

## DOCTRINA

APELO AO LEGISLADOR NA CORTE  
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃ

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República

Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990)

I — Introdução. II — O apelo ao legislador na praxis do *Bundesverfassungsgericht*: a) Considerações preliminares; b) A *Appellentscheidung* e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*); c) Tipos de *Appellentscheidungen*: 1. O apelo ao legislador em virtude de mudanças das relações jurídicas ou fáticas; 1.1 Divisão dos distritos eleitorais; 1.2 Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino; 1.3 Tributação do transporte de carga de longa distância; 1.4 A praxis da execução penal mutação constitucional; 2. Inadimplemento de dever constitucional de legislar; 2.1 Revogação do estatuto de ocupação; 2.2 Igualdade dos filhos havidos fora do casamento; 2.3 Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e dever de adequação do legislador (*Nachbesserungsvorbehalt*); 3. Apelo ao legislador por “falta de evidência” da ofensa constitucional. III — O “apelo ao legislador” na ordem constitucional alemã. IV — Conseqüências jurídicas do apelo ao legislador.

## I — Introdução

1. Há muito não se limita o *Bundesverfassungsgericht* a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*),<sup>1</sup> a Corte

1. Em virtude de sua flexibilidade, a “interpretação conforme à Constituição” assume particular relevância na prática do *Bundesverfassungsgericht*. A sua utilização é justificada com fundamento na unidade do ordenamento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*) e no princípio da conservação

Constitucional alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio “direito e política”. Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou “ainda”

da norma, que recomenda o respeito à vontade do legislador. A sua qualificação dogmática não é pacífica. Significativa parcela da doutrina defende a sua caracterização como simples caso de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, uma vez que, normalmente, acarreta exclusão de algumas das possíveis interpretações da norma, reduzindo o seu âmbito de aplicação (cf. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, 1973, p. 108; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, p. 19).

inconstitucional e exorta o legislador a que proceda — às vezes dentro de determinado prazo — à correção ou à adequação dessa “situação ainda constitucional” (*Appellentscheidung*). Em outros casos, cinge-se o Tribunal a constatar a inconstitucionalidade da lei sem declarar a sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*).<sup>2</sup>

2. Essas diferentes formas de decisões revelam uma peculiaridade da jurisdição constitucional alemã. Em nenhum outro sistema de controle jurisdicional de normas, seja ele *difuso* ou *concentrado*, logra-se constatar a utilização de tão ampla gama de técnicas de decisão.<sup>3-4</sup>

2. Originariamente, a Lei do *Bundesverfassungsgericht* contemplava apenas duas formas de decisão nos processos de controle de normas: o Tribunal deveria declarar a constitucionalidade ou a nulidade da lei (§ 78). Somente em 1970, a “declaração de inconstitucionalidade” sem a conseqüência da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) foi incorporada ao § 31, (2), 2º e 3º períodos e ao § 79, (1), da referida Lei.

3. A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de *discrição* para dispor sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, § 7º, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, §§ 5º e 7º). Essa possibilidade de dispor sobre as conseqüências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (cf. Korinek, Karl, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL, Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público n. 39, pp. 38-39; Orendorfer, Peter, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, Europäische Grundrechtszeitschrift (EUGrZ), 1988, p. 193 (203)).

4. O modelo americano — restrito ao caso concreto, — não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os tribunais podem assu-

3. Tal diversidade expressa o papel singular exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema constitucional alemão. A ampla competência que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental (arts. 93, 18, 21, § 2º, 41, § 2º, 61, §§ 1º e 2º, 84, § 4º, 115, h, § 1º, a força de lei (*Gesetzeskraft*) das decisões proferidas nos processos de controle de normas (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (2)), o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) das decisões para os órgãos constitucionais e autoridades administrativas (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (1)),<sup>5</sup> e a inequívoca autori-

mir a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* 347 US 483 (1954) e 439 US 294 (1955) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (v. *Bounds et alii vs. Smith et alii*, 430 US 817; reproduzido, parcialmente, in *Europäischen Grundrechtszeitschrift*, 1977, pp. 509 e ss.) (cf. a propósito, Seibert, Helga, *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten*, Bericht über Vortrags — und Diskussionsabend der Deutsch-amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift, 1978, pp. 384 (386)).

5. A constitucionalidade de uma norma pode ser examinada pelo *Bundesverfassungsgericht*: (a) no processo de controle abstrato de normas (Lei Fundamental, art. 93, I, n. 2), a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual, ou de um terço dos membros do Parlamento Federal; (b) no processo de controle de normas, mediante provocação de juiz ou tribunal que reputa inconstitucional a lei a ser aplicada a um caso concreto (art. 100, § 1º, da Lei Fundamental) ou através de (c) “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), interposto contra decisão judicial, eventualmente lesiva dos direitos fundamentais ou ato normativo dotado de eficácia imediata (art. 93, I, 4a da Lei Fundamental). A decisão do Tribunal possui, no controle de normas, eficácia *erga omnes* ou, tal como formulado na Lei do *Bundesverfassungsgericht*, “força de lei”. Essa eficácia geral, prevista inicialmente na Lei Fundamental (art. 94, § 2º), já havia sido completada no art. 3º (3), da Lei de 8.4.1920, que disciplinou o processo de controle abstrato de leis estaduais, consagrado pela Constituição de Weimar (art. 13, § 2º). Segundo o entendimento en-

dade de que goza o Tribunal emprestam ao *Bundesverfassungsgericht* considerável influência na conformação da própria

ção dominante, além de retirar a lei do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*, a decisão proferida nesse processo de controle abstrato continha uma interpretação autêntica do direito federal (cf. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 1930, p. 107; Jellinek, Walter, *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, VVDStRL 2 (1925), p. 43). Em outros termos, deixava-se assente que o direito federal não poderia tolerar disposição idêntica ou semelhante constante do direito de outro *Land* ou do direito do Estado-membro cuja disposição tivera a sua inconstitucionalidade reconhecida (Jellinek, ob. cit., p. 43). Esse efeito vinculante amplo não era aceito por Triepel. A força de lei abrangia, na sua opinião, somente a parte dispositiva, publicada no *Diário Oficial*. Disposições idênticas constantes do direito de outros Estados-membros, bem como a norma nova editada pelo Estado que teve o seu preceito censurado não estariam por ele abrangidas (Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, reimpressão, 1965, pp. 112-113). Essa polêmica exerceu influência sobre a nova ordem instituída pela Lei Fundamental de 1949. Como assinalado, a Lei Fundamental autorizou o legislador a estabelecer os casos nos quais as decisões do *Bundesverfassungsgericht* poderiam ser dotadas de "força de lei" (*Gesetzeskraft*) (art. 94, § 2º). Segundo o disposto no § 31 (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, são dotadas de força de lei: (1) as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas; (2) nos processos de qualificação de normas, destinados a aferir a compatibilidade de norma pré-constitucional com direito federal (art. 126 LF); (3) nos processos de verificação de normas destinados a aferir se determinada norma de Direito Internacional Público integra o direito federal (art. 25 c/c art. 100 (2) LF). A parte dispositiva das decisões proferidas nesses processos deve ser publicada no *Diário Oficial da União* (*Bundesgesetzblatt*) (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (2), 2ª parte). O legislador federal previu, ademais, no § 31 (1), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que as decisões da Corte Constitucional têm efeito vinculante para todos os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como para todos os Tribunais e órgãos administrativos. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o efeito vinculante abrange não só a parte dispositiva, mas também os "motivos determinantes" da decisão (*tragende Gründe*) (BVerfGE 1, 14 (37); 19 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93)). Esse entendimento amplia a eficácia da decisão do Tribunal, impondo aos diferentes órgãos estatais o dever de observar a interpretação da Constituição fixada pelo Tribunal. No caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o efeito vinculante dos mo-

realidade político-social da República Federal da Alemanha.<sup>6</sup>

4. Essa influência não se limita às questões submetidas diretamente à apreciação do Tribunal. Ao contrário, nota-se uma forte tendência das forças políticas de adaptarem-se ao entendimento já manifestado pelo Tribunal. Essa tendência atribui invulgar eficácia prévia (*Vorwirkung*) às suas decisões.<sup>7</sup> Essa eficácia prévia revela-se sobretudo na tendência demonstrada pelo Parlamento de positivar as decisões, ou até mesmo as recomendações oriundas da Corte Constitucional.<sup>8</sup> Muitas iniciativas do legislador são determinadas por decisões proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht*, como se pode constatar nas próprias exposições de motivos de alguns projetos de lei.<sup>9</sup> Nas discussões parlamentares, evidencia-se, não raras vezes, a preocupação de realizar as pretendidas reformas legislativas em consonância com a efetiva ou suposta orientação do Tribunal, como demonstram as tentativas de identificar,

tivos determinantes profe não só a edição de norma de teor idêntico ou semelhante pelo ente político que teve a lei declarada inconstitucional, mas veda também a promulgação por outros entes políticos de "normas paralelas" (cf. Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, Munique, 1982, p. 171).

6. Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlim, 1985, pp. 11-12; Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1976, p. 22.

7. Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 15; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1983, pp. 51 ss.

8. Cf., a propósito, Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 16; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1983, pp. 51 e ss.

9. Cf., v.g., Projeto de reforma da lei de proteção de informações (*Datenschutzgesetz*, que, na sua justificativa, enfatiza a necessidade das alterações por força da decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a Lei do Censo, de 1981 (BVerfGE 65, 1 (3 e ss.)).

antecipadamente, a eventual decisão do Tribunal através da solicitação de pareceres de especialistas e da realização das audiências públicas.<sup>10</sup>

5. A preeminente posição assumida pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema político-constitucional da República Federal da Alemanha traduz séria mudança na sistemática tradicional de divisão de poderes.<sup>11</sup> Não se trata de um desenvolvimento casual ou aleatório, mas da conseqüente aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político.<sup>12</sup>

6. A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela "lei" nos modernos sistemas constitucionais.<sup>13</sup> A exist-

10. A título de exemplo, considere-se a discussão travada por ocasião da apresentação do projeto de Lei de co-gestão paritária (*paritätische Mitbestimmung*, aprovado em março de 1976, pela coalizão social-liberal (governo do Chanceler Schmidt). Da audiência pública realizada em dezembro de 1974, participaram os seguintes professores de direito: Thomas Raiser, Rupert Scholz, Konrad Duden, Ernst-Joachim Mestmäcker, Peter Raiser, Hans Heinrich Rupp, Franz Jürgen Säcker, Spiros Simitis, Ekkehart Stein, Klaus Stern e Hans Zacker. Seis desses especialistas consideraram constitucional o projeto, enquanto outros cinco sustentaram a sua inconstitucionalidade. Essa situação levou o Professor Raiser a afirmar que todas as opiniões possíveis faziam-se representar naquela audiência, o que dava "uma imagem adequada da forma como se pode praticar a Ciência Jurídica" (cf. Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, pp. 52 e ss. (55)). A questão constitucional acabou sendo submetida posteriormente, ao *Bundesverfassungsgericht*, que reconheceu a constitucionalidade das disposições impugnadas (BVerfGE 50, 290 (322)).

11. Cf., sobre o assunto, Kimminich Otto, "A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes", *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, 1990, pp. 283, 292 e ss.

12. Confira, a propósito, Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, p. 342.

13. Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesre-*

tência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "dever de racionalidade" (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição. Como acen-tua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle.<sup>14</sup>

7. Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.<sup>15</sup>

8. Nesse contexto, o desenvolvimento pelo *Bundesverfassungsgericht* de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida.<sup>16</sup> É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploria-

*publik*, 1976, pp. 22-23; cf. também Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, pp. 336 e ss.

14. Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, p. 11.

15. Cf., sobre o assunto, Kimminich Otto, "A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes", *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, 1990, pp. 283 e ss.

16. Cf. Rupp v. Brünneck, Wiltraut, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, pp. 355 (365).

mente, pelo lema *fiat justitia pereat mundus*.<sup>17</sup>

9. Acentue-se que a preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários.<sup>18</sup> “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...) de condenação, de cassação de atos estatais — dizia Triepel — mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”.<sup>19</sup>

10. Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar,<sup>20</sup> afirmando

17. Rupp v. Brüneck, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, in *Festschrift für Gerbard Müller*, 1970, pp. 365-366 e ss.

18. Triepel, Heinrich, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, vol. 5, 1929, p. 26.

19. Triepel, Heinrich, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, vol. 5, 1929, p. 26.

20. Art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar: “As autoridades federais ou estaduais competentes poderão, na forma da lei federal, provocar a decisão de um Tribunal do Reich, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal” (Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs — oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines Gerichtshofs des Reichs anrufen”). As Leis federais de 30.3.1920 e de 8.4.1920 outorgaram competência para conhecer dessas ações, respectivamente, ao Tribunal de Finanças (*Finanzhof*), no caso de aferição sobre compatibi-

que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma arguição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia.<sup>21</sup> Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois “teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral”.<sup>22</sup>

11. Como já enunciado, essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Constituição de Bonn (Lei Fundamental = *Grundgesetz*). Ao lado do apelo ao legislador e da interpretação conforme à Constituição, vale-se a Corte Constitucional também da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade” (*Unvereinbarkeitserklärung*). Essa última variante, de-

lidade entre o direito estadual e o direito federal em matéria tributário-financeira, e, nos demais casos, ao *Reichsgericht*. As decisões dessas Cortes eram dotadas de força de lei (§ 3, n. 3 da Lei de 8.4.1920 (cf. a propósito, Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, reimpressão, 1965, pp. 44, 67 e 112). Deve-se acentuar que esse instituto da Constituição de Weimar (1919), embora limitado ao controle do direito estadual, constitui a verdadeira matriz do controle abstrato de normas nos tempos modernos. Modelo semelhante veio a ser adotado pela Constituição austríaca de 1.10.1920 (art. 140 (1)).

21. Jellinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlim, 3ª ed., 1927, p. 27; cf., também, Flad, Wolfgang, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*, Heidelberg, 1929, p. 38.

22. Jellinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, 1927, p. 27.

envolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional — declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade —, foi incorporada à Lei do *Bundesverfassungsgericht* em 1970 (§§ 31, (2), 2º e 3º períodos e 79, (1)). A pronúncia de inconstitucionalidade perde, nesse caso, o caráter cassatório, assumindo um conteúdo condenatório (*verpflichtend ou obligatorisch*) ou, se quisermos utilizar a terminologia dominante no Brasil, um caráter mandamental. O legislador está obrigado a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade, ficando suspensa a aplicação da lei censurada (“suspensão de aplicação” ou *Anwendungsperre*).

12. A praxis do *Bundesverfassungsgericht* revela, ainda, a ampla utilização de *obiter dicta*<sup>23</sup> com recomendações dirigidas ao legislador. A utilização de *obiter dicta* dá-se não só nas decisões confirmatórias da constitucionalidade da lei (sentença de rejeição da inconstitucionalidade),<sup>24</sup> mas, também, na interpretação conforme à Constituição,<sup>25</sup> na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*, e, até mesmo, nas decisões de índole cassatória (declaração de nulidade).<sup>26</sup>

13. Feitas essas considerações, imprescindíveis à compreensão do papel de-

23. Cf., a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, pp. 397 e ss.; Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (“coisa dita de passagem”, (acessorariamente) v. Rónai, Paulo, *Não perca o seu latim*, Rio de Janeiro, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. Schlüter, Wilfried, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, pp. 77 e ss.

24. BVerfGE 40, 296 (329).

25. BVerfGE 36, 1.

26. BVerfGE 39, 1 (44 e ss.).

sempenhado pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema constitucional alemão, passaremos a analisar o significado das chamadas *Appellentscheidungen* na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

## II — O “apelo ao legislador” na praxis do Bundesverfassungsgericht

### a) Considerações preliminares

14. Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre (*Saars-tatut*)<sup>27</sup> constitui o ponto de partida para o desenvolvimento das *Appellentscheidungen* na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o “estatuto de ocupação” — ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas — contribuíssem para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas ainda constitucionais (*noch verfassungsgemäss*).<sup>28</sup>

15. A expressão *Appellentscheidung* foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brüneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade

27. Nessa decisão, formulou o *Bundesverfassungsgericht* a chamada “Teoria da Aproximação” (*Annäherungslehre*), que recomenda ao Tribunal abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade nos casos em que se reconhece estar o legislador empreendendo esforços para superar, gradualmente, o estado de inconstitucionalidade.

28. BVerfGE 4, 157 (177-178); cf., também Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 181; Pestalozza, “*Noch verfassungsmäßige und bloss verfassungswidrige*” *Rechtsslagen*, 1976, p. 547 e ss. Crítico, a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der “Annäherung” an der Verfassungswollten Zustand*, DöV 1971, pp. 721 e ss.

vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias.<sup>29</sup>

b) A *Appellentscheidung* e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)

16. A própria designação *Appellentscheidung* (decisão de apelo; apelo ao legislador) não expressa conceito unívoco da doutrina. Designa-se *Appellentscheidung* a 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>30</sup> Alguns autores utilizam a denominação *Appellentscheidung* também para designar as decisões do *Bundesverfassungsgericht* que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade.<sup>31</sup>

29. Rupp v. Brüneck, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", in *Festschrift für Gerhhard Müller*, 1970, pp. 355 e ss.; cf. também, Schefold-Leske, *Hochschulvorsichtgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig*, NJW, 1973, p. 1.297 (1.299); Söhn, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, 1974, pp. 37 e ss.; Maurer, "Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen", in *Festschrift für Werner Weber*, Berlin, 1974, p. 363; Pestalozza, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, pp. 519 (540); Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, *des Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 70.

30. Ipsen, *Jörn Rechtsfolgen, der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 132; Pestalozza, "Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen", 1976, p. 540; Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, DVBl, 1988, pp. 1.200 (1.201).

31. Schefold/Leske, *Hochschulvorsichtgesetz: verfassungswidrig — aber nicht nichtig*, NJW, 1973, pp. 1.297 (1.299); Söhn, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festges-*

17. Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a *Appellentscheidung* da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*).<sup>32</sup> A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa característica exclusiva da *Appellentscheidung*, uma vez que também da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade constam, não raras vezes, recomendações ou exortações expressas para que o legislador promulgue uma nova lei.<sup>33</sup> Também a possibilidade de eventual aplicação da lei censurada não se afigura suficiente para fixar uma decisiva distinção entre a *Appellentscheidung* e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, pois, consoante a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, "em casos excepcionais, podem ser aplicados, parcial ou totalmente, os dispositivos inconstitucionais (...)"<sup>34</sup>

18. Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*

*teller Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, 1974, p. 37.

32. Cf., a propósito Sachs, Michael, *Tenoring bei Normenkontrolle des Bundesverfassungsgericht*, DöV, 1982, pp. 23 (27 und 30). Diferentemente do apelo ao legislador, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* (*Gesetzeskraft*) e força vinculante (*Bindungswirkung*) para todos os órgãos da União e dos Estados, assim como para todos os Tribunais e autoridades administrativas (§ 31, § 1º, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (cf. a propósito Maunz, Theodor, *Das Bundesverfassungsgericht Gesetz*, BayVBl, 1980, pp. 513 (518), também infra IV).

33. Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGRZ, 1988, pp. 207 (214).

34. BVerfGE 61, 319 (356); cf. também, Maurer, Hartmut, "Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen", in *Festschrift für Werner Weber*, 1974, p. 347.

*zung*),<sup>35</sup> é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada, o que obriga o legislador a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade,<sup>36</sup> nos termos dos arts. 1º, § 3º (vin-

culação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, § 3º (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Constituição), da Lei Fundamental.

19. Deve-se ressaltar, portanto, que, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade.<sup>37</sup> Vê-se, pois, que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no "campo preliminar da patologia constitucional".<sup>38</sup> A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, ao revés, tem caráter mandamental, obrigando o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade.<sup>39</sup>

c) Tipos de *Appellentscheidungen*

20. As *Appellentscheidungen* formam uma constelação fortemente dife-

querido, permitindo, sobretudo nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, que os eventuais prejudicados sejam contemplados na nova regulamentação (Maurer, Hartmut, "Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen", in *Festschrift für Werner Weber*, 1974, pp. 345 (361 e ss.); Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 212; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, pp. 172 e ss.; Hein, Peter, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1988, pp. 168 e ss.). Em casos excepcionais, o Tribunal tem determinado a aplicação da lei declarada inconstitucional (cf. também a nota n. 35).

37. Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl, 1988, pp. 1.200 (1.201). O Bundesverfassungsgericht tem reconhecido, nos últimos tempos, que, nos casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — particularmente na hipótese de afronta ao princípio da igualdade —, deverá o legislador, em muitos casos, emprestar eficácia retroativa às novas disposições (BVerfGE 55, 100).

38. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 268.

39. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, pp. 268-269.

35. A discussão doutrinária sobre o significado da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" assenta-se, principalmente, nas teorias da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional. Enquanto significativa corrente doutrinária sustenta que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade traz insita uma proibição de aplicação da lei questionada (*Anwendungssperre*) (cf. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, pp. 218-219; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, pp. 172-173; Heussner, Hermann, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, NJW 1982, pp. 257 (258); Hein, Peter, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, 1988, p. 181), alguns autores, influenciados pela teoria da anulabilidade (*Vernichtbarkeitslehre*), sustentam a plena aplicabilidade da norma declarada inconstitucional até a sua revogação pelo Poder Legislativo (Söhn, Hartmut, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Frankfurt am Main, 1974, p. 171; Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, p. 172). Na prática, embora o *Bundesverfassungsgericht* reconheça que essa decisão deva acarretar a proibição de aplicação da lei inconstitucional, admite-se, em casos especiais, a aplicação temporária da lei inconstitucional para evitar as situações de vácuo legislativo ou de eventual "caos jurídico" (BVerfGE 55, 100 (110)).

36. Segundo o entendimento praticamente unânime da doutrina constitucional alemã, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem caráter mandamental (*verpflichtend*), obrigando o legislador a editar, com a urgência devida e se for necessário e possível, com caráter retroativo, as medidas legislativas reclamadas. Esse entendimento mostra que, diferentemente da declaração de nulidade, a simples pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Daí ter a jurisprudência do Tribunal Constitucional consagrado orientação segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade importa na suspensão de aplicação da lei questionada (*Anwendungssperre*) (cf. acima, nota 35). Em estreita vinculação com a "suspensão de aplicação", identifica-se uma outra consequência jurídica desse tipo de declaração de inconstitucionalidade: ela deve ensejar a suspensão dos processos judiciais ou administrativos até a edição do ato legislativo re-

renciada na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o que dificulta a sistematização mais precisa dessa categoria. Esses diferentes tipos podem ser identificados também sob uma forma mista. Não obstante, afigura-se possível designar, com alguma segurança, pelo menos três grupos típicos dessa categoria:

1) Apelo ao legislador em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas;

2) Apelo ao legislador em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar;

3) Apelo ao legislador em virtude da falta de "evidência" de inconstitucionalidade.

#### 1. O apelo ao legislador em virtude de mudanças das relações jurídicas ou fáticas

21. O apelo ao legislador em virtude de uma mudança das relações fáticas ou jurídicas forma a mais importante categoria dessa modalidade de decisão na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*.<sup>40</sup> Alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Tribunal hão de contribuir para esclarecer esse tipo de *Appellentscheidungen*.

##### 1.1 Divisão dos distritos eleitorais

22. A decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 22 de maio de 1963 revela exemplo clássico do processo de inconstitucionalização (*Verfassungswidrigwerden*) em virtude de uma mudança nas relações fáticas. Ressaltou-se, nesse acórdão, que, em virtude da significativa al-

40. O *Bundesverfassungsgericht* e a doutrina constitucional moderna admitem que, de alguma forma, o conteúdo normativo pode sofrer mudanças, fazendo com que, apesar da subsistência do texto original, a norma nele contida adquira outro significado (cf. a propósito, Hesse, Konrad, "Grenze der Verfassungswandlung", in *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, pp. 29 (31).

teração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral<sup>41</sup> (Lei Fundamental, art. 38). O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei (setembro de 1961).<sup>42</sup> O *Bundesverfassungsgericht* logrou infirmar, assim, a ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador "a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis".

23. Essa exortação do Tribunal foi atendida com a promulgação da Lei de 14 de fevereiro de 1964 (*Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes* de 14 de fevereiro de 1964).

24. Assinale-se que esse caso estava marcado por peculiar dilema. Caso o *Bundesverfassungsgericht* tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a divisão dos distritos eleitorais, ter-se-ia de reconhecer a invalidade das últimas eleições parlamentares e, por conseguinte, a ilegitimidade do Parlamento e do próprio Governo. Nessa hipótese, inexistiria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral, uma vez que a legislatura anterior já se havia encerrado (Lei Fundamental, art. 39, § 1º, 2º período) e a disposição sobre o estado de necessidade legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81).<sup>43</sup>

41. BVerfGE 16, 130 e ss.

42. BVerfGE 16, 130 (141/142).

43. Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?*, 1970, p. 372; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 182; Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, p. 211.

##### 1.2 Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino

25. Cobra relevo ressaltar, todavia, que nem sempre o processo de inconstitucionalização baseia-se, de forma evidente, na mudança das relações fáticas.<sup>44</sup> Logra-se identificar, muitas vezes, notória "confusão" entre elementos fáticos e jurídicos.<sup>45</sup>

26. As decisões do *Bundesverfassungsgericht* sobre a pensão previdenciária por morte do cônjuge do sexo feminino configuram clássico exemplo do processo de inconstitucionalização em virtude de mudança das relações fáticas e jurídicas (*Witwerrenten-Entscheidungen*).<sup>46</sup> Consoante o § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1.266 (1) do Regulamento da Previdência Social, o cônjuge do sexo masculino somente faria jus à pensão previdenciária se os ganhos da segurada fossem fundamentais para o sustento da família. Ao contrário, assegurava-se a pensão à viúva, independentemente de qualquer consideração sobre os ganhos auferidos pelo segurado para o sustento da família. Na primeira decisão (*erstes Witwerrenten-Urteil*), proferida em 24.7.63, reconheceu o Tribunal a constitucionalidade dessas disposições, com o fundamento de que apenas no caso da viúva poder-se-ia identificar uma perda de rendimentos suscetível de ser compensada economicamente.<sup>47</sup> O reduzido número de mulheres ca-

sadas entre a população economicamente ativa (1950, cerca de 7,5%) estava a indicar que o legislador não ultrapassara os limites de uma tipificação admissível.<sup>48</sup>

27. Na segunda decisão, de 17 de dezembro de 1974, considerou o *Bundesverfassungsgericht* que as normas constantes do § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1.266, (1), do Regulamento de Previdência Social, "ainda não eram inconstitucionais". No entanto, o legislador estava obrigado a promulgar uma nova lei, porque as disposições em apreço estavam submetidas a notório processo de inconstitucionalização. É que, argumentava-se, no período 1950-1973, o número de mulheres casadas economicamente ativas havia quadruplicado.<sup>49</sup> Era possível constatar, ademais, uma significativa mudança da divisão de tarefas no âmbito da relação conjugal, suficiente, por si só, para reabrir a questão sobre a constitucionalidade dos preceitos impugnados.<sup>50</sup>

28. A configuração de ofensa ao princípio da igualdade deveria ser infirmada (Lei Fundamental, art. 3º, § 2º), porque a mudança referida havia-se operado em grupos que ainda não tinham alcançado a idade para aposentadoria.

##### 1.3 Tributação do transporte de carga de longa distância

29. Nesse contexto, há de ser considerado o grupo de casos no qual o *Bundesverfassungsgericht*, embora reconhecesse que a regulamentação ainda se mostrava compatível com a Constituição, recomendava, expressamente, a adoção de medidas corretivas. É que se afigurava possível a configuração de afronta ao princípio da isonomia<sup>51</sup> em

48. BVerfGE 17, 1 (23).

49. BVerfGE 39, 169 (184).

50. BVerfGE 39, 169 (189).

51. Vgl. Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGrZ, 1988, p. 207 (211).

44. Bryde (*Verfassungsentwicklung*, p. 283) ressalta que, no processo de concretização e desenvolvimento da Constituição, as mudanças do "âmbito normativo" (*Regelungsbereich*) e as mudanças nas concepções valorativas estão indissociavelmente vinculadas, de forma que uma "mudança nas relações fáticas" influencia a valoração normativa e uma alteração das concepções valorativas não se opera sem que haja um motivo de ordem fática (cf., também, Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986, pp. 154 e ss.).

45. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 134.

46. Decisões de 24.7.63 e de 12.3.74 (BVerfGE 17, 1 e BVerfGE, 39, 169).

47. BVerfGE 17, 1 (19).

virtude de mudanças na situação econômica ou social.

30. Os "recursos constitucionais" impugnavam o § 11, § 1º, n. 2, b, da Lei de 30 de junho de 1958. O referido diploma fazia recair carga tributária mais pesada sobre o transporte de longo percurso do que aquela incidente sobre os demais ramos dessa atividade econômica.<sup>52</sup> Essa decisão do legislador tinha por escopo não o aumento da receita tributária, mas o estabelecimento de condições equilibradas de concorrência com a Companhia Federal de Transportes Ferroviários (*Bundesbahn*).<sup>53</sup>

31. O *Bundesverfassungsgericht* teve de aferir a compatibilidade da legislação em apreço em face do art. 12 (liberdade de exercício profissional — mormente em relação ao princípio da proporcionalidade), bem como do art. 14, § 1º (propriedade) e do art. 3º, § 1º, da Lei Fundamental (igualdade). Cumpria verificar se as mudanças operadas nesse ramo de atividade eram tão significativas a ponto de tornar inconstitucional a lei referida.

32. O Tribunal acentuou que, como se tratava de lei nova, não se afigurava possível proceder a uma rigorosa avaliação dos objetivos alcançados pelo legislador.<sup>54</sup> De resto, o próprio legislador,

52. Cf., a propósito, Krause-Palfner, Thilo, *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen*, Diss., 1973, p. 35.

53. Na justificação do Ministério dos Transportes, de 9.7.54, ficou assente: "constitui principal objetivo da política de transportes do Governo Federal a limitação do transporte de cargas de longa distância". Também o Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 12.3.53, continha a seguinte conclusão: "concordou-se que as mudanças destinavam-se a reordenar o setor, não devendo ter conteúdo político-financeiro. A obtenção de receita não estava, portanto, em primeiro plano. Essas disposições deveriam assegurar idênticas condições básicas ao transporte ferroviário e rodoviário. Buscava-se, principalmente, restringir o transporte rodoviário de longo percurso (*Werkfernverkehr*)". Citação, de acordo com BVerfGE, 16, 147 (161 e 171).

54. BVerfGE 16, 147 (161 s.).

mostrava-se consciente da provisoriedade da medida.<sup>55</sup> Reconheceu-se, pois, a constitucionalidade da lei, nos seguintes termos: "A tributação especial do transporte de carga de longo percurso com base na Lei de Transporte de 1955 não é, pelo menos neste momento, inconstitucional".<sup>56</sup>

33. Segundo a orientação adotada pelo Tribunal, a rigorosa tributação a que estava submetido o transporte de carga de longo percurso "situava-se no limite do tolerável".<sup>57</sup>

#### 1.4 A práxis da execução penal: mutação constitucional

34. Finalmente, cumpre mencionar os casos de mudança na concepção jurídica que podem produzir uma *mutação normativa* ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária dominante, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*).<sup>58</sup> Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.<sup>59</sup>

35. O *Bundesverfassungsgericht* colocou em dúvida esse entendimento na

55. BVerfGE 16, 147 (174 s., 182, 187).

56. BVerfGE 16, 147, Ementa (Leitsatz) n. 4: "Die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs aufgrund des Verkehrsgesetzes 1955 ist — jedenfalls zur Zeit — nicht verfassungswidrig".

57. BVerfGE 16, 147 (187).

58. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 137.

59. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 137.

decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão: "O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos arts. 2, § 2º, 2º período, e 104, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das relações peculiares de poder (*besondere Gewaltverhältnisse*), que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição *ipso jure* da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo".<sup>60</sup>

36. Vê-se, pois, que, segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial — uma autêntica mutação constitucional — passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses

direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.<sup>61</sup>

37. A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.<sup>62</sup>

#### 2. Inadimplemento de dever constitucional de legislar

38. O inadimplemento de dever constitucional de legislar dá ensejo, não raras vezes, à pronúncia da *Appellentscheidung*. O *Bundesverfassungsgericht* reconhece, freqüentemente, que a omissão legislativa revela-se "ainda constitucional" (*noch verfassungsgemäss*), enfatizando o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas.

39. O dever de legislar pode decorrer de expressa exigência constitucional (*Verfassungsauftrag*; norma-tarefa, na tradução proposta por Canotilho),<sup>63</sup> ou pode derivar do chamado dever de proteção (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros.<sup>64</sup> O

61. Crítico, a propósito, Starck, *Anmerkung zum Strafvollzugsurteil*, JZ, 1972, pp. 360 (361).

62. BVerfGE 33, 1 (13).

63. Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986, p. 135.

64. A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* tem reconhecido que os direitos fundamentais asseguram ao indivíduo não apenas direito de defesa contra intervenção do Estado (*Abwehrrecht*) e eventual direito a prestações positivas (*Leistungsrecht*), mas também um direito de proteção contra lesões ou ameaças a valores ou bens (vida, saúde, liberdade, propriedade etc.) provenientes da ação de terceiros. A ameaça de morte por seqüestradores, a utilização de instalações perigosas, ou

60. BVerfGE 33, 1 (12).

Tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o dever geral de adequação (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as conseqüências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente.

40. A referência a alguns precedentes jurisprudenciais poderá ilustrar melhor o apelo ao legislador em virtude do inadimplemento de dever constitucional de legislar.

### 2.1 Revogação do estatuto de ocupação

41. Tal como acentuado, os casos relativos à aplicação do “estatuto de ocupação” constituíram o ponto de partida para o desenvolvimento das *Appellentscheidungen* na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Na decisão de 4 de abril de 1955, relativa à constitucionalidade da lei federal de 23 de outubro de 1954, que aprovava o Tratado sobre Sarre (*Saarstaatut*), formulou o *Bundesverfassungsgericht* sua famosa “Teoria da Aproximação” (*Annäherungstheorie*).<sup>65</sup> Afigura-se digna de registro a síntese dessa orientação, tal como formulada no acórdão, *verbis*: “Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade, porque a situação criada pelo Tratado está mais próxima do estabelecido na Lei Fundamental do que aquela anteriormente em vigor. Se se pretendesse uma disciplina plenamente compatível com a Lei Funda-

o tratamento conferido a cidadão alemão ou estrangeiro, ao arrepio do Direito Internacional Público, são exemplos de situações que exigem uma conduta ativa do Estado — no plano legislativo judicial ou administrativo — para garantir ou proteger direitos fundamentais (cf., Klein, Eckart, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW, 1989, pp. 1.633 e ss.).

65. Cf., a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der “Annäherung” an den verfassungsgewollten Zustand*, DöV, 1971, p. 721.

mental, ter-se-ia a consagração de um rigorismo constitucional que se deixa resumir pela seguinte fórmula: ‘a situação ruim deve subsistir se o melhor não puder ser alcançado’. Essa orientação não corresponde à vontade da Lei Fundamental”.<sup>66</sup>

42. Esse entendimento foi confirmado e concretizado em outras decisões proferidas sobre a legitimidade das leis que restringiam a atividade econômica (*Zwangswirtschaft*). Enfatizou-se então que cassar ou simplesmente revogar esse complexo normativo daria ensejo a uma situação de caos e que o legislador não disporia de condições para uma imediata substituição do estatuto vigente.<sup>67</sup>

43. É fácil de ver que os casos pertinentes ao “estatuto de ocupação” e à legitimidade do direito pré-constitucional não se deixavam tipificar, simplesmente, como “situações ainda constitucionais”. Tratava-se, em verdade, de situações incompatíveis com a Lei Fundamental. A decretação de sua nulidade — conseqüência inevitável do reconhecimento da inconstitucionalidade, segundo a concepção então vigorante — poderia trazer, porém, conseqüências danosas ou indesejáveis.<sup>68</sup>

### 2.2 Igualdade dos filhos havidos fora do casamento

44. O art. 6º, § 5º, da Lei Fundamental,<sup>69</sup> estabelece que o legislador de-

66. BVerfGE 4, 157.

67. BVerfGE 9, 63 (72); 12, 281 (292); 15, 337 (342, 346, 351 e ss.); cf., também, Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 72; Schneider, Bernd-Jürgen, *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*, 1988, pp. 214 e ss.

68. Esses casos compõem, hodiernamente, um dos tipos da chamada declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Cf. supra, II, b.

69. Lei Fundamental, art. 6, § 5º: “a lei deve assegurar ao filho ilegítimo condições de desen-

ve assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas de desenvolvimento físico, espiritual e social àquelas vigentes para os filhos legítimos. Ao apreciar “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) interposto contra decisão do Tribunal Estadual de Kiel, considerou a Corte Constitucional que ainda não havia decorrido o “prazo razoável” assegurado ao Parlamento para o cumprimento do dever constitucional de legislar.<sup>70</sup> Este expirar-se-ia com o término daquela legislatura.<sup>71</sup> Não obstante, como se tratava de norma constitucional bastante precisa, enfatizou o *Bundesverfassungsgericht* que, configurada a mora do legislador, poderiam os Juízes e Tribunais aplicá-la diretamente.

45. Anteriormente, o Tribunal adotara orientação semelhante. Tratava-se de disposição constitucional que admitia a subsistência do direito ordinário contrário ao postulado da igualdade até a sua devida adequação a esse princípio. Esta deveria realizar-se, porém, até 31 de março de 1953 (Lei Fundamental, art. 117, § 1º). Após o decurso desse prazo, passaram alguns Tribunais a aplicar diretamente o princípio da igualdade, até que fosse promulgada a legislação requerida. O *Bundesverfassungsgericht* considerou correta essa orientação.<sup>72</sup>

### 2.3 Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e dever de adequação do legislador (*Nachbesserungsvorbehalt*)

46. No âmbito do dever de proteção do legislador (*Schutzpflicht*), vem assumindo relevância peculiar constelação, concernente às matérias complexas, que requerem uma constante aferição para

volvimento físico, espiritual e social idênticas àquelas outorgadas aos filhos legítimos”.

70. BVerfGE 25, 167 (187).

71. BVerfGE 25, 167 (187).

72. BVerfGE 3, 225.

eventual correção ou adequação das providências legislativas.<sup>73</sup>

47. Na decisão proferida em 8 de agosto de 1978, relativa ao reator nuclear de Kalkar (*Kalkar-Beschluss*), reconheceu o *Bundesverfassungsgericht* que, em virtude de novos desenvolvimentos científicos, o legislador estava constitucionalmente obrigado a reexaminar a sua decisão em favor do uso pacífico da energia atômica.<sup>74</sup> Apreciando diferentes “recursos constitucionais”, interpostos por moradores da região próxima às instalações nucleares, deixou assente o Tribunal, de forma lapidar: “Caso se constatem indícios de perigo proveniente de reatores nucleares do tipo *Schneller Brüter* (...), está o legislador obrigado a promulgar as novas medidas requeridas”.<sup>75</sup>

48. Pronunciamento de teor semelhante contém a decisão de 14 de janeiro de 1981, sobre a poluição sonora causada por aviões.<sup>76</sup>

49. Em outros casos, tem-se enfatizado que, na hipótese de regulamentação nova, concernente a matérias complexas, a intervenção da jurisdição constitucional somente há de ocorrer se o legislador, a despeito das experiências colhidas, deixar de empreender as melhorias e adaptações necessárias.<sup>77</sup>

50. Ainda no âmbito do chamado “dever de proteção” do legislador deve ser mencionada decisão de 15 de dezembro de 1983<sup>78</sup> sobre a constitucionalidade da

73. BVerfGE 53, 257 (312).

74. BVerfGE 49, 89 (129).

75. BVerfGE 49, 89 (132).

76. BVerfGE 56, 54 (70).

77. BVerfGE 53, 257 (312 e ss.).

78. Trata-se de pronunciamento que consagrou, de forma definitiva, um novo direito fundamental no âmbito da Lei Fundamental, o direito de autodeterminação sobre informação (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*), isto é, o direito de decidir autonomamente sobre quando e em que condições deverão ser divulgados fatos relacionados com a vida pessoal (cf., sobre o assunto, Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 96).

lei de recenseamento. Aqui houve por bem o *Bundesverfassungsgericht* reconhecer a existência de um dever de adequação imediato, independentemente de qualquer outra consideração: “§§ da Lei do Censo de 1982 são compatíveis com a Lei Fundamental. Não obstante, deve o legislador, em consonância com os fundamentos da decisão, tomar as medidas necessárias à edição de normas complementares pertinentes à organização e ao procedimento do censo”.<sup>79</sup>

51. Vê-se, pois, que o Tribunal declarou a constitucionalidade da lei, desde que colmatadas as lacunas atinentes à organização e ao processo.<sup>80</sup> A validade da lei ficava condicionada, portanto, à edição das normas complementares sobre organização e procedimento.<sup>81</sup>

52. Como observado por Sachs, essa categoria assemelha-se a uma declaração de inconstitucionalidade submetida a uma condição suspensiva,<sup>82</sup> uma vez que a omissão do legislador em suprir a lacuna identificada poderia comprometer a legitimidade de todo o complexo normativo.<sup>83</sup>

### 3. Apelo ao legislador por “falta de evidência” da ofensa constitucional

53. Em algumas *Appellentscheidungen* identifica-se o esforço do *Bundesverfassungsgericht* para infirmar a configuração de inconstitucionalidade, sustentando-se a inexistência de elementos corroboradores da evidência da colisão nor-

mativa no momento da elaboração da lei. Não se poderia, assim, afirmar, com segurança, se o legislador estaria em condições de identificar o estado de inconstitucionalidade.<sup>84</sup>

54. A decisão sobre a divisão dos distritos eleitorais fornece nítido exemplo dessa categoria de *Appellentscheidungen*.<sup>85</sup> Esforçou-se o Tribunal, nesse caso, para evitar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, procedendo a uma sutil diferenciação entre os conceitos de “inconstitucionalidade” (*Verfassungswidrigkeit*) e “invalidade” (*Ungültigkeit*): “Em 17.9.1961, a inconstitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais não era, ainda, claramente identificável de modo que se pudesse reconhecer a sua invalidade naquele momento”.<sup>86</sup>

55. Segundo a concepção então adotada, a inconstitucionalidade somente deveria acarretar a invalidade, se manifesta. Do contrário, não seria possível identificar uma conduta censurável do legislador. Esse entendimento revelava uma tendência de subjetivação da ofensa constitucional.<sup>87</sup> O *Bundesverfassungsgericht* houve por bem ressaltar, ainda, que, nesse caso específico, não se mostrava possível precisar o momento em que se implementaria a conversão do estado de inconstitucionalidade em uma situação de invalidade. É o que se lê na seguinte passagem do acórdão: “A dificuldade de precisar o momento exato em que a divisão dos distritos eleitorais, an-

84. BVerfGE 16, 130 (142); cf., ainda, a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, pp. 138 e ss.; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 84 e ss.; Pestalozza, “*Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige*” *Rechtsslagen*, 1976, pp. 536 e ss.

85. Cf., supra II, c, 2.

86. BVerfGE 16, 130 (142).

87. Cf., a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, pp. 138-139.

teriormente legítima, tornou-se incompatível com a Constituição assenta-se, principalmente, no fato de que esse desenvolvimento caracteriza-se por uma instável fase de transição, o que acabou por dificultar que esse desenvolvimento pudesse ser previsto, em sua integridade, com a necessária segurança. Essas circunstâncias (...) estão a demonstrar que, antes das últimas eleições parlamentares, faltava à ofensa contra o princípio da igualdade eleitoral (*Wahlrechtsgleichheit*) a evidência indispensável para afetar, já naquela época, a validade da divisão dos distritos”.<sup>88</sup>

56. Assim, a caracterização objetiva de uma inconstitucionalidade somente poderia acarretar a invalidade se ela (inconstitucionalidade) se afigurasse evidente. Do contrário, não se poderia identificar uma conduta censurável do legislador.

57. Tem-se aqui, como assinalado, uma tentativa de subjetivar o ato inconstitucional.<sup>89</sup> Consoante essa orientação, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade, o defeito não produziria conseqüências jurídicas. A decisão do tribunal tornaria a mácula “evidente”, não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado patológico identificado.<sup>90</sup>

### III — O apelo ao legislador na ordem constitucional alemã

58. A utilização do apelo ao legislador não colhe aplausos unânimes na doutrina. Afirma-se que o Tribunal não dispõe de base legal para proferir esse ti-

88. BVerfGE 16, 130 (142/143).

89. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, 1980, p. 222.

90. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, 1980, p. 140.

po de decisão.<sup>91</sup> Sustenta-se, ademais, que o apelo ao legislador expressa tentativa de compensar, mediante decisão judicial, o déficit identificado no processo de decisão parlamentar (*Kompensation parlamentarischer Entscheidungsdefizite*). A *Appellentscheidung* demitiria o legislador da responsabilidade de concretizar a ordem fundamental.<sup>92</sup> Observava-se, ainda, que o *Bundesverfassungsgericht* não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões.<sup>93</sup> Não pode ele estabelecer, portanto, com segurança, o exato momento da conversão de uma “situação ainda constitucional” em um *estado de inconstitucionalidade*.<sup>94</sup>

59. A objeção concernente à eventual falta de fundamento legal para pronúncia da *Appellentscheidungen* não se afigura irretorquível, sobretudo se considerada esta decisão como peculiar sentença de rejeição da inconstitucionalidade.<sup>95</sup> Se admitido que uma situação considerada constitucional pode tornar-se inconstitucional, não se deve excluir a possibilidade de que, no momento da decisão, não se tenha operado ainda essa conversão. Assim, de uma perspectiva

91. Klein, Eckart, *Verfassungsprozessrecht — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108, 1983, pp. 410 (434); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 395.

92. Cf. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 397-398; Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 27.

93. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397; Klein, *Verfassungsprozessrecht — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108, 1983, pp. 410 (434); Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1976, p. 212.

94. Klein, Eckart, *Verfassungsprozessrecht — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108, 1983, pp. 410 (434).

95. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 181.



formal, o apelo ao legislador nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto processo de inconstitucionalização.<sup>96</sup> A *Appellentscheidungen* poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas "situações imperfeitas", sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei.<sup>97</sup>

60. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas.<sup>98</sup>

61. No entanto, não deve pairar qualquer dúvida de índole jurídico-funcional quanto à possibilidade de o Tribunal ressaltar, nas chamadas "situações ainda constitucionais", as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação.<sup>99</sup>

96. Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, p. 96.

97. Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 96-97.

98. Rupp-v. Brünneck, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, pp. 355 (396); Pestalozza, "Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, t. I, p. 520 (536 e ss.); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 396; Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, p. 97.

99. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396; Schulte, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl, 1980, pp. 1.200 (1.205); Gerontas, Apostolo, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1982, pp. 486 (487); Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 179. Crítico a propósito: Klein, *Verfassungsprozessrecht — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108, 1983, pp. 410 (454).

62. Conceda-se, porém, que a tentativa de identificar a consumação do processo de inconstitucionalização não se afigura isenta de problemas, uma vez que o Tribunal não está legitimado a proferir decisões sobre o desenvolvimento futuro com base apenas em prognósticos.<sup>100</sup>

#### IV — Conseqüências jurídicas do apelo ao legislador

63. Os efeitos do apelo ao legislador não estão disciplinados pelo direito positivo. Segundo a práxis consagrada pelo Tribunal, há de constar da parte dispositiva da decisão apenas o reconhecimento da constitucionalidade da lei. O apelo ao legislador integra, normalmente, os fundamentos da decisão.<sup>101</sup> Estes contêm a advertência de que uma determinada situação — eventualmente, após o decurso de determinado prazo — não mais será aceita.<sup>102</sup> Em tempos mais recentes, passou o Tribunal a declarar, na parte dispositiva, a constitucionalidade da lei "consoante os fundamentos da decisão" (*nach Massgabe der Gründe*).<sup>103</sup> Essa referência na parte dispositiva aos fundamentos da decisão deveria cumprir, assim, uma "função de advertência".

64. As assertivas constantes da sentença de rejeição de inconstitucionalidade

100. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397; Klein, *Verfassungsprozessrecht — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), p. 410 (434).

101. BVerfGE 49, 169; BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3); cf., a propósito, Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 209.

102. Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgerichts*, 1985, pp. 209-210; Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 184.

103. Cf. Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 209.

a respeito do processo de inconstitucionalização de uma lei não estão cobertas pela coisa julgada (*Rechtskraft*), nem são dotadas de força de lei (*Gesetzeskraft*), porquanto, esse desenvolvimento posterior não é objeto do controle.<sup>104</sup> A referência aos fundamentos da decisão destina-se a impedir, todavia, que, em virtude da declaração da constitucionalidade, a lei fique isenta de críticas. Ao contrário, pretende-se assegurar a possibilidade de suscitarse, após o decurso de determinado prazo, a inconstitucionalidade da lei.<sup>105</sup>

65. Acentue-se, pois, que o "apelo" para que corrija uma "situação ainda constitucional" (*noch verfassungsmässige Rechtslage*), antes de que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência.<sup>106</sup> Esse entendimento há de aplicar-se, igualmente, na hipótese de o *Bundesverfassungsgericht* incorporar o "apelo" à parte dispositiva da decisão,<sup>107</sup> uma vez que apenas o conteúdo de decisões expressamente previsto na lei — declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, declaração de nulidade — pode fazer coisa julgada ou ser

104. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 411; Vogel, "Rechtskraft und Gesetzeskraft", in *Festschrift für das Bundesverfassungsgericht*, vol. I, p. 609. Deve-se reconhecer que a nova jurisprudência do Tribunal está a indicar uma tendência de consolidação dessa práxis (BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3)).

105. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, p. 411.

106. Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige", *Rechtslagen*, 1976, p. 556; Stern, Klaus, *Bonner Kommentar*, art. 93, n. 319; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 186-187; Gerontas, Apostolo, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1982, pp. 486 (487).

107. BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3).

dotado de força de lei.<sup>108</sup> A manifestação do *Bundesverfassungsgericht* sobre o processo de inconstitucionalização há de ser considerada simples *obiter dictum*.<sup>109</sup>

66. É muito provável que a qualificação do apelo ao legislador como mero *obiter dictum* não corresponda à intenção do *Bundesverfassungsgericht*,<sup>110</sup> que, não raras vezes, estabelece, de forma imperativa, a situação que há de subsistir após a decisão, como, v.g., no julgado sobre os filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, art. 6, V).<sup>111</sup> Outras vezes, determina o Tribunal que o legislador proceda às mudanças reclamadas dentro de determinado lapso de tempo.<sup>112</sup> Todavia, é fácil de compreender que a sentença de rejeição de inconstitucionalidade não pode ser proferida com a imposição de um dever de legislar. Esse dever de legislar não pode assentar-se no § 31, (1), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, uma vez que o efeito vinculante não abrange todos e quaisquer fundamentos da decisão,<sup>113</sup> mas tão-somente aqueles imprescindíveis à prolação do julgado.<sup>114</sup>

108. Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, n. 319; Sachs (*Tenorierung bei Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, pp. 23 (29)) destaca que a incorporação de uma recomendação (*Anweisung*) dirigida ao legislador na parte dispositiva da decisão configura um *novum*, destinado, nitidamente, a emprestar maior eficácia ao julgado.

109. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396. Sobre *obiter dictum*, ver nota n. 23.

110. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396.

111. BVerfGE 25, 167 (188). Cf. supra II, c, 2.

112. BVerfGE 33, 1; v., também, BVerfGE 39, 169.

113. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 186.

114. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 186; Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, S. 23 (29); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397.

67. Esse juízo preserva validade mesmo se se procurar estabelecer, na parte dispositiva da decisão confirmatória da constitucionalidade o dever do legislador de complementar determinada disposição, uma vez que, como acentuado, os efeitos vinculantes da decisão referem-se apenas ao conteúdo da decisão legalmente definido. Qualquer outra afirmação constante da parte dispositiva da decisão que não diga respeito a esse conteúdo não tem significado jurídico-processual.<sup>115</sup>

68. É certo, todavia, que a aplicação posterior da lei sem as alterações ou complementações determinadas pelo Tribunal deverá ensejar — muito provavelmente — a declaração de inconstitucionalidade.

69. Também o decurso do prazo fixado pelo *Bundesverfassungsgericht* para que o legislador empreenda as medidas reclamadas não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.<sup>116</sup> É que a Lei que disciplina o processo de controle de normas não prevê esse tipo de declaração de nulidade submetida a uma condição suspensiva (*aufschiebend bedingte Nichtigerklärung*).<sup>117</sup> Por outro lado, a prática demonstra que uma prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível.<sup>118</sup> Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um prazo de carência (*Karenzfrist*) den-

115. Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, S. 23 (29); Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, n. 319; Idem, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munique, 1980, vol. II, p. 1.039; cf., também, Erichsen, Hans-Uwe, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Munique, 1979, vol. II, p. 194.

116. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

117. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187; Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, n. 319.

118. BVerfGE 33, 1 (33) und 40, 273 (286 e ss.).

tro do qual a lei “ainda constitucional” poderá ser legitimamente aplicada.<sup>119</sup>

70. Vê-se, assim, que o entendimento sustentado por Maunz, no sentido de que o Tribunal poderia apreciar, de ofício, a questão, após o decurso do prazo estabelecido, e, em caso de inércia do legislador, declarar a nulidade da norma,<sup>120</sup> carece de fundamento constitucional ou processual. É que o *Bundesverfassungsgericht* somente pode atuar em conformidade com os princípios estabelecidos na Lei Fundamental (Art. 93) e consoante as regras processuais fixadas na sua lei de organização.<sup>121</sup> A referida lei estabelece o princípio do pedido (*Antragsprinzip*) como fundamental para a instauração de qualquer processo (§ 23), não contemplando a possibilidade de o Tribunal retomar, por iniciativa própria, processo regularmente encerrado.<sup>122</sup> As normas que disciplinam o processo perante o *Bundesverfassungsgericht* não admitem algo como uma “decisão final provisória” (*vorläufige Endentscheidung*).<sup>123</sup>

71. Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada “ainda cons-

119. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 186-187.

120. Maunz, Theodor, *Das verfassungswidrige Gesetz*, BayVBl, 1980, S. 513 (518); cf., também, Sachs, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, pp. 23 (30).

121. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187; Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Munique, 1982, S. 6; Hesse, Konrad, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, in *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, p. 312; Kimminich, Otto, “Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung”, in *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Munique, 1979, pp. 62 (65); ver, também, a tradução brasileira: “A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes”, in *Revista de Informação Legislativa* n. 105, 1990, pp. 283 e ss.

122. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

123. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

titucional” pelo *Bundesverfassungsgericht* há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão.<sup>124</sup>

72. Não devem ser desconsideradas, todavia, as conseqüências fáticas do apelo ao legislador. O peculiar significado que os órgãos estatais — e a opinião pública — atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às *Appellentscheidungen* eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou cassatória.<sup>125</sup> O apelo ao legislador tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas,<sup>126</sup> como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, art. 6, § 5º),<sup>127</sup> sobre a problemática

da execução penal,<sup>128</sup> e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas.<sup>129</sup>

### Abreviaturas

AöR — Archiv des öffentlichen Rechts  
*Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen*  
 (decisões do Tribunal Constitucional Alemão) — o primeiro número refere-se ao volume; o segundo às páginas

AöR — Archiv des öffentlichen Rechts  
 BayVBl — Bayerische Verwaltungsblatt  
 DöV — Die öffentliche Verwaltung  
 DVBl — Deutsches Verwaltungsblatt  
 EUGrZ — Europäische Grudrechtszeitschrift  
 NJW — Neue Juristische Wochenschrift  
 JZ — Juristenzeitung  
 VVDStRL — Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler  
 RGZ — Reichsgerichtszeitschrift

124. Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 187.

125. Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1983, p. 52; Krebs, Walter, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, Heidelberg, 1984, S. 117.

126. Cf., a propósito, Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGRZ 1988, p. 207 (212).

127. BVerfGE 25, 267.

128. BVerfGE 33, 1; v., também, BVerfGE 40, 276.

129. BVerfGE 41, 251.