

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE GERMÂNICO CONSTITUTIONAL REVIEW (CONSTITUTIONAL CONTROL) IN GERMANY

Pedro Losa Loureiro Valim¹

Resumo: O texto analisa o controle de constitucionalidade à luz da Lei Fundamental de Bonn e do Regimento Interno do Tribunal Constitucional Federal germânico (*Bundesverfassungsgericht*). Consoante se averiguará ao longo do presente estudo, o controle de constitucionalidade, quanto aos mecanismos instrumentais utilizados para a aferição de compatibilidade formal e material de determinado dispositivo normativo com a Constituição Federal, deve ser tripartido: (i) recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*); (ii) controle abstrato e (iii) controle concreto. Ao longo do estudo, analisar-se-á pontualmente cada um dos instrumentos supramencionados, bem como a influência de tais arquiteturas organizacionais e procedimentais no Direito Brasileiro, com a importação de determinadas técnicas de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Direito germânico. Direito comparado.

Abstract: The text deals with constitutional review (constitutional control) in Germany, with the analyses of the Basic Law for the Federal Republic of Germany (the constitutional law of the Federal Republic of Germany) and the Federal *Constitutional* Court Act (*Bundesverfassungsgericht*). Considering the normative instrumentals that are used to the evaluation of the constitutionality of the laws in Germany, the German constitutionality review can be divided into three sections: (i) the constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*); (ii) abstract constitutional review and (iii) concrete constitutional review. As the text evolves and unfolds, the constitutional review in Germany is compared to the normative architecture that are ruled in Brazil, as also the influences in the Brazilian law.

Palavras-chave: Constitutional review; Law of Germany; Comparative Law.

Índice: I. Noções introdutórias do controle de constitucionalidade germânico. II. Recurso constitucional - *Verfassungsbeschwerde*. III. Controle abstrato. IV. Controle concreto. V.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado de São Paulo (UERJ).

Conclusão – cotejo entre o controle de constitucionalidade germânico e brasileiro. VI. Referências bibliográficas.

I. Noções introdutórias do controle de constitucionalidade germânico.

A idéia de Constituição está intrinsicamente vinculada ao conceito de Estado Democrático de Direito. A partir de ideais difundidos na Revolução Francesa e na própria independência dos Estados Unidos, no século XVIII, houve a concepção de que o Estado também deveria ser limitado, a fim de evitar arbítrios e despotismos ilimitados. Os cidadãos também deveriam ser contemplados como detentores de direitos exigíveis perante o Estado. A Constituição, neste sentido, representa “a idéia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”. Konrad Hesse a define como “*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*”.

Com arrimo na força normativa da Constituição e na supremacia hierárquica das normas constitucionais, as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis formal e materialmente com as balizas constitucionais. De acordo com o conceito de Jorge Miranda, a constitucionalidade é uma relação que se estabelece entre o parâmetro de validade – no caso, a Constituição – e as demais normas do ordenamento jurídico que com ela são ou não compatíveis. Trata-se de uma relação de compatibilidade formal e material que deve ser analisada consoante caráter normativo e valorativo.

Há diversos tipos classificatórios dos vícios de inconstitucionalidade. Em relação especificamente à origem do defeito que macula o ato normativo, pode-se subdividir a inconstitucionalidade em dois grandes grupos: formal e material. A primeira atine não ao conteúdo propriamente dito do ato normativo, mas sim aos pressupostos e procedimentos atinentes à formação da norma. Estariam abarcados em tal classificação os vícios de iniciativa (uma norma cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo teve seu processo legislativo instaurado por um Deputado, por exemplo²), vício de quórum (necessidade de aprovação de uma lei complementar, entretanto com o quórum de maioria simples e não absoluta). A inconstitucionalidade material, por sua vez, está relacionado ao conteúdo da norma em debate,

ao aspecto substantivo e não meramente formal. Analisar-se-á, em tal aspecto, se a norma é compatível materialmente com a Constituição.

O estudo do direito germânico, mais especificamente quanto ao direito constitucional, é extremamente salutar para a adequada compreensão do próprio ordenamento jurídico nacional, porquanto, como se averiguará ao longo do estudo, muitos dos institutos e arquiteturas organizacionais jurídicas hoje existentes em nossa realidade foram incorporadas e importadas do Direito alemão.

Conforme se infere do presente estudo, o controle de constitucionalidade germânico pode ser tripartido: (i) o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*); (ii) o controle abstrato e (iii) o controle incidental. Analisar-se-á cada um dos mecanismos ao longo do estudo, iniciando-se com o recurso constitucional no próximo item.

II. Recurso constitucional - *Verfassungsbeschwerde*

A tradução do instituto germânico *Verfassungsbeschwerde* é alvo de divergências doutrinárias. Para determinado setor, o termo adequado seria Recurso Constitucional, ao passo que para outros doutrinadores o vocábulo mais fidedigno seria Reclamação Constitucional. Adotar-se-á, no presente estudo, a expressão Recurso Constitucional, a fim de evitar confusões terminológicas com o instituto brasileiro das Reclamações, previstas no texto constitucional (alínea “I” do inciso I do artigo 102) e cuja sistemática foi detalhada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

O Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) é previsto no artigo 93, (1), 4a, da Lei Fundamental de Bonn. Referido dispositivo normativo confere a qualquer cidadão a possibilidade de interpor recurso de inconstitucionalidade, com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20, §4º, 33, 38, 101, 103 e 104.

Consoante se infere do acima mencionado, a legitimidade para a interposição do *Verfassungsbeschwerde* é ampla, viabilizando, portanto, que uma grande parcela da população acione o Tribunal Constitucional Federal germânico (*Bundesverfassungsgericht*). Franqueia-se, portanto, acesso direto dos titulares de direitos fundamentais ou assemelhados, sejam eles os cidadãos, as pessoas jurídicas ou mesmo estrangeiros. Constata-se, portanto, que a possibilidade de controle de constitucionalidade de determinada norma junto à Corte

germânica é conferida a todos os cidadãos, indo ao encontro da noção de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Outro ponto fundamental para popularizar o controle de constitucionalidade, na modalidade do *Verfassungsbeschwerde*, reside na desnecessidade de assistência de advogado ou de pagamento de custas. Com isso, garante-se uma aproximação entre as esferas que tomam as decisões (no caso, o *Bundesverfassungsgericht*) e o povo, fazendo com que este atue ativamente na construção e manutenção do ordenamento jurídico ao qual se submete, possibilitando, assim, a construção de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”.

Quando da análise do controle de constitucionalidade, a doutrina costuma bipartir dois modelos principais: (i) o controle de constitucionalidade norte-americano e (ii) o controle de constitucionalidade austríaco. Consoante tal divisão, o primeiro modelo seria pautado em um controle difuso e calcado na declaração de nulidade da norma em incompatibilidade (formal ou material) com a Constituição, com efeitos, portanto, *ex tunc* ou retrooperantes. O modelo austríaco, por sua vez, fortemente influenciado pelas concepções kelsenianas, tem como alicerce o controle concentrado de constitucionalidade junto às Cortes Constitucionais, pautando-se, outrossim, por um controle com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. A norma, nesta arquitetura organizacional, é anulada, em um juízo constitutivo negativo.

Parcela da doutrina intenta assemelhar o controle de constitucionalidade germânico ao segundo modelo supramencionado, talvez, inclusive, pela proximidade geográfica. Entretanto, é mister salientar que, por mais que também detenha um modelo de controle concentrado e abstrato, o instrumento mais utilizado, na Alemanha, para o controle de constitucionalidade das normas germânicas é o recurso constitucional.

Consoante estudo estatístico firmado entre 1951 e 1993, o número de recursos constitucionais somou 91.813 (noventa e um mil, oitocentos e treze processos), ao passo que o controle abstrato representou ínfima parcela – 122 (cento e vinte e dois processos). O controle incidental, concreto e concentrado (visto mais abaixo, no item V) totalizou a quantia de 2.846 (dois mil, oitocentos e quarenta e seis) processos.

Assim como o recurso extraordinário brasileiro, o *Verfassungsbeschwerde* não autoriza um revolvimento fático-probatório, quando do julgamento pelo *Bundesverfassungsgericht*. Trata-se de um remédio extraordinário, cuja utilização só se torna possível, nos moldes do artigo 93, (1), 4a, da Lei Fundamental de Bonn, nos casos de ofensa a direitos fundamentais (previstos nos artigos 1º a 19 da Lei Fundamental de Bonn) ou assemelhados, presentes nos artigos 20, §4º (direito de resistência), 33 (igualdade dos direitos

cívico dos alemães, funcionalismo de carreira), 38 (direitos políticos eleitorais), 101 (proibição de tribunais de exceção), 103 (direito de ser ouvido, proibição das leis penais retroativas e acúmulo de penas) e 104 (garantias jurídicas no caso de privação de liberdade).

Assim como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), instituto brasileiro abaixo estudado, o *Verfassungsbeschwerde* submete-se ao princípio da subsidiariedade. Há a necessidade do esgotamento de todas as vias judiciais para ser manejado. Entretanto, tal exigência não é irrestrita, sendo relativizada em duas ocasiões: (i) quando a matéria objeto do *Verfassungsbeschwerde* possuir relevância geral, possuindo, portanto, patente e manifesto interesse geral e (ii) quando a imposição do prévio exaurimento das outras instâncias anteriores acarretar ao postulante (*Beschwerdeführer*) um dano ou ameaça de dano de difícil ou incerta reparação. Tal mitigação é vista também nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

O artigo 46, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), na alínea “a”, expressamente prevê ser necessário a prévia interposição e esgotamento dos recursos da jurisdição interna. Mais à frente, todavia, tal exigência é relativizada nos seguintes casos: (i) quando não houver, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito que se alegue tenha sido violado ou ameaçado de violação; (ii) não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna ou ter sido o indivíduo impedido de esgotá-los e (iii) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Ora, tais exceções também podem ser aplicadas ao *Verfassungsbeschwerde*, sem qualquer dificuldade de compatibilização. Em determinados casos, impor ao cidadão a necessidade de exaurimento prévio das instâncias ordinárias pode ser medida deveras onerosa, acarretando um ônus excessivamente oneroso ao impetrante. Não mitigar ou relativizar tal imposição poderia, em determinadas hipóteses, acarretar, inclusive, o perecimento do próprio direito a ser tutelado.

Entretanto, é mister salientar que tais hipóteses devem ser interpretadas restritivamente, porquanto o revolvimento fático-probatório nas demais instâncias enriquece o debate, aprofundando-o. Viabilizar o acesso direto ao *Bundesverfassungsgericht*, por um lado, visa a evitar o perecimento do direito, em determinadas hipóteses. Todavia, como não houve o regular exaurimento das instâncias locais, não houve um debate enriquecedor, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A vedação do revolvimento fático-probatório em sede de *Verfassungsbeschwerde*, neste sentido, restringe o âmbito cognitivo, razão pelo qual é

extremamente produtivo e enriquecedor do debate o prévio debate ao longo de toda a instrução processual.

O artigo 93 do Regimento Interno do *Bundesverfassungsgericht* prevê os prazos para a interposição do *Verfassungsbeschwerde*. Caso o recurso tiver como objeto a impugnação de decisão judicial, o prazo para a interposição do Recurso Constitucional é de um mês a contar da data da prolação da decisão judicial recorrida. Entretanto, caso objeto de impugnação seja um ato de Poder Público ou outro ato não jurisdicional, o prazo é alargado para um ano, com *dies a quo* a partir da data da publicação do ato vergastado.

O juízo de admissibilidade do *Verfassungsbeschwerde* é realizado por órgãos fracionários da Corte Constitucional germânica (composta por dois Senados, órgãos jurisdicionais análogos às duas Turmas do Supremo Tribunal Federal). A decisão de admissibilidade ou inadmissibilidade é irrecorrível, não sendo fundamentada a decisão. Em tal ponto, há uma divergência evidente para com a realidade brasileira, porquanto o juízo de admissibilidade (positivo ou negativo) deve ser devidamente fundamentado, ainda mais levando em consideração o comando constitucional previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Assim como o instituto da repercussão geral e da outrora arguição de relevância, o *Verfassungsbeschwerde* também é submetido a uma análise pelo *Bundesverfassungsgericht* quanto à importância constitucional fundamental da questão. Analisa-se, portanto, se a questão não se circunscreve apenas às situações individuais dos impetrantes (*Beschwerdeführer*), possuindo repercussão social, econômica, política, entre outras junto à sociedade germânica. A repercussão geral pode ser também aquilatada quando da existência de violação de direitos fundamentais de especial gravidade. Para ser admitida, portanto, a questão deve ter importância constitucional clara (*Bedeutung*).

Em estudo realizado junto à Corte Constitucional Federal, infere-se que o juízo de admissibilidade do *Verfassungsbeschwerde* é extremamente rígido, sendo patentemente seletivo. Apenas 2,5% (dois e meio por cento) dos Recursos Constitucionais interpostos entre 1951 e 2008 foram admitidos junto à *Bundesverfassungsgericht*.

O instituto do *Verfassungsbeschwerde* possui semelhanças com o recurso extraordinário e com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Analisando os institutos, o doutrinador Gilberto Schäfer tece os seguintes comentários:

“Logo após a Constituição de 1988, José Afonso da Silva relacionava o instituto com o recurso constitucional alemão

(*Verfassungsbeschwerde*). Sobre essa relação, Clèmerson Clève faz a seguinte observação: ‘o *Verfassungsbeschwerde* não pode, porém, sem mais, ser transplantado para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional Alemã, impugna decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei haveria de conferir à arguição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão.’”

No ordenamento alienígena, o *Verfassungsbeschwerde* possuía semelhanças com o *amparo* do ordenamento espanhol. Os dois representam a quase totalidade do contencioso constitucional nos ordenamentos germânico-hispânico.

Quanto ao direito brasileiro, há semelhanças com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.882/99 permitia, quanto à legitimidade para o ajuizamento da ADPF, amplo acesso de qualquer cidadão ao STF para a defesa de seus direitos e garantias fundamentais. Tal dispositivo normativo, todavia, foi objeto de veto pelo presidente da época, Fernando Henrique Cardoso. Da análise dos fundamentos do veto, infere-se que o principal argumento reside no fato de que o rol de legitimados já é amplo o suficiente, porquanto o inciso I do mesmo dispositivo normativo prevê que os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade também o são para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Outrossim, o cidadão, com arrimo no §1º do artigo 2º, poderia solicitar a propositura de ADPF ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos da solicitação, deveria decidir acerca do cabimento do seu ingresso em juízo.

Em que pese a relevância dos fundamentos elencados, não se pode lamentar a existência do veto, por retratar um déficit democrático, ao limitar o acesso dos cidadãos ao Supremo Tribunal Federal mediante a utilização do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

III. O controle de constitucionalidade abstrato germânico

O controle abstrato de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, no Direito germânico, está previsto no artigo 93, (1), 2, da Lei Fundamental de Bonn. Diversamente de outros países como o Brasil, em que o rol de legitimidades é,

comparativamente, largo, consoante se infere do rol previsto no artigo 103 da Constituição Federal, no Direito germânico, a Lei Fundamental de Bonn prevê que são legitimados para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade junto à Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) apenas três entes: (i) o Governo Federal; (ii) os Governos Estaduais (é mister relembrar que o Estado germânico é federativo) e (iii) 1/3 (um terço) do Parlamento Federal.

É mister salientar a divergência entre o rol de legitimados quando comparado à realidade de outros países. No Brasil, por exemplo, consoante se infere do inciso VIII do artigo 103, qualquer partido político com representação no Congresso Nacional é considerado parte legítima para acionar o controle abstrato de constitucionalidade, não se tornando parte ilegítima caso, ao longo da instrução processual, venha a perder a representação no Poder Legislativo.

Na Alemanha, por outro lado, há a exigência de um quórum qualificando, havendo a necessidade de uma minoria qualificada. Assim como no *Verfassungsbeschwerde*, não há necessidade da representação processual por advogado, sendo tal figura indispensável para as audiências, podendo ainda, em tais casos, ser substituído por um professor de direito.

A existência de um rol restrito e limitado quantitativamente configura, por si só, um limite de acesso ao *Bundesverfassungsgericht*, evitando que questões triviais sejam postas em discussão em controle abstrato, reservando-se o papel da Corte apenas à análise dos casos com maior impacto e relevância na sociedade germânica.

Diversamente do Brasil, não há, no controle abstrato de constitucionalidade, a necessidade, em determinados casos, de prévia comprovação do requisitos de pertinência temática. Quando da elaboração da arquitetura organizacional do controle de constitucionalidade abstrato germânico, indagou-se se seria possível o governante de determinado ente federativo germânico arguir a inconstitucionalidade de lei estadual promulgada por ente federativo diverso do autor da arguição, sem que houvesse a existência de comprovado vínculo de interesse no reconhecimento judicial da incompatibilidade formal ou material da lei arguida. Privilegia-se, todavia, no controle abstrato, a idoneidade e a higidez do ordenamento jurídico germânico, permitindo-se, portanto, tais arguições, não havendo, portanto, ilegitimidade ou ausência de pertinência temática, em tais casos.

O artigo 93, (1), 2, da Lei Fundamental de Bonn prevê as hipóteses de controle abstrato de inconstitucionalidade: (i) a incompatibilidade da lei federal com a Lei Fundamental; (ii) a ofensa da lei estadual à Lei Fundamental e (iii) desrespeito da lei estadual

à lei federal (uma Lei da Baviera, por exemplo, pode ofender e ir de encontro a uma lei federal germânica). A partir da possibilidade de averiguação da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, conclui-se que o parâmetro valorativo das normas arguidas é duplo: tanto em face da Lei Fundamental de Bonn, quanto em face da legislação federal germânica.

O parâmetro da Lei Fundamental de Bonn mencionado nos itens (i) e (ii) acima incluem dispositivos da Constituição de Weimar e o preâmbulo da Lei Fundamental (diversamente da controvérsia no Brasil, o preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn possui clara força normativa).

No Brasil, a causa de pedir, no controle abstrato de constitucionalidade, é aberta, não estando vinculados ou adstritos os julgadores às causas de pedir elencadas pelo autor, quando do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Na Alemanha, não apenas a causa de pedir é aberta, como o próprio parâmetro de validade adotado pelo autor (Governo Federal, Governos Estaduais e um 1/3 do Parlamento) também é sujeito à alteração judicial. Uma das hipóteses de controle abstrato é justamente o confronto entre (i) a lei estadual e a Lei Fundamental de Bonn e (ii) a legislação estadual e a legislação federal. Caso um dos entes legitimados adote apenas um dos parâmetros de cotejo, pode o *Bundesverfassungsgericht* analisar a compatibilidade da lei estadual questionada com parâmetro diverso do mencionado na inicial. A Corte Constitucional Federal deve abranger, em sua análise, ambos os parâmetros, devendo examinar a norma questionada sob todos os pontos de vista jurídicos, independentemente de prévia arguição por parte do autor. Trata-se de uma *causa petendi* aberta levada às últimas consequências.

Numa análise estatística quanto à incidência do controle abstrato, infere-se que a maior parcela ocorre nas hipóteses de confronto entre a lei federal e a Lei Fundamental de Bonn. Entretanto, para a doutrina germânica e para o entendimento do *Bundesverfassungsgericht*, o que se entende como lei federal? Há aqui uma abrangência ampla. A doutrina entende como lei federal também normas constitucionais introduzidas por Emendas Constitucionais. Há divergência quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade acerca das normas constitucionais originárias por afronta a parâmetros de direito suprapositivos, estando, para os adeptos desta corrente, o Poder Constituinte originário limitado por normas supraestatais, suprapositivas e atemporais. Entretanto, tal discussão não será objeto de análise no presente estudo. Como o próprio vernáculo sugere, podem também ser objeto do controle abstrato de constitucionalidade leis federais de qualquer espécie e

conteúdo (pré ou pós constitucionais). Tal característica diverge do sistema brasileiro de constitucionalidade. No Brasil, o objeto da ação direta de inconstitucionalidade dever ser uma norma pós-constitucional. O confronto entre uma norma pré-constitucional e uma nova ordem constitucional superveniente se resolveria em uma questão de confronto temporal – recepção ou não pelo novo ordenamento jurídico. Com a regulação da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental, mais especificamente a parte final do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 (“incluídos os anteriores à Constituição”). Tal discussão, no cenário germânico, não possui motivo, porquanto subsume-se ao objeto do controle abstrato de constitucionalidade norma jurídica pré ou pós constitucional.

Além dos exemplos acima delineados, entende-se como lei federal (i) normas gerais do direito internacional público incorporadas ao ordenamento federal; (ii) leis de aprovação de tratados internacionais; (iii) leis orçamentárias; (iv) direito consuetudinário (é mister que se trate de costume nacional, ainda mais se levarmos em consideração a realidade germânica, pautado por costumes locais); (v) regulamentos editados pelo Governo Federal, por um dos Ministérios ou por um delegatário.

É mister salientar mais um cotejo entre o Direito brasileiro e o Direito germânico. Naquele, o controle dos atos infralegais (como regulamentos) é feito pautado pela lei. Eventual afronta restringe-se aos conceitos de legalidade (o regulamento é legal ou ilegal, caso esteja em conformidade com as balizas da lei que visa a regular). Eventual vício de inconstitucionalidade, em tais casos, ao princípio da legalidade é meramente reflexo, não sendo possível o controle abstrato de constitucionalidade em tais casos. No ordenamento germânico, por sua vez, tal realidade é díspar, porquanto se entende como lei federal os atos infralegais, como os regulamentos, nos termos supramencionados.

O artigo 93, (1), 2, da Lei Fundamental de Bonn estabelece que “no caso de dúvida ou controvérsia a respeito da compatibilidade formal ou material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais” a Corte Constitucional Federal deve decidir o controle abstrato de constitucionalidade. A Lei Fundamental de Bonn estabelece que o controle de constitucionalidade abstrato ocorre nos casos de dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*).

A Lei Orgânica do *Bundesverfassungsgericht*, no seu artigo 76, busca explicitar qual seria o conceito de dúvida ou controvérsia, dois vocábulos mencionados pela Lei Fundamental de Bonn. De acordo com o referido dispositivo normativo do Regulamento da

Corte Constitucional Federal, haverá dúvida quando um dos entes legitimados considerar que o direito federal ou o direito estadual é incompatível formal ou materialmente com a Lei Fundamental de Bonn ou com outras disposições do direito federal. Já a controvérsia ocorreria quando um dos entes legitimados considerar a disposição do direito federal ou estadual válida, apesar de um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental de Bonn ou com outras disposições do direito federal

O Ministro Gilmar Mendes, em trabalho intitulado “Os Pressupostos de Admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante o *Bundesverfassungsgericht*”, publicado em julho de 1995 na Revista de Direito Constitucional e Internacional, levanta a hipótese de inconstitucionalidade do artigo 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

Para o Ministro, o legislador infraconstitucional teria restringido o âmbito de admissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. O artigo 93 da Lei Fundamental de Bonn menciona apenas a necessidade de dúvida ou controvérsia. O legislador infraconstitucional não poderia, sob pena de mácula de inconstitucionalidade, restringir o âmbito normativo de tais vocábulos, ao eleger uma determinada opção que não foi previamente chancelada pelo constituinte.

Analisando o conceito de “dúvida”, o ministro Gilmar Mendes menciona que tal dúvida não possui o mesmo grau cognitivo de certeza. O artigo 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece a necessidade de o ente legitimado considerar a norma federal ou estadual incompatível com a Lei Fundamental de Bonn, por exemplo. Ora, o grau cognitivo de certeza é maior do que a existência de mera dúvida. Caso um dos entes legitimados não tenha opinião formada acerca da compatibilidade formal e/ou material, tal não deve obstar o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, porquanto a última palavra quanto à constitucionalidade da norma deve recair sobre o Tribunal Constitucional Federal. Por se tratar de um processo objetivo e não subjetivo, com maior razão a possibilidade de acionar o *Bundesverfassungsgericht*, ainda que haja apenas dúvida e não certeza quanto à constitucionalidade da norma em debate. Além disso, em nenhum momento, a Lei Fundamental de Bonn prescreveu que a dúvida deveria se restringir aos entes legitimados. Sob tais fundamentos, o ministro Gilmar Mendes entende que o artigo 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* seria inconstitucional.

“configura-se dúvida se se admite seriamente a invalidade da norma.

O surgimento de dúvida legitima a propositura da ação. Por essa

razão, não parece razoável a concepção restritiva fixada no §76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Deve-se admitir, pois, que o disposto no §76, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* é, pelo menos, parcialmente nulo.”

O mesmo vício material de constitucionalidade, consoante a visão do Ministro Gilmar Mendes, reside no §76, II, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, quanto à definição infralegal do conceito de “controvérsia”. O §76, II, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece que a controvérsia ocorre quando um Tribunal, uma Autoridade Administrativa ou um órgão da União ou do Estado deixa de aplicar uma determinada norma por ser inconstitucional e um dos entes legitimados a considera, ao contrário, compatível com a Constituição. Tratar-se-ia, dentro desta conceituação, de uma controvérsia entre órgãos. Para Gilmar Mendes, o mesmo vício de incompatibilidade material ocorreria no presente caso, porquanto a Lei Fundamental de Bonn não restringiu o conceito de “controvérsia”, não podendo, portanto, o legislador infraconstitucional restringir tal definição, sob pena de mácula de inconstitucionalidade. O legislador infraconstitucional teria definido restritivamente quais órgãos deveriam possuir controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma específica, bem como qual o posicionamento controverso.

Consoante se infere do §76, II, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, a controvérsia somente ocorre quando haja uma posição antagônica entre os entes legitimados, de um lado, e um Tribunal, uma Autoridade Administrativa ou um órgão da União ou do Estado, de outro. Ora, mas tal desenho estrutural não possui supedâneo constitucional, tendo o legislador infraconstitucional exacerbado do limite normativo que lhe fora conferido constitucionalmente. Outrossim, o posicionamento da controvérsia também foi delimitado indevidamente pela Lei do *Bundesverfassungsgericht*. De acordo com esta legislação, o Tribunal, a Autoridade ou o órgão da União ou do Estado deveriam deixar de aplicar a norma, por entendê-la inconstitucional, ao passo que um dos entes legitimados a visualizar como compatível com a Lei Fundamental de Bonn. O inverso de posicionamento não permitiria o acionamento do controle abstrato? Analisando tais cenários, o Ministro tece os seguintes comentários:

“o §76, n.2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* define a posição dos órgãos ou entes legitimados que podem considerar o ato impugnando compatível com a Constituição e limita expressamente os órgãos que podem externar a sua convicção sobre a constitucionalidade da norma

não-aplicada (Tribunais, autoridades administrativas e órgãos da União e dos Estados). Tal limitação não se compatibiliza com o disposto no art. 93, I, n. 2, e o art. 94, II, da Lei Fundamental. Essa restrição levada a efeito pelo §76 não encontra suporte na Lei Fundamental. A autorização outorgada ao legislador para editar uma norma sobre o processo constitucional não o habilita, tal como já demonstra, a restringir o direito de propositura”

Como se verá no item seguinte acerca do controle incidental de constitucionalidade, no direito alemão, o juiz não tem, em regra, competência para analisar a compatibilidade da lei federal ou estadual com a Lei Fundamental de Bonn, devendo suspender o feito e submeter a questão à Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Ora, em tais hipóteses, quando ocorreria a modalidade de controvérsia prevista no §76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*? O §76 prevê que há controvérsia, por exemplo, quando um Tribunal deixe de aplicar a norma por entendê-la inconstitucional e o ente legitimado, ainda assim, entender a norma compatível com a Lei Fundamental de Bonn. Em tais casos, seria possível acionar o *Bundesverfassungsgericht* com o conseqüente exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Mas, de acordo com a sistemática do controle incidental, em quais ocasiões o Tribunal poderia deixar de aplicar a norma, por considerá-la inconstitucional, sem ter que suspender o processo e remeter a questão ao *Bundesverfassungsgericht*? Gilmar Mendes, analisando tal questão, ressalta que tal caso

“refere-se, em geral, a normas jurídicas que não estão submetidas ao monopólio da Corte Constitucional (normas pré-constitucionais e atos normativos infralegais).”

Excetuadas tais hipóteses, o Tribunal deveria submeter a questão acerca da constitucionalidade da norma ao *Bundesverfassungsgericht* a fim de que a Corte Constitucional Federal analise a compatibilidade formal e/ou material da norma. Entretanto, quando o assim o faz, o Tribunal dá a entender que entende a norma como inconstitucional, submetendo-a à Corte Constitucional Federal porquanto é esta quem detém competência para tal juízo de compatibilidade. Assim, indiretamente, o Tribunal deixaria de aplicar a norma por entendê-la inconstitucional, quando submete tal questão ao *Bundesverfassungsgericht* e suspende o trâmite processual. Entretanto, em tais casos, o controle abstrato não seria útil, porquanto o próprio *Bundesverfassungsgericht* já irá, ao fim, se manifestar acerca da constitucionalidade da norma. É isto o que conclui o doutrinador Ministro Gilmar Mendes, na

obra doutrinária já citada ao longo do presente estudo, nos termos do excerto abaixo transcrito.

“A decisão de submeter determinada questão ao *Bundesverfassungsgericht*, no processo de controle concreto de normas (art. 100, I), significaria, igualmente, não aplicação da lei, nos termos do §76, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Todavia, ação direta que invocasse essa decisão seria pelo menos dispensável, uma vez que o *Bundesverfassungsgericht* haveria de apreciar a questão no âmbito do controle concreto de normas.”

IV. Controle Concreto.

O controle concreto é previsto no artigo 100 da Lei Fundamental de Bonn. Tal dispositivo normativo prevê que, quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal Estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), quando se tratar de violação da Lei Fundamental de Bonn. O mesmo ocorre quando se tratar de violação da Lei Fundamental de Bonn pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com a lei federal.

Infere-se do dispositivo normativo acima mencionado que o juiz ou o Tribunal, caso entendam se tratar de norma inconstitucional, devem suspender o processo e remeter a questão ao Tribunal Constitucional Estadual, caso a norma viole disposição da Constituição estadual, e ao *Bundesverfassungsgericht*, se o parâmetro de controle de constitucionalidade for a Lei Fundamental de Bonn ou a legislação federal. Semelhante sistemática de repartição de competências ocorre no Brasil, quando se analisa o controle de constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face da Constituição do Estado, sendo competente o Tribunal de Justiça do Estado para o julgamento, em que pese, nestes casos, se tratar de controle abstrato e não incidental, como no germânico. A semelhança, portanto, restringe-se à esfera de repartição de competência.

Há importante diferença entre o controle incidental germânico e o brasileiro, por exemplo. No Brasil, o juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de determinada lei, incidentalmente. Caso esteja o processo em órgão colegiado, como em um Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo, deve-se submeter a questão ao Órgão Especial ou ao Plenário. Na Alemanha, o processo deve ser suspenso e a questão ser submetida ao Tribunal Estadual competente em assuntos constitucionais ou ao *Bundesverfassungsgericht*. Como há um monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis pela Corte Constitucional Federal, o juiz, entendendo ser a lei inconstitucional, deve suspender o feito e remeter a questão para o *Bundesverfassungsgericht*, que, por conseguinte, se pronunciará a respeito do vício de constitucionalidade. Uma vez decidido o incidente, o feito retoma sua tramitação normal, estando o juiz vinculado à decisão do Tribunal Constitucional Federal, não podendo decidir o mérito de encontro ao julgamento acerca da constitucionalidade da norma realizado pelo *Bundesverfassungsgericht*.

Caso o juiz entenda que não haja vício de constitucionalidade, sendo a norma, portanto, constitucional, não é necessário suspender o feito e remeter a questão ao *Bundesverfassungsgericht*. O mesmo se aplica quando do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais no ordenamento brasileiro. Caso o órgão colegiado entenda que a norma é compatível com a Constituição, não é necessário submeter a questão ao Plenário ou ao Órgão Especial, ainda mais quando se leva em consideração a presunção de constitucionalidade das leis. Tal sistemática é delineada pelo artigo 481 do atual Código de Processo Civil (inciso I do artigo 949 do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15), quando prevê que, caso a arguição de inconstitucionalidade seja rejeitada, o julgamento prosseguirá, não sendo necessária a submissão da questão ao tribunal pleno.

Em que pese o tribunal ou o juiz entenda que a norma é constitucional, não sendo necessário, portanto, submeter a questão ao *Bundesverfassungsgericht*, a parte, ainda assim, caso entenda ser a norma inconstitucional, deve se valer dos recursos cabíveis para a apreciação pelo *Bundesverfassungsgericht* de tal vício, inclusive o *Verfassungsbeschwerde* analisado no presente estudo, mais precisamente no capítulo III.

A sistemática do controle incidental de constitucionalidade germânico assemelha-se à sistemática prevista no §3º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99 (que trata sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Quando da propositura da ADPF, pode haver a concessão pelo Supremo Tribunal Federal de liminar, determinando aos juízes e tribunais que suspendam o andamento dos processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. Assim como o processo permanece suspenso até o

Bundesverfassungsgericht julgar a questão acerca da constitucionalidade da norma, a liminar da ADPF teria o mesmo efeito, suspendendo os processos em trâmite junto aos juízes e tribunais brasileiros. Entretanto, tal dispositivo normativo foi suspenso, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 2231, consoante se infere do informativo nº 253 do Supremo Tribunal Federal (o acórdão relativo ao julgamento da medida cautelar ainda não foi publicado). O principal cerne para a concessão da liminar reside no fato de que a alteração prevista no bojo do §3º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99 deveria ser feita mediante o advento de uma Emenda Constitucional, em virtude da gritante alteração no modelo de controle de constitucionalidade, e não com o advento de uma lei ordinária.

V. Conclusão – cotejo entre o controle de constitucionalidade germânico e brasileiro.

A par das considerações feitas até o presente momento no estudo em questão, infere-se que o controle de constitucionalidade germânico possui importantes reflexos no ordenamento jurídico interno. O controle abstrato, em determinados pontos, assemelha-se à realidade brasileira. Em que pese o rol de legitimados seja mais restrito que o brasileiro, no ordenamento germânico, a *causa petendi* também é aberta, talvez até em sentido mais largo, como já se viu, porquanto incumbe ao *Bundesverfassungsgericht* realizar o cotejo da norma arguida não apenas com o parâmetro de validade adotado pelo autor da ação de inconstitucionalidade, como também os outros possíveis (Lei Fundamental de Bonn e a própria legislação especial).

Em relação ao *Verfassungsbeschwerde*, pode-se realizar um paralelo com o recurso extraordinário e a própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O impetrante pode interpor o *Verfassungsbeschwerde* (Recurso Constitucional), quando há afronta a um de seus direitos fundamentais, desde que exauridas as instâncias recursais anteriores. O mesmo ocorre com o recurso extraordinário, previsto constitucionalmente no inciso III do artigo 102, especialmente se analisada a alínea “a”, que prevê a possibilidade de interposição do recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal quando da contrariedade da decisão recorrida a um dispositivo constitucional. Para a interposição do recurso extraordinário, assim como o *Verfassungsbeschwerde*, é necessária o esgotamento das instâncias recursais anteriores. Pode-se traçar também um paralelo entre o *Verfassungsbeschwerde* e a ADPF (pelo menos na versão originária da Lei nº 9.882/99). Consoante salientado anteriormente, na versão originária e antes do veto presidencial, o inciso

II do artigo 2º previa a legitimidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público para o ajuizamento da APDF. Assemelha-se tal conceito amplo à legitimidade quase que irrestrita do direito germânico para a interposição do *Verfassungsbeschwerde*. A versão originária do dispositivo normativo supramencionado concretizava o conceito de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Da análise das razões do veto, o Presidente teceu os seguintes comentários:

“A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. (...)De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. (...)”

Uma das razões para o veto do dispositivo normativo em debate, consoante se infere do excerto acima transcrito, é a alegada incompatibilidade de um acesso individual e irrestrito com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais. Ora, tal não é verdade, após a análise do controle de constitucionalidade germânico. A legitimidade para a interposição do *Verfassungsbeschwerde* é, em linhas gerais, irrestrita, sendo legitimados não apenas nacionais, como estrangeiros, e não somente pessoas físicas, como também pessoas jurídicas, consoante visto no item II do presente estudo. Tal desenho estrutural-organizacional não é incompatível com o modelo abstrato e concentrado de constitucionalidade do item III do presente estudo.

Outro fundamento elencado para o veto reside no fato de que o número de ADPF ajuizadas por indivíduos elevaria o número de feitos em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal, inviabilizando, por conseguinte, o funcionamento integral e harmônico do Tribunal. Ora, tal não é, a nosso sentir, verdadeiro. O *Bundesverfassungsgericht* não foi inviabilizado quando da concessão de legitimidade ampla e irrestrita para a interposição do *Verfassungsbeschwerde*. O que deve ocorrer é uma análise criteriosa quanto ao juízo de admissibilidade, sendo de rigor a utilização de requisitos de conhecimento, como a própria repercussão geral. Consoante visto no item II, o índice de admissibilidade é baixo, porquanto o Tribunal atua como verdadeira Corte Constitucional no ordenamento germânico, sendo criterioso quanto aos casos conhecidos para julgamento. Há instrumentos, portanto, plenamente aptos para a limitação qualitativa dos processos a serem julgados pelo STF. O que não se poderia fazer, a nosso sentir, seria limitar, na origem, a possibilidade de acesso direto ao Supremo Tribunal Federal.

Um terceiro argumento utilizado para o veto é calcado no extenso rol de legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade. Tal cenário, de fato, diverge da realidade germânica. O artigo 103 da Constituição Federal apresenta um rol extenso, se comparado aos entes legitimados no controle abstrato germânico. Entretanto, a mera previsão de um rol amplo de legitimados não assegura, por si só, o controle social quanto à constitucionalidade das normas. A ampliação da legitimidade, em tal cenário, enriquece o debate, propiciando que a Constituição, de fato, seja interpretado abertamente por toda a sociedade, motivo pelo qual o rol extenso de legitimados, por si só, não é ontologicamente incompatível com o acesso direto dos indivíduos ao STF.

Por fim, em relação ao controle incidental, infere-se uma certa proximidade, quando da análise da reserva de plenário. Quando a arguição de inconstitucionalidade é feita em um Tribunal, por exemplo, caso acatada, o processo é suspenso e remetida a questão ao Órgão Especial ou ao Plenário para o julgamento quanto à compatibilidade formal ou material da norma questionada perante a Constituição. Julgado o incidente, o processo retoma seu prosseguimento normal, estando o órgão fracionário colegiado vinculado ao que fora decidido anteriormente pelo Plenário. Semelhante dinâmica ocorre na Alemanha. O juiz, no caso, se entender inconstitucional determinada norma indispensável para o julgamento do pedido, deve suspender o feito e remeter a questão ao *Bundesverfassungsgericht*. Uma vez julgada a compatibilidade da norma com a Lei Fundamental de Bonn, por exemplo, o processo segue

normalmente seu rito procedimental, estando o juiz vinculado ao que decidido pela Corte Constitucional Federal.

A par do cotejo realizado no presente item, conclui-se que o estudo do controle de constitucionalidade germânico é extremamente enriquecedor para a compreensão de nossa própria realidade, propiciando uma abordagem comparativa que demonstra as utilidades e os benefícios da importação de institutos processuais, desde que compatibilizados com as particularidades e peculiaridades de nosso sistema constitucional e processual.

VI. Referências bibliográficas.

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2011;

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das regiões. 3.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2005;

SCHÄFER, Gilberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, pp. 201-205, set. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7^a edição. Almedina, 2003.