falha no âmbito do processo legislativo que leva à nulidade da lei, mas apenas o erro grosseiro. Embora a competência fosse da federação à época da promulgação da primeira lei de Hessen para ajustamento de remuneração (*Erstes Hessisches Besoldungsanpassungsgesetz*), a Corte Constitucional entendeu que não se tratava de erro manifesto, razão pela qual considerou constitucional a referida lei. Todavia a Corte referiu que a falha fora evidenciada, sendo que futuramente um erro dessa natureza constituiria elemento suficiente para declaração de nulidade de norma legal<sup>80</sup>.

Essa decisão deixa clara a tendência de subjetivação da inconstitucionalidade, eis que a conduta reprovável por parte do legislador é colocada como pressuposto da declaração de inconstitucionalidade. Contanto que o legislador não tome conhecimento do defeito ocorrido no processo legislativo, não decorrem quaisquer conseqüências. Em casos posteriores, entretanto, tal falha não poderá ser utilizada pelo legislador para eximir-se da inconstitucionalidade, pois esta então já terá sido evidenciada<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 139; YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 152.

<sup>77</sup> BVerfGE 21, 12 (42).

<sup>78</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 139.

<sup>79</sup> Como afirma IPSEN, “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 140.

<sup>80</sup> BVerfGE 34, 9 (26).

<sup>81</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 141.

#### 1.4 Harmonização e cooperação entre poderes

O “apelo ao legislador” como técnica decisória construída pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* constitui importante instrumento para a moderação do controle de constitucionalidade, pois evita as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, com ou sem efeitos da nulidade, ao mesmo tempo em que sinaliza ao legislador quanto à necessidade de correção de determinada norma. Dessa forma, o Tribunal contém a sua própria atuação no ordenamento jurídico que pode ser mais danosa do que a manutenção da vigência da lei incompatível com o texto constitucional. Nesses casos, é fixado um prazo para a atuação do legislador, o qual serve exclusivamente para cientificar o legislador quanto à conduta futura da Corte, qual seja, a bastante provável declaração de inconstitucionalidade da norma, caso venha a ser novamente impugnada.

Veja-se que esse comportamento do Tribunal tem por fim maior dar a possibilidade ao legislador para que ele mesmo reforme o texto legal enquanto a violação constitucional é ainda tolerável ou não se concretizou totalmente. Concede-se prazo ao Parlamento para que decida como será eliminada a situação inconstitucional, ou evitada a vindoura inconstitucionalidade, e, por conseguinte, qual será a melhor forma de rearranjar o sistema jurídico. Afinal, é o legislador o legitimado para tomar as decisões fundamentais da sociedade e concretizar os ditames constitucionais, cabendo a fiscalização quanto ao efetivo cumprimento dessa tarefa à Corte Constitucional<sup>82</sup>.

Através do “apelo ao legislador”, portanto, o Tribunal não toma para si a competência do legislador, mas assegura a liberdade de conformação legislativa (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)<sup>83</sup>. A Corte Constitucional não tem competência para vincular a atuação legislativa, nem pretende tê-la ao apelar ao legislador, limitando-se apenas a informar sobre o processo de inconstitucionalização ou a condição já de inconstitucionalidade da norma, conclamando o legislador a agir antes que se afigure imprescindível afirmar de forma definitiva a inconstitucionalidade. Da mesma forma em que respeita a competência do Legislativo, o Tribunal sopesa as conseqüências sociais de suas decisões, principalmente tendo o vista o alto caráter político do seu papel de “guardião da Constituição” (*Hüter der Verfassung*), procurando facilitar a atividade do legislador e garantir a estabilidade do ordenamento<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 291.

<sup>83</sup> GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidung...”, p. 486.

<sup>84</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1206.



Aliás, deve-se ressaltar que não é aceitável a qualquer Tribunal Constitucional encerrar-se em um sistema jurídico estritamente teórico e fechar os olhos quanto às possíveis conseqüências de suas decisões<sup>85</sup>. Não lhe cabe bradar “*fiat iustitia pereat mundus*”. Como poder de Estado, é tarefa da Corte zelar pela manutenção da ordem constitucional, o que impõe aos seus membros uma maior carga de responsabilidade quanto às conseqüências de suas decisões em relação aos demais juízes. É atribuição do Tribunal agir de forma a conferir a maior efetividade ao texto constitucional possível, condição que exige a cooperação com os demais poderes institucionalizados.

Como afirma Gerontas, “o Tribunal encurta o intervalo entre jurisdição constitucional e poder legislativo e amplia e reforça a disposição de cooperação dos órgãos estatais para uma colaboração leal”<sup>86</sup>. O “apelo ao legislador” pelo Tribunal serve, pois, para eliminar a ofensa potencial ou já configurada à Constituição em colaboração com o legislador, antes que seus efeitos prejudiciais sejam sentidos pelo ordenamento jurídico. Também, com o intuito de facilitar a tarefa de concretizar a Constituição, o *Bundesverfassungsgericht* costuma oferecer ao Parlamento alternativas normativas, em geral genéricas, porém às vezes bastante concretas<sup>87</sup>, as quais não são obrigatórias, mas servem de parâmetro ao legislador para evitar reformas inadequadas ou insuficientes. O Tribunal confere ao legislador a chance de ajustar a legislação como entender melhor, colaborando para a plena adequação do ordenamento.

Ao mesmo tempo em que lembra ao legislador o seu dever de concretização da Lei Fundamental, a Corte fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional, posto que garante a observância das competências constitucionais na zona gris entre Direito e política<sup>88</sup>. Bem resume a questão Gerontas, o qual descreve o “apelo ao legislador” como “chamado ao legislador para a eliminação cooperativa de falhas [do ordenamento jurídico]”<sup>89</sup>.

### 1.5 Vinculatividade do “apelo ao legislador”

Cumprir referir que a técnica do “apelo ao legislador” não se encontra disciplinada em legislação específica ou na Lei Fundamental, sendo produto da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. Por conseguinte, seus efeitos não foram ainda objeto de lei. Dessa forma, as considerações do Tribunal sobre a inconstitucionalidade potencial, ou já

---

<sup>85</sup> BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 365.

<sup>86</sup> GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidung...”, p. 487.

<sup>87</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 293.

<sup>88</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1206.

<sup>89</sup> GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidung...”, p. 486.

concretizada, da norma que caracterizam o “apelo ao legislador” não são abrangidas pela coisa julgada (*Rechtskraft*) ou dotadas de força de lei (*Gesetzeskraft*), restringido-se apenas à tarefa informal de alertar o legislador quanto à condição defeituosa em que a norma impugnada se encontra<sup>90</sup>.

Em que pese as decisões do Tribunal, em seus dispositivos, fazerem referência aos seus fundamentos, estes não são considerados como parte vinculante da decisão<sup>91</sup>. Mesmo que o “apelo ao legislador” se encontre na parte dispositiva, não lhe é emprestada obrigatoriedade jurídica, posto que o seu conteúdo não é previsto em lei<sup>92</sup>. Os efeitos vinculantes das decisões do Tribunal referidos pelo § 31, (1), da Lei do *Bundesverfassungsgericht* compreendem exclusivamente os conteúdos estabelecidos nesse diploma legal.

A vinculatividade da *Appellentscheidung* não tem, portanto, natureza legal, ela deriva da intenção demonstrada pelo Tribunal em sua conduta futura quanto à norma impugnada. De um ponto de vista estritamente legal, a decisão que apela ao legislador contém os mesmos efeitos da rejeição da inconstitucionalidade. Entretanto, na ausência de alteração legislativa, o legislador está ciente de que o Tribunal muito provavelmente declarará a inconstitucionalidade da lei<sup>93</sup>.

Tal declaração de inconstitucionalidade, todavia, dar-se-á tão somente se houver nova provocação do Tribunal. Ainda que o lapso para que as providências exigidas tenham se expirado, não está autorizada a Corte a afirmar a inconstitucionalidade da lei de forma automática. É necessária nova provocação<sup>94</sup>, que não necessariamente resultará em rejeição da constitucionalidade da norma impugnada<sup>95</sup>, permanecendo hígida a sua validade até a prolação de nova decisão. Não cabe ao Tribunal, portanto, reanalisar de ofício a questão, mesmo após decorrido o prazo previsto para a efetivação das alterações<sup>96</sup>, não sendo compatível com o ordenamento jurídico uma “decisão final provisória” ou “submetida à condição suspensiva”<sup>97</sup>.

## 1.6 Considerações críticas da doutrina alemã

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 307.

<sup>91</sup> GUSY, Christoph. “Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht”, p. 209.

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 308; YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 246; BVerfGE 53, 257; 65,1.

<sup>93</sup> YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 258.

<sup>94</sup> Art. 93 da Lei Fundamental e § 23 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

<sup>95</sup> Comparar com SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 245.

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 309.

<sup>97</sup> MOENCH, Christoph. „Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle“. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1977, p. 187.

Não é unânime na doutrina alemã a aprovação ao “apelo ao legislador”. Enquanto parte da doutrina, assim como membros do *Bundesverfassungsgericht*, descrevem a *Appellentscheidung* como técnica “igualmente pragmática e processualmente econômica” e como método ideal para impor o respeito à Constituição ao mesmo tempo em que suscita no legislador a percepção de seus deveres institucionais, outros criticam-na fortemente<sup>98</sup>.

O primeiro óbice que lhe é colocado refere-se à falta de fundamento legal. Como já mencionado, não há no direito positivado regulação do “apelo ao legislador”. Até 1970, quando incluída a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem os efeitos da nulidade, ou declaração de mera incompatibilidade, o ordenamento alemão tratava apenas das hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. A partir de então, não foi adicionada qualquer outra variante decisória ao texto legal. Contudo, pode-se enquadrar o “apelo ao legislador” como caso de declaração de constitucionalidade, tendo em vista os efeitos jurídicos que formalmente gera<sup>99</sup>.

Outra objeção que lhe é oposta diz respeito ao uso de decisões judiciais para compensação do déficit no processo de decisão parlamentar<sup>100</sup>. Tem-se percebido uma frequência maior de situações em que o legislador simplesmente deixa de legislar sobre temas relevantes, o que demonstra certa tendência do Parlamento de abrir mão de suas obrigações. Isto se deve, principalmente, a pressão de grupos sociais com interesses conflitantes, preferindo o legislador manter-se inerte a se indispor com algum dos lados em litígio. Atente-se, entretanto, que o “apelo ao legislador” visa justamente a “autoconter” a atuação do Tribunal, limitando-se a alertar o legislador, mesmo nas hipóteses de inadimplemento do dever de legislar, quanto à sua obrigação de tomar providências perante situações de inconstitucionalidade iminente ou já configurada.

Essa forma de atuação do *Bundesverfassungsgericht* também é alvo de críticas da doutrina por usurpação de competências do legislador na medida em que, ao apontar ao legislador a ofensa potencial ou concretizada à Constituição, a Corte oferece alternativas para a reforma da legislação, ultrapassando os limites de sua competência. Nesse sentido, ao apresentar opções normativas, o Tribunal estaria tomando para si parte da função de

---

<sup>98</sup> BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 360; SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1203; MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 305.

<sup>99</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1204.

<sup>100</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1204; MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 305.

concretização legislativa, eis que o legislador, visando a evitar impugnações futuras da lei, seguiria sem refletir alguma das proposições oferecidas pela Corte. Nesse contexto, o Tribunal estaria elaborando a legislação, não apenas aplicando-a<sup>101</sup>.

Tal objeção deve ser ponderada pelo Tribunal ao decidir, posto que não configura intromissão em competência alheia suscitar os pontos inconstitucionais do texto legal nem apontar rumos que devem ser seguidos pelo legislador para a concretização da Lei Fundamental. É questionável, entretanto, que a Corte especifique o texto legal que entende cabível ou estabeleça detalhes da norma a ser editada<sup>102</sup>, nada impede, contudo, que a Corte faça apontamentos sobre a configuração que a norma substitutiva deverá tomar, da mesma forma como o faz quando indica as razões que a levaram a declarar determinado ato normativo nulo ou incompatível com a Constituição<sup>103</sup>.

Critica-se ainda o “apelo ao legislador” pela limitada capacidade da Corte Constitucional em fazer prognósticos sobre a constitucionalidade futura das leis, bem como pela sua falta de competência para assim proceder<sup>104</sup>. Deve-se reconhecer que o Tribunal não tem condições de especificar o exato momento em que uma norma deixa de ser compatível com a Constituição para se tornar inconstitucional.

Essas objeções, embora mereçam reflexão, são oriundas em grande medida da maneira pragmática adotada pelo *Bundesverfassungsgericht* ao decidir. Nos termos de Ipsen, “em face do proceder pragmático do Tribunal não há, contudo, uma adequada dogmática das conseqüências jurídicas”<sup>105</sup>. Nessa mesma linha, esse ilustre doutrinador refere que “a prática do Tribunal pode ser descrita apenas como pragmática, flexível e adogmática”<sup>106</sup>, o que leva a uma perigosa ausência de uniformidade nas decisões da Corte e mesmo à perda de legitimidade da jurisdição constitucional, tendo em vista que o comportamento dos tribunais deve criar condições para a previsibilidade e segurança das suas futuras decisões.

---

<sup>101</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1204.

<sup>102</sup> Ilustrativo mostra-se o exemplo trazido por SCHLAICH sobre as “decisões quanto à unicidade de avaliação” (Einheitswertbeschlüsse, BVerfGE 93, 121 e 165), nas quais o Tribunal declarou incompatível com a Constituição o imposto sobre herança (e, em conseqüência, a lei sobre impostos patrimoniais), sem declará-lo nulo, em razão da desigualdade extrema da tributação de imóveis e de outros bens. Foi concedido prazo ao legislador para efetivar as reformas. Nessas decisões, o Tribunal fez diversas considerações supérfluas para uma nova conformação da legislação, o que deu azo a discussões na doutrina e na jurisprudência sobre a sua intenção, isto é, se tais considerações do Tribunal eram vinculativas ou se se tratavam de meras opiniões, o que acabou por prejudicar a atuação do Legislador na implementação das reformas e gerou forte insegurança jurídica (“Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 244/245)

<sup>103</sup> BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 366.

<sup>104</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p., 1205.

<sup>105</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 141.

<sup>106</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit”, p. 142.

Em que pese os benefícios evidentes da aplicação da técnica do “apelo ao legislador”, a qual já ensejou importantes reformas legislativas, como no caso da equiparação dos filhos ilegítimos e na pensão pela morte de cônjuge do sexo feminino, é imprescindível que sejam feitas as devidas reservas. A sua aplicação sem critério, ao invés de fortalecer a divisão dos poderes constitucionais e a legitimidade da jurisdição constitucional, pode acabar tendo o efeito inverso<sup>107</sup>. Ademais, em face da inexistência de estudos doutrinários exaustivos sobre o tema, fazem-se necessários cuidados adicionais ao aplicá-la.

Dessa forma, embora não seja aceitável conceber uma ilimitada atuação jurisdicional em nome da “força normativa da Constituição”<sup>108</sup>, também se afigura inadmissível que um entendimento dinâmico do texto constitucional seja bloqueado permanentemente com vistas à estabilidade do ordenamento<sup>109</sup>. Cabe à Corte Constitucional, através do juízo de ponderação, definir a solução mais adequada para o caso concreto.

---

<sup>107</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1202.

<sup>108</sup> HESSE, Konrad. “A Força Normativa da Constituição” (Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>109</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1203.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 Introdução

Historicamente o controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento brasileiro foi o difuso ou incidental. A Constituição republicana de 1891 inspirou-se marcadamente no sistema norte-americano, difuso por excelência e baseado na nulidade absoluta da norma inconstitucional, para instituir o sistema de controle de leis vigente no país. Paulatinamente, todavia, foram sendo adicionados às Constituições brasileiras subseqüentes elementos característicos dos sistemas europeus de controle concentrado, o que, contudo, não foi suficiente para alterar a natureza difusa do controle de constitucionalidade nacional<sup>110</sup>.

A Constituição de 1988, contudo, mudou fortemente as feições do sistema pátrio. A ação direta de inconstitucionalidade, que até então poderia ser apresentada ao Supremo Tribunal Federal exclusivamente pelo Procurador-Geral da República<sup>111</sup>, adquiriu importância fundamental no controle de constitucionalidade com o advento da nova Constituição na medida em que foi expandido o número de legitimados a propô-la (art. 103 CF). Através da mesma carta constitucional foi também introduzida a hipótese de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF), além do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Em detrimento do controle difuso, o aumento dos legitimados para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade ampliou a relevância do controle de constitucionalidade pela via abstrata, posto que as controvérsias constitucionais fundamentais passaram a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, a qual oferece inclusive a possibilidade de suspensão imediata da norma impugnada. O pretense sistema misto instituído pelo ordenamento pátrio acentuou o seu caráter concentrado, podendo-se inclusive considerar esse último como sendo atualmente preponderante.

Através da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, foi introduzida a ação direta de constitucionalidade entre as técnicas de controle de constitucionalidade no Brasil. Tal como a ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Judiciário e à Administração<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50.

<sup>111</sup> Art. 101, n. 1, k, da Constituição de 1946.

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. p. 56.

Ainda no âmbito do controle de constitucionalidade, em 1999 foram editadas as Leis nº 9.868 e nº 9.882. Enquanto a primeira trata do processamento e julgamentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, a segunda regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental,<sup>113</sup>. Coube ainda à Lei nº 9.868 conceder ao Supremo Tribunal Federal autorização legal para a prolação de inconstitucionalidade de ato normativo com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* (art. 27).

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a jurisdição constitucional brasileira, de modo similar ao Direito alemão e ao norte-americano, pauta-se no dogma de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório, eis que a ofensa à Constituição é tida como existente desde a edição da norma e, portanto, de efeitos *ex tunc*. Não obstante, antes mesmo da regulação legislativa, a jurisprudência do Supremo já contava casos em que optou pela manutenção dos efeitos de normas declaradas inconstitucionais, visando à segurança e à estabilidade das relações jurídicas<sup>114</sup>.

## 2.2 Considerações críticas à aplicação de técnica semelhante ao “apelo ao legislador” no direito brasileiro

Antes de tecer considerações sobre eventuais vantagens do emprego de técnica semelhante ao “apelo ao legislador” no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, cumpre averiguar se há incompatibilidades que impeçam o uso dessa técnica pelo Supremo. Não são poucas as objeções que podem ser levantadas contra o emprego da *Appellentscheidung*, o que impõe o estudo das mesmas para analisar até que ponto são válidas e quais medidas são necessárias para que possam ser sanadas. A seguir, estão elencadas aquelas de maior relevo.

### 2.2.1 Violação da autonomia do Legislativo e a tese do legislador negativo

Pelo fato de conter uma conclamação ao legislador para empreender alteração normativa, questiona-se a competência da Corte Constitucional para prolatar decisões da natureza do “apelo ao legislador”. Conforme o princípio da separação dos poderes, um poder de Estado autônomo e independente não pode interferir na competência dos demais, eles

---

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 94.

<sup>114</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 283.

devem manter a sua plena autonomia, ainda que a relação entre si deva ocorrer de forma harmônica (art. 2º CF). Nesse contexto, o STF desenvolveu a tese do “legislador negativo”, segundo a qual, “no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, as suas decisões podem declarar a nulidade de uma norma jurídica (eficácia negativa das decisões), mas não podem alterar o seu significado de nenhum modo (eficácia positiva das decisões)”<sup>115</sup>. Desse modo, o Tribunal justifica a sua não-intervenção no controle de proporcionalidade nas áreas de competência do legislador ou do Executivo em que há algum grau de discricionariedade, bem como na aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais, como o da igualdade.

Mesmo apoiado nessa perspectiva restritiva de controle de constitucionalidade, não se pode considerar que ela é incompatível com a técnica da *Appellentscheidung*. Na medida em que a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição como tarefa precípua (art. 102, *caput*, CF), cabe-lhe assegurar a absoluta compatibilidade do ordenamento jurídico com o texto constitucional. Em virtude disso é que foi concedido ao STF o poder de julgar, como última instância, ofensa à Constituição através do controle difuso e como único grau de jurisdição em caso de demanda estabelecida por meio do controle concentrado.

Pela via da ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal é dotado de competência para declarar absolutamente nulos atos normativos, decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante para os demais órgãos da Administração e do Judiciário (art. 102, § 2º, CF). No cumprimento de sua tarefa institucional, o ato do Tribunal de alertar o legislador quanto à “inconstitucionalização” de lei não pode ser tomado como inadequado. Nesse sentido, é importante ressaltar que o “apelo ao legislador”, quando analisado propriamente, não se constitui em uma ordem emanada pelo Judiciário ao Parlamento. A Corte Constitucional restringe-se a assinalar ao legislador, nas razões da decisão que declara a constitucionalidade da norma impugnada, o caráter precário da mesma e a necessidade de modificação legislativa para evitar que a violação torne-se intolerável, abrindo mão de exercer o poder interventivo que detém.

Cite-se como exemplo a decisão sobre o transporte de carga de longa distância (*Werkfernverkehr*) proferida pelo *Bundesverfassungsgericht*<sup>116</sup> em 1963. Até então, esse tipo de transporte sofria incidência de tributação majorada, o que ocorria em virtude de finalidades extrafiscais. Através de uma tributação mais alta, o governo buscava desestimular a utilização das rodovias por veículos pesados, a fim de desafogá-las e manter a sua trafegabilidade, bem

---

<sup>115</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 273.

<sup>116</sup> BVerfGE 16, 147.



como promover a utilização das linhas férreas federais<sup>117</sup>. O Tribunal Constitucional declarou a constitucionalidade da diferenciação de alíquotas, todavia apontou expressamente que essa alta tributação incidente sobre o transporte de carga de longa distância estava no limite da constitucionalidade, devendo o legislador, dentro de determinado período, encontrar outros meios para estimular o uso do transporte ferroviário. Resta evidente que, na hipótese em tela, o Tribunal Constitucional Federal empreendeu exame de proporcionalidade da norma jurídica, constatando que estavam disponíveis ao legislador outros métodos mais condizentes com o princípio da proporcionalidade<sup>118</sup>.

Não obstante as limitações impostas pela adoção da tese do “legislador negativo”, percebe-se que decisões como o “apelo ao legislador” reabrem à Corte Constitucional a possibilidade de fiscalizar a adequação das normas editadas pelos outros poderes. Ademais, uma vez que incumbe também ao Judiciário o controle da concretização material da Constituição<sup>119</sup>, a análise da adequação dos atos normativos deverá ser executado de alguma forma, sendo a *Appellentscheidung* certamente a menos interventiva maneira de fazê-lo, tendo em vista quase o Tribunal, conforme essa técnica, não faz ele próprio qualquer alteração no texto legal. Assim como na declaração de mera incompatibilidade, o restabelecimento da condição da plena constitucionalidade é consignado ao Parlamento, porém, no “apelo ao legislador”, o juízo de demérito da norma fica adstrito às razões da decisão. Não apenas a aplicação, mas também a constitucionalidade do ato impugnado é assegurada, ainda que seja pelo período transitório previsto pela Corte.

Tratando-se de mero alerta, posto que não contém efeitos vinculantes formais, eventuais considerações do Tribunal sobre os contornos que a lei deve tomar ao ser reformada também não devem ser vistos como infração à competência do legislador. A fim de colaborar com a manutenção do estado de plena constitucionalidade do ordenamento, é de se permitir ao juízo constitucional que exponha os parâmetros de uma alteração normativa conforme a Constituição, ou seja, que permita ao legislador perceber os limites que o texto constitucional impõe à sua atuação, levantando uma espécie de moldura constitucional dentro da qual o órgão legislativo pode movimentar-se. Constitui parte dessa cooperação com o Legislativo esclarecer detalhadamente os motivos da inconstitucionalidade, de forma a permitir ao legislador que evite reiterar violação à Constituição.

---

<sup>117</sup> BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”, p. 357.

<sup>118</sup> No ano subsequente a referida exação já foi significativamente abrandada através da *Gesetz zur Änderung des Beförderungsteuergesetzes*, de 13 de agosto de 1964.

<sup>119</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 348.

É evidente que não cabe à Corte Constitucional propor lei, ressalvando casos específicos<sup>120</sup>. Da mesma forma, decisão que contenha sugestões concretas sobre a edição do texto legal a ser alterado traz o risco de o legislador simplesmente adotar a proposição do Tribunal, sem maiores considerações, por receio de uma futura declaração de inconstitucionalidade, caso não siga estritamente a “proposta”, bem como por comodidade, na medida em que tomar decisões fundamentais para sociedade implica indubitavelmente contrariar interesses.

O “apelo ao legislador”, contudo, esquivava-se a desses problemas, pois se restringe a apontar a necessidade de alteração da norma legal, o que pode incluir considerações gerais quanto aos novos contornos que deveriam lhe ser dados. Não se trata de proposta legislativa de qualquer natureza. Não seria a hipótese, portanto, de intromissão incompatível com a Constituição Federal na esfera dos demais poderes constituídos.

## 2.2.2 Imprevisibilidade do momento de inconstitucionalização de lei

O dogma da nulidade da lei inconstitucional não é afetado pelo problema relativo ao momento em que se constata a inconstitucionalidade, posto que considera esta inconstitucional desde sua edição e, portanto, nula *ab initio*. Tal questionamento surge apenas com a flexibilização desse paradigma, o que vem sendo efetuado cada vez mais pela doutrina e pela jurisprudência. O “apelo ao legislador” em especial tem encontrado objeções nesse âmbito, pois difere no tempo a declaração de inconstitucionalidade, fixando um prazo dentro do qual se compromete a manter o seu entendimento sobre a constitucionalidade do ato normativo.

Diz-se contra a técnica do “apelo ao legislador” que não é dado à Corte Constitucional fazer prognósticos<sup>121</sup>. Aqui é importante separar as duas hipóteses de *Appellentscheidung*. Naquelas em que a lei já se encontra em estado de inconstitucionalidade, não se trata de prognóstico ou previsão do momento em que se tornará inconstitucional, porém exclusivamente de concessão de prazo ao legislador para que a reforme. Uma vez expirado, o Tribunal não mais a tolerará. Nesse caso, a objeção em tela pode ser afastada sem maiores problemas, uma vez que, no Brasil, o STF não está obrigado a declarar de plano a inconstitucionalidade de lei, podendo adiá-la em prol de princípios constitucionais maiores.

---

<sup>120</sup> Por exemplo, arts. 96, I, d, e 99, § 1º.

<sup>121</sup> SCHULTE, Martin. “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, p. 1202.

Nas hipóteses da norma que tende à inconstitucionalidade, o Tribunal não estabelece uma previsão do momento exato em que o processo de inconstitucionalização se concluirá, mas apenas um termo durante o qual manterá o entendimento sobre a constitucionalidade da norma, permitindo ao legislador que intervenha e interrompa esse processo antes da sua conclusão. Nada impede a prorrogação desse prazo, tendo em vista que não é vinculante<sup>122</sup>. Não se trata, portanto, de um prognóstico “rígido”, como no caso da Lei nº 9.868/99, a qual estabelece uma data precisa a partir da qual a lei deixará de ser aplicada, em que pese nesse caso sejam apenas os efeitos que são diferidos no tempo, não a constatação da inconstitucionalidade. Através do “apelo ao legislador”, a Corte exterioriza que a norma se encaminha na direção da inconstitucionalidade, porém que até determinada data a sua constitucionalidade estará assegurada. O Tribunal não afirma, pois, que a norma se tornará necessariamente inconstitucional em determinado instante no futuro, mas que até esse dado momento posterior ela se manterá no campo da constitucionalidade, comprometendo-se a considerá-la como tal. Tanto que, expirado o prazo fixado para a alteração sem que o legislador tenha atuado, será possível declarar a sua inconstitucionalidade apenas com efeitos *ex nunc*, vedando-se a prolação de efeitos *ex tunc*, ou postergar a afirmação de inconstitucionalidade.

### 2.2.3 Impossibilidade de sentença condicional

A lógica do ordenamento jurídico pátrio não aceita a prolação de sentenças que não sejam definitivas, isto é, que sejam condicionadas a acontecimento futuro e incerto. Nesse sentido, uma decisão quanto à constitucionalidade de ato normativo não pode depender de fato que possa ocorrer posteriormente ao momento de sua prolação. Cabe à sentença fixar juízo definitivo sobre a situação que lhe é colocada.

Embora possa ser colocada como objeção ao “apelo ao legislador”, uma análise apurada da matéria demonstra que se trata tão somente de problema aparente. Em ambas as hipóteses da *Appellentscheidung*, temos uma decisão definitiva sobre a norma impugnada naquele momento, isto é, a sentença não fica na pendência de fato futuro para que haja um juízo definitivo de mérito.

O “apelo ao legislador” não é decisão que declara a constitucionalidade da lei no instante de em que é proferida, estabelecendo que a eventual conclusão do processo de

---

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 309.

inconstitucionalização ensejará de plano a alteração da decisão e de seus efeitos, não se trata de sentença que declarará inconstitucional determinada norma mediante a ocorrência de uma condição a que estaria submetida. Ao contrário, a técnica do “apelo ao legislador” caracteriza-se pela declaração de constitucionalidade da lei com todos os seus efeitos, porém apontando concomitantemente ao legislador a situação de precária constitucionalidade ou de inconstitucionalidade já concretizada da norma. Tal juízo é definitivo, de modo que será necessário provocar novamente o Tribunal para que aprecie a matéria.

#### 2.2.4 Nulidade absoluta da norma inconstitucional

Como já referido anteriormente, a posição dominante na doutrina e na jurisprudência nacionais entende que nosso sistema de controle de constitucionalidade adotou o dogma da nulidade *ipso iure* (de plano, prescindindo de qualquer outro ato nesse sentido) e *ex tunc* (desde a edição) do ato normativo violador da Constituição, posto que essa serve de fundamento de validade às demais normas do ordenamento. A hierarquia constitucional fundamenta, portanto, a nulidade da norma que ofende o texto constitucional, tendo a decisão que reconhece a inconstitucionalidade mero caráter declaratório.

De fato, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tomado sem maiores reflexões constitui óbice relevante à técnica do “apelo ao legislador” no Brasil. Há de se ponderar, entretanto, que mesmo esse princípio pode ter a sua aplicação mitigada em determinadas hipóteses nas quais a ameaça a outros princípios de ordem constitucional seja evidente, configurando ofensa ainda maior à Constituição. A existência de casos dessa espécie, mesmo sendo excepcionais, é reconhecida pelo próprio legislador ao regulamentar essa possibilidade por meio da Lei nº 9.868/99, uma vez que o art. 27 desse diploma dispõe sobre a fixação de efeitos diferidos no tempo de decisão que declara a inconstitucionalidade de lei. Aceita-se, portanto, que a nulidade *ab initio* da norma inconstitucional seja afastada quando razões singulares assim exigirem, ou, nos termos do dispositivo referido, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

Antes mesmo da Lei nº 9.868/99, já houve casos em que o STF relativizou o princípio da nulidade da norma inconstitucional, conferindo apenas efeitos *ex nunc* a decisões em que havia risco à estabilidade das relações jurídicas<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Habeas Corpus nº 70.514, Relator Ministro Sydnei Sanches, Pleno, DJ 27.06.1997; Recurso Extraordinário nº 85.179, Relator Ministro Bilac Pinto, Primeira Turma, DJ 04.11.1977; Recurso Extraordinário nº 105.789,

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade nacional não apresenta incompatibilidades maiores com o mecanismo da *Appellentscheidung*, posto que, inclusive nos casos de norma já tida por inconstitucional, toleramos a manutenção da existência e da vigência de ato normativo violador da Constituição se tal medida for necessária à salvaguarda de bens ainda mais essenciais aos ditames constitucionais, cabendo a ponderação concreta para averiguar a caracterização dessa situação extraordinária. A supremacia da Constituição é assegurada, ainda que o princípio da nulidade da norma inconstitucional seja mitigado, na medida em que essa é analisada em sua integralidade, o que arreda o obstáculo em tela à aplicação do “apelo ao legislador”.

#### 2.2.5 Ausência de previsão legal

A falta de fundamento normativo específico igualmente não é empecilho à aplicação da técnica do “apelo ao legislador” em nosso ordenamento. Frise-se que, mesmo na Alemanha, país de origem da *Appellentscheidung*, não há previsão legal sobre esse tema, o que não impede a sua utilização pelo *Bundesverfassungsgericht*.

Ao desempenhar o encargo de “guardião da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal é colocado diante de situações-limite, de cunho fortemente político-econômico, em que deve sopesar as normas constitucionais e as conseqüências de sua aplicação, a fim de proferir a decisão que mais amplamente se compatibilize com o texto constitucional. Nesse sentido, como mencionado supra, o STF há tempos tem declarado a inconstitucionalidade de leis com efeitos *ex nunc* nos casos em que há ameaça à segurança jurídica se aplicados os efeitos *ex tunc* à decisão. Norma legal que regulamentasse tal procedimento veio a ser editada apenas em 1999, através do art. 27 da Lei nº 9.868, o que faz supor que a própria Constituição permite ao Tribunal ponderar o princípio da nulidade, ainda que ausente legislação específica.

Embora o “apelo ao legislador” não se enquadre nas hipóteses alcançadas pelo art. 27 da Lei nº 9.868, como será demonstrado posteriormente, a possibilidade da sua aplicação é autorizada pelo ordenamento inclusive quando se tratar de norma de inconstitucionalidade já reconhecida, desde que motivos relacionados à estabilidade das relações jurídicas assim exijam. Nessa hipótese, por razões de segurança jurídica é aceitável que o Tribunal declare constitucional ato normativo inconstitucional, caso entenda tratar-se de situação em que a manutenção da norma inconstitucional é mais tolerável do que os efeitos provenientes da

inconstitucionalidade, bem como que não seja adequada a fixação de prazo fixo, como requer o art. 27 da Lei nº 9.868, para que o legislador restaure a plena constitucionalidade do ordenamento.

Em se tratando de *Appellentscheidung* em virtude de “processo de inconstitucionalização” não-concretizado, a ausência de regulamentação legal é de forma mais evidente despicienda na medida em que temos tão somente uma declaração de constitucionalidade dotada de *obiter dictum* relatando a precariedade da condição de constitucionalidade em que a norma impugnada se encontra. Não é possível apontar qualquer embaraço a esse tipo de decisão, que é formalmente uma mera declaração de constitucionalidade, embora em suas razões teça considerações sobre a necessidade de o Parlamento legislar para que corrija imperfeições normativas que eventualmente podem conduzir à inconstitucionalidade da norma.

#### 2.2.6 Dever do julgador de decidir e o déficit da produção legislativa

Ao mesmo tempo em que o Tribunal não pode deixar de julgar as demandas que lhe são colocadas, também não pode pretender substituir o legislador, compensando eventual omissão deste no cumprimento de suas tarefas institucionais. Aplicado devidamente, o “apelo ao legislador” não incorre em qualquer desses erros.

Quanto à primeira questão, a Corte, ao fazer uso da *Appellentscheidung*, não deixa de analisar a questão jurídica que lhe é colocada. Poder-se-ia argumentar que o Tribunal, ao deixar de declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica, estaria se esquivando de suas competências constitucionais na medida em que nada teria feito para a efetiva eliminação da inconstitucionalidade do ordenamento. Ao não restabelecer de imediato a plena constitucionalidade do sistema jurídico, o Tribunal estaria se abstendo indevidamente do cumprimento das suas atribuições, uma vez que é sua tarefa guardar a Constituição e assegurar a conformidade das normas legais com o texto constitucional (art. 102, I, a, e III, b, da CF). Seria o caso, portanto, de hipótese de omissão por parte do julgador, o que não é tolerado pelo nosso sistema sequer na hipótese de lacuna legal<sup>124</sup>.

Ao decidir na forma do “apelo ao legislador”, entretanto, o Tribunal não deixa de apreciar a questão que lhe é levada. Pelo contrário, nesses casos declara a constitucionalidade da situação jurídica impugnada, posto que se mostra ainda tolerável, registrando, contudo, que

---

<sup>124</sup> Arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

em breve esta não será mais aceita, cabendo ao legislador intervir para o restabelecimento da plena constitucionalidade. A Corte Constitucional não foge das suas obrigações, apenas não declara a inconstitucionalidade da norma em prol da segurança jurídica, fixando termo para que o Parlamento cumpra a sua função legislativa.

Mesmo em casos de omissão do dever de legislar, é mais adequado, sob determinadas circunstâncias, que as condições sejam mantidas da forma como até então foram tratadas do que julgar nulas às disposições relativas ao tema, ainda que imperfeitas, ou aplicar diretamente o texto constitucional. Embora deixar de decidir pela inconstitucionalidade de situação jurídica possa constituir eventualmente dano injusto a determinado grupo de indivíduos, como no caso dos filhos ilegítimos, referido supra, em que o *Bundesverfassungsgericht* decidiu pelo descabimento da aplicação imediata da cláusula constitucional de igualdade, entende-se que por vezes a ofensa à ordem jurídica como um todo será mais prejudicial caso não seja oportunizado ao legislador retificar falha do texto legal e cumprir o seu papel de guia e representante da sociedade.

A regulamentação da greve de servidores públicos, que será tratada posteriormente, constitui um exemplo interessante da aplicação do “apelo ao legislador” nessas circunstâncias. Nesse caso, o STF pronunciou-se sucessivas vezes pela necessidade de regulamentação do art. 37, inc. VII, da Constituição Federal, porém deixando de declarar a inconstitucionalidade dessa situação<sup>125</sup>. Ante a inércia do legislador, em 2007 o Tribunal entendeu aplicável à questão a Lei nº 7.783/89, a qual trata sobre o direito à greve na iniciativa privada<sup>126</sup>. O Tribunal ofereceu ao legislador a chance de dar a configuração à situação que entendesse mais adequada, no entanto o Parlamento não a aproveitou. Não mais suportando a omissão, o STF sentiu-se obrigado a utilizar-se de outros meios para retomar a constitucionalidade do ordenamento.

Por outro lado, é vedado à Corte Constitucional agir de forma a compensar o déficit de decisões no processo legislativo, o que coloca o Tribunal em posição similar a proceder a travessia entre Sila e Caríbdis ao decidir<sup>127</sup>. Ressalte-se, todavia, que o “apelo ao legislador”

---

<sup>125</sup> Mandado de Injunção nº 20-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno, DJ 22.11.1996; Mandado de Injunção nº 585-TO, Relator Ministro Ilmar Galvão, Pleno, DJ 02.08.2002.

<sup>126</sup> Mandado de Injunção nº 670-ES, Relator Ministro Maurício Corrêa (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), Pleno, DJ 31.10.2008; Mandado de Injunção nº 708-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJ 31.10.2008; Mandado de Injunção nº 712-PA, Relator Ministro Eros Grau, Pleno, DJ 31.10.2008.

<sup>127</sup> É oportuno a referência à reportagem do jornal Folha de São Paulo, de 5 de maio de 2009, intitulada “Omissão do Legislativo dá espaço à ‘supremocracia’”. A matéria trata da perda progressiva de poder por parte do Legislativo em razão de sua inércia e a tendência do Judiciário ocupar esse vácuo, de forma a estender a sua esfera de atuação institucional, em que pese os danos à democracia e à repartição dos poderes que podem daí advir. Nesse processo, a atuação marcante do STF ganha destaque, tomando a frente em questões nas quais o

visa à correção da inconstitucionalidade pelo próprio Parlamento. A *Appellentscheidung* oferece ao legislador a possibilidade de sanar a ofensa à Constituição, porém, caso não o faça, é imperioso que o Tribunal tome as medidas necessárias à eliminação da inconstitucionalidade através de outros meios, como a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Trata-se de situação inconstitucional que exige alguma decisão, a qual não pode esperar eternamente pela atuação legislativa. Havendo recalcitrância por parte do legislador em promover as alterações exigidas pela Corte, o que jamais ocorreu em casos de “apelo ao legislador” na Alemanha<sup>128</sup>, não é aceitável que esta continue indefinidamente a espera do Parlamento, restando-lhe o dever de expurgar a inconstitucionalidade, observados os limites que a Constituição impõe à atuação do Tribunal (ele não poderá “legislar” ainda que provisoriamente, por exemplo).

### 2.3 O “apelo ao legislador” e a Lei nº 9.868/99

A Lei nº 9.868/99 consolidou no direito brasileiro a possibilidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Através do seu art. 27, o Supremo Tribunal Federal está legitimado a proferir sentenças de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* ou a partir de determinado momento futuro “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, contanto que 2/3 dos membros do pleno do Tribunal concordem com essa limitação<sup>129</sup>. A doutrina entende que se trata de mecanismo adotado pelo ordenamento brasileiro que se aproxima do “apelo ao legislador” do direito alemão, tendo inspiração nesse<sup>130</sup>. Há que se fazer, todavia, as devidas distinções entre essas duas técnicas.

Inicialmente é relevante indagar quanto às origens de ambas. O “apelo ao legislador” surgiu como construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão, tendo as suas características fundamentais identificadas paulatinamente pela doutrina. Ainda hoje consiste em técnica *praeter legem*, uma vez que não há regulamentação legal quanto à sua aplicação, o que não impede o seu uso reiterado pelo Tribunal. De outra banda, a limitação

---

Parlamento tem se omitido por temer desagradar setores sociais importantes (FLOR, Ana et FERREIRA, Flávio. “Omissão do Legislativo dá espaço à ‘supremocracia’”. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 maio 2009. A2).

<sup>128</sup> Voto do Min, Gilmar Mendes na ADI 3.682.

<sup>129</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (Lei nº 9.868/99).

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar. “Jurisdição Constitucional”, p. 340.



dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade advém de inovação legislativa<sup>131</sup>. O legislador brasileiro entendeu necessário dar ao Supremo meios para empreender a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, regulamentando esse tipo de provimento. Como se trata de novidade no sistema, ainda se revela necessária a adaptação dos julgadores a esse mecanismo.

Cabe salientar a maneira pragmática adotado pelo *Bundesverfassungsgericht* ao decidir, desconsiderando questões dogmáticas com vistas a assegurar a prevalência de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como a segurança jurídica, conforme tratado anteriormente. Nesse âmbito, o “apelo ao legislador” se constitui como ferramenta fundamental do Tribunal Constitucional Federal para a efetivação de uma “jurisprudência ativa e protetiva” relacionada aos direitos fundamentais<sup>132</sup>.

Outro aspecto que deve ser avaliado diz respeito à maior rigidez da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade trazida pela Lei nº 9.868 em comparação à *Appellentscheidung*. Na primeira hipótese, ao Supremo é conferido o poder de, cumpridos os requisitos legais, determinar que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade terá início em certo momento no futuro, devendo determiná-lo expressamente. Exceto se houver alteração legislativa, esse provimento atuará de forma automática, ou seja, a norma declarada inconstitucional com efeitos diferidos no tempo deixará de vigor imediatamente após alcançado o termo definido pelo Tribunal, prescindindo de manifestação posterior deste.

No caso da técnica alemã, há plena flexibilidade nesse aspecto, posto que a parte da decisão referente ao “apelo ao legislador” não tem eficácia vinculante. Dessa forma, nada obsta que o *Bundesverfassungsgericht* reavalie a questão, concedendo, por exemplo, maior prazo, se entender necessário<sup>133</sup>. O prazo fixado serve mais de estímulo ou parâmetro do que efetivamente obriga. Tal condição permite que a Corte acompanhe a atuação do legislador, cooperando com este de forma mais próxima e ativa. O Tribunal deixa de emitir declaração de inconstitucionalidade mesmo sabendo que não poderá analisar determinado tema caso não seja mais provocado especificamente sobre o mesmo, pois o “apelo ao legislador” se baseia em uma relação de confiança entre os poderes e de vinculação de todos com a ordem constitucional<sup>134</sup> e com os direitos fundamentais.

A diferença entre ambas igualmente concerne à própria essência de cada um dos provimentos. Na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da

---

<sup>131</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 282 ss.

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 282 ss.

<sup>133</sup> MENDES, Gilmar, “Jurisdição Constitucional”, p. 309.

<sup>134</sup> Arts. 1, III, e 20, III, da Lei Fundamental alemã.

Lei nº 9.868/99, o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma impugnada. Tão somente os efeitos dessa decisão é que ocorrerão em momento futuro. A inconstitucionalidade, todavia, já expressamente afirmada, havendo coisa julgada sobre essa decisão. No “apelo ao legislador”, por outro lado, o Tribunal não apenas difere no tempo os efeitos da inconstitucionalidade, ele deixa de declará-la, avisando que julgará inconstitucional o ato normativo em momento posterior. Para todos os efeitos, portanto, a lei é plenamente constitucional, ao menos até que a Corte Constitucional seja novamente provocada a manifestar-se sobre a sua constitucionalidade.

A diferença entre esses dois mecanismos é, portanto, bastante marcante dessa perspectiva, não sendo possível identificá-las. Ainda que, em geral, compartilhem o objetivo de dar tempo ao legislador para que altere situação de inconstitucionalidade da maneira que entender mais adequada, isto é, de assegurar a liberdade de configuração do legislador, divergem no modo de fazê-lo.

#### 2.4 Precedentes jurisprudenciais

Não obstante constituírem número restrito de casos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conta com algumas decisões que poderiam muito bem ser enquadradas no conceito de “apelo ao legislador”. Dessas, três decisões proferidas pelo STF revelam-se paradigmáticas nesse sentido, merecendo uma análise mais acurada do presente estudo com vistas a averiguar se efetivamente trazem os elementos que identificam as *Appellentscheidungen* do direito alemão.

A primeira decisão a ser abordada trata da legitimidade do Ministério Público para propor ação *ex delicto* em nome dos indivíduos sem condições de arcar com os custos de demanda judicial:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais,

àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 135.328-SP, Relator Ministro Marco Aurélio. Pleno, DJ 20.04.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06/11/2009).

Como mencionado na própria ementa da decisão colacionada, trata-se de hipótese em que a norma sofre processo de “inconstitucionalidade progressiva”. De fato, o art. 68 do Código de Processo Penal<sup>135</sup> coloca entre as obrigações do Ministério Público promover, quando a parte for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação cível para a reparação do dano. O Tribunal, contudo, reconhece que esse dispositivo tornou-se incompatível com a Constituição vigente, tendo em vista que a condução de ação civil que tem como objeto direitos patrimoniais disponíveis não se enquadra com o rol de funções conferidas ao *Parquet* nem com a finalidade institucional que a Constituição lhe conferiu (arts. 127, 128 e 129 da CF). Sequer a hipossuficiência do indivíduo é relevante para aferir a legitimidade do Ministério Público.

Na verdade, o constituinte de 1988 outorgou essa tarefa à instituição até então inexistente, qual seja, a Defensoria Pública (art. 134 CF). A este órgão cabe a representação judicial dos despossuídos a partir do advento da Constituição de 88. Não é possível aduzir do

---

<sup>135</sup> Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público (Decreto-Lei nº 3.689/41, Código de Processo Penal).

texto constitucional mesmo a competência concorrente ou subsidiária do Ministério Público nesse âmbito.

Todavia, em face das precárias condições de orçamento e de estrutura da Defensoria Pública, bem como dificuldades de ordem normativa atinentes à sua efetiva implantação, o Supremo entendeu que o *Parquet* estava legitimado a conduzir ação em benefício do indivíduo pobre, ainda que se tratasse de demanda com objeto patrimonial e disponível. Assim, decidiu que a só seria reputada transferida à Defensoria Pública essa atribuição onde e quando ela estiver de fato organizada.

A semelhança com a técnica do “apelo ao legislador” nessa decisão é perceptível. O Tribunal deixou de declarar a inconstitucionalidade (ou não-recepção) de ato normativo, embora tenha reconhecido em suas razões a presença de ofensa a determinado mandamento constitucional. Procedeu dessa forma após perceber as conseqüências prejudiciais da imediata declaração de inconstitucionalidade do art. 68 do CPP, assim como a possibilidade de violação do inciso LXXIV do art. 5º da CF, sopesando os efeitos menos nocivos à ordem constitucional da manutenção da validade do dispositivo impugnado. Ademais, o prazo fixado pela Corte, apesar de vago, constitui aspecto importante da decisão, demonstrando o caráter provisório desse entendimento (não da própria decisão). Assim a partir do momento em que a Defensoria Pública possa ser comparada em termos de estrutura ao Ministério Público, o Supremo, se provocado, provavelmente declarará o art. 68 do CPP inconstitucional. Trata-se, portanto, de claro exemplo de decisão do STF compatível com o conceito da *Appellentscheidung*.

Também relacionada à Defensoria Pública e a sua carência de meios, a decisão do Habeas Corpus nº 70.514 demonstra que a anterior não foi acidental, mas decorreu de uma visão mais abrangente sobre o princípio da supremacia da Constituição:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério

Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 70.514-RS, Relator Ministro Sydney Sanches, Pleno, DJ 27.06.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06/11/2009).

Na decisão em comento, foi argüida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50<sup>136</sup>, introduzido pela Lei nº 7.871/89, que determina a concessão de prazo em dobro para a Defensoria Pública. Alegou-se que a norma atacada desrespeita o tratamento igualitário entre as partes, elemento básico do contraditório e do devido processo legal, princípios constitucionalmente consagrados.

Nesse caso, o pleno do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Ministro Moreira Alves, decidiu pela manutenção da constitucionalidade do referido dispositivo exclusivamente em razão da impossibilidade fática da Defensoria Pública colocar-se em posição de igualdade perante o órgão acusatório, o Ministério Público. O ministro afasta

---

<sup>136</sup> Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

(...)

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Lei nº 1.060/50).

inclusive o interesse da ampla defesa como justificativa desse provimento, asseverando que se trata de questão temporária e de cunho material. Dessa forma, entendeu-se que a norma deveria ser considerada “ainda” constitucional enquanto a Defensoria Pública não estivesse devidamente aparelhada.

Por oportuno, cita-se trecho do voto do Ministro Moreira Alves em que ele aponta o sistema de controle de constitucionalidade alemão como inspiração da sua decisão, o que também é referido pelo Ministro Carlos Velloso:

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais<sup>137</sup>.

Resta esclarecida, portanto, a nítida semelhança da decisão supra com o “apelo ao legislador” na medida em que preenche todos os requisitos essenciais dessa técnica decisória. Frise-se que o dispositivo impugnado foi formalmente declarado constitucional, ressalvando-se nas razões da decisão que essa situação se manterá enquanto a Defensoria Pública não estiver efetivamente em nível de igualdade com o Ministério Público. Até lá, a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50 mantém-se afastada em homenagem a princípios fundamentais como da garantia à defesa e da igualdade em um sentido amplo, tendo, contudo, caráter transitório.

Ressalte-se que, após breve debate, o Ministro Carlos Velloso alude ao fato de que com frequência o *Bundesverfassungsgericht* fixa prazo bastante determinado nesse tipo de decisão. Julga, entretanto, que o STF não deve fazê-lo na lide ora discutida por temer que o legislador não ponha as defensorias a funcionar devidamente nesse interregno, o que resultaria em prejuízo exclusivo do indivíduo necessitado. Dessa forma, prefere estabelecer tão somente o vago prazo de “quando organizadas e aparelhadas as defensorias públicas” para determinar a concreção do estado de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

A decisão subsequente diz respeito à espécie de “apelo ao legislador” relacionado ao inadimplemento do dever de legislar. No caso, há um dever constitucional de legislar

---

<sup>137</sup> Voto do Ministro Moreira Alves, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 70.514-RS, Relator Ministro Sydney Sanches, Pleno, DJ 27.06.1997.

expresso, o qual não foi devidamente atendido pelo Parlamento nacional. Ao se deparar com os Mandados de Injunção de números 670-9, 708-0 e 712-8<sup>138</sup>, os ministros do STF avaliaram que, por se tratar de processos que versavam sobre tema semelhante, deveriam compartilhar a mesma decisão. Sendo assim, colaciona-se apenas a ementa do MI 712-8, da lavra do Ministro Eros Grau, pois traduz o entendimento adotado pelo Tribunal nos demais:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe

---

<sup>138</sup> Mandado de Injunção nº 670-ES, Relator Ministro Maurício Corrêa (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), Pleno, DJ 31.10.2008; Mandado de Injunção nº 708-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJ 31.10.2008; Mandado de Injunção nº 712-PA, Relator Ministro Eros Grau, Pleno, DJ 31.10.2008.

sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital,



mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração-tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 712-PA, Relator Ministro Eros Grau, Pleno, DJ 31.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10/10/2009).

A decisão aborda a aplicabilidade da Lei nº 7.783/89, a qual regula o direito à greve na iniciativa privada, no âmbito dos servidores públicos, ante a mora do legislador em regulamentar o direito à greve no setor público previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição. Por diversas vezes desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF apreciou a questão da omissão por parte do Parlamento na regulamentação específica da matéria, como nos

Mandados de Injunção nº 20-DF e 585-TO. Nessas ocasiões, embora tenha declarado a omissão do legislador, nenhuma providência ulterior foi ventilada.

No Mandado de Injunção nº 631/MS, entretanto, a aplicação da Lei nº 7.783/89, que regulamenta a greve no setor privado, foi cogitada, tendo em vista a marcante inércia do legislador, alertando-o novamente sobre a necessidade de editar lei quanto ao tema. Finalmente, com a decisão proferida no Mandado de Injunção nº 712-8, o Supremo Tribunal Federal demonstrou ao Parlamento que a procrastinação por tempo indeterminado não pode ser tolerada, determinando a incidência da Lei nº 7.783/89, no que couber, no campo do direito à greve do setor público.

De forma interessante, o STF pôs fim à omissão do legislador sobre tema de grande relevância para o ordenamento nacional. Não obstante consistir em determinação expressa da Constituição e direito fundamental assegurado pelo texto maior, o Parlamento não regulamentou o direito à greve dos servidores públicos em quase vinte anos de vigência da Constituição vigente. De modo similar à técnica do “apelo ao legislador”, o Tribunal alertou o legislador sobre o inadimplemento do seu dever de legislar e inclusive a possibilidade de determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89 nessa esfera. Após expirado prazo suficiente para a intervenção do Parlamento sem a produção de lei, ao ser provocado novamente sobre o tema, a Corte efetivou o que cogitara em decisões anteriores sobre o tema. Novamente transparece as semelhanças do provimento com a *Appellentscheidung*, tendo em vista principalmente a manutenção de situação inconstitucional por certo lapso na expectativa da intervenção legislativa, bem como a presença de *obiter dicta* nas razões de diversas decisões, avisando que, no futuro, o Tribunal iria tomar alguma outra providência que entendesse cabível para dar solução à questão, caso a omissão persistisse.

## 2.5 Razões para o emprego do “apelo ao legislador” no ordenamento brasileiro

O dever de dar efetividade aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição não cabe exclusivamente ao Legislativo ou ao Executivo, mas é tarefa também do Judiciário. Para tanto, é necessária uma atuação cooperativa entre os poderes, da forma como exige o art. 2º da CF/88. Da mesma forma, por vezes exige-se tolerância em relação a violações do texto constitucional para que seja assegurada a observância de princípios fundamentais de maior relevância no caso concreto. Nesse compasso, o “apelo ao legislador” surge como alternativa para o controle de constitucionalidade brasileiro.

O emprego de técnica alienígena exige sempre um exame profundo sobre a compatibilidade com o ordenamento nacional. Porém as suas vantagens não podem ser descartadas de plano. Inicialmente, é de se observar que o “apelo ao legislador” prescinde de regulamentação específica. Na medida em que formalmente é uma declaração de constitucionalidade dotada de um *obiter dictum*, não se mostra obrigatório legislação que determine as hipóteses de sua aplicação ou as suas conseqüências jurídicas. Em verdade, o Tribunal estaria apenas adiantando a tendência de inconstitucionalização de determinada situação jurídica.

Cabe destacar que o “apelo ao legislador” se caracteriza pelo caráter fortemente pedagógico, no sentido que aponta nas razões decisórias a imperfeição do ato normativo e possíveis soluções ou diretrizes legais para que o legislador a extirpe<sup>139</sup>. Além da estabilidade e da confiança dos indivíduos na constitucionalidade das leis, o Tribunal assegura a adequação da futura configuração do ordenamento. Fica evidente o intuito de cooperação com o legislador para o restabelecimento do estado de constitucionalidade do sistema jurídico, bem como para que isso ocorra do modo mais afeito aos princípios constitucionais possível. Eventuais lacunas decorrentes da não-atuação do legislador são igualmente evitadas<sup>140</sup>.

Papel relevante que pode ser cumprido pela técnica do “apelo ao legislador” concerne ao exame de proporcionalidade dos atos normativos, tanto do Executivo quanto do Legislativo. O STF, com apoio na tese do legislador negativo, deixa de fazer esse tipo de análise, pois entende que o Tribunal não pode alterar de modo algum o significado da norma, podendo apenas declarar a sua inconstitucionalidade<sup>141</sup>. Empregando-se a *Appellentscheidung*, a Corte Constitucional não declara a nulidade da norma impugnada, o que poderia gerar uma perigosa situação de vácuo jurídico, porém analisa a sua conformidade com a Constituição, informando que se trata de situação que em breve deixará de ser tolerada. Faz-se o controle de proporcionalidade da norma, consignando, por exemplo, que o legislador pode adotar outros meios mais adequados para atingir o objetivo desejado, abrindo-lhe determinado espaço de tempo para que proceda tais alterações. Nesse caso, em razão da ausência de vinculação do “apelo ao legislador”, o Tribunal pode averiguar se o legislador está efetivamente procurando tomar as medidas cabíveis, podendo inclusive dar-lhe mais tempo se isso for necessário<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 462.

<sup>140</sup> IPSEN, Jörn. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt”, p. 138.

<sup>141</sup> ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”, p. 273.

<sup>142</sup> SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”, p. 243.

Através do “apelo ao legislador”, ao mesmo tempo em que constata eventual inconstitucionalidade da norma, a Corte evita provocar qualquer espécie de anomia decorrente da eliminação da norma do ordenamento. Da mesma forma, ao respeitar a preferência do legislador na escolha dos meios que entenda adequados à concretização da Constituição, assegurando o poder discricionário legislativo, o Tribunal dá máxima proteção aos princípios democrático e da separação dos poderes, afinal, bem ou mal, é o Parlamento o palco adequado para a discussão sobre os rumos a serem dados ao Estado.

## CONCLUSÃO

Com apoio no estudo realizado, é possível aduzir algumas considerações. Quanto à técnica do “apelo ao legislador” no direito alemão, pode-se perceber a sua relevância como meio para enfrentar as questões de ordem político-econômica colocadas diante da Corte Constitucional, oferecendo flexibilidade ao sistema. Ao invés de ofender a Constituição, através do “apelo ao legislador” o Tribunal atua de forma a dar maior efetividade ao texto constitucional como um todo. O fato de alertar o legislador quanto à condição imperfeita do ato normativo impugnado demonstra o caráter cooperativo de tal provimento, uma vez que os apontamentos que são feitos nas razões da decisão surgem como elementos para a manutenção do estado de plena constitucionalidade do ordenamento. Trata-se, portanto, de eliminação preventiva de falhas normativas, o que acaba por evitar situações potencialmente perigosas, como um estado de anomia ou de omissão legislativa intolerável.

No ordenamento brasileiro, o seu emprego não encontra maiores empecilhos, tanto que há decisões que já decidiram de forma semelhante ao “apelo ao legislador”. A hipótese trazida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, todavia, parece ter limitado em certa medida o possível campo de aplicação dessa técnica decisória. Ainda assim, são vários espaços nos quais o provimento mais adequado certamente é o “apelo ao legislador”, tendo em vista principalmente as suas características de flexibilidade e não-vinculatividade. Nada obsta a utilização conjunta de ambos os mecanismos, o que sem dúvida contribuiria para a superação dos problemas concretos submetidos à jurisdição do Supremo, para os quais a dogmática tradicional tem se mostrado progressivamente menos capaz de responder.

O seu emprego exige, contudo, parcimônia. É imprescindível um juízo de ponderação no caso concreto para averiguar se se trata de hipótese em que há risco a princípios constitucionais sensíveis. Utilizado adequadamente, o “apelo ao legislador” pode servir como importante método para a efetivação dos princípios e garantias fundamentais da Constituição.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. “Determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRYDE, Brun-Otto. “Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”. Baden-Baden: Nomos, 1982.

BURGHART, Axel. “Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam?”. NVwZ, 1998, p. 1262 ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 7ª ed., Coimbra (Portugal): Edições Almedina, 2003.

GERONTAS, Apostolo. “Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der Funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”. DVBl, 1982, p. 486 ss.

HEIN, Peter E. “Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht”. Baden-Baden: Nomos, 1988.

HESSE, Konrad. “A Força Normativa da Constituição” (Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEUßNER, Hermann. “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”. NJW, 1982, p. 257 ss.

IPSEN, Jörn. “Nichtigerklärung oder ‚Verfassungswidrigerklärung‘ – Zum Dilemma der Verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis”. JZ, 1983, p. 41 ss.

\_\_\_\_\_. “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt”. Baden-Baden: Nomos, 1980.

KREUTZBERGER, SENJA. “Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts”. Lang, Peter Frankfurt, 2007.

LANGER, Stefan. “Ansprüche aus Freiheitsrechten als Appell zur politischen Verantwortung?”. NJW, 1990, p. 1328 ss.

LORZ, Ralph Alexander. “Interorganrespekt im Verfassungsrecht: Funktionenzuordnung, Rücksichtnahmegebote und Kooperationsverpflichtungen”. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

MAURER, Hartmut. “Contributos para o Direito do Estado” (Tradutor: Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MOENCH, Christoph. “Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle”. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1977.

MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional”. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PAULO, Vicente. “Controle de constitucionalidade”. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

PESTALOZZA, Christian. “Verfassungsprozessrecht”. München: C. H. Beck, 1991.

PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard. “Grundrechte Staatsrecht II”. 23ª ed., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007.

POLETTI, Ronaldo. “Controle da constitucionalidade das leis”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROLAND, Fleury. “Verfassungsprozessrecht”. München: Heymanns, 2007.

RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren” in: Theo Rittersprach/Willi Giger. Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag. Tübingen, 1970, p. 355 ss.

SEER, Roman. “Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht”. NJW, 1996, p. 285 ss.

SCHULTE, Martin. “Apellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”. DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt), 1988, p. 1200 ss.

SCHLAICH, Klaus. “Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen”. 7ª Auflage, München: C. H. Beck, 2007.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

YANG, Tzu-Hui. “Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”. Baden-Baden: Nomos, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”. 2000. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.