

## O APELO AO LEGISLADOR, ENTRE O DIÁLOGO E A ÚLTIMA PALAVRA - UMA FERRAMENTA POSSÍVEL?<sup>137</sup>

### THE APPEAL TO THE LEGISLATURE, BETWEEN DIALOGUE AND THE LAST WORD - A POSSIBLE TOOL?

#### Beclaute Oliveira Silva

Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica (UFPE). Mestre em Direito Processual (UFAL). Graduado em Direito (UFAL). Maceió, AL, Brasil. Universidade Federal de Alagoas beclaute@uol.com.br; Grupo de Estudos Processo e Decisão Jurídica.

#### Rene Sampar

Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Filosofia (UEL). Graduado em Direito (UEL). Curitiba, PR, Brasil. Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, renesampar@gmail.com, Grupo de Estudos Publius.

#### Vinicius Martins Antunes de Souza

Pós-graduado em Direito Constitucional (ABDCONST) e pós-graduado em Direito Privado Contemporâneo (Faculdade de Direito de Sorocaba), São Paulo, SP, Brasil, vinius.martins@vmalaw.adv.br.

**RESUMO:** O propósito deste artigo é estudar a técnica do *appellentshcheidung* ou, em tradução à língua portuguesa, apelo ao legislador, indagando a possibilidade de se considerar como uma ferramenta razoável a ser inserida na moderna prática processual constitucional, tendo em vista o papel do Poder Judiciário, enquanto detentor da última palavra no sistema constitucional brasileiro. Na medida em que o país tem passado por sucessivas crises institucionais ao longo da última década, assuntos como a legitimidade democrática formal e material de cada um dos Poderes da República, em sua lida diária na resolução dos mais variados casos, são trazidos ao debate público. Ora o Legislativo se encontra hipertrofiado, ora se encontra atrofiado quando

comparado aos dois outros Poderes; e estes, conforme o momento histórico, sofrem do mesmo dilema. Entre um diálogo obrigatório entre os Poderes da República e uma imposição jurisdicional de quais são os sentidos da Constituição, haveria espaço para participação das forças legislativas no âmbito do processo constitucional? Ou seria a determinação de sentidos da constituição, ao longo do tempo, exclusividade do Poder Judiciário, mesmo que supostamente carente de uma legitimidade popular? O estudo, que se vale do método de revisão bibliográfica, utiliza-se de alguns artigos acadêmicos voltados à teoria do Direito e à dogmática constitucional, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de maneira a lançar luzes e localizar uma práxis brasileira no

<sup>137</sup> Artigo recebido em 05/07/2023 e aprovado em 30/06/2024.

que concerne a este instrumento. Ao fim, propõe-se algumas possíveis aplicações do apelo ao legislador, para além daquelas já existentes, considerando o seu potencial de maximizar ganhos em termos de performance deliberativa do STF em suas interações com os demais poderes da República. A intenção de lançar luz a este tema é fortalecer o Estado Democrático de Direito, na esperança de que a mitigação de tensões e a busca pela melhor resposta aos problemas sociais possa ser fruto de um processo de construção conjunta, ao longo do tempo, entre as instituições. Assim deve funcionar uma democracia constitucional, como é, e pretende ser, a brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:**

*Appellentshcheidung*; Apelo ao Legislador; Diálogo entre Poderes; Cortes Constitucionais; Inconstitucionalização Normativa.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to analyze *appellentshcheidung* technique or, in portuguese, the appeal to the legislature, arguing the possibility of considering it as a reasonable tool to be inserted in the constitutional procedural practice, specially by the Brazilian Judiciary be the holder of the last word in our constitutional system. As the country has gone through successive institutional crises over the last decade, issues such as the formal and material democratic legitimacy of each of the branches, in their daily dealings in resolving the most varied cases, are brought to the public debate. Sometimes the Legislature is

hypertrophied, sometimes it is atrophied when compared to the other two branches; and these, depending on the historical moment, suffer from the same dilemma. Between an obligatory dialogue among the branches and a jurisdictional imposition of what are the meanings of the Constitution, would there be a gap, for the participation of legislative forces within the scope of the constitutional process? Or would the determination of the meanings of the constitution, over time, be exclusive to the Judiciary, even if it supposedly lacks popular legitimacy? The analysis, which uses the literature review as research methodology, bases some academic articles focused on the theory of law and constitutional, as well as the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court, in order to understand and locate a Brazilian praxis regarding the *appellentshcheidung*. Finally, some possible applications of the appeal to the legislature are proposed, in addition to those that already exist, considering its potential to maximize gains in terms of deliberative performance of the Brazilian Federal Supreme Court in its interactions with the other branches. The intention on this issue is to strengthen the Democracy and Rule of Law system, hoping that the mitigation of tensions and the search for the best response to social problems may be the result of a process of joint construction, over time, between the institutions. This is how a constitutional democracy should work, as it is, and intends to be, the Brazilian one.

**KEYWORDS:** *Appellentshcheidung*; Appeal to the Legislature; Dialogue;

Constitutional Courts; Normative Unconstitutionalisation.

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho, apesar de intrigante e, aparentemente, atual, diante a diversas crises institucionais pelas quais o Brasil passou nos últimos dez anos, trata de uma ferramenta que conta com ainda tímida abordagem doutrinária. Isto não serve, de qualquer maneira, como demérito à temática, apenas demonstra, possivelmente, como o Direito Constitucional Brasileiro esteve felizmente dedicado à solidificação da supremacia normativa da Constituição e na construção de sólidas bases teóricas com as quais as futuras gerações de estudiosos poderiam exercer seu trabalho complementar, com satisfatório grau de eficiência.

Muito embora existam alguns limitadores ao debate aqui exposto, especialmente certa predisposição na doutrina em apresentar respostas predeterminadas e, de certo modo, autoritativas quanto ao regime de separação de poderes e, especialmente, o papel da Corte Constitucional enquanto detentora de uma última palavra – provisória, como adiante será discutido -, este artigo não pretende superar os modelos previamente apresentados, em sua razão de ser epistêmica, ou, menos ainda, diminuir o relevantíssimo debate em torno da hermenêutica jurisdicional, sobretudo importante ao regime democrático e na delimitação dos limites epistêmicos do debate jurídico, quando submetido ao fórum próprio.

Antes, isto sim, este texto pretende apresentar um diálogo mínimo entre a ciência jurídica e a ciência política - tão costumeiramente dissociadas -, de maneira a apresentar razões pelas quais o apelo ao legislador, ferramenta jurisdicional relevante na prática constitucional alemã e dedicada à autocontenção judiciária face a uma necessidade presente de intervenção do Poder Legislativo em determinado aspecto do ordenamento jurídico, fulminado por processo de *inconstitucionalização*, pode representar um ganho à Corte Constitucional na lógica interativa da separação de poderes.

Exatamente por isto, este artigo ousa iniciar pela abordagem teórica do “Apelo ao Legislador”, para, então, mergulhar na análise do vigente arcabouço normativo e sua relação com a Suprema Corte brasileira, na lida diária de superação dos dilemas constitucionais que lhes são apresentados. É necessário, assim, trazer salutar clareza ao debate de modo a que a construção do conhecimento adiante seja feita de maneira lógica e justa, sem incorrer no danoso perigo de expandir em demasia as fronteiras da temática, limitada a tão curto espaço de escrita, típico do artigo.

Ao longo da primeira parte, voltaremos os olhos para dois artigos de matizes distintos, um que tem por fito apresentar as diferentes facetas do apelo ao legislador e, outro, voltado à ciência política, com intuito de propor uma possível visão a respeito da interação entre poderes em uma democracia instituída sob um Estado Democrático de Direito. Na segunda

parte, por sua vez, analisaremos brevemente o estado de coisas infraconstitucional, do ponto de vista do processo constitucional, bem como o tratamento dedicado ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

Em derradeiro, ao longo da terceira e derradeira a parte, pautado numa visão do construtivismo jurídico, propomos uma abordagem imaginativa e com intenção inovadora, de modo a buscar pequena contribuição à comunidade jurídica em torno da ferramenta do apelo ao legislador, concluindo por sua viabilidade na utilização, pela Corte constitucional, na interação com o Parlamento.

Os desafios não são poucos, contudo, pretendemos entregar ao leitor algumas provocações epistêmicas, especialmente a relevante lição de Mangabeira Unger, trazida ao fim, de que o moderno jurista deve dedicar seu pensamento para além das fronteiras normativas e estruturais, de modo a propor de forma saudável e racional, mudanças ou melhorias ao sistema vigente – sempre em busca da maximização de uma função do Direito, aqui entendida como a satisfatória performance deliberativa da Corte constitucional no jogo dos poderes.

## 1. APPELLENTSHCEIDUNG: ORIGENS E ÂMBITO DE SUA OCORRÊNCIA

O apelo ao legislador pode ser definido como uma técnica jurisdicional construída pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE)

para servir de instrumento analítico da relação entre o Direito e a política. De modo único, contudo, o BVerfGE passou a reconhecer que determinado texto normativo ou situação jurídica não “se tornou *ainda* inconstitucional”, exortando “o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – a correção ou a adequação de *situação ainda inconstitucional*”<sup>138</sup>.

A teoria clássica do controle de constitucionalidade, aos moldes do *judicial review*, pautada na declaração de inconstitucionalidade de textos normativos, seguida da remoção destes do mundo jurídico por incompatibilidade à Constituição, sofre um temperamento único na jurisprudência do BVerfGE. A lei ou situação jurídica, apesar de existente e aparentemente imperfeita, *ainda* não padece de inconstitucionalidade, contanto que determinadas medidas de natureza legislativa – e, portanto, submetidas ao debate político próprio dos órgãos legiferantes – adotem esta ou aquela medida corretiva.

O tempo, desta forma, ingressa na equação jurisdicional de maneira a permitir que o BVerfGE não deixe de exercer seu mister de guarda do texto constitucional. Há um elemento, todavia, digno de nota. Como bem afirma o professor Gilmar Mendes, a influência do Tribunal não se limita às questões que lhe foram submetidas: as demais forças políticas existentes na Alemanha tendem a se adaptar ao

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – appellentshceidung - na Práxis da

Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista De Direito Administrativo*, 188, abr. 1992, p. 36.

entendimento da Corte<sup>139</sup>. As decisões oriundas do BVerfGE – ou até mesmo suas orientações – influenciam iniciativas legislativas e, não raro, são citadas nas exposições de motivos de alguns projetos de lei<sup>140</sup>.

A rigor, as recomendações são dirigidas na forma de *obiter dicta* constantes dos pronunciamentos do BVerfGE, seja em sentenças de rejeição de inconstitucionalidade, nas sentenças que proferem interpretação conforme à Constituição, nas declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e nas decisões declaratórias de nulidade<sup>141</sup>. Em outras palavras, o apelo ao legislador, conforme consagrado pelo Tribunal, pode ser exercido de maneira meramente discursiva, mas com relevante papel na consideração por parte dos órgãos legiferantes.

Segundo Gilmar Mendes, a expressão “*appellentshcheidung*” foi utilizada 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 medidas corretivas necessárias”. Contudo, a origem do instituto data de 1954, em decisão do BVerfGE sobre o Estatuto de Sarre, na qual se assentou que as providências empreendidas pelo legislador com vistas a superar o diploma legal, ainda que se mostrassem

imperfeitas, contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e, por isso, deveriam ser consideradas *ainda constitucionais*. Em suma, trata-se de uma recomendação do Tribunal em prol do exercício de autocontenção nos casos em que se reconhece haver esforços legislativos para a colmatação de estado de inconstitucionalidade<sup>142</sup>.

Assim, o apelo ao legislador é ferramenta jurisdicional desenvolvida pelo BVerfGE configurada por peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade cujo conteúdo preventivo opera no “*campo preliminar da patologia constitucional*”<sup>143</sup>. Na práxis constitucional alemã, tal instituto pode ser classificado em três tipos: (a) em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas; (b) em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar; (c) em virtude da falta de “evidência” de inconstitucionalidade.

No primeiro dos tipos, o apelo em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas, trata-se da “mais importante categoria dessa modalidade de decisão na jurisprudência do *bundesverfassungsgericht*”<sup>144</sup>. Em termos gerais, esta espécie de apelo tem por premissa o reconhecimento de mudança substancial nas relações fáticas que, reiterada e consolidada pelo decurso do tempo, é capaz de alterar substancialmente a constitucionalidade da aplicação de determinado texto

<sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39.

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39.

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 42.

<sup>142</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39-43 e nota de rodapé 27.

<sup>143</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 45.

<sup>144</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 46.

normativo – ou seja, houve notório processo de *inconstitucionalização normativa* nos termos de Gilmar Mendes<sup>145</sup>. Como ponto comum das decisões que apelam ao legislador, nestes casos, nota-se uma jurisdição de cautela por parte do BVerfGE de modo a se restringir declarações de inconstitucionalidade de norma quando sua consequência for a criação de um estado de coisas de completo desamparo às relações jurídicas.

A segunda espécie de apelo, em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar, envolve o reconhecimento da omissão legislativa *ainda constitucional*, sendo enfatizado o dever do legislador em promover as providências reclamadas. Ademais, o dever de legislar pode decorrer, na espécie, de expressa exigência constitucional ou ainda derivar do chamado dever de proteção, no qual o Estado está obrigado a atuar na defesa e proteção de certos valores (como vida, integridade física e honra). O BVerfGE tem identificado, nos últimos anos, um dever geral de adequação “que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as consequências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente”<sup>146</sup>.

Novamente, para estes casos, nota-se uma tendência da Corte em retirar lei ou ato normativo do ordenamento cuja omissão possa resultar em um vácuo normativo, hipótese no qual o legislador não dispõe

de condições para uma imediata substituição do estatuto vigente<sup>147</sup>. Ainda, em alguns casos, o BVerfGE entendeu razoável o estabelecimento de prazos às autoridades para que superassem o processo de inconstitucionalização normativa, sob pena de permitir ao Judiciário a aplicação imediata de medida diversa<sup>148</sup>.

Por último, no apelo em virtude da falta de evidência de inconstitucionalidade, vê-se uma tentativa do BVerfGE em subjetivar o ato inconstitucional, na medida em que, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, não haveria que se falar em consequências jurídicas do defeito, tendo como marco inicial a declaração pelo Tribunal<sup>149</sup>. Em outras palavras, esta espécie de apelo tem por premissa o reconhecimento de mudança substancial nas relações fáticas que, à época da entrada em vigor do texto normativo, não se poderia exigir resultado diverso do legislador<sup>150</sup>.

Em linhas gerais, há cristalino caráter de autocontenção do BVerfGE quando decide pela situação *ainda constitucional* de um texto normativo, apelando ao legislador para que corrija ou revogue determinada disposição infraconstitucional, sempre com o supedâneo das possíveis consequências jurídicas, políticas e sociais. Ainda, o texto normativo ou a relação jurídica não é tratada como algo estanque no tempo, inconstitucional *ab*

<sup>145</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 46-50.

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51-54.

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51-54.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 55-56.

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 55-56.

*initio* ou incapaz de ser corrigida sem um exercício conjunto entre o Legislativo e Judiciário. Ao contrário, são tratados como objetos de constante escrutínio e submissão a um “*dever de racionalidade*” na concretização da Constituição<sup>151</sup>.

Todavia, em meio a esta questão, deveriam as instituições busca a construção de um significado ou alguma delas deve sempre ter a última palavra? É o que se passa a analisar.

## 2. A INTERAÇÃO ENTRE PODERES: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Ao longo de anos, a teoria constitucional se voltou, com determinado afinco, à busca de justificativas em torno de quem deveria deter a prerrogativa de dar a última palavra em uma democracia a respeito do significado da Constituição. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes, “a teoria normativa tem produzido uma apoteose da última palavra, duelos imaginários entre o juiz heroico e o legislador perverso, ou vice-versa – entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador com espírito público. Em outro nível, isso também foi visto como um conflito entre direitos fundamentais e democracia ou entre poderosas maiorias e vulneráveis minorias”<sup>152</sup>.

Esta visão, apesar de altamente relevante na construção das bases teóricas do moderno

constitucionalismo, falha em temperar o debate a respeito de uma abordagem pragmática e institucional das relações entre os poderes. O diálogo interinstitucional possui dois componentes básicos: (a) o desenho institucional que formalmente lhe disciplina; (b) a cultura política que o anima. Ainda, independentemente da arquitetura institucional, pondera Hübner Mendes que a interação ao longo do tempo é inevitável e é irrelevante para entender o problema da legitimidade; e ainda que os diversos conceitos de legitimidade que informam a respectiva cultura política e a autocompreensão política interferem na qualidade daquela interação<sup>153</sup>.

Apesar disto, cumpre questionar se a última palavra institucional importa para alguma coisa. De acordo com Hübner Mendes, a resposta é positiva, mas não tanto quanto usualmente esperado. Para este, o papel da última palavra é “resolver uma controvérsia, com característica de certa durabilidade; resolver, mesmo que temporariamente, uma demanda por uma decisão coletiva que seja válida para todos”. Todavia, se aceitarmos a perspectiva de que uma instituição é dotada de maior legitimidade democrática que a outra, numa perspectiva qualitativa, aquela que for “mais democrática”, se discordar da decisão final, sempre poderá ofertar uma resposta alternativa à primeiramente dada<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 40.

<sup>152</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3*. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, jun. 2011, p. 2.

<sup>153</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 5.

<sup>154</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 10-11.

É talvez este seja o principal paradoxo da separação de poderes. Ao fim e ao cabo, inexistiu um monopólio de decisões a respeito de direitos e políticas<sup>155</sup>. A construção interativa de soluções legais estáveis, assim, parece ser mais desejada. Não podemos esquecer, contudo, que estas interações estão fadadas a uma constante flutuação de espaços de atuação e, até mesmo, de interesses institucionais que cada uma possui em determinado espaço de tempo. Os poderes, assim, usam (ou deveriam, em tese, usar) de prudência para testar até onde conseguem ir para firmar suas decisões<sup>156</sup>. Nesta perspectiva, o diálogo deve ser entendido como tal interação recorrente.

Parte intrigante do debate, por sua vez, é a figura do Poder Judiciário e os mitos que o cercam. Nas palavras do autor, “se, de um lado, o mito da neutralidade judicial já foi superado por diferentes escolas de pensamento, aquele da independência judicial sobrevive e continua sendo vastamente ignorado pela teoria normativa”. Ou seja, “se o aparato procedimental que cerca a Corte garante sua independência de interesses eleitorais, o juiz está constricto, para os mais otimistas, apenas pela lei; e, para outros, nem mesmo pela lei”<sup>157</sup>. Para ele, no entanto, há que se ter parcimônia no debate e voltar os olhos para o que a ciência política empírica vem demonstrando.

Há alguns denominadores comuns a serem levados em conta neste tema<sup>158</sup>: (a) a Corte é politicamente sensível e testa, ininterruptamente, o espaço que ocupa na separação de poderes ao estimar a reação potencial de outros ramos contra suas decisões, além de sua capacidade de resistência; (b) a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma abstrata não é capaz de descrever e captar esta constante redistribuição de limites; (c) ao lado desta interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo oscila e tal movimento é responsável pelo maior ou menor espaço que cada ramo do poder ocupará no arranjo geral de forças.

A ideia central exposta no parágrafo anterior é razoavelmente objetiva: se de um lado a separação de poderes não é um fenômeno estático e pré-definido em todas as suas nuances, de outro as Cortes constitucionais não podem continuamente exarar decisões que sejam completamente separadas de uma preocupação na manutenção de seu prestígio e respeitabilidade, das quais a legitimidade e eficácia de suas decisões exsurgem. Ou seja, há espaço para erros ou acertos, posições ativistas ou conservadoras, bem como avanços ou recuos estratégicos para uma Corte constitucional, contanto que esta compreenda seu papel na dinâmica interativa do jogo entre poderes.

Neste cenário e com base em um vasto revolvimento da moderna filosofia

<sup>155</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

<sup>156</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11-12.

<sup>157</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

<sup>158</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

política, Hübner Mendes apresenta duas ideias essenciais com as quais traça premissas à sua proposta de interação entre poderes: a primeira é a de existência uma “última palavra provisória” – ou seja, a capacidade de encerrar uma discussão sobre a questão, em determinado tempo, de forma pré-determinada – e a de “performance deliberativa” – a capacidade de convencimento e manutenção da eficácia de decisões tomadas, sobre determinada questão, em determinado tempo –, sendo esta última relacionada à ideia de uma legitimidade contextual e comparativa entre Parlamentos e Cortes constitucionais.

De acordo com o autor, sua alternativa seria capaz de reduzir os riscos inerentes ao processo de uma hipertrofia das Cortes constitucionais face a uma hipotrofia de Parlamentos democráticos, contanto que se desenvolva uma demanda maior de diálogo institucional ao longo da prática decisional dos diferentes poderes. Em tal cenário, Cortes e Parlamentos constantemente seriam obrigadas a se engajar no debate, de forma persuasiva. Tendo a “performance deliberativa” como métrica, a competição interinstitucional pelo melhor argumento seria estimulada e uma pressão por maior consistência e racionalidade sistêmica poderiam ser obtidas<sup>159</sup>.

Neste campo, seria possível cogitar de uma legitimidade contextual e comparativa entre Parlamentos e Cortes constitucionais, já que a legitimidade política é volátil e depende parte dos resultados obtidos, parte das credenciais formais, pré-estabelecidas. Desta forma, “Parlamentos e Cortes, apesar de deterem diferentes responsabilidades deliberativas, podem mutuamente se desafiar a prestarem contas umas às outras. Isso não é feito sem conflito, incerteza e risco de erros. Eles podem ser considerados mais ou menos legítimos, dependendo de sua performance”<sup>160</sup>.

Todavia, insiste Hübner Mendes que o erro ocasionalmente cometido por um ou outro poder que detenha a última palavra não reduz, de qualquer modo, a autoridade de suas decisões, embora torne altamente legítimo o desafio realizado pelo outro poder. Afinal, este será o preço a se pagar por decisões que não sejam dotadas de razoabilidade e justificativas transparentes. Com o tempo, e considerando a possibilidade de concessões e acomodações de espaços, especialmente quando as Cortes dão o benefício da dúvida ao Parlamento, “é mais provável que os poderes progressivamente reduzam suas discordâncias”<sup>161</sup>.

Mas como deve ser exercido o papel das Cortes constitucionais, usualmente dotadas *a priori* da última palavra provisória, ao menos em democracias ocidentais

<sup>159</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

<sup>160</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

<sup>161</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

contemporâneas? Conrado Hübner Mendes afirma que a reiteração do pensamento de que as Cortes constitucionais possuem uma função negativa de declarar a inconstitucionalidade de textos normativos, enquanto o legislador possui a função positiva de legislar, não mais responde às complexidades atuais. Sua proposta é de que “a Corte deve ser capaz de modular sua intervenção ou contenção, dependendo da performance do Parlamento. Assim, poderá ir além, da ‘suplementação à competição’. (...) Isto retorna a uma premissa da última parte: a prudencial análise do contexto, um equilíbrio caso a caso”<sup>162</sup>.

De forma conclusiva, o autor afirma que a interação é inevitável na separação de poderes; porém a interação deliberativa é um ganho, enquanto a adversarial é, senão um prejuízo, uma verdadeira perda de potencial epistêmico. Ainda, a *judicial review* não precisa ser vista como um muro de contenção somente, mas também um mecanismo que proporciona melhores deliberações, ao menos, sobre o que é essencial à Constituição<sup>163</sup>. Mas como por isto em prática?

A resposta de Hübner Mendes não é conclusiva, mas certamente abre amplos caminhos para o debate constitucional. De acordo com o professor, “calibrar a última palavra com o diálogo [institucional] é, portanto, uma

tarefa para o teórico normativista, o arquiteto institucional e o próprio tomador de decisões. Cada qual sozinho não pode exaurir esta tarefa – o teórico normativista imagina e provê o critério para tanto o arquiteto institucional, que os traduz em procedimentos, quanto o tomador de decisões, que deve modulá-los caso a caso. O equilíbrio pode mudar e a performance deliberativa poderia ser um de seus fatores causais ou, ao menos, justificador”<sup>164</sup>.

Portanto, com este panorama inicial do debate, parece-nos razoável convidar à reflexão quanto às questões que aqui são colocadas: poderia ser o apelo ao legislador uma ferramenta potencial a ser incluída na jurisdição constitucional brasileira, permitindo a criação de um espaço legítimo de interação entre os poderes, inclusive de exercício de autocontenção pelo Supremo Tribunal Federal?

### 3. HÁ PREVISÃO DO APELO AO LEGISLADOR NA LEGISLAÇÃO NACIONAL?

O sistema brasileiro, em termos de processo constitucional, não é unificado. Embora haja um projeto no Congresso Nacional que visa a elaboração de um código próprio, a realidade atual é a de um complexo normativo que engloba: (a) Constituição Federal; (b) leis regulamentadoras de cada ação constitucional – *habeas corpus* (Decreto-lei nº 3.689/41),

<sup>162</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 27.

<sup>163</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 27-31.

<sup>164</sup> Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 31.

*habeas data* (Lei nº 9.507/97), ação popular (Lei nº 4.717/65), mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) e mandado de injunção (Lei nº 13.300/16); (c) as que disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 e 9882/99); (d) demais leis específicas, como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Civil, súmula vinculante (Lei 11.417/06), dentre outras.

Dado que o apelo ao legislador, em suas hipóteses já trazidas anteriormente, pressupõe o exercício da jurisdição constitucional sobre textos normativos em processo de inconstitucionalização ou omissões do legislador em sua função positiva, uma análise inicial do atual estado de coisas será mais razoável tendo por base as ações de controle abstrato e o mandado de injunção.

No caso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a declaração da omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa<sup>165</sup>. Frise-se que o dever constitucional de legislar poderá ser descumprido total ou parcialmente pelo legislador ou pelo administrador público detentor de poder regulamentar. Neste caso, a omissão deverá ser de cunho normativo, nela compreendidos os atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele

ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo.

Com a declaração da inconstitucional omissão dos agentes responsáveis por legislar, o STF deverá: (a) cientificar o Poder Legislativo para que tome as providências necessárias a suprir a inconstitucionalidade, sem fixação de prazo; (b) ou o órgão administrativo para que supra a omissão, no prazo mínimo de 30 dias, consoante artigo 12-H e §§, da referida lei. Nos ensinamentos de Luis Roberto Barroso, “embora o STF já tenha admitido a fixação de prazo, ressaltou que se tratava de mera indicação, sem estabelecer consequências para o caso de eventual descumprimento”<sup>166</sup>.

Muito embora haja, aqui, um tímido apelo ao legislador para que supra sua omissão no papel de legislar, face a uma determinação direta ao administrador público, os efeitos da ADI por omissão não se assemelham ao que pretendeu o *appellentshcheidung*. Em primeiro lugar, o instituto pressupõe sentença que *rejeita* a arguição de inconstitucionalidade – a omissão que se cogita é *ainda* constitucional –, enquanto, no caso brasileiro, a ação visa justamente a declaração da inconstitucional omissão total ou parcial, não havendo o que se falar em ações “declaratórias de omissão constitucional”. Em segundo lugar, ao longo dos anos, o BverfGE entendeu que a fixação de prazos para a adoção de medidas legislativas, sob pena de configuração da inconstitucionalidade

<sup>165</sup> Artigo 12-B da Lei 9868/99.

<sup>166</sup> Cf.: BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*:

*exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 167.

ou, ainda, outra sanção fixada desde logo pela Corte, seria ferramenta útil a instar o legislador a cumprir seu papel constitucional. Todavia, no caso brasileiro, não há que se cogitar de fixação de prazos obrigatórios ao legislador ou ainda de outras sanções. Esta pode ser uma das razões desta ação representar parte diminuta do acervo de julgados pelo STF<sup>167</sup>.

As demais ações de controle concentrado, seja a direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a arguição de descumprimento fundamental, não possuem um expreso método de incitação ao agir do legislador ou das autoridades, por terem como objeto a fulminação ou confirmação de determinado texto normativo – ou de hipótese normativa, como veio a se consolidar com o passar dos anos, pelo STF -, com pequena ressalva à ADPF. Explica-se.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra respaldo na

relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, sendo o instrumento de análise destinado ao juízo de recepção. Esta ação, nos termos de<sup>168</sup>. Do julgamento da ADPF poderão resultar a declaração de inconstitucionalidade de texto normativo e a fixação das condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental questionado pela arguição, sendo as autoridades posteriormente comunicadas a respeito destas. Importante destacar que, dada uma maior amplitude do objeto da ADPF em relação às demais ações de controle concentrado e, podendo o STF fixar critérios interpretativos a respeito de determinado preceito fundamental – dentre eles, direitos fundamentais –, quer parecer haver espaço para possível interação com o legislador, por meio de apelo em decorrência de omissão *ainda* constitucional do dever constitucional de legislar, no sentido de melhor tutelar o preceito fundamental lesado.

<sup>167</sup> Em pesquisa realizada no site do Tribunal (junho de 2023), verificam-se pouco mais de 100 ações já julgadas, seja de forma monocrática ou colegiada. Tendo em vista este cenário, Barroso leciona Barroso que embora o tema da inconstitucionalidade por omissão possa ter figurado entre as preocupações da doutrina e do constituinte de 1988, este fenômeno não é eficientemente resolvido no sistema constitucional brasileiro. Cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Opus Cit.* p. 164.

<sup>168</sup> De acordo com Ana Paula de Barcellos, a ADPF se presta “à impugnação de atos do Poder Público que violam diretamente preceito fundamental, sendo seu objetivo, em última análise, a definição do sentido e alcance do preceito fundamental, e não discutir mera violação reflexa ou indireta à Constituição. A

doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de que, em princípio, tais atos podem ser de qualquer natureza, por ação ou omissão, produzidos por qualquer um dos entes federativos: leis e demais atos normativos – incluindo o chamado Direito pré-constitucional –, atos administrativos e até atos jurisdicionais. A doutrina cogita, inclusive, a possibilidade de que sejam impugnados atos emanados de particulares no exercício de função pública, à semelhança do que se admite em sede de mandado de segurança e habeas corpus. Apenas os atos verdadeiramente privados ficariam peremptoriamente excluídos do âmbito da ADPF”. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2018. p. 645.

Por fim, o mandado de injunção, que foi regulamentado tão somente em 2016 pela Lei 13.300, é o instrumento com maior potencial à disciplinar um procedimento efetivo de apelo ao legislador, em suas diferentes facetas teóricas. O objeto desta ação é o reconhecimento da falta total ou parcial de norma regulamentadora inviabilizadora do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Seu escopo é mais restrito se comparado à ADI por omissão, já que esta pode se ocupar de qualquer omissão inconstitucional, ao passo que o objeto do MI diz respeito apenas à omissão de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania<sup>169</sup>.

O provimento pretendido, assim, é a efetiva declaração da mora legislativa, tendo por consequência alguns mandamentos, de acordo com os artigos 8º a 10º: (a) a determinação de prazo razoável para que a autoridade impetrada promova a edição da norma regulamentadora; (b) o estabelecimento das condições por meio das quais se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, ademais, das condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado; (c) e a possibilidade de conferência de efeitos *ultra partes* ou

*erga omnes* à decisão, dada a natureza subjetiva da injunção, via de regra.

É importante destacar, ainda, que a decisão em mandado de injunção poderá ser posteriormente revista em caso de superveniência de relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito, o que é dizer haver substantiva alteração na realidade de maneira a tornar uma omissão, total ou parcial, e lesiva a direitos constitucionais, em algo constitucionalmente adequado. Diferentemente da ADI por omissão, o mandado de injunção prevê a determinação de prazo para suprimento da ausência legislativa, independentemente de se tratar de autoridade administrativa ou do Poder Legislativo; ainda, permite a fixação provisória de condições pelas quais o direito lesado poderá ser exercido, podendo até mesmo definir premissas sobre as quais o cidadão poderá reclamar seu direito após o esgotamento do prazo fixado na decisão, sem atuação do órgão legiferante.

Os elementos tempo e performance deliberativa, vistos na primeira parte deste artigo, assim, são relevantíssimos ao mandado de injunção, dada a amplitude de poderes que detém a Corte ao conceder injunções, podendo optar por maior ou menor grau de autocontenção. Assim, o mandado de injunção aparenta fornecer amplo espaço de interação entre a Corte constitucional e o Parlamento, muito embora a ação seja subjetiva por natureza.

<sup>169</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Opus. cit.* p. 652.

#### 4. DIÁLOGOS POR MEIO DO APELO AO LEGISLADOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito embora o tema não seja novo, poucos são os exemplos de efetiva aplicação pelo STF. Faremos menção, a seguir, aos seguintes julgados: ADFP 131/DF, MI 7.300/DF e RE 607.642/RJ.

Em local de destaque, a ADFP 131/DF (relatada pelo Min. Gilmar Mendes e julgada em sessão virtual de 19 a 16 de junho de 2020), o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO) impugnava os artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34 sob a alegação de que as disposições oriundas da década de 1930 restringiam o exercício profissional do optometrista, então verdadeiros práticos e autodidatas, proibindo a instalação de consultórios ou a prescrição de quaisquer lentes corretivas aos interessados. A alegação foi no sentido de não haver mais sentido à tais restrições. A decisão do relator, seguida pela maioria dos demais ministros, deu-se no sentido da rejeição da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, mas apelando-se ao legislador para que apreciasse o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo

Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria. Ou seja, houve a declaração de recepção dos trechos da legislação objeto da arguição, com a observação de serem *ainda* constitucionais, mas já em processo de inconstitucionalização<sup>170</sup>.

Posteriormente, em sede de embargos de declaração, o Supremo, ao detectar a continuidade da lesão inconstitucional aos direitos de optometristas, decorrente da demora que um simples apelo ao legislador sobre todo o tema poderia causar, não somente revelaria inadequada proteção face à liberdade profissional de pessoas graduadas, como também seriam desacreditados a os cursos universitários superiores que lecionam optometria. Desta forma, a decisão foi parcialmente reformada para, enquanto pendente resultados do apelo, ao menos permitir os optometristas formados o exercício regular de sua profissão.

O STF, no caso concreto, similar ao quanto adotado pelo BVerfGE em casos próprios, compreendeu que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, muito embora possível, não seria a melhor resposta face ao estado de insegurança jurídica gerado pela retirada do texto

<sup>170</sup> Em *obiter dicta*, a Corte afirmou que “na espécie, (...) recomenda-se a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. (...) a opção legal (...)”

apesar de restringir o direito fundamental à liberdade profissional (...), não permite sua liberação indiscriminada ao menos na atual senda pelo Poder Judiciário. (...) [a decisão] leva em conta o princípio da separação dos Poderes para, com base na esfera de conveniência legislativa, afirmar que, apesar de existir violação atual ao texto constitucional para os profissionais qualificados, o Poder Legislativo deve ser instado a manifestar-se e exercer o papel de regulamentar tal nicho profissional”.

normativo da ordem jurídica; todavia, os dispositivos escrutinados já se encontram em nítido processo de inconstitucionalização, a demandar o apelo ao legislador para que, na seara político-deliberativa do Parlamento, procedesse à regulamentação da profissão, ressalvada a hipótese em que a lesão a direitos fundamentais seria evidente.

Outro caso de apelo ao legislador, em sede de mandado de injunção, é o MI 7.300/DF, julgado em sessão virtual de 16 a 26 de abril de 2021, no qual o exercício da autocontenção judiciária serve de bom exemplo face à interferência de políticas públicas de prestação continuada e alto impacto orçamentário. No caso concreto, o cidadão Alexandre da Silva Portuguese pleiteava o suprimento de lacuna legislativa, imputada ao Presidente da República, a qual tornaria inviável o recebimento do benefício social da renda básica da cidadania, instituído pela Lei nº 10.835/2004.

Em termos gerais, o impetrante arguia que o benefício seria responsável por garantir o direito à cidadania e ao mínimo existencial, tendo por fundamento maior o artigo 1º, II, da Constituição, e a referida lei aprovada em 2004, ainda pendente de regulamentação administrativa pelo Poder Executivo. Como provimento de mérito, pleiteava o suprimento da mora legislativa mediante a aplicação direta do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, que prevê a concessão de benefício assistencial de prestação continuada, senão no montante de um salário-mínimo, ao menos em metade deste valor. Buscava o impetrante, ainda, a

determinação de prazo razoável para a regulamentação do benefício assistencial previsto na Lei nº 10.835/2004, pelo Poder Público.

Sorteado como relator, o então Ministro Marco Aurélio de Mello dava provimento ao pedido de injunção, visto que, ante à inércia do Executivo e considerando os primados da liberdade e da igualdade, impunha-se a fixação, de plano, de benefício assistencial suficiente a garantir ao impetrante condições dignas de vida. Em voto-vista, divergiu o Ministro Gilmar Mendes destacando o dever da Corte em exercer maior autocontenção, especialmente diante a omissões estatais, na medida em que as demais instituições estariam melhor habilitadas para definir quais dos interesses da comunidade deveriam ser efetivados pelo Estado, considerada a notória escassez de verbas públicas. Todavia, reconhecia o voto divergente se estar diante à verificação do cumprimento de um dever de proteção de garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática: a promoção do combate à pobreza, como condição de superação das desigualdades sociais e econômicas.

A conclusão do voto, assim, construiu entendimento pautado em três elementos relevantes: (a) o Poder Legislativo construiu o benefício de modo a ser progressivamente implementado, mediante disponibilidade orçamentária e desenvolvimento econômico, já havendo outras políticas sociais de igual importância; (b) o estabelecimento do benefício, mediante decisão judicial, causaria enorme déficit financeiro,

estimado em aproximados quatrocentos bilhões de reais; (c) o STF estaria excedendo os limites que, ao longo de mais de 20 anos, foram desenvolvidos por sua jurisprudência no âmbito de mandados de injunção.

Desta maneira, a divergência, acompanhada pela maioria, apelou aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotassem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorassem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível.

Resultado direto ou não deste julgamento, o Poder Legislativo veio a aprovar a Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021, que expressamente prevê, em seu artigo 1º, a unificação de programas de transferência de renda anteriormente existentes por meio dos novos programas Auxílio Brasil e Alimenta Brasil, além de expressamente afirmar que o Auxílio Brasil constitui uma etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da renda básica de cidadania, criada pela Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004.

O último exemplo da atual prática do STF no campo do apelo ao legislador é o Recurso Extraordinário 607.642/RJ, julgado em sessão de 29 de junho de 2020. O caso é intrigante na medida em que a técnica foi realizada não por uma ação originária, mas em sede recursal. Em suma, o caso versava sobre a inconstitucionalidade do regime de

cumulatividade na cobrança da contribuição para o PIS, instituída por meio da Medida Provisória nº 66/02. A nova disciplina legal teria acarretado aumento da tributação das empresas prestadoras de serviços, contrariando a finalidade descrita na exposição de motivos do diploma. Ainda, dado que tributação teria afetado somente empresas prestadoras de serviços - face à não cumulatividade aplicada a indústrias -, após a conversão da MP na lei nº 10.637/02, o princípio da isonomia teria sido afetado sobremaneira. Como provimento de mérito, pedia a declaração de inconstitucionalidade incidental da lei nº 10.637/02, de modo a afastar a cobrança do PIS de forma não cumulativa a todas as empresas.

A solução à controvérsia dada pelo relator, Min. Dias Toffoli, acompanhado pela maioria do plenário, revela um raciocínio prudente dada a complexidade do tema em questão. Se, de um lado, o relator reconhecia a impossibilidade de isentar o legislador de contradições quanto ao desenvolvimento sistêmico do regime não cumulativo, repleto de exceções e carente de uma isonomia perfeita, expurgá-lo do sistema jurídico por tais imperfeições, construídas ao longo do tempo, mostrar-se-ia insensato. Da mesma forma, não haveria razões para declarar a inconstitucionalidade em menor extensão para atingir contribuintes específicos e prestadores de serviços, sob pena de gerar um paradoxo em termos da própria isonomia tributária pleiteada.

Desta forma, concluiu o STF, por maioria, que o legislador não estaria em condições de identificar o estado de

inconstitucionalidade no momento da elaboração da lei, devido à complexidade da adoção gradual do regime não cumulativo; da mesma forma, seria igualmente difícil precisar o momento exato em que teria se implementado a conversão do estado de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em uma situação de invalidade; desta forma, seria caso de apelar ao legislador para que unificasse o sistema e trouxesse racionalidade a este.

A tese fixada pelo RE foi, então: “Não obstante as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estejam em processo de inconstitucionalização, é *ainda* constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo na apuração do PIS/Cofins das empresas prestadoras de serviços”. Contudo, a tese não foi pacífica quanto ao uso da expressão “ainda”, antes de “constitucional”. Afinal, a Corte estava a apelar ao legislador em sede de processo subjetivo, jugado em grau recursal – não submetido a método de resolução de controvérsia definitivo e *erga omnes*, ao menos não quanto à discussão da (in)constitucionalidade normativa<sup>171</sup>.

Com efeito, é neste caldeirão potencial que a jurisprudência do STF vem se alinhando ao maior grau de interação com o Parlamento anos. Muito embora os julgados analisados não

possam, com segurança, apontar um modelo já consolidado de apelo ao legislador na via jurisprudencial, fato é que permitem visualizar um caminho potencial ainda a ser trilhado na relação com os demais poderes e o cidadão.

## 5. PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO APELO AO LEGISLADOR

Traçado o panorama da temática em comento, passaremos a especular como seria a construção do modelo no Brasil tendo por base uma abordagem construtivista funcional. Com efeito, Lucas Fucci Amato apresenta boas considerações a respeito do papel do jurista, em tempos modernos, para além das tradicionais abordagens normativa e hermenêutica. O breve revolvimento do tema não pretende aprofundar o complexo debate apresentado pelo autor, porém pincelar algumas de suas propostas.

Buscando traçar as bases de um construtivismo jurídico em desdobramento dos pensamentos de Norberto Bobbio, Niklas Luhmann e Roberto Mangabeira Unger, Amato confronta o leitor com o desenvolvimento histórico da função do Direito, desde Kelsen até as modernas teorias. Em resumo, o autor busca demonstrar como o isolamento do cientista do Direito, ao menos no que importa à sua abordagem metodológica,

<sup>171</sup> Os problemas decorrentes do uso do termo são evidentes, a começar pela possibilidade de as instâncias inferiores reconhecerem a inconstitucionalidade dos textos normativos submetidos ao regime de julgamento do Recurso Extraordinário, justamente pela ideia de transitoriedade do estado de

constitucionalidade, decadente com o passar do tempo. Todavia, como bem assentado em meio aos debates entre os Ministros, o STF declarou a constitucionalidade dos textos, por mais que reconhecedor do estado de mora legislativa quanto a uma necessidade de racionalização do sistema.

perde sentido no moderno debate a respeito dos limites e defeitos das instituições jurídicas.

Começando por Bobbio, Amato afirma que o antigo mestre possuía consciência de que a “cisão entre o jurista dogmático e o cientista social empirista tem raízes históricas definidas, mas que seu aprofundamento contribui antes para o amesquinçamento de ambos os lados do que para a profundidade analítica e precisão conceitual”. Desta forma, a tarefa do jurista seria a superação de tal abismo, o que, no entendimento do professor italiano, se daria apenas por meio de uma sensibilidade sociológica inserida na racionalidade formalista do jurista<sup>172</sup>.

Pois é justamente com a inserção de uma abordagem sociológica interdisciplinar que Bobbio enfatiza a complementariedade das perspectivas estruturais e funcional, antes separadas, sobre o direito, sendo que a função do jurista transcenderia a interpretação dogmática e abarcaria a comparação entre as funções propugnadas em relação às realizadas, presentes no ordenamento jurídico.

Em contraste à teoria de Bobbio, Amato destaca outros dois autores que transitam entre a teoria do direito e a teoria social: Luhmann e Mangabeira Unger. De um lado, Luhmann entendia o sistema jurídico como uma cadeia autorreferencial de comunicações sobre o código lícito/ilícito e não como

conjunto de normas, partindo da definição do Direito pelo isolamento de uma função específica – generalizar congruentemente expectativas normativas –, ao invés de distinguir “funções” ou diferentes “usos” e “orientações” do Direito<sup>173</sup>. Unger, por sua vez, apresenta uma contraposição às teorias que propõe a ideia de que o Direito é um fenômeno sem estruturas próprias, suscetível a justificar qualquer interpretação dos textos normativos com base na autoridade<sup>174</sup>; para o autor, isto sim, o Direito é um conjunto de soluções dominantes e desviantes para organização de toda a sociedade, da economia e da política, sendo certo que este padrão se repete ao longo de todo o corpo do Direito, mesmo que segmentado em diferentes partes para análise.

Ainda sobre Unger, afirma Amato que “retomando o institucionalismo jurídico francês [o autor] propõe, para as ciências sociais em geral e para o direito e a economia política em particular, concentrarem-se na ‘imaginação institucional’ (...) tarefa de análise do direito e proposição de reformas jurídicas a partir do mapeamento e da crítica das formas alternativas de organização das diversas áreas da sociedade, formas estas representadas, justificadas e esquadrihadas no corpo do direito e no discurso doutrinário”<sup>175</sup>.

Ainda sobre o tema, Amato afirma que o conceito de “imaginação institucional” seria “uma tarefa para o

<sup>172</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Função, estrutura e instituição na análise jurídica*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 112, jan./dez. 2017, p. 389-390.

<sup>173</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 400.

<sup>174</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 400.

<sup>175</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 401.

papel que Bobbio definia como aquele de ‘jurista pesquisador’. (...) Na linha da tarefa de ‘imaginação institucional’ propugnada por Unger, o que se pratica é o mapeamento, a imaginação e o desenho de modos alternativos de estruturação jurídica para o alcance de determinada funcionalidade”<sup>176</sup>.

De forma conclusiva em seu pensamento, Amato apresenta a ideia de que “ao lado das teorias voltadas para a interpretação judicial e a solução de controvérsias no centro de controle de consistência do Direito – as Cortes –, haveria uma dogmática ou doutrina potencializada pela discussão normativa e pela pesquisa empírica. Ela estaria direcionada à periferia de inovação do direito, informando legisladores, administradores e ordenadores privados, voltando-se à criação e à transformação do direito, com impacto apenas mediato sobre a interpretação do direito posto realizada por juízes. Seu escopo, portanto, não se confunde com o de uma interpretação jurídica preocupada com a ‘função social’, com a atribuição de propósitos a normas dadas. É em primeiro lugar um método para a reforma do direito”<sup>177</sup>.

Desta maneira, o ‘jurista pesquisador’ de Bobbio haveria de investigar e propor novos arranjos contratuais, reformas legislativas, de transações e procedimentos, sendo eles mesmos um elo de “irritação” da inovação jurídica, da construção do próprio direito. Assim, o “jurista pesquisador” “terá que trabalhar com o

instrumental analítico da economia em querendo propor mudanças no direito econômico; com questões pedagógicas na reforma do direito da educação; e com os problemas da mobilização política quando tratar de alterações nos arranjos constitucionais”<sup>178</sup>.

Finalmente, de acordo com Amato, pode-se dizer que observar a juridicidade interessado na sua transformação, não necessariamente em sua reprodução interpretativa, implica fundir as barreiras disciplinares entre dogmática jurídica, sociologia, filosofia e teoria do direito<sup>179</sup>. Portanto, a alternativa construtivista proposta por Amato - como desdobramento da contribuição de Bobbio, em diálogo com Luhmann e Unger -, é “construir um conhecimento do direito como estrutura da sociedade, mas também um conhecimento da especificidade funcional do próprio sistema jurídico”<sup>180</sup>.

A nós, cabe-nos, assim, traçar qual a funcionalidade do Direito que se pretende ver maximizada com o tema do apelo ao legislador, numa ótica da interação entre os poderes. A funcionalidade pretendida é a estabilidade democrática e harmonia entre os Poderes da República, especialmente o Parlamento e a Corte Constitucional, quando em momentos de oscilação da performance deliberativa de cada uma delas, tendo sempre em mente que, por definição no caso brasileiro, o STF detém inúmeras e complexas tarefas outorgadas pela Constituição, especialmente a de deter

<sup>176</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 401 e 402.

<sup>177</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 402 e 403.

<sup>178</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 403.

<sup>179</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 405.

<sup>180</sup> AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 405.

a última palavra *provisória* sobre seu significado.

Pois bem. Conforme pontuado, é inviável pensar na ferramenta do apelo ao legislador apartado dos conceitos de tempo e interação institucional, aqui inspirados pela ideia de uma performance deliberativa de cada instituição que disputa espaço no jogo da separação de poderes. Embora o poder judiciário possa deter a capacidade formal de falar por último sobre o significado da Constituição (última palavra *provisória*), certamente poderá ser desafiado pelo Parlamento a qualquer tempo, mediante nova reforma legislativa ou constitucional – posição já consagrada pelo STF, inclusive, no sentido da inexistência de um controle de constitucionalidade preventivo material de projetos de lei, salvo nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, no art. 60, §4º.

Dos exemplos citados de uso efetivo da figura do apelo ao legislador pelo STF, todos, sem exceção, ocorreram quando do provimento de mérito. Rejeita-se o mérito da arguição de inconstitucionalidade declarando-se o estado de *ainda constitucionalidade normativa* para, então, solicitar-se providências do legislador, ora fixando prazos, ora não. Todavia, o processo constitucional não envolve apenas discussões de mérito, mas, sim, debates relevantíssimos em sede de medidas cautelares concedidas ou rejeitadas nas ações constitucionais, especialmente naquelas de controle concentrado.

A concessão das cautelares, como sabido, depende da probabilidade do direito invocado, da urgência na antecipação da tutela pretendida - ou

um risco ao resultado útil do processo – e, finalmente, da possibilidade de reversão da medida, na eventualidade de julgamento de mérito diverso. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, a medida cautelar possui procedimento próprio – artigos 10 e 11 da lei 9868/99 – e, em caso de relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá ser abreviado, de acordo com o artigo 12 de referido diploma. O poder geral de cautela do magistrado é o que anima esta espécie de decisões, não havendo um limite legal para os resultados possíveis de sua concessão.

Ora, se a cautelar é temporária por natureza e as medidas acautelatórias podem variar conforme o caso concreto, já que pautadas no dever geral de cautela do magistrado, quer parecer haver considerável espaço para a realização de apelos ao legislador neste momento processual, especialmente em casos difíceis submetidos à Corte nos quais a mera suspensão da eficácia do diploma legal ou a alteração substancial de políticas públicas, de forma monocrática, possa ser o resultado da concessão da cautelar.

Com base no poder geral de cautela, assim, entendemos que poderia o relator:

- 1) Reconhecer o processo de inconstitucionalização que afeta o texto normativo;
- 2) Fixar critérios interpretativos pelos quais entenda ser o diploma ainda constitucional, mas, em processo de inconstitucionalização;

3) Apelar ao Poder Legislativo ou Executivo para que efetue as correções entendidas como necessárias, fixando-lhe prazo razoável para tanto;

4) Fixar critérios mediante os quais o exercício ou a tutela de direitos reclamados poderá se dar, vez esgotado o prazo fixado ao legislador, ou enquanto não implementado;

5) Submeter a decisão ao plenário para referendar a decisão que não antecipa os efeitos da tutela, porém, determina medidas cautelares de apelo ao legislador;

6) Valer-se do rito dos recursos repetitivos e suspender, se assim entender o Tribunal, o julgamento de processos sobre o tema, porém – e inclusive – a própria ação que deu causa a cautelar, enquanto não exaurido o prazo do apelo ao poder distinto.

Exarada a decisão cautelar de apelo ao legislador, poderá, sem dúvidas, quedar-se inerte o outro poder, o que, na ótica da interação entre poderes, melhor legitimaria decisões do STF que envolvam maior grau de intervenção na esfera de competências típicas do outro Poder. Poderá, igualmente, o outro poder ofertar razões pelas quais entende não ser possível cumprir com o dever legislativo no prazo concedido, seja por razões de ordem prática ou política, caso em que a Corte poderá rever sua decisão ou mantê-la. Em derradeiro, poderá o poder instado a legislar aceitar as razões da Corte constitucional, total ou parcialmente, caso em que eventual espaço de intervenção daquela, na lógica interativa, seria diminuto.

O mesmo pode ser dito para o julgamento de mérito das ações constitucionais, com o único temperamento da relevância da fixação de prazos para que, vez verificado o descumprimento deste por completa ou parcial ausência de atuação do outro poder, as consequências da inércia, previstas no provimento final, sejam autoaplicáveis e submetidas a obrigatória revisão depois de certo tempo, pela Corte, ou, ao menos, o remédio jurídico adequado à garantia dos efeitos da decisão, previsto no dispositivo, seja facilmente manejável pelo cidadão.

Por outro lado, poderá a Corte, em sua decisão final, fixar prazo de validade para suas próprias decisões de caráter autoaplicável, de modo a permitir seu teste de eficácia no mundo real, prevista desde logo nova rodada de revisão desta pelo Parlamento, após o decurso do prazo, de modo a consolidar o provimento da Corte em efetiva disposição positiva – o apelo, assim, seria postergado a momento posterior ao término do prazo de eficácia autofixado pela Corte, especialmente quanto às condições de exercício de determinado Direito ou modo de ser de determinada relação jurídica.

Nesta perspectiva de cognição exauriente, o apelo ao legislador deixa de ser uma possibilidade de medida cautelar endo-processual e torna-se efetivo motor dinâmico de teste de performance institucional, acrescentando uma métrica mais clara à relação entre os poderes, do ponto de vista de espaços politicamente aceitáveis e predeterminados de intervenção mútua.

Outra possibilidade de modelagem institucional imaginável, a qual elevaria o apelo ao legislador a um patamar extremo, seria a criação de órgão próprio dotado de poder deliberativo que unisse os três poderes, instado a deliberar sobre determinado por determinação da Corte constitucional. Em seu âmbito, representantes dos três poderes previamente eleitos ou nomeados buscariam construir alternativas legislativas ou administrativas suficientes a superar questões difíceis, submetidas ao órgão pela Corte, com poder de convocar audiências públicas e ouvir especialistas.

No ato convocatório da deliberação do órgão, a Corte poderia não só determinar prazo mandatório para a conclusão dos trabalhos como também fixar critérios interpretativos de constitucionalidade que serviriam como base epistêmica ao debate proposto. Concluída a discussão e atingido um arranjo político minimamente viável, a proposta de melhoria legislativa seria submetida ao poder detentor do dever de evitar que o estado de inconstitucionalidade se concretize, com novo prazo fixado para a conclusão do debate sobre as mudanças propostas em seu fórum próprio. Em caso de ausência de conclusão da deliberação no prazo concedido ao poder, a Corte constitucional poderia determinar as medidas que entendesse necessárias, dentre as quais a fixação de critérios para a tutela do direito lesado.

De todo modo, a imaginação institucional e arquitetura jurídicas, contanto que adotem os limites epistêmicos pré-estabelecidos pela

Constituição, são ilimitadas no plano das ideias. Não se pretende, com este texto, exaurir o tema. Como visto, a função principal do *appellentshcheidung* é garantir à Corte constitucional maior capacidade de apresentar um satisfatório nível de performance deliberativa face às demais instituições, constantemente engajando na interação institucional que subjaz o sistema democrático.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao considerar que as respostas no constitucionalismo são sempre provisórias, ao menos nos parece seguro afirmar que a democracia é o regime mais adequado à satisfação de nossos préstimos. Por esta razão, dedicamos razoável esforço argumentativo para apresentar o *appellentshcheidung* como uma possível ferramenta, dentre inúmeras, capaz de ampliar espaços de interação institucional no jogo de tensão e distensão entre os poderes constituídos em um estado democrático de Direito.

O apelo ao legislador, instrumento criado pelo BVerfGE, possui espaço de aplicação na práxis da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Seja sob o viés de método legítimo de autocontenção da Corte, seja sob o viés de teste de desempenho institucional, ao instar o Parlamento a atuar positivamente para superar um constatado processo de inconstitucionalização normativa, a ferramenta estrangeira pode trazer bons ganhos à resolução de casos complexos levados a corte, especialmente quando estiverem em jogo interesses

econômicos e políticos. Contudo, não se trata de solução milagrosa a ser banalizada, sob pena, inclusive, de a Corte ceder demasiado espaço ao Parlamento na interação dos três poderes.

Ainda, o apelo ao legislador não deve ser utilizado desacompanhado da hermenêutica constitucional, por meio da qual serão traçadas as premissas argumentativas e as justificativas jurídicas adequadas a se chegar à conclusão da necessidade em se apelar, ou não, ao legislador na resolução do caso concreto. Ainda, a hermenêutica jurisdicional é ferramenta relevantíssima na determinação do momento de uso do apelo ao legislador, seja em regime de medidas cautelares concedidas pela Corte, seja na resolução de mérito de ações de controle abstrato ou concentrado. É antes por meio do uso de teorias da decisão que será possível chegar-se à resposta do porquê se apelar ao legislador do que pressupor seu uso em razão deste ou daquele fator externo ao processo constitucional.

Por derradeiro, é importante destacar que as ideias apresentadas ao início pretendem trazer uma perspectiva diferente da relação entre Cortes constitucionais e Parlamntos, em suas constantes interações no jogo dos três poderes, sob o prisma da ciência política e da sociologia. As ideias de “performance deliberativa” e “última palavra provisória”, portanto, são estranhas a uma abordagem estritamente normativa, mas não são menos bem-vindas. É dever do jurista, preocupado na construção de inovações à ordem jurídica, considerar

dados advindos de diferentes fontes e, de forma coerente, propor possíveis novas relações ao universo do Direito.

Em suma, caso utilizado com moderação, o apelo ao legislador poderá representar razoável reforço institucional no longo trajeto de consolidação democrática e constitucional, movimento de sua importância tendo em vista nossa história de rompantes autoritários. Seja em sua utilização cautelar ou de mérito, com ou sem estabelecimento de medidas diversas em caso de inobservância do prazo concedido ao legislador, fato é que não se mostra perdulário o caminho que aposta na interação institucional como artifício razoável para a construção de respostas eficientes, estáveis e democráticas.

## REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci. *Função, estrutura e instituição na análise jurídica*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 112, jan./dez. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012.
- FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, separação de*

- Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers* 3. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, jun. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – appellentscheidung - na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista De Direito Administrativo*, 188, abr. 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. ADPF 131/DF. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 19 a 26 de junho de 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. Emb. Decl. na ADPF 131/DF. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 15 a 22 de outubro de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. MI 7.300/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 16 a 26 de abril de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. RE 607642. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Plenário, 29 de junho de 2020.