

O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil

— Um estudo de Direito Constitucional Comparado

JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA ROCHA

Juiz Federal em Alagoas, Ex-professor da
Universidade Católica de Minas Gerais.

SUMARIO

1. Explicação — 2. Fundamentos e necessidade do controle da constitucionalidade das leis — 3. Formas de controle — 3.1. Controle preventivo — 4. Tradição jurisdicional alemã — 5. O Tribunal Federal Constitucional — 5.1. Composição e organização — 5.2. Competência — 5.3. Controle normativo (Normen Kontrolle) — 5.3.1. Controle normativo abstrato (Abstracte Normen Kontrolle) — 5.4. Processos contenciosos — 5.5. Recursos constitucionais — 5.6. Outras competências — 5.7. Procedimento e custas — 5.8 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Alemanha Federal — 6. Escassez normativa constitucional no Brasil — 7. Controle direto e indireto — 7.1. **Quorum** especial — 7.2. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação incidental — 7.3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta — 7.4. Exceções moderadoras — 8. Conclusão — 9. Bibliografia.

1. Era nossa intenção inicial abordar um tema mais amplo: a organização judiciária na Constituição Brasileira e na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

À medida, porém, que avançávamos nas pesquisas preliminares, convencemo-nos da impossibilidade de levar a cabo tão ingente empreitada, eis que a vastidão do campo a estudar nos obrigaria a escrever, não uma monografia, mas um volumoso tratado. Isso estaria fora de nossas cogitações.

Além disso, aparentemente difusa e de fácil manejo a bibliografia do lado de cá; contudo, o mesmo não se dá em relação aos textos na parte alemã. Não que inexistam tratados e monografias sobre o assunto. Pelo

contrário, os trabalhos neste campo são numerosos. Mas, o ponto crítico se refere à inacessibilidade da bibliografia, visto que nossas bibliotecas e livrarias não dispõem de livros sobre o ramo e somente uma pesquisa no próprio país supriria as deficiências encontradas aqui. Isso já exigiria perfeito domínio do idioma tedesco. Aliás, este é basicamente o grande problema a enfrentar-se em qualquer trabalho de Direito Comparado.

Finalmente, o último motivo que nos levou a restringir o tema é a importância de que está prenhe a questão da inconstitucionalidade das leis, nos dias de hoje, sendo numerosos os trabalhos dos estudiosos sobre seu processo e seus efeitos.

Delimitando o campo de pesquisa, estamos certos, outrossim, de poder adentrar, com maior acuidade, as nuances do problema, conseguindo um estudo de Direito Constitucional Comparado menos imperfeito e menos superficial.

2. Não existe, hoje, em nenhum ordenamento jurídico de Constituição rígida quem negue a legitimidade e mesmo a necessidade de um controle da constitucionalidade das leis. Trata-se, como afirma BURDEAU (*Traité des Sciences Politiques*, tomo IV, pág. 367), “de procurar os meios de obrigar os governos a respeitar o estatuto de suas funções, a usar de seu poder de acordo com os procedimentos previstos pela Constituição, a orientar a vida do país consoante a idéia de direito que eles se comprometeram a respeitar e de onde, em última análise, procede sua autoridade. Em suma, é preciso assegurar a subordinação das leis ordinárias à Constituição, sem o que o cidadão ficará ao talante do administrador que, arbitrariamente, editará normas injustas e contrárias ao direito”.

Se assim não fosse, certamente nenhuma valia teria a Constituição. Efetivamente, não seria, na verdade, Lei Maior, Carta Magna, Lei Fundamental ou outra denominação semelhante, se a Constituição não pairasse sobre as demais leis e normas como padrão superior, inadmitindo regras que a contrariassem.

É bem verdade que, normalmente, as leis inconstitucionais não o são porque o legislador ordinário assim o quis, ou seja, não as editou propositalmente para contrariar, frontal e conscientemente, a Constituição. Não. Na maioria dos casos, ocorre exatamente o oposto. Em outras palavras: apesar da boa intenção do legislador, muitas vezes faz emanar regras de direito que, direta ou indiretamente, contrariam a Lei Maior.

A intensidade legislativa que nossos tempos experimentam, devida às necessidades prementes e inadiáveis da realização de uma política econômico-social, provoca, inadvertidamente, atentados contra situações individuais garantidas pela Constituição. Só o controle da constitucionalidade das leis impedirá a consumação destas lesões.

3. O controle da constitucionalidade das leis é aceito tranqüilamente por todos os ordenamentos jurídicos de constituição rígida, ainda que variem suas formas e sistemas. A França, por exemplo, adotou o controle exclusivamente político, através do “Sénat Conservateur”, na vigência das Constituições Napoleônicas de 1799 e 1852. Hoje, este mesmo país utiliza-se

ainda do controle político, exercido pelo "Conseil Constitutionnel" (Const. de 1958), que, na Constituição de 1946, era denominado "Comité Constitutionnel".

PINTO FERREIRA batiza, inadequadamente, de controle misto o sistema francês vigente, supondo que tanto o "Conseil", por ele ainda chamado de "Comité", quanto os órgãos jurisdicionais franceses zelem pela predominância da Carta Magna sobre as leis ordinárias. Afirma ele:

"Para resumir, a França preferiu um sistema misto, onde se verifica simultaneamente o controle da constitucionalidade das leis por um órgão político, a saber, o Comité Constitucional, que sobreexiste junto a um órgão jurisdicional, funcionando de maneira limitada." (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, volume I, págs. 132 e 149, edição Revista dos Tribunais, 1971, S. Paulo.)

Na realidade, porém, os recursos por "excès" ou "détournement du pouvoir" não adentram, como presume o professor pernambucano, a constitucionalidade das leis, tendo o "Conseil d'Etat" francês se pronunciado reiteradamente neste sentido. Além disso, naquele país, ao menos até à vigência da Constituição de 1946, quando funcionava o "Comité Constitutionnel", o que ocorria era justamente o contrário do controle por nós enfocado, ou seja, se a lei não se coadunava com a Constituição, o "Comité Constitutionnel" propunha, isto sim, a revisão da Constituição, ao invés da não promulgação da lei.

A forma de controle mais difundida hodiernamente é o meramente jurisdicional, isto é, o exercido pelos órgãos de jurisdição do Estado.

Tal sistema comporta ainda uma subdivisão: ou o controle se faz por Corte especializada, como na Alemanha Federal; ou então é exercido pelos tribunais comuns, nos vários graus de jurisdição — embora se considere sempre a Suprema Corte como a guardiã-mor da Constituição —, como no caso do Brasil, dos Estados Unidos e México, além de outros.

Todas estas formas referidas pertencem ao gênero "controle a posteriori", existindo ainda o controle preventivo ou a priori, como veremos.

O fundamento do controle é o princípio da supremacia constitucional. A Lei Fundamental situa-se no vértice da pirâmide jurídica e a estabilidade social é a sua meta. Todos os atos contrários à Constituição são nulos. Mas, se a nulidade é certa, é preciso constatá-la. Seria, contudo, temerário confiar apenas ao próprio legislador esta verificação de irregularidade. Por isso, mister se faz que intervenha um terceiro órgão capaz de denunciar a inconstitucionalidade e de impedir, ao menos, que a lei produza efeitos. Daí a importância do controle a posteriori praticado sempre por órgão diverso do que legislou.

BURDEAU (ob. cit., pág. 368) refere-se também ao controle como meio de garantir a idéia de direito, especialmente quando se tratar de constituição flexível ou costumeira. "Na verdade" — diz ele, "a razão de ser da Constituição é expor, em termos claros e indubitáveis, diretrizes

incluídas na idéia de direito. Em outras palavras, a Constituição é a idéia de direito no que ele tem de absolutamente indiscutível. Nestas condições, não se concebe que títulos autorizariam o legislador a desconhecer suas disposições”.

Movediço e elástico critério, dizemos nós, que se torna discricionário, arbitrário mesmo e insustentável, sendo, na prática, inviável. Na realidade, esta “*idée de droit*” preconizada por BURDEAU é algo de indefinido e subjetivo, podendo levar o controlador da constitucionalidade a decisões arbitrárias e injurídicas em nome deste princípio.

3.1. Não nos deteremos, neste estudo, senão no que tange ao controle jurisdicional **a posteriori**. O chamado controle preventivo poderia ser objeto de outro trabalho. Sobre ele diremos apenas que se faz, geralmente, através ou do próprio órgão legislativo, dotado de comissão técnica própria para examinar, antes mesmo do pronunciamento do Plenário, a constitucionalidade da lei; ou do Poder Executivo que, através do direito de veto, tem a oportunidade de impedir que leis não constitucionais entrem em vigência, negando-lhes a sanção.

SAHID MALUF dá-nos notícia de controle judiciário preventivo exercido em alguns países, como Irlanda, Síria e Colômbia (**Curso de Direito Constitucional**, volume II, 5ª edição, Sugestões Literárias S.A., São Paulo, pág. 46).

Efetivamente, a Constituição da Irlanda, de 1º de julho de 1937, estatui, em seu art. 26:

“Aplica-se este artigo a todo projeto de lei aprovado ou em vias de aprovação pelas duas câmaras do “Oireachtas”, a menos que se trate de projeto financeiro ou de projeto qualificado, contendo emenda à Constituição ou de um projeto, cujo prazo para exame no “Senad Eireann” tiver sido regulado pelo art. 24 da presente Constituição.

1.1º — O Presidente da Irlanda poderá, depois de ter consultado o Conselho de Estado, enviar qualquer projeto, ao qual se aplica o presente artigo, à Suprema Corte para que ela decida se o mencionado projeto ou uma ou várias disposições especificadas são contrárias a esta Constituição ou a alguma de suas disposições.

2º — A remessa deverá ser feita, o mais tardar, no sétimo dia a contar da data em que dito projeto tiver sido apresentado pelo Taoiseach (Primeiro-Ministro) ao presidente para sua assinatura.

3º — O Presidente não deverá sancionar um projeto que tiver sido objeto de remessa à Corte Suprema, de acordo com o presente artigo, até que a Corte profira sua decisão.

2.1º — A Corte Suprema, composta, ao menos, de cinco juizes, deverá examinar cada questão que for submetida pelo presidente, de acordo com o presente artigo, visando a uma decisão,

após ouvir os argumentos do Procurador-Geral ou do defensor designado pelo Tribunal. Deverá decidir publicamente, e logo que possível, sobre a questão e, em todos os casos, o mais tardar, sessenta dias a contar da data em que lhe foi remetido o projeto.

2º — A decisão tomada pela maioria dos juízes da Corte Suprema será, no caso do presente artigo, considerada como decisão da Corte e será proferida por um dos juízes, consoante o regimento interno da Corte e nenhuma outra opinião, a favor ou contra, poderá ser manifestada; a existência de tal opinião não poderá ser anunciada.

3.1º — Quando a Corte Suprema decidir que uma disposição de um projeto enviado à Corte Suprema, nos termos do presente artigo, for contrário à Constituição ou a uma de suas disposições, o Presidente da República se recusará a sancionar tal projeto.

2º — No caso de um projeto regido pelo art. 27 (trata-se de pedido de consulta popular sobre uma lei), se for dirigido ao Presidente um pedido de acordo com o mencionado artigo, este art. deverá ser aplicado.

3º — Nos demais casos, o Presidente sancionará o projeto, logo que possível, após a decisão da Corte Suprema." (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, **Les Constitutions Européennes**, tome second, PUF, Paris, 1951, págs. 481/482.)

O controle **a priori** é insuficiente e precário. Por isso, o particular pode pedir ao Judiciário que declare a lei inconstitucional e sem vigência para seu caso. No Brasil, como veremos, a declaração do Judiciário, em seu grau de jurisdição suprema, só terá efeitos **erga omnes** após ter o Senado Federal efetuado a suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato acoimado de inconstitucional, através de resolução legislativa (Const., art. 42, item VII).

O controle preventivo tem caráter político, pois é feito, normalmente, por órgãos essencialmente políticos (Legislativo ou Executivo), enquanto o controle **a posteriori** tem caráter técnico e é exercido sempre pelo Poder Judiciário, desvinculado das injunções político-partidárias.

No controle dito preventivo, a atuação do órgão controlador se dá na elaboração da lei, enquanto no controle **a posteriori**, verifica-se sobre a lei já em vigor.

O grande problema do controle preventivo está na falta de imparcialidade do controlador que, por ser político, muitas vezes deixa-se levar por razões que não são de ordem jurídica ao exercer tal controle. Aliás, a mesma crítica se poderá fazer em relação ao sistema francês utilizado nas Constituições de 1799 a 1852, revigorado pelas de 1946 e 1958, pois é realizado através de órgão político. Com efeito, sendo nomeados seus membros pelo Executivo ou pelo Legislativo, dificilmente tal órgão poderá exercer o controle com a independência e imparcialidade que se deveria

dele esperar. Mesmo que tal órgão fosse eleito por sufrágio direto, ainda assim seria de se temer pela sua imparcialidade, visto que, então, sim, agiria predominantemente ao sabor das vicissitudes políticas e injunções partidárias da representação.

Em suma: o controle realmente efetivo, do qual se poderá esperar sempre mais é o **a posteriori**, e não o preventivo, pois, exercido, como é, por poder judiciário, está livre de pressões e interesses políticos de qualquer ordem.

4. A Alemanha Federal, a exemplo da Áustria, da Itália e de outros países, realiza a fiscalização da constitucionalidade das leis, através de um tribunal específico, o "Bundesverfassungsgericht" — Tribunal Federal Constitucional.

O êxito deste tribunal não se deve apenas à sua organização, particularmente hábil e funcional, mas também à existência de um clima favorável e à pertinência com que foram enfocados os dados do problema a ser resolvido.

Nunca houve na Alemanha clima de desconfiança para com o Poder Judiciário, como, por exemplo, existiu na França. Ao contrário de terem medo da ação jurisdicional, os alemães sempre respeitaram e confiaram cegamente em seus juízes. Vale lembrar, neste passo, o famoso episódio que teria ocorrido, nos tempos de Frederico, o Grande.

Nas vizinhanças do Palácio Real de Sanssouci, em Potsdam, diz a tradição, havia um moinho de vento, cujo ruído incomodava o rei. Este exigiu que se paralisasse o moinho, com o que não concordou seu dono. Tendo, então, o rei ameaçado tomar violentamente o moinho, respondeu-lhe o moleiro: "Sim, se não houvesse o Tribunal de Berlim". Tratava-se do famoso "Kammergericht" berlinense.

O dono do moinho confiou, portanto, em seus juízes, na certeza de que os membros do tribunal lhe reconheceriam o direito, ainda que contra o rei. Desta história surgiu o brocardo tantas vezes citado: "Ainda há juízes em Berlim", que reflete a confiança do povo alemão na justiça independente e imparcial de seu país.

Por outro lado, a Alemanha Federal logrou organizar dinamicamente sua máquina judiciária constitucional, através de uma análise precisa dos problemas pertinentes. Os juristas encarregados de elaborar a Lei Fundamental e as leis judiciárias especiais chegaram à conclusão de que, sob a denominação de "controle" se justapõem, na realidade, exigências que requerem, para ser satisfeitas, mecanismos apropriados.

Há, de um lado, a proteção dos direitos dos indivíduos e, de outro, a regulamentação das relações entre os órgãos do Estado, conforme a Constituição. A distinção destes dois objetivos foi consagrada pela lei de 12 de março de 1951, organizando o Tribunal Federal Constitucional, instituído pelo art. 92 da Lei Fundamental.

Assim, pode ser estabelecido um procedimento rígido que, coibindo ações temerárias, permite à Corte salvaguardar seu prestígio e, levando-a

a colaborar com o Legislativo, assegura, na medida do possível, o que é essencial na matéria, ou seja, o equilíbrio entre a política e o direito.

Além disso, os autores da Lei Maior alemã, inspirando-se em trabalho dos renomados peritos de Herrenchiemsee, consideravam que a Constituição não era apenas uma coleção de regras técnicas, mas a expressão de uma filosofia (a ordem democrática liberal clássica), cuja salvaguarda era a condição necessária para que as instituições pudessem funcionar normalmente.

Neste espírito, os autores da Lei Fundamental de Bonn instituíram um vasto controle de constitucionalidade que pode ser posto em prática pela via de exceção (art. 100) ou pela via de ação. Mas, tanto num caso, como noutro, é o Tribunal Federal Constitucional a garantia da Constituição, porque, se a exceção pode ser argüida perante os juizes ordinários, não são eles que a apreciam. Envia-na ao Tribunal Federal Constitucional para que o mesmo se pronuncie sobre a validade ou não do ato ou lei em tela.

De outro lado, a extensão do papel da Justiça Constitucional resulta do fato de que não se limita ao controle da constitucionalidade *stricto sensu*, mas visa, igualmente, à proteção do regime político estabelecido contra as tentativas que tenderiam a utilizar, para aboli-las, as instituições constitucionais, no espírito contrário àquele, consoante o qual elas foram estabelecidas e promulgadas (art. 18 da Lei Fundamental).

Para preencher uma função tão complexa e delicada, os constituintes alemães descartaram a solução que muitos países adotaram, ou seja, apelar à jurisdição suprema da hierarquia judiciária. Não. Preferiram criar o Tribunal Federal Constitucional, entendendo que ele seria, ao mesmo tempo, um órgão jurisdicional e constitucional. É jurisdicional porque, garantido contra quaisquer injunções políticas, não está sujeito senão à regra de direito, que lhe compete verificar e aplicar. Mas, é também um órgão constitucional, não porque se refere à Constituição, mas por ter um estatuto que o põe em pé de igualdade com os outros órgãos da Federação. Como eles, o Tribunal Constitucional é agente do exercício do poder estatal. Mas, tem, sobre eles, uma superioridade, pois pode controlar seus atos e eventualmente anulá-los. Em resumo: como juiz, o tribunal é expressão do direito; como órgão constitucional, tem vocação e qualidade para impor seu respeito à política.

5. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha determina a estrutura, os órgãos e as respectivas funções do Tribunal Federal Constitucional. Mas, ela contém ainda, obviamente, regras fundamentais, de acordo com as quais se desenvolve a vida estatal alemã, na Federação e nos Estados (Länder) e, sobretudo, especifica os direitos e liberdades fundamentais de cada cidadão.

Diferentemente do Brasil e dos Estados Unidos, como já se afirmou antes, a Alemanha Federal conta com um órgão jurisdicional especializado e independente dos demais como na Áustria e na Itália, encarregado de garantir a observância da Constituição por todos os órgãos estatais.

Sua posição se destaca das demais organizações judiciais, pois não está vinculado a nenhum Ministério. Isso demonstra que, dentro da Federação, tem ele sua própria razão de ser, coexistindo, de forma autônoma e independente, junto aos demais órgãos constitucionais: Parlamento (Bundestag), Conselho Federal (Bundesrat), Presidente da República (Bundespräsident) e Governo Federal (Bundesregierung).

O Tribunal Federal Constitucional, com sede em Karlsruhe ocupa o vértice da pirâmide do Poder Jurisdicional alemão. Não está subordinado, de forma alguma, a outro tribunal, nem tampouco ligado a nenhum, pela sucessão de instâncias. Pelo contrário, decide sempre em primeira e única instância.

O art. 92 da Lei Fundamental, ao enumerar os tribunais que compõem o Poder Judiciário, alinha, em primeiro lugar, o "Bundesverfassungsgericht":

"O Poder Judiciário está confiado aos juízes, sendo exercido pelo Tribunal Federal Constitucional, pelos Tribunais Federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos Tribunais dos Estados."

O Tribunal Federal Constitucional se destaca dos outros tribunais porque, através de sua jurisprudência, controla a constitucionalidade da conduta dos poderes estatais e não apenas das leis em si mesmas. Este órgão pode derrogar decisões inconstitucionais de outros tribunais. Pode declarar nulas leis aprovadas pelo Parlamento, se estas infringirem a Lei Fundamental. Pode impedir a atuação do Governo e das autoridades, seja da administração federal, seja da estadual, revogando suas resoluções, por incompatibilidade com a Lei Fundamental. A amplitude de competências atribuídas ao Tribunal Federal Constitucional, nos diversos tipos de procedimentos, ultrapassa as concedidas no mundo inteiro a todos os demais tribunais constitucionais.

Sendo a República Federal da Alemanha um Estado federal com estados-membros (Länder), que também têm suas próprias constituições, coexiste a dupla jurisdição constitucional, a federal e as estaduais. Apenas os Estados de Schleswig-Holstein e Berlim Ocidental ainda não criaram seu próprio Tribunal Estadual Constitucional.

5.1. O Tribunal Federal Constitucional não se compõe, como nos Estados Unidos, de corpo unitário, o que, aliás, ocorre com outros tribunais constitucionais. Compõe-se, ao contrário, de duas turmas que, respectivamente, estão compostas de oito juízes. Cada uma destas turmas tem competência própria e só decide sobre determinados assuntos. Dentro de sua competência, cada turma é o "Tribunal Federal Constitucional", decidindo com conclusividade. Isso não se dá com o Supremo Tribunal Federal brasileiro que, em matéria constitucional, só decide na plenitude de sua composição e por maioria absoluta. É o que estatui o art. 116 da Constituição vigente, que estende o dispositivo aos tribunais estaduais e aos tribunais superiores, quando deverem se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei.

A autonomia das turmas do Tribunal Federal Constitucional alemão fica ainda mais ressaltada com o fato de que os juízes de uma turma são

eleitos exclusivamente para ela e não podem substituir os da outra turma. A presidência da primeira turma é exercida pelo presidente do Tribunal, enquanto seu vice-presidente exerce a presidência da segunda turma.

Cada turma pode decidir, desde que estejam presentes, pelo menos, seis juízes. Excepcionalmente, o Pleno do Tribunal se reúne para resolver sobre uma questão constitucional, quando uma turma pretende dissentir da outra.

Os juízes do Tribunal Federal Constitucional devem ter, pelo menos, 40 anos, ser elegíveis para o Parlamento Federal e possuir as aptidões gerais para o desempenho do cargo de juiz. A metade deles é eleita pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal. Este procede à eleição, em sessão plenária, por maioria de dois terços. Já o Parlamento Federal constitui uma comissão de eleitores de doze membros, cabendo a estes a escolha dos juízes, respeitada sempre a maioria de dois terços.

WOLFGANG HEYDE justifica a eleição dos juízes por órgãos políticos, lembrando que o Tribunal Federal Constitucional não é apenas órgão jurisdicional, mas também órgão constitucional e que sua jurisprudência transcende o âmbito político (*La Justicia en la República Federal de Alemania*, pág. 89).

Dispondo sobre a composição e eleição dos juízes do Tribunal Federal Constitucional, a Lei Fundamental alemã estatui, em seu art. 94, que:

“O Tribunal Federal Constitucional se compõe de juízes constitucionais e de outros membros. Os membros do Tribunal Federal Constitucional serão eleitos respectivamente, metade pelo Parlamento Federal, e metade pelo Conselho Federal. Não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal, ao Governo Federal nem aos órgãos correspondentes de cada Estado.”

Os juízes do tribunal são personalidades que se distinguiram por seus especiais conhecimentos de Direito Público e que têm também experiência na vida pública. Durante o exercício do cargo, não podem, por expressa determinação constitucional, pertencer ao Parlamento, ao Conselho Federal, ao Governo Federal nem aos órgãos estaduais correspondentes, ou seja, Dieta, Governo Estadual etc. Não podem eles, por disposição legal, exercer nenhuma outra atividade profissional, salvo o magistério de direito numa universidade alemã.

Três dos oito juízes de cada turma são eleitos entre magistrados dos cinco Tribunais superiores da Federação e passam a pertencer ao Tribunal Federal Constitucional até à idade limite de 68 anos. Os outros cinco juízes são escolhidos para um período de oito anos e podem ser reconduzidos. Pensa-se, no entanto, em acabar com a diversidade deste tratamento jurídico-estatutário, elevando-se para 12 anos o tempo de serviço no tribunal, indistintamente, para magistrados de carreira ou não, vedando-se a reeleição, como nos informa HEYDE (ob. cit., pág. 92, nota).

5.2. A competência do Tribunal Federal Constitucional está prevista pelos artigos 18, 41, 92, 93, 94, 98, 99 e 100, da Lei Fundamental,

assim como pela lei especial que regula o funcionamento do Tribunal, datada de 12 de março de 1951, com modificações introduzidas posteriormente.

Podemos distinguir quatro tipos de competência do Tribunal:

- a) controle normativo concreto e abstrato;
- b) processos contenciosos dos órgãos constitucionais, isto é, entre a Federação e um Estado ou entre os Estados;
- c) recursos constitucionais;
- d) outros procedimentos.

5.3. Através do Normen Kontrolle, o Tribunal Federal Constitucional examina a vigência e a significação dos preceitos legais. Controla uma norma em sua compatibilidade com outra norma: a Lei Fundamental. É o procedimento objetivo, em contraposição ao procedimento contencioso que é subjetivo.

Se um juiz alemão considera inconstitucional uma lei, cuja validade é básica para uma decisão, deve interromper o processo e remeter os autos para o Tribunal Federal Constitucional, acompanhados de despacho motivado. É o que dispõe o número 1 do artigo 100 da Lei Fundamental:

“Se um Tribunal considera inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa seu julgamento, suspenderá o processo e, se se tratar de violação da Constituição estadual, submeterá a questão de inconstitucionalidade da lei à decisão do tribunal estadual, competente em assuntos constitucionais; se, porém, estiver em tela a violação da presente Lei Fundamental, submeterá a questão ao Tribunal Federal Constitucional. O mesmo acontecerá em caso de violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade entre uma lei estadual e uma lei federal.”

A este procedimento chama-se de controle normativo concreto, pois uma determinada controvérsia jurídica deu lugar ao procedimento de controle normativo perante o Tribunal Federal Constitucional.

O procedimento de controle normativo deve também ocorrer quando um tribunal considera nula a lei de um Estado, porque contraria uma lei federal. É o que reza o nº 2 do art. 93 da Lei Fundamental:

“O Tribunal Federal Constitucional decide:

2º) sobre divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal ou substantiva do direito federal ou do direito dos Estados com esta Lei Fundamental, **ou sobre a compatibilidade do direito do Estado com alguma norma federal;** e sempre, a requerimento do Governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal.” (Grifamos a parte que nos interessa ressaltar.)

O art. 31 da mesma Lei Fundamental dispõe que o direito federal prefere ao direito estadual. O Estado não pode decretar lei que esteja em conflito com a lei federal. Contudo, nestes casos, o juiz do qual depende

a controvérsia, só deve remeter o processo à decisão do Tribunal Federal Constitucional quando estiver convencido da nulidade da lei a aplicar-se.

No ordenamento jurídico brasileiro, isso praticamente não ocorre. Não se tratando de legislações independentes e conscientemente autônomas, como se dá nos "Länder" alemães, raramente o legislador estadual edita normas conflitantes com o ordenamento jurídico federal, dada a estreiteza de competência em que se movimenta. Ademais, a repartição de competências para legislar (art. 8º, XVII, da Const.) é tão rígida que apenas em muito poucos casos há margem para a dupla legislação, sendo a do Estado-Membro de caráter supletivo ou complementar.

Mas, voltemos ao caso alemão: o Tribunal Federal Constitucional não se pronuncia sobre as demandas em si, senão apenas sobre a questão da vigência ou não da lei, cuja legitimidade ou constitucionalidade se argüiu. Se chega à conclusão de que, efetivamente, a lei está em contradição com a Constituição, o Tribunal declara sua nulidade. Esta decisão tem força de lei e se publica na Gazeta Federal (Bundesgesetzblatt). A lei declarada nula não pode ser aplicada por nenhum tribunal ou juízo, pois, como veremos, os efeitos da sentença operam *erga omnes* e *ex tunc*.

Os procedimentos de controle normativo afetam apenas as leis elaboradas pelo Parlamento alemão. As leis vigentes antes da entrada da Lei Fundamental em vigor, o chamado direito pré-constitucional, podem ser examinadas por cada tribunal, não estando sujeitas à competência do Bundesverfassungsgericht. O mesmo se dá em relação às normas jurídicas não aprovadas pelo Parlamento, como, por exemplo, os decretos do governo.

Este é o controle efetuado através do caso concreto. Há ainda o chamado controle normativo abstrato (Abstracte Normen Kontrolle).

5.3.1. Neste caso, a petição de nulidade de uma lei não surge de um tribunal, mas, sim, por parte do governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal. Pode ocorrer, por exemplo, que o Parlamento aprove uma lei contra a vontade do Governo Federal, por considerar este que o conteúdo da mesma seja incompatível com a Constituição. Neste caso, o Governo Federal pode pedir ao Tribunal Federal Constitucional que examine a sua constitucionalidade. Assim, o prescreve o nº 2 do art. 93, já aludido, em sua parte inicial:

"O Tribunal Federal Constitucional decide:

2º) sobre divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal ou substantiva do direito federal ou do direito dos Estados com esta Lei Fundamental..."

A Lei Fundamental estabeleceu, na Alemanha, uma nova ordem estatal, regulamentando a relação entre a Federação e os Estados. Nestas circunstâncias podem surgir dúvidas sobre se uma lei anterior à vigência da Carta Magna continua vigente como direito da Federação ou direito do Estado. Esta questão também pode ser submetida à decisão do Tribunal Constitucional, como caso de controle normativo, estando prevista implicitamente no item 2º do art. 93, que permite a lei federal dispor sobre

outros casos de competência do Tribunal Federal Constitucional, o que foi feito pela já citada lei de 12 de março de 1951.

Por último, cabe citar outro procedimento em que, a pedido de um órgão judicial, o Tribunal Federal Constitucional decide se determinada regra federal de Direito Internacional é parte integrante do direito federal e, por isso, dá origem a direitos e deveres imediatos para o cidadão da República Federal da Alemanha.

Tal possibilidade foi prevista no nº 2 do art. 100 da Lei Fundamental, **verbis:**

“Quando, num litígio, for suscitada a dúvida se uma regra de direito internacional é ou não parte integrante do direito federal e fonte direta de direitos e deveres para o indivíduo (art. 25), o tribunal deverá aguardar a decisão do Tribunal Federal Constitucional.”

O Direito Internacional não é somente um conjunto de normas concretizado em tratados internacionais, mas também um direito de usos e costumes, que foi se estabelecendo por sua aplicação constante às relações entre os Estados. Por isso, pode dar-se o caso em que seja difícil afirmar-se se existe uma determinada regra de Direito Internacional, à qual pode recorrer qualquer das partes de uma controvérsia. De acordo com o art. 25 da Lei Fundamental, as regras gerais do Direito Internacional são parte integrante do direito federal alemão e preferem às demais regras.

5.4. No segundo grupo de controle constitucional pelo Tribunal Federal Constitucional estão os procedimentos nos quais há partes contendedoras e uma delas alega que a outra, com sua conduta, lesou-a em seus direitos constitucionais. As partes pedem ao Tribunal Federal Constitucional que decida a questão em processo contraditório.

A Lei Fundamental reza, no art. 93, nº 1, 1º:

“O Tribunal Federal Constitucional decide:

1º — sobre a interpretação desta Lei Fundamental, em relação a discrepâncias quanto à amplitude dos direitos e deveres de um órgão federal supremo ou outros interessados que estejam investidos de direitos próprios por esta Lei Fundamental ou em virtude de regulamentação interna de um órgão federal supremo.”

Em primeiro lugar, o Tribunal decide sobre a interpretação da Lei Fundamental como base de controvérsias relativas à amplitude de direitos e deveres de um órgão federal supremo e outra parte, em virtude da Lei Fundamental lhes assegurar determinado direito, ou por atribuição de um órgão federal supremo. Estas divergências se denominam “controvérsias orgânicas” (*Organstreitigkeiten*), porque nelas alguns órgãos ou partes destes órgãos discutem entre si sobre um direito ou um dever constitucional. Assim, o Presidente da República, ou, em alguns casos, os próprios deputados federais, e sempre o Parlamento Federal, o Conselho Federal, o Governo Federal e os partidos políticos. Tais processos só se admitem se neles se pretender fazer valer algum direito lesado concretamente ou ameaçado de lesão. Pode surgir, por exemplo, uma lesão deste tipo quando

entre o Conselho Federal (Bundesrat) e o Presidente da República (Bundespräsident) ocorre divergência sobre se uma lei precisa ou não ser apreciada também no Bundesrat. A Lei Fundamental prescreve (art. 82) que as leis devem ser promulgadas pelo Presidente da República. Se o Presidente considera a lei inconstitucional e se nega a sancioná-la, ocorre entre ele e o Bundestag um conflito que cabe ao Tribunal Federal Constitucional dirimir. Por outro lado, o Tribunal já se pronunciou, em 1966, sobre divergências ocorridas entre os partidos políticos e o Bundestag, em assunto de natureza financeira.

Mais comuns, nos processos contenciosos, são as controvérsias jurídico-constitucionais entre a Federação e os diversos Estados (Länder). São elas oriundas da estrutura federativa da Alemanha, ou seja, da repartição de competências entre a Federação e os Estados. Esta competência é fixada pelo art. 93, n.ºs 3 e 4:

“O Tribunal Federal Constitucional decide sobre:

.....

3) as diferenças de critério em relação a direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente quanto à execução das leis federais pelos Estados e exercício do controle federal;

4) outras controvérsias jurídico-públicas entre a Federação e os Estados, entre os diversos Estados ou dentro de um Estado, desde que não haja outra via judicial.”

Finalmente, está no rol das competências do Tribunal Federal Constitucional a decisão sobre controvérsias constitucionais atinentes à Carta Magna de um Estado, quando este não dispõe de tribunal próprio, como é o caso de Schleswig-Holstein, que se beneficia do permissivo do art. 99 da Lei Fundamental:

“Mediante lei estadual, poderá transferir-se para o Tribunal Federal Constitucional a decisão das controvérsias constitucionais internas do referido Estado e aos tribunais federais superiores, citados no § 1º do art. 95, a decisão, em última instância, de assuntos relativos à aplicação do direito estadual.”

Neste caso, como se nota, a função do Tribunal Federal Constitucional é tão-somente de preencher uma lacuna eventual.

5.5. No terceiro grupo de processos constitucionais examinados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão estão os recursos (Verfassungsbeschwerde), que são importante setor da atividade do Tribunal.

Diz o art. 93, 4º, a, da Lei Fundamental:

“O Tribunal Federal Constitucional decide sobre:

.....

4º a — recursos constitucionais que podem ser apresentados por qualquer um sob a alegação de ter sido lesado pelo Poder Público em seus direitos fundamentais ou em algum dos direitos definidos no § 4º do art. 20, e nos arts. 33, 38, 101, 103 e 104.”

Portanto, qualquer pessoa pode dirigir-se ao Tribunal Federal Constitucional, alegando que foi lesado em algum de seus direitos fundamentais ou em um dos direitos garantidos pelos arts. 33 (acesso a cargos públicos), 38 (direitos político-eleitorais), 101 (proibição de jurisdição excepcional), 103 (abolição da pena de morte, antecedência da lei penal e não ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime) e 104 (direito à liberdade). O infrator destes direitos deverá ser o Poder Público. Caso contrário, a competência refoge ao Tribunal Constitucional, passando a ser crime comum.

Para se ter idéia do uso deste instrumento, basta dizer que nunca o Tribunal examinou tantos casos constitucionais como os oriundos destes recursos. Numa década, sobre o total de 10.967 ações, 9.831 foram ao Tribunal Constitucional, através do "Beschwerde", como nos informa ANHAIA MELO (*Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição — As Cortes Constitucionais*, pág. 165).

Os recursos asseguram, de modo especial, os direitos fundamentais do cidadão. Estabelecem a garantia de que a legislação, o governo e a administração, assim como os próprios tribunais devem respeitar também tais direitos e interpretá-los de forma unívoca e coerente.

A interposição do recurso constitucional está sujeita a prazo que é de um mês. Diante da lesão de seus direitos, a vítima deve agir prontamente, dirigindo-se aos tribunais normais. Ou seja, se o fato lesivo for um ato administrativo, o interessado recorrerá, em primeiro lugar, à via contenciosa administrativa, devendo esgotá-la antes de interpor o recurso constitucional.

No recurso constitucional, o Tribunal Federal Constitucional só pode examinar se o tribunal ordinário lesou ou não direitos fundamentais do recorrente. Sua tarefa não é controlar as decisões de outros tribunais, em qualquer aspecto atinente à justiça da sentença prolatada, ou à interpretação da lei, ou à aplicação do direito ao caso concreto. A apreciação se circunscreve tão-somente ao elemento constitucional. Por isso mesmo é que 99 por cento dos recursos, como nos informa HEYDE (ob. cit., pág. 97), são julgados improcedentes ou sequer são conhecidos, por lhes faltar a fundamentação de inconstitucionalidade. Dá-se, pois, o que também ocorre entre nós, em relação aos recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 119, III, alíneas a, b e c.

Admite-se recurso constitucional contra a lei em tese, apenas quando esta afeta pessoal e imediatamente um direito do recorrente. Aí não é necessária a prática de ato administrativo para ensejar o recurso.

Os recursos constitucionais devem ser admitidos a julgamento por decisão de uma comissão da turma competente, composta por três juízes. Entre nós, o Ministro-relator do Supremo é que despacha sozinho, nos casos de agravo de instrumento, conforme estatui o Regimento Interno do STF, em seu art. 22, VI, IX, e § 1º, decidindo se manda ou não subir, para melhor exame, o recurso extraordinário, denegado pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou de Alçada de qualquer Estado ou pelo Presidente de um dos Tribunais Superiores.

Esta comissão do Tribunal Constitucional pode rejeitar o recurso constitucional, por decisão unânime, quando o recurso padecer de vício formal, for inadmissível, estiver fora do prazo ou for manifestamente infundado. Somente quando a comissão e a turma admitirem o recurso é que se procede a seu processamento e tramitação.

5.6. Além dessas competências, o Tribunal Federal Constitucional processa e julga o Presidente da República federal, desde que acusado pelo Bundestag ou pelo Bundesrat, por haver infringido, premeditadamente, a Lei Fundamental, ou uma lei federal. Neste sentido, dispõe o art. 61 da Lei Fundamental.

Igualmente o Parlamento Federal e a Dieta de cada Estado podem acusar um juiz de desrespeitar a Constituição, sendo o juiz processado e julgado pelo Tribunal Federal Constitucional. Na prática, isso nunca se verificou. Trata-se, porém, de instituição original que visa a obstaculizar que aqueles que zelam pela Lei Fundamental venham, eles mesmos, a violá-la impunemente.

O art. 98 da Lei Fundamental da Alemanha estabelece:

“

2º) Se, no exercício de suas funções ou fora delas, um juiz federal desrespeitar os princípios desta Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Federal Constitucional poderá, por provocação do Parlamento Federal e por maioria de dois terços, decidir sobre sua remoção ou aposentadoria. Se a falta for intencional, o Tribunal decidirá sobre a exoneração do juiz.

.....

5º) Os Estados podem editar, para os juízes estaduais, uma regulamentação análoga à da alínea nº 2º supramencionada. Não estão derogadas as disposições em vigor do direito constitucional de cada Estado, em relação a esta questão. Os processos de acusação contra os juízes são da competência do Tribunal Federal Constitucional.”

Também os partidos políticos podem ser julgados e extintos por decisão do Tribunal Federal Constitucional, quando seus seguidores desprezarem a ordem fundamental democrática e liberal ou tentarem suprimi-la ou subvertê-la, colocando em perigo a própria República. Dessa forma, o Tribunal Constitucional intervém, desde que, porém, seja provocado pelo Parlamento, pelo Conselho Federal ou pelo Governo Federal. Dois partidos já foram proibidos pelo Tribunal, em decisões históricas, o Partido Socialista do Reich (Sozialistischen Reich Partei) e o Partido Comunista da Alemanha (Kommunistischen Partei Deutschlands). Esta competência está prevista pelo art. 21, nº 2, da Lei Fundamental, **verbis**:

“São inconstitucionais os partidos que, por seus fins ou por sua conduta, tenderem a desprezar ou suprimir a ordem funda-

mental, democrática e liberal, e a pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha. Sobre a questão de inconstitucionalidade decide o Tribunal Federal Constitucional.”

O art. 18 da Lei Fundamental prevê a suspensão dos direitos fundamentais do indivíduo pelo Tribunal Constitucional, quando alguém tentar aproveitar-se de seus direitos para suprimir o regime democrático. É a cautela para impedir o suicídio democrático da República, através das mesmas garantias que o Estado reconhece e garante aos indivíduos. Quem quiser contrariar a democracia não pode viver na legalidade democrática, é o que se afirma, comumente, em prol desta disposição constitucional.

Finalmente, existe uma importante competência prática do Tribunal Constitucional no processo de controle eleitoral, consoante o estatuído no art. 41 da Lei Fundamental, aplicável às eleições dos deputados para o Parlamento Federal:

“As decisões do Parlamento Federal são susceptíveis de recurso perante o Tribunal Federal Constitucional (em relação à perda da qualidade de deputado de um de seus membros).”

O controle pelo Tribunal Constitucional se exerce após ter o Parlamento Federal decidido se o candidato foi ou não eleito. No recurso, o Tribunal examina também — o que está fora da competência do Parlamento fazer — se a lei eleitoral, de acordo com a qual se realizaram as eleições, é compatível com a Lei Fundamental ou não.

5.7. Como qualquer tribunal alemão, o Tribunal Federal Constitucional somente atua, se provocado. Em consequência, quando se ocupa de uma infração constitucional, não pode, por si mesmo, iniciar o processo. É preciso que haja uma demanda, um pedido formalizado. O processo depende de um recurso constitucional ou de uma petição, nos casos pertinentes. Feito isso, o Tribunal investiga todos os fatos e procura encontrar a verdade *ex officio*. Sua atuação não fica restringida à exposição das partes, nem aos meios de prova por elas propostos.

Apenas, em pouquíssimos casos, o julgamento é público. Normalmente, ele é secreto.

Embora o processo seja escrito, não existe obrigatoriedade de a parte fazer-se representar por advogado. No entanto, nos debates orais, as partes devem fazê-los por advogado ou professor de Direito.

As decisões do Tribunal são proferidas a portas fechadas, não se dando a conhecer a proporção dos votos nem as teses vencidas de seus membros, embora já haja tendência para que se publiquem os votos vencidos.

Não se pagam custas no Tribunal Federal Constitucional, salvo quando o Tribunal não admite o recurso constitucional ou um recurso de controle eleitoral por improcedente ou manifestamente infundado, ocasião em que pode impor o pagamento de custas de até mil marcos, desde que considere ter o recorrente agido de forma temerária e abusiva.

As decisões do Tribunal Federal Constitucional são publicadas em boletins que já perfazem mais de 30 grossos volumes.

5.8. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Alemanha Ocidental são **ex tunc**, ou seja, de sentido absoluto, exceção feita dos atos administrativos que conservam sua validade, a despeito dos vícios inconstitucionais.

As decisões do Tribunal são vinculativas para os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como para todos os tribunais e autoridades. Operam, pois, efeitos **erga omnes**.

Em determinados casos, por exemplo, quando uma lei ou um artigo de lei é declarado nulo, por inconstitucional, a resolução do Tribunal tem força de lei. Como observa MAURO CAPPELLETTI, a decisão da Corte Constitucional alemã tem eficácia **erga omnes (allgemeinwirkung)**, da mesma forma que na Áustria, onde a lei inconstitucional é revogada para todos e para sempre e não apenas desaplicada em um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha Ocidental, exclui-se a eficácia da sentença somente **ex nunc** ou **pro futuro**, como na Áustria. A eficácia é total e **ex tunc**, isto é, para o passado, retroativa, como nos Estados Unidos.

Em outras palavras, na Alemanha, assim como na América do Norte, a sentença é apenas declaratória e não constitutiva. A mera inconstitucionalidade é causa de nulidade absoluta e, portanto, de ineficácia **ipso iure** das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada solenemente e vinculativamente pela sentença do Bundesverfassungsgericht (**II Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**, pág. 110).

Em casos mais prementes, o Tribunal Federal Constitucional pode regular uma situação mediante uma providência dispositiva de urgência (*Einstweilige Veruegung, Einstweilige Ordnung*). No entanto, isso se dá apenas quando se tratar de providência urgente e adequada para evitar graves prejuízos, para impedir violências ou por outro motivo importante referente ao bem comum. O Tribunal tem feito uso parcimonioso deste poder, ocorrendo, por exemplo, quando decide determinar a não aplicação de uma lei ou a execução de uma sentença penal condenatória.

6. No Brasil, são escassas as disposições constitucionais e legais acerca do controle da constitucionalidade das leis, diferentemente do modelo germânico, ora examinado, que é profuso em mandamentos encontrados na Lei Fundamental e na lei especial, já mencionada.

Desde a Constituição de 1891 até à Emenda de 1969, pouco ou nada se evoluiu, no Brasil, no sentido da edição de normas claras e precisas sobre a declaração de inconstitucionalidade das leis.

A primeira Carta republicana só continha dois artigos que se referiam implicitamente à questão: o art. 60, § 1º, instituindo o recurso extraordinário para reexaminar questões diretamente ligadas à Constituição; e o art. 66, atribuindo aos tribunais competência para apreciar a inconstitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

As Constituições subseqüentes se limitaram a repetir os dispositivos da Carta de 1891, alterando aspectos irrelevantes. Acrescentaram, porém, o

dispositivo referente ao **quorum** da maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou decreto.

“Nenhuma de nossas Constituições republicanas, diz THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, enfrentou diretamente a questão da inconstitucionalidade, salvo quanto ao **quorum**, explicitamente, e a de 1946, no caso do parágrafo único do art. 8º” (**Do Controle da Constitucionalidade**, pág. 61.)

Acrescentamos, porém, que também o art. 64 da mencionada Carta Magna trata do problema da inconstitucionalidade, delegando ao Senado Federal poderes para suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, o art. 13 se conexiona com o parágrafo único do art. 8º, citado por BRANDÃO CAVALCANTI.

Releva recordar os dizeres do art. 8º e do art. 13 da Constituição de 1946, eis que dispunham sobre casos de intervenção federal, a ser decretada, não pelo Presidente da República, como ocorre em todas as hipóteses da Constituição vigente (art. 11), mas pelo Congresso Nacional, mediante lei, nos casos previstos nos itens VI e VII do art. 7º. Nos casos do item VII, o ato argüido de inconstitucionalidade deveria ser submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção federal no Estado infrator, “para assegurar a forma republicana representativa; independência, e harmonia dos poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração e garantias do Poder Judiciário”.

Relembramos que o art. 13 dizia que “nos casos do art. 7º, item VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucional, se esta medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado”.

Na atual Constituição, como já frisamos, não mais vigem estes dispositivos. Toda e qualquer intervenção federal é decretada pelo Presidente da República, **ad referendum** do Congresso Nacional (art. 11, §§ 1º e 2º, e art. 12 e seus parágrafos). Não tem o Presidente da República que submeter seu ato à consulta prévia sobre constitucionalidade ao STF, ficando a seu alvitre o entendimento de se tratar ou não de hipótese de intervenção, com as restrições indicadas nos parágrafos 1º e 2º do art. 11.

Se este dispositivo constitucional foi abolido da Constituição vigente, foi-lhe, porém, acrescentada uma disposição que é, rigorosamente, de constitucionalidade das leis, consistindo ela, nada mais, nada menos, do que a extensão dos poderes conferidos pela Constituição de 1946 ao Procurador-Geral da República, em relação ao parágrafo único do art. 8º, para quaisquer outros casos que entender se trate de lei ou ato que afrontem a Carta Magna.

Referimo-nos ao direito de representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou es-

tadual. O art. 119, I, letra I, da Constituição, outorga ao Supremo competência originária para processar e julgar tal representação.

Além deste dispositivo, a Emenda Constitucional vigente prevê mais três outros relacionados com a declaração de inconstitucionalidade. Assim, o art. 42, item VII, confere ao Senado Federal a atribuição privativa de "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

O art. 116 prevê o **quorum** da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

Finalmente, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, dispôs, no seu art. 119, III, alíneas **a**, **b** e **c**, os casos de arguição de inconstitucionalidade decididos pelos tribunais inferiores. Tal preceito é repetido nos arts. 139 e 143, quando estabelece a Constituição serem irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Trabalho, salvo se contrariarem a Constituição, caso em que caberá recurso ao Supremo.

7. O Brasil não dispõe, em sua estrutura jurídica de tribunal especial para exercer o controle da constitucionalidade das leis. Embora o Supremo Tribunal Federal seja considerado o guardião-mor da Constituição, como já dissemos, qualquer juiz ou tribunal pode conhecer e julgar casos de inconstitucionalidade, como prefacial de determinada demanda.

Com efeito, o Direito brasileiro conhece duas formas de declaração de inconstitucionalidade. A primeira, por intermédio do **processo comum**, quando o interessado alega, como fundamento da ação ou da defesa, a ameaça ou violação de um direito subjetivo individual. Esta arguição é feita apenas incidentalmente, como preliminar ou prejudicial e é apreciada pelos órgãos judiciários comuns, tendo o controle caráter difuso.

O segundo modo é através da **ação direta**, intentada tão-somente pelo Procurador-Geral da República, visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, nos termos do art. 119, I, letra I, da Constituição vigente.

7.1. Na Alemanha Federal, como já vimos, a declaração de inconstitucionalidade é ato de toda a turma que se pronuncia, não se conhecendo a proporcionalidade das decisões nem os votos vencidos. É preciso, pois, que, ao menos, cinco dos oito juízes de cada turma votem pela inconstitucionalidade argüida ou a rejeitem.

No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 116 da Constituição (redação da Emenda Constitucional nº 7/77):

"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público."

Maioria absoluta, como é curial, obtém-se pela metade mais um de todos os membros do tribunal julgador. Vale dizer, por seis votos, o Supremo pode tornar sem força executória uma lei, por inconstitucionalidade.

Não é de hoje que se profliga, e com razão, este critério da maioria absoluta como insuficiente e precário. JOÃO MANGABEIRA defendendo a votação pelo **quorum** de dois terços dos Ministros do Supremo, criticava, em 1934, a redação do substitutivo apresentado a seu anteprojeto de Constituição, verberando o sistema norte-americano das decisões **five to four**.

Segundo ele, “não colhe a afirmativa de que os tribunais só declaram a inconstitucionalidade quando a questão está fora de qualquer dúvida razoável, ou na fórmula original, preconizada por THILGHMAN, “beyond all reasonable doubt”. As decisões de inconstitucionalidade por um voto têm motivado os maiores clamores populares e os mais intensos protestos dos centros culturais americanos”, arremata MANGABEIRA (**Em Torno da Constituição**, págs. 115/117).

7.2. Para que o Judiciário possa conhecer da questão de inconstitucionalidade, força é que o interessado proponha uma ação em forma regular, perante o juízo competente, invocando o direito subjetivo em que se funda sua pretensão, ou ainda, nos termos do já aludido art. 119, I, letra I, da Constituição, argua o Procurador-Geral da República, em forma de representação, e de ação direta, a inconstitucionalidade da lei.

Suscitado o litígio, incumbe ao juiz resolvê-lo. Declarando que a lei está eivada de inconstitucionalidade, o Poder Judiciário desliga o interessado da submissão ao seu império. A sentença que decreta a inconstitucionalidade não revoga os atos dos demais poderes submetidos ao controle do Judiciário. O que faz é apenas desconhecê-los, deixando-os, embora subsistentes, no corpo das leis ou dos atos do Executivo.

Portanto, a função do Judiciário, ao apreciar lei ou ato acimado de inconstitucional, limita-se a negar-lhe obediência, liberando o ofendido a se sujeitar à sua autoridade. Esta atividade consiste, segundo preleciona ALFREDO BUZUID, não tanto em anular ou revogar, quanto em deixar de aplicar a lei, incompatível com outra lei hierarquicamente superior ou com a Constituição. Não se trata, pois, de submeter os outros poderes ao controle do Judiciário, como se este fosse posto acima daqueles, mas de exercer o controle jurisdicional da lei ou do ato, que ofende direito subjetivo individual (**Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, pág. 81).

A autoridade da coisa julgada, no caso brasileiro de declaração de inconstitucionalidade, restringe-se às partes, ao contrário da Alemanha, onde opera **erga omnes**, como já se disse.

Desentendem entre si os doutos quanto à obrigatoriedade de os juízes, em ações propostas por litigantes, alheios ao primeiro processo, decidirem do mesmo modo, ou se lhes é lícito discrepar, julgando constitucional a lei e aplicando-a ao caso concreto. Parece-nos que, diferentemente do que pensam abalizadas autoridades no assunto, como LÚCIO BITTENCOURT e CASTRO NUNES, não está o juiz brasileiro jungido a decidir senão de acordo com sua convicção. Ele se submete apenas ao império da lei e, embora a jurisprudência das Cortes lhe seja excelente roteiro, nem por isso tem ela efeito vinculativo.

Como observa o já mencionado BUZAID, é certo que a sentença que não segue a jurisprudência é suscetível de reforma, pois não conta com a aprovação dos tribunais superiores. Mas, a verdade é também que a sentença pode operar uma mudança na jurisprudência, se tiver a virtude de convencer o Tribunal (ob. cit., pág. 85).

A vinculação do julgado a decisões inferiores não faz sentido em nosso ordenamento jurídico, eis que, no dissídio constitucional, o objeto do processo não é a lei em si, mas o direito subjetivo da parte que se considera lesada. Nestas condições, a coisa julgada, transcendendo os limites da demanda, abrangeria a todos. Mas, enquanto os juízes resolvem **in casu** o direito particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislação ou da administração, os efeitos do julgado valem **inter partes**, não se estendendo **erga omnes**.

Mas, para evitar a reprodução de tantas demandas quantos sejam os interessados agravados pelo ato inconstitucional, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a solução preconizada no art. 42, VII da Constituição vigente, em que incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O Senado não age mecanicamente como simples cartório de registro de inconstitucionalidade. Examina o julgado do ponto de vista substancial e formal, verificando se, na declaração de inconstitucionalidade, foram observadas as regras jurídicas. Deve, pois, verificar se se trata de aplicação da norma ao caso concreto e não em tese e se foi observado o **quorum** prescrito na Carta Magna. Concorrendo os requisitos básicos legais, o Senado não pode, porém, se recusar a suspender a executoriedade da lei, ainda que sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo ou à defesa do interesse nacional.

Após a suspensão da execução da lei ou do decreto, nenhum tribunal poderá aplicá-los, não porque a lei deixou de existir, repetimos, mas porque perdeu a executoriedade. Nem pode o próprio Supremo modificar sua jurisprudência, reconhecendo-lhe a constitucionalidade, após o pronunciamento do Senado (BUZAID, ob. cit., págs. 89 e 90).

7.3. Efeito diverso tem a declaração de inconstitucionalidade provocada por representação do Procurador-Geral da República. O litígio constitucional não constitui preliminar, mas o objeto principal do julgamento. Por isso mesmo, a lei não conferiu legitimidade de agir a qualquer um, mas apenas ao Procurador-Geral da República. Da mesma forma, a inconstitucionalidade não pode ser decretada por qualquer tribunal da República, mas tão-só pelo Supremo. A decisão, então, ensina BUZAID, vale como **lex specialis**, com eficácia **erga omnes** e não **inter partes** apenas. Mas, a decisão transitada em julgado precisa ser remetida ao Congresso para que este suspenda a execução do ato. A eficácia do julgado é retroativa, **ex tunc**, abrangendo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional, pois não se poderia considerar válidos atos praticados sob o império de uma lei nula (ob. cit., pág. 137).

Finalmente, uma observação: embora nenhum autor admita falar-se em revogação da lei inconstitucional, LÚCIO BITTENCOURT sustenta a possibilidade de um caso de revogação da lei declarada inconstitucional. E quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta.

“Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não; uma lei incompatível com a Constituição é sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade.”
(O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, págs. 131 e seguintes.)

7.4. Vimos, pois, que na Alemanha Federal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam *ex tunc* e *erga omnes*, o mesmo ocorrendo, no Brasil, em relação à declaração em ação direta, enquanto, na incidental, tais efeitos ocorrem apenas *ex nunc* e *inter partes*.

No entanto, como observa judiciosamente CAPPELLETTI, as necessidades práticas da vida social têm exigido certa atenuação do rigor teórico quer da doutrina da não retroatividade, ou seja, dos efeitos *ex nunc*, ou a partir da sentença, quer também da doutrina da retroatividade, isto é, dos efeitos *ex tunc*, desde o nascimento da lei.

Esta última corrente parte do pressuposto de que a lei inconstitucional seja *ab origine* nula e ineficaz. Isso significa que qualquer ato — seja privado, como, por exemplo, o contrato, ou público, como o ato administrativo ou uma sentença — que tenha aplicado a lei (que, repita-se, é uma lei nula e ineficaz) carece de uma válida base legal. Pode acontecer que uma lei tenha sido por muito tempo pacificamente aplicada por todos: órgãos públicos e pessoas privadas. Por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito e nomeado com fundamento numa lei declarada inconstitucional, muito tempo depois, tenha exercido suas funções por largo período; ou que o Estado tenha, por muitos anos, recolhido certo tributo, ou ainda, uma pessoa tenha recebido uma pensão ou estipulado determinados contratos, sempre baseando-se em uma lei declarada posteriormente inconstitucional.

Que aconteceria se, em certo momento, a lei, aplicada pacificamente por muitos anos, venha a ser declarada inconstitucional? Como aceitar a doutrina dos efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos? Será que poderão ser destruídos todos os efeitos, criados, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos e privados, praticados de acordo com a lei?

A resposta a estas perguntas foram dadas, há pouco tempo, pela jurisprudência das Cortes norte-americanas, inspiradas em critérios de grande e oportuna praticidade e elasticidade. Aliás, critérios semelhantes foram também seguidos, ora pela lei, ora pela jurisprudência, tanto na Itália, quanto na Alemanha.

Em matéria penal, as Cortes americanas têm sempre entendido — e agora a lei alemã e a italiana dispõem expressamente — que, não obstan-

te o trânsito em julgado da sentença penal de condenação, ninguém deve ser constrangido a expiar uma pena que tenha sido infligida em aplicação de uma lei declarada inconstitucional.

Em matéria cível, ao invés, assim como em matéria administrativa, preferiu-se respeitar certos efeitos consolidados (entre os quais emerge particularmente a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis consideradas inconstitucionais, posteriormente. E isso, levando em conta que, de outra forma, se teriam graves repercussões negativas sobre a paz social, isto é, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade nas relações e situações jurídicas (ob. cit., páginas 113/115).

8. Concluindo, ousamos afirmar que o controle constitucional, tal qual concebido pelo gênio notável de KELSEN e transplantado, inteligente e sabiamente, para a República Federal da Alemanha, é mais perfeito e eficaz do que o sistema adotado pelo Brasil, cópia fiel do norte-americano, mas talvez faltando a seus magistrados aquela independência e autoridade que os "Justices" ianques lograram obter e preservar, no fluir dos anos.

O controle exercido por órgão jurisdicional especial, como o que pratica o Tribunal Federal Constitucional alemão, parece-nos mais rápido e eficiente, já que não se arrasta pela sucessão de até quatro instâncias, como no Brasil, pois apenas aquele Tribunal tem competência, única ou última, para dirimir os casos constitucionais. Assim, o pronunciamento jurisdicional se torna mais uniforme, servindo, imediatamente, de orientação básica para os tribunais inferiores, que são vinculados às decisões da Corte Constitucional.

No Brasil, se as partes não insistirem em levar ao Supremo Tribunal Federal as controvérsias constitucionais, pode ocorrer que uma lei seja inconstitucional numa comarca (se assim entender seu titular e enquanto for o mesmo) e constitucional, noutra; ou ainda, gozar os foros constitucionais num Estado e ser acoimada de incompatível à Carta Magna, noutro.

Já existem sugestões preciosas no sentido de se outorgar ao Supremo a competência quase exclusiva de se pronunciar apenas sobre matéria constitucional, criando, para isso, outros tribunais federais regionais, para a solução, em grau de recurso intermediário, dos litígios julgados pelos juízes federais, o que desafogaria sobremaneira o STF.

Dessa forma, os chamados Tribunais Superiores julgariam, através do recurso de revista ou outro assemelhado (como já ocorre com o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), em último grau, as demandas comuns, subindo ao Supremo tão-somente as causas em que se versasse matéria constitucional, além de outras competências originárias, como vimos no que concerne ao Tribunal Federal Constitucional alemão.

Outra alteração que se espera no sistema de controle brasileiro é retirar do Procurador-Geral da República a prerrogativa de decisão sobre o encaminhamento ou não da representação, visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto federal, transformando-o em apenas

instrumento e não em árbitro prévio da existência ou não da inconstitucionalidade. Esta tese é defendida, aliás, em artigo do Professor SANSÃO JOSÉ LOUREIRO, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (cfr. **Revista de Direito Público**, ano VI, nº 24, abril-junho de 1973, págs. 98/102, "A Competência do Procurador-Geral da República na ação direta de declaração de inconstitucionalidade").

Consideramos também salutar adotar-se, em todos os Estados, a sistemática da Constituição do Paraná, que atribui ao Procurador-Geral do Estado competência para suscitar, perante o Tribunal de Justiça do Estado, a inconstitucionalidade de lei, podendo o mesmo fazê-lo, porém, perante o Supremo, mediante representação ao Procurador-Geral da República.

Da mesma forma, os Promotores Públicos poderiam argüir, perante o Juiz de Direito da Comarca, a inconstitucionalidade de lei municipal, iniciando, assim, seu processo de inconstitucionalidade que terminará no Supremo. A menos que a Constituição, desafogando o STF de outras competências, confira a ele a jurisdição única sobre matéria constitucional, como ocorre na Alemanha Federal.

9. BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT, C. A. Lúcio, **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, Rio, Forense, 1949.
- BURDEAU, Georges, **Traité des Sciences Politiques**, Tome IV, L.C.D.J., Paris, 1969.
- BUZOID, Alfredo, **Da Ação Direta da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1958.
- CAPPELLETTI, Mauro, **Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**, Giuffrè, Milano, 1971.
- CASTRO NUNES, **Teoria e Prática do Poder Judiciário**.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão, **Do Controle da Constitucionalidade**, Forense, Rio, 1964.
- DAVID, René, **Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé, Introduction**, Paris, 1958.
- DUVERGER, Maurice, **Constitutions et Documents Politiques**, PUF, 6ème édition, Paris, 1971.
- FERREIRA, Luis Pinto, **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, volume I, 5ª edição, 1971, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- HEYDE, Wolfgang, **La Justicia en la República Federal de Alemania**, editado por la Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal, Hamburgo, 1971.
- LESSA, Pedro, **Do Poder Judiciário**, Livraria Francisco Alves, Rio, 1915.
- MALUF, Sahid, **Curso de Direito Constitucional**, 2º volume, Sugestões Literárias, São Paulo, 1970.
- MANGABEIRA, João, **Em Torno da Constituição**, Rio, 1934.
- MELLO, José Luis de Anhaia, **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição — As Cortes Constitucionais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, **Les Constitutions Européennes**, PUF, Paris, 1951.
- PELAYO, García, **Derecho Constitucional Comparado**, Edición Manuales de la Revista de Derecho, Madrid, 1967.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**, seis volumes, Revista dos Tribunais, 1971.
- **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**.
- **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 34, Belo Horizonte, 1972.