COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
MESTRE JOSÉ LUIS SALDANHA SANCHES

I. *Estudos* *Págs.*

PAULO PITTA E CUNHA — *Reflexões sobre a União Europeia* 9

ARMANDO MARQUES GUEDES — *La Cour Constitutionnelle dans de Projet de Constitution de la Fédération Russe* 25

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO — *A segunda versão do Projecto de Código da Propriedade Industrial* 37

— *Anexo (Projecto oficial de um novo Código da Propriedade Industrial)* 116

DIOGO FREITAS DO AMARAL — *Apreciação do Relatório sobre a Regência de uma disciplina de Direito Constitucional apresentado em Provas de Agregação pelo Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho* 253

GILMAR FERREIRA MENDES — *O apelo do legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã* 265

ADOLF DIETZ — *Les entités de gestion collective en droit d'auteur allemand et en droit communautaire* 305

NELSON SALDANHA — *A politicidade do Direito e o problema do Direito Natural* 321

CARLOS ROGEL VIDE — *O direito de distribuição das criações do espírito e a sua extinção no Direito Comunitário* 337

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL — *O contrato de investimento estrangeiro e a problemática decorrente da pretensa contratualização da concessão de benefícios fiscais* 359

II. *Estudos Académicos*

VITALINO CANAS — *Quadros e padrões do fenómeno político em Macau (A forma e o sistema do governo)* 393

ANTÓNIO DE MACEDO VITORINO — *Esboço de uma concepção sobre a natureza jurídica do Direito de Autor* 456

Págs.

ANA PAULA DO VALLE-FRIAS DE MADUREIRA E PIEDADE DOURADO — *Harmonização da tributação de lucros e dividendos na CEE* 519

III. *Vida da Faculdade*

Problemas da Faculdade 593

Protocolo entre a Presidência do Conselho de Ministros e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 596

Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira 598

Professor Doutor Adelino da Palma Carlos 599

Mensagem enviada pelo Presidente da República ao Dia da Faculdade, em 13 de Março de 1992 601

No Dia da Faculdade (discurso proferido na sessão solene, pelo Presidente do Conselho Directivo, Prof. Jorge Miranda) 603

Discurso proferido pelo Dux da Tertúla Académica de Direito na Sessão Solene do Dia da Faculdade de Direito de Lisboa, em 13 de Março de 1992 614

Convénio de Cooperação entre a Academia Militar e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 616

A Universidade e os Descobrimentos (discurso proferido pelo Prof. Doutor Jorge Miranda) 619

Sobre o Regime de Admissão à Prestação de Provas de Doutoramento (pelo Prof. Doutor Jorge Miranda) 627

Relatório da Comissão de Reestruturação da Faculdade de Direito de Lisboa, criada pelo Decreto-Lei n.º 843-B/76, de 9 de Dezembro 634

O APELO AO LEGISLADOR (APPELLENTSCHEIDUNG) NA PRÁXIS DA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃ (*)

Gilmar Ferreira Mendes

Procurador da República, requisitado. Adjunto do Subsecretário-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990), com a tese «Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal» (O controlo abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht* e o Supremo Tribunal).

(*) Este trabalho foi desenvolvido, inicialmente, no «Referat» «*Appellentscheidung — Fälle und Rechtsfolgen*», apresentado no Seminário sobre Jurisdição Constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit), realizado — pelo Professor Ingwer Ebsen na Universidade de Münster — RFA (Semestre de Verão 1989). Posteriormente, parte desse trabalho foi desenvolvida e incorporada à Dissertação de Doutorado apresentada à Universidade de Münster — RFA, em Julho de 1990 (Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal). Registro aqui os agradecimentos a Nestor Forster, pelas valiosas sugestões e críticas, e a Marlene Veras Mourão, que se desincumbiu dos trabalhos datilográficos.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS

I. *INTRODUÇÃO*

II. O *APELO AO LEGISLADOR* NA PRÁXIS DO *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

a) Considerações preliminares
b) A *Appellentscheidung* e a *declaração de inconstitucionalidade* sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)
c) Tipos de *Appellentscheidungen*

aa) O *apelo ao legislador* em virtude de mudanças das relações jurídicas ou fáticas

aaa) Divisão dos Distritos Eleitorais
bbb) Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino
ccc) Tributação do Transporte de Carga de Longa Distância
ddd) A Práxis da Execução Penal: Mutação Constitucional

bb) Inadimplemento de Dever Constitucional de Legislar

aaa) Revogação do Estatuto de Ocupação
bbb) Igualdade dos Filhos Havidos Fora do Casamento
ccc) Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e dever de adequação do legislador (*Nachbesserungsvorbehalt*)

cc) *Apelo ao Legislador* por «Falta de Evidência» da Ofensa Constitucional

III. O «APELO AO LEGISLADOR» NA ORDEM CONSTITUCIONAL ALEMÃ

IV. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO APELO AO LEGISLADOR

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

AÖR — Archiv des Öffentlichen Rechts
Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (decisões do Tribunal Constitucional Alemão) — o primeiro número refere-se ao volume; o segundo às páginas
BayVBl. — Bayerische Verwaltungsblatt
DÖV — Die Öffentliche Verwaltung
DVBl. — Deutsches Verwaltungsblatt
EUGrZ — Europäische Grundrechtszeitschrift
NJW — Neue Juristische Wochenschrift
JZ — Juristenzeitung
VVDStRL — Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
RGZ — Reichsgerichtszeitschrift

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*) (1), a Corte 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*» inconstitucional e exorta o legislador a que proceda — às vezes dentro de determinado prazo — à correção ou à adequação dessa «*situação ainda constitucional*» (2) (*Appellentscheidung*). Em outros

---

(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 da norma, que recomenda o respeito à vontade do legislador. A sua qualificação dogmática não é pacífica. Significativa parcela da doutrina defende a sua caraterização 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, Berlim, 1973, p. 108; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, p. 19).*

(2) *BVerfGE 7, 282; 16, 130; 21 12 (42); 25, 167; Cf. dentre outros,* Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980, p. 132; Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ,* 1988, p. 207 (210 s.); Pestalozza, Christian, «*Noch verfassungsmässige*» *und* «*bloss verfassungswidrige*» *Rechtslagen,* in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 — jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts,* Tübingen, 1976, v. 1, p. 520 (540); Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl.* 1988, p. 1200 s.

casos, cinge-se o Tribunal a constatar a inconstitucionalidade da lei sem declarar a sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) ([3]).

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 ([4]).

([3]) Cf. dentre outros, BVerfGE 6, 246; 6, 282; 7, 320; 13, 248; 18, 257; 26, 79; 26, 100; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 31, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 33, 303; 34, 9; 34, 71; 35, 79; 36, 146; 37, 154; 37, 217; 37, 342; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 38, 213; 39, 316; 40, 298; 42, 176; 43, 58; 43, 242; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; V. também. Ipsen, Jörn, Rechtfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 107 s.; Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EUGRZ, 1988, p. 207 (213). 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 consequência da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung)* foi incorporada ao § 31, (2), 2.° e 3.° períodos e ao § 79, (1), da referida Lei.

([4]) A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de *discrição* para dispor sobre as consequências 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, parágrafo 7.°, 2.° período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, parágrafos 5.° e 7.°). Essa possibilidade de dispor sobre as consequências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (Cf. Korikek, Karl, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL (Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público) n.° 39, p. 38/39; Oberndorfer, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Europäische Grundrechtszeitschrift (EUGrZ), *1988, p. 193 (203).* O modelo americano — restrito ao caso concreto, — não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os tribunais podem assumir a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education (347 US 483 (1954) e 439 US (1955)* e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (*v. Bounds et al. vs. Smith et al., 430 US 817;*

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, parágrafo 2.°, 41 parágrafo 2.°, 61 parágrafos 1.° e 2.°, 84 parágrafo 4.°, 115 «h», parágrafo 1.°), 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) ([5])),

---

reproduzido, parcialmente, in: *Europäischen Grundrechtszeitschrift*, 1977, p. 509 s.) (Cf. a propósito, Seibert, Helga, *Dr Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, Bericht über Vortrags — und Diskussionsabend der Deutsch-amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1978, p. 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 concreto de normas, mediante provocação de juiz ou tribunal que reputa inconstitucional a lei a ser aplicada a um caso concreto (Art. 100 parágrafo 1.°, 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, parágrafo 2.°), já havia sido contemplada no art. 3.° (3), da Lei de 8.4.1920, que disciplinou o processo de controle abstrato de leis estaduais, consagrado pela Constituição de Weimar (art. 13, parágrafo 2.°). Segundo o entendimento então 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, *op. cit.*, 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, p. 112-113*). Essa polêmica exerceu influência sobre a nova ordem instituída pela Lei Fundamental de 1949. Como assinalado, a Lei

e a inequívoca autoridade de que goza o Tribunal emprestam ao *Bundesverfassungsgericht* considerável influência na conformação da própria realidade político-social da República Federal da Alemanha (6).

4. Essa influência não se limita às questões submetidas directamente 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 (7). Essa *eficácia prévia revela-se sobretudo na tendência demonstrada pelo Parlamento de positivar as decisões, ou até mesmo as recomendações* oriundas da Corte Consti-

---

Fundamental autorizou o legislador a estabelecer os casos nos quais as decisões do *Bundesverfassungsgericht* poderiam ser dotadas de «*força de lei*» (*Gesetzeskraft*) (art. 94, parágrafo 2.°). 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 préconstitucional 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 *motivos determinantes* proíbe 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, p. 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. 16; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber,* 1983, p. 51 s.

decisões, ou até mesmo as recomendações oriundas da Corte Constitucional ([8]). 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 ([9]). 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, antecipadamente, a eventual decisão do Tribunal através da solicitação de pareceres de especialistas e da realização das «*audiências públicas* ([10])».

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 ([11]). Não se trata de um desenvolvimento casual ou aleatório, mas da consequente aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político ([12]).

([8]) Cf., a propósito, Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik,* p. 16; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber,* Baden-Baden, 1983, p. 51 s.

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

([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 Raisch, 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 Raisch 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,* p. 52 s. (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.º 105, (1990), p. 283 (292s.)

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

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 ([13]). A existência 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 acentua 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 ([14]).

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 ([15]).

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 ([16]). É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as consequências jurídicas de suas deci-

---

([13]) Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, p. 22-23; Cf. também Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, p. 336 s.

([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), p. 283 s.

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

sões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploriamente, pelo lema «*fiat justitia pereat mundus*» ([17]).

9. Acentue-se que a preocupação com as consequências 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 ([18]). «*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*» ([19]).

10. Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, parágrafo 2.°, da Constituição de Weimar ([20]), afirmando que o *Reichsgericht* somente

---

([17]) Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?* in: *Festschrift für Gerbhard Müller,* 1970, p. 365-366 segs.

([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, parágrafo 2.°, 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 Gerichtshofes 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 compatibilidade entre 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, p. 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)).

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 ([21]). 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 consequência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral*» ([22]).

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, desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional, — *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* — foi incorporada à Lei do *Bundesverfassungsgericht* em 1970 (§§ 31, (2), 2.° e 3.° 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*»).

([21]) Jellinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder,* Leipzig e Berlim, 3.ª 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.

12. A práxis do *Bundesverfassungsgericht* revela, ainda, a ampla utilização de *obiter dicta* ([23]) 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*) ([24]), mas também na *interpretação conforme à Constituição* ([25]), na *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (*Unvereinbarkeitserklärung*), e até mesmo nas decisões de índole *cassatória* (declaração de nulidade) ([26]).

13. Feitas essas considerações, imprescindíveis à compreensão do papel desempenhado 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 PRÁXIS 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 (*Saarstatut*) ([27]) cons-

---

([23]) Cf. a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, p. 397 s.; Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre «*ratio decidendi*» e «*obter dictum*» («coisa dita de passagem», (acessoriamente) 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, p. 77 s.

([24]) BVerfGE 40, 296 (329).

([25]) BVerfGE 36, 1.

([26]) BVerfGE 39, 1 (44 s.).

([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.

titui 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 — contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas *ainda constitucionais* (*noch verfassungsgemäss*) ([28]).

15. A expressão «*Appellentscheidung*» foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da *sentença de rejeição de inconstitucionalidade* vinculada a uma conclamação ao Legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias ([29]).

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

---

([28]) BVerfGE 4, 157 (177-178); Cf., também Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht,* 1985, p. 181; Pestalloza, «*Noch verfassunsgsmässige*» *und* «*bloss verfassungswidrige*» *Rechtslagen,* 1976, 547 s. Crítico, a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der* «*Annäherung*» *an der Verfassungsgewollten Zustand,* DÖV 1971, p. 721 s.

([29]) Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?* in: *Festschrift für Gerbhard Müller,* 1970, p. 355 s.; Cf. também, Schefold-Leske, *Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig,* NJW 1973, p. 1297 (1299); Söhn, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?,* 1974, p. 37 s.; Maurer, *Zur Verfassungswidrigererklärung von Gesetzen,* in: *Festschrift für Werner Weber,* Berlim, 1974, p. 363; Pestalloza, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* Vol. I, p. 519 (540); Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,* Baden-Baden, 1977, *der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980, p. 70.

a situação como «*ainda constitucional*», anunciando a eventual conversão desse estado de *constitucionalidade imperfeita* numa situação de *completa inconstitucionalidade* ([30]). 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 ([31]).

17. Nem sempre afigura-se possível diferençar, com precisão, a «*Appellentscheidung*» da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) ([32]). 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 ([33]). 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 (...)»* ([34]).

([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 Bundesverfassungsgerichts,* DVBl. 1988, 1200 (1201).

([31]) Schefold/Leske, *Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig — aber nicht nichtig,* NJW, 1973, p. 1297 (1299); Söhn, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?,* 1974, p. 37.

([32]) Cf., a propósito Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts,* DÖV, 1982, p. 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, parágrafo 1.°, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (Cf. a propósito Maunz, Theodor, *Das Verfassungswidrige Gesetz,* BayVBl., 1980, p. 513 (518), também infra IV.

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

([34]) BVerfGE 61, 319 (356); Cf. também Maurer, Hartmut, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen,* in: *Festschrift für Werner Weber,* 1974, p. 347.

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*) ([35]), 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 ([36]), nos

---

([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 ínsita uma *proibição de aplicação* da lei questionada (*Anwendungssperre*) (Cf. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* 1980, p. 218-219; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht,* 1985, p. 172-173; Heussner, Hermann, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines gesetzes ohne Nichtigerklärung,* NJW 1982, p. 257 (258), Hein, Peter, *Die Unvereinbarerklärung 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 ordamento 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 requerido, permitindo, sobretudo nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, que os eventuais prejudicados sejam contemplados na nova regulamentação (Maurer, Hartmut, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen,* in: *Festschrift für Werner Weber,* 1974, p. 345 (361 s.); Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* 1980, p. 212; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht,* 1985, p. 172 s.; Hein, Peter, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht,* Baden-Baden, 1988, p. 168 s.). Em casos excepcionais, o Tribunal tem determinado a aplicação da lei declarada inconstitucional (Cf. também a nota n.º 35).

termos dos artigos 1.°, parágrafo 3.° (*vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais*) e 20, parágrafo 3.° (*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* ([37]). Vê-se, pois, que o *apelo ao legislador* tem conteúdo preventivo, operando no «*campo preliminar da patologia constitucional*» ([38]). 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 ([39]).

C) Tipos de *Appellentscheidungen*

20. As «*Appellentscheidungen*» formam uma constelação fortemente diferenciada 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;

([37]) Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht,* DVBl, 1988, 1200 (1201). 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, p. 268-269.

(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.

aa) 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* ([40]). Alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Tribunal hão de contribuir para esclarecer esse tipo de «*Appellentscheidung*».

aaa) *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 alteração 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 ([41]) (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) ([42]). O *Bundesverfassungsgericht* logrou infirmar, assim, a

---

([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, p. 29 (31)).

([41]) BVerfGE 16, 130 s.

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

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. Assinala-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 consequinte, 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, parágrafo 1.°, 2.° período) e a disposição sobre o *estado de necessidade legislativa* (*Gesetzgebungsnotstand*) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81) ([43]).

bbb) 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 ([44]). Logra-se identificar, muitas vezes, notória «*confusão*» entre elementos *fáticos* e *jurídicos* ([45]).

([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*, Berlim, 1985, p. 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, p. 154 s.).

([45]) Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 134.

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*») ([46]). Consoante o § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1266 (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 24.07.63, 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* ([47]). *O reduzido número de mulheres casadas entre a população economicamente ativa (1950, cerca de 7,5%) estava a indicar que o legislador não ultrapassara os limites de uma tipificação admissível* ([48]).

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 § 1266, (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 ([49]). 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 ([50]).

([46]) Decisões de 24.7.63 e de 12.3.74, (BVerfGE 17, 1 e BVerfGE, 39, 169).
([47]) BVerfGE 17, 1 (19).
([48]) BVerfGE 17, 1 (23).
([49]) BVerfGE 39, 169 (184).
([50]) BVerfGE 39, 169 (189).

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

ccc) 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 ([51]) em virtude de mudanças na situação económica ou social.

30. Os «*recursos constitucionais*» impugnavam o § 11, parágrafo 1.° 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 económica ([52]). 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*) ([53]).

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

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

([53]) Na justificação do Ministério dos Transportes, de 9.7.1954, 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 12.03.1953, 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).

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, parágrafo 1.° (*propriedade*) e do art. 3.°, parágrafo 1.°, 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 ([54]). De resto, o próprio legislador, mostrava-se consciente da provisoriedade da medida ([55]). 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*» ([56]).

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*» ([57]).

ddd) 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 alter-

---

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

([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).

nativa 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*) ([58]). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira ([59]).

35. O *Bundesverfassungsgericht* colocou em dúvida esse entendimento na 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 artigos 2, parágrafo 2.º, 2.º período, e 104, parágrafos 1.º e 2.º 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*» ([60]).

([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.

([60]) BVerfGE 33, 1 (12).

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 ([61]).

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 ([62]).

bb) 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, frequentemente, 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) ([63]), 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 ([64]). O Tribu-

---

([61]) Crítico, a propósito, Starck, *Anmerkung zum Strafvollzugsurteil,* JZ, 1972, 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

nal 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 consequências 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.*

aaa) 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*) ([65]). 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 Fundamental, ter-se-ia a consagração de um rigorismo constitucional que se deixa*

---

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 sequestradores, a utilização de instalações perigosas, ou 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, p. 1633 s.)

([65]) Cf., a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der «Annäherung» an den verfassungsgewollten Zustand,* DÖV 1971, p. 721.

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» (66).

42. Esse entendimento foi confirmado e concretizado em outras decisões proferidas sobre a legitimidade das leis que restringiam a atividade económica (*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 (67).

43. É fácil de ver que os casos pertinentes ao «*estatuto de ocupação*» e à legitimidade do direito préconstitucional 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 — consequência inevitável do reconhecimento da inconstitucionalidade, segundo a concepção então vigorante — poderia trazer, porém, consequências danosas ou indesejáveis (68).

bbb) Igualdade dos Filhos Havidos Fora do Casamento

44. O art. 6.° parágrafo 5.°, da Lei Fundamental (69), estabelece que o legislador deve assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas de desenvolvimento físico, espiritual e social àquelas vigentes para os filhos legítimos. Ao apreciar «*recurso*

---

(66) BVerfGE 4, 157.

(67) BVerfGE 9, 63 (72); 12, 281 (292); 15, 337 (342, 346, 351 s.); 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, p. 214 s.

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

(69) Lei fundamental, art. 6, parágrafo 5.°: «*a lei deve assegurar ao filho ilegítimo condições de desenvolvimento físico, espiritual e social idênticas àquelas outorgadas aos filhos legítimos.*»

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 ([70]). Este expirar-se-ia com o término daquela legislatura ([71]). 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, parágrafo 1.°). 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 ([72]).

ccc) 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 eventual correção ou adequação das providências legislativas ([73]).

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 atómica ([74]).

([70]) BVerfGE 25, 167 (187).
([71]) BVerfGE 25, 167 (187).
([72]) BVerfGE 3, 225.
([73]) BVerfGE 53, 257 (312).
([74]) BVerfGE 49, 89 (129).

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*» ([75]).

48. Pronunciamento de teor semelhante contém a decisão de 14 de Janeiro de 1981, sobre a poluição sonora causada por aviões ([76]).

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 ([77]).

50. Ainda no ambito do chamado «*dever de proteção*» do legislador deve ser mencionada decisão de 15 de Dezembro de 1983 ([78]) sobre a constitucionalidade da 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 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*» ([79]).

([75]) BVerfGE 49, 89 (132).

([76]) BVerfGE 56, 54 (70).

([77]) BVerfGE 53, 257 (312 s.).

([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 Selbsbestimmungsrecht)*, 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).

([79]) BVerfGE 65, 1 (3), Cf., também, BVerfGE 53, 257 (288).

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

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

cc) «*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 normativa 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 ([84]).

54. A decisão sobre a divisão dos distritos eleitorais fornece nítido exemplo dessa categoria de *Appellentscheidung* ([85]). Esforçou-se o Tribunal, nesse caso, para evitar as consequências da declaração de inconstitucionalidade, procedendo a uma sutil diferenciação

---

([80]) Cf. também BVerfGE 53, 257 (300).

([81]) Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DÖV 1982, p. 23 (29).

([82]) Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DÖV 1982, p. 23 (29).

([83]) Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985 p. 183.

([84]) BVerfGE 16, 130 (142); Cf. ainda, a propósito Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 138 s.; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 84 s.; Pestalozza, «*Noch verfassungsmässige*» *und* «*bloss verfassungswidrige*» *Rechtslagen*, 1976, p. 536 s.

([85]) Cf. *supra II*, «*c*», «*2*».

entre os conceitos de «*inconstitucionalidade*» («*Verfassungswidrigkeit*») e «*invalidade*» (*Ungültigkeit*):

> «*Em 17-09-1961, a inconstitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais não era, ainda, claramente identificável de modo que se pudesse reconhecer a sua invalidade naquele momento*» ([86]).

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 ([87]). 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 exacto em que a divisão dos distritos eleitorais, anteriormente 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 àquela época, a validade da divisão dos distritos*» ([88]).

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.

([86]) *BVerfGE 16, 130 (142).*

([87]) Cf. a propósito Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* p. 138-139.

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

57. Tem-se aqui, como assinalado, uma tentativa de *subjetivar* o ato inconstitucional ([89]). Consoante essa orientação, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade, o defeito não produziria consequências jurídicas. A decisão do Tribunal tornaria a mácula «*evidente*», não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado patológico identificado ([90]).

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 tipo de decisão ([91]). 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 ([92]). Observa-se, ainda, que o *Bundesverfassungsgericht* não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões ([93]). Não pode ele estabelecer, portanto, com segurança, o

---

([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.

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

([92]) Cf. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 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), p. 410 (434); Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1976, p. 212.

exato momento da conversão de uma «*situação ainda constitucional*» em um *estado de inconstitucionalidade* (94).

59. A objeção concernente à eventual falta de fundamento legal para pronúncia da «*Appellentscheidung*» não se afigura irretorquível, sobretudo se considerada esta decisão como peculiar *sentença de rejeição da inconstitucionalidade* (95). 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 formal, *o apelo ao legislador* nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização* (96). *A «Appellentscheidung»* 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 (97).

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 consequências práticas danosas (98).

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

---

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

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

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

(97) Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung,* 1985, p. 96-97.

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

impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação ([99]).

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 ([100]).

IV — *CONSEQUÊNCIAS 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* ([101]). Estes contêm a *advertência* de que uma determinada situação — eventualmente, após o decurso de determinado prazo — não mais será aceita ([102]). Em termos mais recentes, passou o Tribunal a declarar, na parte dispositiva, a constitucionalidade da lei «*consoante os fundamentos da decisão*»

([99]) Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396; Schulte, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1980, p. 1200 (1205); Gerontas, Apostolo, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1982, p. 486 (487); Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 179. Crítico a propósito: Klein, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AÖR, 108 (1983), p. 410 (454).

([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, Christopf, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgerichts*, 1985, p. 209-210; Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 184.

(«*nach Massgabe der Gründe*») ([103]). 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* 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 ([104]). 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 suscitar-se, após o decurso de determinado prazo, a inconstitucionalidade da lei ([105]).

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 ([106]). Esse entendimento há de aplicar-se, igualmente, na hipótese de o *Bundesverfassungsgericht* incorporar o «*apelo*» à *parte dispositiva* da decisão ([107]), 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 dotado de *força de lei* ([108]).

([103]) Cf. Gusy, Christopf, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 209.

([104]) Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 411; Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft und Gesetzeskraft, 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, p. 186-187; Gerontas, Apostolo, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl. 1982, p. 486 (487).

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

([108]) Stern, *Bonner Kommentar, Art. 93*, n.° 319; Sachs (*Tenorierung bei Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, DÖV, 1982, p. 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.

A manifestação do *Bundesverfassungsgericht* sobre o *processo de inconstitucionalização* há de ser considerada simples *obiter dictum* ([109]).

66. É muito provável que a qualificação do *apelo ao legislador* como mero *obiter dictum* não corresponda à intenção do *Bundesverfassungsgericht* ([110]), 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) ([111]). Outras vezes, determina o Tribunal que o legislador proceda às mudanças reclamadas dentro de determinado lapso de tempo ([112]). 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 ([113]), mas tão-somente aqueles imprescindíveis à prolação do julgado ([114]).

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 ([115]).

([109]) Bryde, *Verfassungsentwicklung,* 1982, p. 396. Sobre *obiter dictum,* ver nota n.º 23.

([110]) Bryde, *Verfassungsentwicklung,* 1982, p. 396.

([111]) BVerfGE 25, 167 (188). *Cf. supra II, c, «bb»*

([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.

([115]) Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* DÖV, 1982, S. 23 (29); Stern, *Bonner Kommentar, Art. 93,* n.º 319; Idem, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Munique, 1980, Vol. II, p. 1039; Cf. também Erichsen, Hans-Uwe, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit,* München, 1979, Vol. II, p. 194.

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 ([116]). 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*) ([117]). Por outro lado, a práxis demonstra que uma prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível ([118]). Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um *prazo de carência* (*Karenzfrist*) dentro do qual a lei «*ainda constitucional*» poderá ser legitimamente aplicada ([119]).

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 ([120]), 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 ([121]). A referida lei

---

([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 s.)

([119]) Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,* p. 1977, 186-187.

([120]) Maunz, Theodor, *Das verfassungswidriges Gesetz,* BayVBl. 1980, S. 513 (518); Cf., também, Sachs, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* DÖV, 1982, p. 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, p. 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, p. 283 s.

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 ([122]). As normas que disciplinam o processo perante o *Bundesverfassungsgericht* não admitem algo como uma «*decisão final provisória*» (*vorläufige Endentscheidung*) ([123]).

71. Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada «*ainda constitucional*» pelo *Bundesverfassungsgericht* há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão ([124]).

72. Não devem ser desconsideradas, todavia, as consequências 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 comparavél a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou *cassatória* ([125]). O *apelo ao legislador* tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas ([126]), como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, Art. 6, parágrafo 5.°) ([127]), sobre a problemática da execução penal ([128]), e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas ([129]).

([122]) Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187.*

([123]) *Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,* 1977, p. 187.

([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.

BIBLIOGRAFIA

Badura, Peter — *Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur «Nachbesserung» von Gesetzen,* in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrif für Kurt Eichenberg zum 62. Geburtstag,* Basel/Frankfurt a M., 1982, p. 481-491.

Bryde, Otto — *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Baden-Baden, 1982.

Canotilho, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional,* Coimbra, 4.ª ed., 1986.

Ebsen, Ingwer — *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung,* Berlim, 1985.

Erichsen, Hans-Uwe — *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit,* Vol. 2, 2.ª Edição, Munique, 1979.

Flad, Wolfgang — *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution,* Heidelberg, 1929.

Gerber, Phillippe — *Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts,* DÖV 1989, p. 698.

Gerontas, Apostolo — *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit,* DVBl. 1982, p. 486 — 491.

Gusy, Christoph — *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht,* Berlim, 1985.

Hein, Peter — *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht,* Baden-Baden, 1988.

Heussner, Hermann — *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung,* NJW 1982, p. 257 (258).

Hesse, Konrad — *Grenze der Verfassungswandlung,* in: *Ausgewählte Schriften,* Heidelberg, 1984, p. 29.

Ipsen, Jörn — *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980.

Jekewitz, Jürgen — *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Der Staat,* Vol. 19 (1980), p. 535.

Jellinek, Walter — *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder,* Leipzig e Berlim, 3.ª edição, 1927.

— *Der Schutz des öffentlichen Rechts,* VVDStRL, Vol. 2, (8).

Kimminich, Otto — *Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung,* in: *Auf dem Weg zum Richterstaat,* Munique, 1979, p. 62 (65).

— *A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes,* tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlim, in: *Revista de Direito Público,* n.º 92, 1989, p. 15-33.
— *A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes,* tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlim, in: *Revista de Informação Legislativa* a. 27 n.º 105, 1990, p. 283 s.

Klein, Eckart — *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,* AöR 108 (1983), S. 395.
— *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates,* NJW 1989, p. 1633.

Korinek, Karl — *Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen,* VVDStRL 39, (1981) p. 38.

Krause-Palfner, Thilo — *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen,* Diss. 1973, p. 35.

Krebs, Walter — *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen,* Heidelberg, 1984.

Lerche, Peter — *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der Annäherung an verfassungsgewollten Zustand,* DÖV, 1971, p. 721 — 725.

Landfried, Christine — *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber,* Baden-Baden, 1984.

Marcic, René — *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat,* Viena, 1957.

Maunz, Theodor — *Das Verfassungswidrige Gesetz,* BayVBl., 1980, p. 513 — 518.

Maurer, Hartmut — *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen,* in: *Festschrift für Werner Weber,* Berlim, 1974, p. 345 — 368.

Moench, Christoph — *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,* Baden-Baden, 1977.

Oberndorfer, Peter — *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen,* EuGRZ 1988, p. 193-207.

Pestalozza, Christian — *«Noch verfassungsmässige» und «bloss verfassungswidrige» Rechtlagen,* in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts,* Tübingen, 1976, Vol. I, p. 520 — 567.

Schlink, Bodo/Pieroth Bernhard, *Grundrechte — Staatsrecht,* Heidelberg, 1988.

Rupp, Wiltraut v. Brüneck — *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appelieren?* in *Festschrift für Gebhard Müller,* Tübingen, 1970, p. 355 — 378.

Sachs, Michael — *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* DÖV, 1982, p. 23 — 30.

Schefold-Leske — *Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig — aber nicht nichtig,* NJW 1973, 1297 — 1303.

Schlaich, Klaus — *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen,* Munique, 1985.

Schneider, Bernd-Jürgen — *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze,* Frankfurt am Main, 1988.

Schulte, Martin — *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* DVBl., 1988, p. 1200 — 1206.

Schlüter, Wilfried — *Das Obiter Dictum,* Munique, 1973.

Seibert, Helga — *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten,* EuGRZ, 1978, S. 386 — 389.

Söhn, Hartmut — *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?,* Frankfurt, 1974.

Starck, Christian — *Anmerkung zum Strafvollzugbeschluss,* JZ 1972, 360 — 362.
— *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik,* Tübingen, 1976.
Steinberg, Rudolf — *Verfassungsgerichtliche Kontrolle der «Nachbesserungspficht» des Gesetzgebers,* Der Staat, Bd. 28 (1987), p. 161 — 186.
Stern, Klaus — *Bonner Kommentar* (Zweitbearbeitung), Art. 93 da Lei Fundamental.
Stettner, Rupert — *Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose,* DVBl. 1982, p. 1123 — 1128.
Triepel, Heinrich — *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit,* VVDStRL (1929) 5, p. 3 — 29.
— *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bad Homburg vor der Höhe,* (reimpressão), 1965.
Vogel, Klaus — *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* Bd. I, p. 568 — 627.
Zeidler, Wolfgang — *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen,* EuGRZ, 1988, p. 207 — 217.
Zuck, Rüdiger — *Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Munique, 1988.*

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

VOL. XXXIII

1992