

ESTUDO COMPARADO DOS EFEITOS DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: BRASIL E ALEMANHA

Valteir Marcos de Brito¹

RESUMO: O artigo aborda alguns aspectos do controle abstrato da constitucionalidade de normas. O estudo é comparativo, e nele se busca traçar semelhanças e divergências entre as formas do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha. A noção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas nasce da teoria kelseniana, onde as normas derivam de uma norma fundamental, e a ela devem obediência simétrica. É uma visão de completude de ordenamento jurídico. A partir daí, vem a complexidade do controle das normas inferiores em face da hierarquia. Neste sistema, existe uma série de sub-sistemas e suas problemáticas próprias, tais como os efeitos da inconstitucionalidade, os meios para obter tal declaração, etc. O alvo principal é comparar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma brasileira e de uma alemã.

PALAVRAS-CHAVES: Alemanha, Brasil, Controle Abstrato de Constitucionalidade, Direito Comparado, Estudo Comparado.

ABSTRACT: The article explores aspects of the abstract control of constitutionality of laws (judicial review). It is a comparative study. The aim is to map out resemblances and differences between the German and Brazilian systems. The notion of constitutionality and unconstitutionality comes from Kelsenian theory, where norms (laws, statues) originate from a fundamental norm, and devotes a symmetric hierarchy to it. It is a vision of completeness of the juridical order. From this starting point, the complexity of the control of constitutionality of the inferior norms comes out. In this system, there is a series of sub-systems with their own problems, such as the effects of a declaration of unconstitutionality, and the means to obtain such declaration. The main goal here is to compare the effects of declaration of unconstitutionality of a Brazilian norm from a German one.

KEYOWRDS: Germany. Brazil. Control of Constitutionality of laws. Judicial Review. Comparative Law. Comparative Study.

¹ Licenciado em Educação Artística pela Faculdade de Artes de Brasília, é bacharel em Direito e Economia pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub, é Pós Graduado em Desenvolvimento Gerencial Pela Universidade de Brasília, Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM RJ, Pós Graduado em Gestão da Segurança Pública e Defesa Social pela União Pioneira de Integração Social – UPIS e Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília Distrito Federal. O autor pode ser contactado pelo e-mail: wmmarcos@bol.com.br

SUMÁRIO

1. Apresentação

2. Breve Histórico do Constitucionalismo Brasileiro

3. Evolução Histórica do Controle Abstrato de Constitucionalidade

3.1 No Brasil

3.1.1 Na Alemanha

3.2 Os Meios de Controle Abstrato

3.3 Nulidade e Anulabilidade da Lei Inconstitucional

3.3.1 No Brasil

3.3.2 Na Alemanha

3.3.3 A Lei Inconstitucional em Kelsen

3.3.4 Nulidade e Anulabilidade em Kelsen

3.3.5 Da Eficácia Erga Omnes

4. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado

4.1.1 O Incidente de Constitucionalidade

4.1.2 A Verfassungsbeschwerde do Direito Alemão

5. Considerações Finais

6. Bibliografia

1. Apresentação

A atual Constituição Brasileira é a sétima de nossas constituições, isso se considerarmos que a de 1969, outorgada pelos três Ministros Militares, era apenas uma Emenda Constitucional, como formalmente denominada – Emenda Constitucional nº 1, embora editada com fundamento no Ato Institucional nº 5/68, que permitia a decretação do recesso do Congresso Nacional e atribuía ilimitado poder legiferante (e até mesmo constituinte, obviamente) ao Chefe do Executivo, ficando os seus atos excluídos da apreciação do Poder Judiciário. Portanto, Poder Constituinte ilimitado, ou originário, embora atribuída sua titularidade ao povo, conforme a argumentação constante do preâmbulo do Ato Institucional nº 1/64.

Nesses quase cento e oitenta anos de nossa história constitucional, o Brasil importou e tentou adaptar, nem sempre com razoável sucesso, os institutos do sistema constitucional europeu continental e, posteriormente, filiou-se ao sistema constitucional norte-americano, com as inovações do presidencialismo, da república, da federação e do controle de constitucionalidade.

No entanto, em decorrência das peculiares características culturais, econômicas e políticas de nosso povo, resultantes de nossa herança ibérica e do modo como se operou, em nosso país, a institucionalização do Poder, o nosso sistema constitucional tem apresentado uma forte tendência às crises políticas, à concentração do poder e à ineficácia da assecuração dos direitos e garantias. A Constituição real não corresponde, na verdade, às nossas diversas Constituições positivadas, escritas ou formais.

A separação dos poderes não cumpre integralmente a sua finalidade, porque existem inúmeros outros fatores de poder, que não foram contemplados em nosso ordenamento fundamental. Em consequência, o controle do poder não é efetivo e não estão perfeitamente assegurados o “rule of law” e a supremacia constitucional. Assim, a atual “Constituição Cidadã” não passa de outro belo exemplar de texto constitucional teoricamente democrático, que não consegue demonstrar um mínimo de efetividade, em especial no pertinente à limitação do poder.

Na verdade, a nossa Constituição é aristocrática, e o nível de “accountability”, na expressão inglesa que significa o controle dos atos do governo, é considerado um dos mais baixos do Mundo.

2. Breve Histórico do Constitucionalismo Brasileiro

A primeira Constituição Brasileira, de 25.03.1824, foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, que decidiu dissolver a Constituinte, embora o preâmbulo da Carta Imperial afirmasse outra titularidade do poder (...tendo-nos requerido os povos deste Império...)

A primeira Constituição Republicana, de 24.02.1891, também adotou, embora teoricamente, a idéia da soberania popular (Nós, os representantes do povo brasileiro...), mas na verdade expressou a vontade de grupos oligárquicos, que mais pretendiam instituir a Federação, do que propriamente a República. Em consequência, mudamos o eixo do nosso constitucionalismo para o sistema norte-americano, de onde copiamos a forma de estado federal, em substituição ao unitarismo do Império; a forma de governo republicano, em substituição à monarquia; e o sistema presidencial de governo, em substituição ao parlamentarismo, que foi de certa maneira praticado durante o Império, embora existissem na Carta Imperial disposições favoráveis, ao lado de disposições perfeitamente infensas ao desenvolvimento desse sistema.

Copiamos também o controle de constitucionalidade e a matriz ideológica do sistema norte-americano, em uma tentativa de redução da nossa realidade social, política e econômica aos quadros teóricos do modelo jurídico norte-americano.

A segunda Constituição Republicana, de 16.07.1934, resultou de ideologias frustradas, que não resistiram às crises da época, e à instabilidade política que em muitos Estados causou a queda dos regimes democráticos.

A Constituição de 1934 foi substituída, traumáticamente, pela Carta outorgada por Getúlio Vargas, em 10.11.1937, copiada da Constituição totalitária polonesa de 1935, do Marechal Pilsudski.

Depois do Estado Novo, com a vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial e sob a influência do novo constitucionalismo, tivemos a chamada redemocratização, ou reconstitucionalização, no sentido do constitucionalismo histórico ou ideológico radicado em França e consagrado no art. 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão. Assim, pelo menos teoricamente, a nova Constituição brasileira, de 18.09.1946, já estabelecia a separação dos poderes, como forma de garantir a limitação do poder, e assegurava, também, os direitos e garantias dos jurisdicionados.

Durante a sua vigência, o Mundo esteve ideologicamente dividido entre o comunismo soviético e a democracia americana. As inúmeras crises levaram à renúncia do Presidente Jânio Quadros, à efêmera adoção do parlamentarismo, como solução de emergência, e ao golpe de 1964, com a deposição do Presidente João Goulart e a edição de um Ato Institucional, que deu amplos poderes ao General Castelo Branco.

Durante os Governos Militares, tivemos inúmeros Atos Institucionais e complementares e também a Constituição de 24.01.1967, votada por um Congresso autoritariamente transformado em Assembléia Constituinte, pelo Ato Institucional nº 4, de 07.12.1966. Esse Congresso conseguiu cumprir o prazo

fatal que lhe fora assinado (art. 1º do AI-4/66) para a discussão, votação e promulgação do projeto de constituição apresentado pelo General-Presidente, embora para isso tenha sido necessário parar os ponteiros dos relógios do Congresso Nacional, antes da meia-noite do dia 24 de janeiro, para que durante a madrugada fossem colhidas todas as assinaturas dos congressistas-constituintes... Conseqüentemente, a Constituição de 1967 pode ser classificada como votada, ou promulgada, na imprópria denominação de alguns autores, porque foi aprovada por uma Constituinte, mas na realidade ela foi outorgada, ou imposta, através do AI-4/66. Ou seria, talvez, um tipo híbrido, porque foi aprovada por um Congresso subordinado a essas normas autoritárias?

Também é polêmica a origem da Carta de 1969, outorgada através da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, mas que também manteve em vigor a legislação revolucionária. A Emenda Constitucional nº1/69, que deu nova redação à Constituição de 1967, foi outorgada, durante recesso do Congresso Nacional, pelos três Ministros militares que estavam no exercício da Presidência da República, em decorrência do afastamento do General-Presidente Costa e Silva.

Mas depois dela, e de muitas outras crises, tivemos um novo processo de redemocratização, com a Constituição de 05.10.1988, votada por uma Constituinte que conseguiu, de certa forma, expressar as contradições de nossa realidade social, política e econômica e tentou solucionar as questões que têm sido evitadas pelas elites dominantes. Em decorrência, algumas conquistas foram concretizadas, embora permaneçam as graves

desigualdades sociais, e o cidadão ainda seja apenas aquele que tem o direito de votar, mas não tem o direito de desfrutar dos direitos básicos, teoricamente garantidos pela Constituição Federal.

3. Evolução Histórica do Controle Abstrato de Constitucionalidade

3.1 No Brasil

Na Constituição de 1934 foi positivada a representação interventiva, a qual já vinha sendo cogitada desde a Constituinte de 1891. O instituto da representação interventiva atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer alegações de ofensas praticadas por Estados-membros ao sistema federativo brasileiro. Assim, antes de deflagrar a intervenção, o Supremo Tribunal tinha que apreciar a constitucionalidade da respectiva lei. No sistema constitucional brasileiro, houve implantação do controle abstrato de normas através da Emenda n.º 16, de 1965, à Constituição de 1946. A redação dada pela emenda, publicada no Diário Oficial da União em 06/12/65 e que em seguida foi incorporada no texto da Constituição Federal de 1965 no artigo 114, inciso I, alínea "I" e na Constituição de 1967 no artigo 119, inciso I, alínea "I", foi a seguinte:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

1) a representação do procurador-geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

Agora, então, ao invés do Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade da lei que detonava a intervenção, passou a conhecer

diretamente acerca da compatibilidade entre a legislação estadual e os princípios constitucionais, também denominados de princípios sensíveis.

Para Gilmar Ferreira Mendes, "o legislador constituinte não tinha, aparentemente, plena consciência da amplitude do mecanismo institucional que estava sendo adotado." Nesta proposta legislativa, assim, o Brasil criou seu próprio sistema de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Juntamente com o projeto de emenda constitucional, o Poder Executivo expôs os motivos pelos quais julgava conveniente adotar-se a representação de inconstitucionalidade de normas. A Justificativa escorou-se na expectativa de que, com o controle direto de constitucionalidade das leis federais ou estaduais, ficaria imediatamente criado um precedente para orientação de processos semelhantes.

Este controle trouxe imbricada a finalidade de manutenção do ordenamento legal brasileiro, com base na hierarquia das leis. Ferreira Mendes acrescenta: "Não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica." Esta discussão, que à época apresentava-se relevante, pois ainda se debatiam diversos aspectos finalísticos e estruturais do novel instituto, hoje afigura-se apascentada. Como explicou Ferreira Mendes, a representação de inconstitucionalidade não leva em conta aspectos de interesses subjetivos, mas unicamente precisa de um "interesse genérico da manutenção da ordem jurídica".

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 consagrou, enfim, a "Ação Direita de Inconstitucionalidade" (ADIN), através do seguinte texto:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; "

b) Em 18 de março de 1993, entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 13, que criou mais um mecanismo para o controle abstrato de constitucionalidade para as leis e atos normativos federais, a "Ação Declaratória de Constitucionalidade" (ADCON).

O texto do artigo 102 restou emendado na alínea "a", ficando com a seguinte redação: "a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal."

Para Gilmar Ferreira Mendes, nas alterações dadas pela Constituição de 1988, especialmente pela atribuição de legitimidade à diversas pessoas jurídicas que não a Procuradoria-Geral da República, houve "ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

3.1.1 Na Alemanha

Na Alemanha, ouvia-se falar em controle abstrato de constitucionalidade das normas desde o final do século passado. Era uma contraposição ao sistema civilista, no qual as ações judiciais necessitariam sempre defender um direito concreto.

A base legal do controle abstrato de normas surge efetivamente com a Constituição de Weimar. O texto é o seguinte (art. 13, II): "Se existirem dúvidas ou controvérsias sobre a constitucionalidade de disposição do direito estadual, poderá a autoridade competente da União ou do Estado requerer, nos termos da lei, o pronunciamento de um Tribunal Superior do Reich." O instituto foi se aperfeiçoando gradativamente através da delimitação de competências de um Tribunal de Finanças e posteriormente um Tribunal Administrativo. Leciona Ferreira Mendes o seguinte: "Sustentou-se, na literatura, que, além de cassar a lei com eficácia *erga omnes*, a decisão expressava também uma interpretação autêntica da lei federal. Em outros termos, o direito federal vigente não poderia tolerar disposição idêntica à censurada, nem uma disposição futura de igual teor ou de significado idêntico, ainda que integrante do ordenamento jurídico de um outro Estado." Paulo Bonavides ensina que: "o sistema alemão de "jurisdição concentrada" nasceu da Lei Fundamental de Bonn (art. 92) ... que serve de Constituição à República Federal da Alemanha."

A atual Lei Fundamental da Alemanha, no artigo 93, "assegura a legitimidade para instaurar o controle abstrato de normas ao Governo Federal, a um Governo estadual e a um terço dos membros do Parlamento Federal, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito estadual com outras disposições de direito federal."

Concluindo esta parte histórica, percebe-se que no Brasil houve uma evolução no instituto do controle abstrato de normas, que nasceu na "Representação Interventiva" passando pela "Ação Direta de

Inconstitucionalidade" e mais recentemente havendo então, concomitantemente com as outras, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Na Alemanha, o instituto evoluiu em seus procedimentos, mantendo uma denominação genérica de requerimento de controle abstrato de normas.

3.2 Os Meios de Controle Abstrato

No Brasil, há quatro formas para se buscar o controle abstrato de constitucionalidade das normas. São elas:

- a) ação direta de inconstitucionalidade,
- b) ação de inconstitucionalidade por omissão,
- c) ação declaratória de constitucionalidade e
- d) a representação interventiva.

Para propor tais ações - exceto a representação interventiva, que compete exclusivamente ao Procurador-Geral da República -, a Constituição elenca as partes legitimadas:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V - o Governador de Estado;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; e
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na Alemanha "o processo de controle abstrato de normas é instaurado mediante provocação do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um

terço dos membros do Parlamento Federal." Para ser admitida a ação direta na Alemanha deve ser comprovada "dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com o direito federal." O Direito alemão dispõe ainda de um outro valioso instrumento de controle abstrato de constitucionalidade das leis. É a "Ação Popular de Inconstitucionalidade". Nesta espécie, é permitido ao cidadão propor a Ação. Durante a constituinte brasileira de 1988 cogitou-se a implantação desta ação, todavia, sem sucesso.

No tocante aos meios de controle abstrato, o presente trabalho cinge-se a estas considerações, tendo em vista que a proposição inicial é refletir precipuamente sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

3.3 Nulidade e Anulabilidade da Lei Inconstitucional

3.3.1 No Brasil

As decisões de mérito, proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, têm recebido com frequência, no dispositivo final, os seguintes argumentos:

...Adotados os fundamentos deduzidos nos precedentes, o Plenário do STF julga procedente a ação, declarando, com eficácia *ex tunc*, a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 32 da C.E. do Rio Grande do Sul. 6. Decisão unânime. (STF - ADIn 182 - TP - Rel. Min. Sydney Sanches - DJU 05.12.1997).

INCONSTITUCIONALIDADE - DECLARAÇÃO - EFEITOS - A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeito *ex-tunc*, não cabendo buscar a preservação visando a interesses momentâneos e isolados.... (STF - REED 168.554 - RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 09.06.1995).

Assim tem se cristalizado o dogma de que as decisões proferidas nestes tipos de ação têm efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

Para Gilmar Ferreira Mendes, este posicionamento do direito brasileiro, firmado pela maioria dos constitucionalistas, de que existe nulidade *ipso jure* (de pleno direito), e a retroatividade *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidades proferidas pelo STF, jamais restou bem explicado.

Nossa doutrina seguiu a linha americana, segundo a qual "o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria suspensão provisória ou parcial da Constituição." Portanto, para o Supremo, em corrente dominante, "a lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, *nula ipso jure* e *ex tunc*."

Existe, entretanto, no Supremo, uma corrente minoritária (Min. Leitão de Abreu RE 79.343), que busca na doutrina de Kelsen subsídios para abandonar a consequência da nulidade nas declarações. Nesta doutrina, pelo fato de a constituição prever um procedimento para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei, enquanto este não for ultimado, há uma presunção de validade ou legitimidade da lei, mesmo que posteriormente ela venha a ser considerada inconstitucional.

Acrescentam os defensores da anulabilidade que, se não for assim, o Judiciário estaria fazendo tabula rasa da obra do legislador. Esta linha rema contra a maré de muitos doutrinadores citados por José Afonso da Silva : "Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. Rui Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente."

Existe, entretanto, uma decisão curiosa e paradoxal à orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se a ementa (RE 122.202):

Recurso extraordinário - Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo STF - Alegação de direito adquirido - Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo - Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte - Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade - Recurso extraordinário provido em parte."Certo é que não existe expressamente no Texto Magno ou em legislação específica, que a lei declarada inconstitucional é nula de pleno direito. Mas, para Gilmar Ferreira Mendes, "tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

Para garantir que os servidores públicos não tenham que devolver importâncias recebidas através de lei inconstitucional, o Supremo argumentou com o princípio da irredutibilidade de salários. "Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles lícitamente percebidos", sustenta Ferreira Mendes.

O Supremo argumenta ainda que as vantagens eventualmente recebidas já teriam sido despendidas pelo servidor. Entretanto, sabe-se que, no tocante aos tributos exigidos com base em lei inconstitucional, o Estado é obrigado a repetir o indébito integralmente ao contribuinte, desde a data de início da vigência da lei. Aqui não importa se o Estado já despendeu ou não as receitas.

É assim que se encontra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que pertine aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A regra é pela nulidade, mas cabem algumas exceções.

3.3.2 Na Alemanha

Na Alemanha, está havendo mudança de entendimento. A preferência recente é por acompanhar a doutrina austríaca, corolário de Kelsen, segundo a qual as normas inconstitucionais não são nulas mas "anuláveis". Além desta preferência ter acarretado mudança no efeito da declaração de inconstitucionalidade - de *ex tunc* para *ex nunc*, "o tribunal se acha habilitado a protrair para uma data posterior a cessação da vigência, a qual não deve exceder um ano; com isso se ministra a garantia de que em importantes campos da legislação não venha a ocorrer um vácuo e que o corpo legislativo possa utilizar o prazo até a entrada em vigor da invalidação para formular uma lei que regule a matéria de forma constitucional."

A tendência alemã tem transbordado da doutrina para atingir o Judiciário. Em julgados, argumenta-se que simplesmente invalidar-se uma lei põe em risco a segurança jurídica. A jurisprudência alemã tem inclusive criado uma nova terminologia, substituindo o termo "nulidade", por "incompatibilidade". Bonavides explica: "Muitas têm sido as fundamentações invocadas nos arrestos para introduzir essa nova direção jurisprudencial, que tem o propósito de evitar, por exemplo, a declaração de nulidade, "se ao legislador restarem algumas possibilidades de remoção da inconstitucionalidade."

Assim, para os alemães, a declaração de nulidade da lei, enquanto poderia ela ter sido adequada, se afigura "mais inconstitucional do

que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas por 'incompatível' com a Constituição."

3.3.3 A Lei Inconstitucional em Kelsen

A obra prima do jurista alemão Hans Kelsen, "Teoria Pura do Direito", disserta com profundidade sobre a situação da lei inconstitucional e seus efeitos. Para Kelsen, não se pode dizer que uma lei inconstitucional seja uma lei inválida ou nula, pois, para ele, ela não é sequer uma lei. Escreveu: "A afirmação de que uma lei válida é 'contrária à Constituição' (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição."

Kelsen afirma que é a própria Constituição quem estabelece as competências legislativas e administrativas. Dentro destas atribuições constitucionais está a previsão do saneamento de defeitos. Segundo Kelsen não se pode esperar que todos os atos estejam em perfeita sintonia com a Constituição.: "... a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional."

Kelsen vale-se, portanto, de um raciocínio lógico, que de princípio parece simplista - a lei inconstitucional é como se não existisse, mas enquanto não for declarada como tal, por procedimento constitucional, é válida. O

doutrinador valoriza o trabalho legislativo enquanto atividade constitucional: "...tudo que o órgão legislativo edita como lei há de valer como lei no sentido da Constituição, que as normas, que são o sentido subjetivo de um ato posto pelo órgão legislativo, têm o sentido objetivo de normas jurídicas ainda que a lei - segundo o parecer de alguém - não seja conforme às normas da Constituição que regulam o processo legislativo e o conteúdo das leis." Para Kelsen, se o controle de constitucionalidade é exercido por diversos órgãos, podendo eles realizar esta averiguação em casos concretos, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos apenas entre as partes do litígio, permanecendo a lei tida por inconstitucional em plena validade para as demais.

Já no caso do controle de constitucionalidade ser realizado por um único órgão ou Tribunal, este poderá, para Kelsen, anular a lei não apenas para um caso, mas para todos os demais. Acrescenta: "Até este momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito."

Portanto, Kelsen não crê em lei nula *ipso jure*, mas ensina que - devido aos procedimentos constitucionalmente previstos para a anulabilidade - a lei tem validade enquanto o defeito não for declarado.

3.3.4 Nulidade e Anulabilidade em Kelsen

Se se considerar que uma norma declarada inconstitucional é nula, esta pecha acarretará a produção de efeitos *ex tunc*, haja vista que, se nula é, não pode produzir ou ter produzido efeito algum. Já com o entendimento de que a norma é passível de anulabilidade, haverá produção de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade.

Kelsen afirma que "esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus." Ou seja, para Kelsen, a questão é sempre de anulabilidade, mas os efeitos que ela provoca podem ser vistos por diferentes ângulos. O jurista afirma que, em regra, a anulação de uma norma produz apenas efeitos futuros (*ex nunc*), devido ao princípio da presunção de validade trazida pela norma. Todavia, para ele, existem casos nos quais a lei pode ser anulada com efeitos retroativos.

Kelsen exemplifica: "...por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela." Para Kelsen, uma decisão de inconstitucionalidade "não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo" A justificativa é a seguinte: o mesmo poder dado pela ordem jurídica para um órgão (legislativo) criar normas, é dado para outro declará-la inconstitucional. O Judiciário age, neste caso, com o mesmo poder do Legislativo. Kelsen não se conforma com a "nulidade" *ipso jure*. Explica de diversas formas: mesmo que a lei fosse criada por órgão incompetente, enquanto esta incompetência fosse verificada, a lei estaria produzindo efeitos. E conclui o jurista do século com uma comparação:

"Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade."

3.3.5 Da Eficácia *Erga Omnes*

Acerca da eficácia *erga omnes* das decisões, o posicionamento nem sempre foi remansoso. "O constituinte de 1934 introduziu a chamada suspensão de execução da lei através do Senado Federal (art. 91, IV)" As Constituições subseqüentes mantiveram esta disposição, sendo na atual conteúdo do artigo 52, X:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; ...

O Supremo, inicialmente, limitava-se a apenas declarar a inconstitucionalidade, mas ela só produziria efeitos a partir da atividade legislativa do Senado. Isso inclusive no controle abstrato das normas.

Somente em 1975 o Senado formulou uma consulta ao STF, da qual se pacificou o entendimento da eficácia *erga omnes*. Na resposta, o STF esclareceu que nos casos de controle abstrato de normas, pela natureza do processo, a declaração do Supremo já detém eficácia *erga omnes*. Todavia, nos casos de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo deve avisar o Senado para que este suspenda a aplicação da lei através de resolução (iniciativa política).

Pinto Ferreira, elucida a questão: "O instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal nos casos de decisão definitiva do STF (CF de 1988 art. 52, X) só se configura nas hipóteses da declaração de inconstitucionalidade *incidentur tantum*. Ao contrário, no controle mediante ação direta ou *in abstracto*, o STF não faz mais nenhuma comunicação ao Senado, desde 1977, conforme Pareceres da Comissão de Regulamento (DJ, 16 de maio de 1977)."

Na Alemanha, o sistema funciona conforme a seguinte explicação de Gilmar Ferreira Mendes

A decisão proferida no controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes* (§31, da Lei do Bundesverfassungsgericht), de modo que, após a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com efeito *erga omnes* ou após a pronúncia da nulidade, não subsiste dúvida quanto à existência de ofensa constitucional. A lei declarada inconstitucional não dispõe portanto de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional.²

Assim os germânicos não dispõem do mecanismo de suspensão da lei através do Senado Federal. Como se percebe na citação acima, as decisões que entendem uma lei inconstitucional só produzem efeitos vinculantes, ou obrigatórios, no caso de a Corte Constitucional expressamente declará-la "nula". O Bundesverfassungsgericht tem esta prerrogativa: de declarar ou não se a lei é ou não nula.

Se, portanto, o Tribunal alemão não declarar a nulidade da lei, mas apenas pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade, a lei continuará podendo ser aplicada, mas os atos com base nela podem ser impugnados a qualquer momento e por qualquer um lesado.

4. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

O sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido e aplicado no Brasil é um sistema misto, combinando influências européias, onde o processamento da ação se dá na Corte Suprema, que, neste momento exerce sua competência precípua, que é a da guarda da constituição, atuando como

² Gilmar Ferreira Mendes em recente publicação apresenta: "Considerações sobre o papel do procurador geral da república no controle abstrato de normas sob a constituição de

verdadeira Corte Constitucional. A competência do STF, prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal, demonstra expressamente a exclusividade deste Tribunal para apreciar e julgar o controle de constitucionalidade em questão.

Verifica-se também, no Brasil, a ocorrência de influências do sistema norte-americano de controle constitucional, onde nos deparamos com a figura do controle difuso de constitucionalidade. Nessa modalidade, qualquer interessado pode propor a ação de inconstitucionalidade a qualquer juízo ou tribunal, para que verifique a incongruência de ato do Poder Público, aplicada no caso concreto. Esta previsão, do controle difuso, porém, não é explícita na Carta Maior. Implicitamente se verifica essa possibilidade, pela leitura dos arts. 97 e 102, III, da CF. No primeiro dispositivo, espia-se a apreciação do Princípio da Reserva do Plenário, no segundo, o Recurso Extraordinário. Neste, presume-se que um determinado caso concreto está sob apreciação, em grau de recurso à Suprema Corte, onde já houve uma decisão anterior a respeito da aplicação da lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se, desta forma, de controle difuso, pois, apesar de a possível declaração de inconstitucionalidade, em grau de recurso, apreciando-a em relação à lei ou norma em discussão.

4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado

O texto da Lei 9.882/99, que regulamentou as possibilidades e o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –

1967/69: proposta de releitura” In: *Revista Trimestral de Direito Público*, 21/1998, p. 145 – 156.

ADPF, possui algumas características semelhantes às de alguns institutos afins do direito comparado.

Para compreendermos melhor esta topografia do direito comparado, inicialmente teceremos alguns comentários acerca do incidente de inconstitucionalidade, que pode ser entendido como a natureza jurídica dos institutos assemelhados internacionais.

4.1.1 O Incidente de Constitucionalidade

O incidente de inconstitucionalidade, nas palavras de Mandelli Jr., é o meio processual que permite ser levada uma questão constitucional, como uma violação a um direito fundamental por parte do Poder Público, diretamente suscitado, pois a demora em qualquer outra instância judicial poderia ocasionar dano irreparável à vítima da violação.

Arnoldo Wald ao suscitar seu posicionamento a respeito do incidente de inconstitucionalidade, disse que o dispositivo, inspirado no direito alemão, permite que seja antecipada a decisão do STF sempre que for suscitado, em qualquer processo, o problema de constitucionalidade, com fundamentos relevantes. No caso, a Corte Suprema se limitaria a decidir a matéria constitucional, prosseguindo, em seguida, normalmente o feito na instância em que se encontrava. Trata-se, no fundo, de uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em virtude da qual ocorre, no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes.

A pesar de um sistema de controle de constitucionalidade complexo e completo, tentou-se inserir o incidente de inconstitucionalidade à época das

Emendas Constitucionais de Revisão de 1994, não tendo, no entanto, sido aprovada nenhuma proposta neste sentido.

Apesar da edição da Lei 9.882/99, por iniciativa do Executivo federal, em 2001, surpreendentemente, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional a PEC 382/01, acrescentando um parágrafo 5º no art. 103 da CF, autorizando o STF nos casos de incidente de constitucionalidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, suspender todos os processos para proferir decisão que verse sobre matéria constitucional, a qual terá eficácia contra todos e efeito vinculante.

Observa-se, no entanto, que mesmo com a rejeição do incidente de constitucionalidade através da Revisão Constitucional, e ainda, que a PEC 382/01 ainda não ter sido votada, a Lei 9.882/99 contempla o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com algumas características do incidente de inconstitucionalidade, tais como, a proteção de direitos fundamentais e, por consequência, da ordem constitucional, e a presença do princípio da subsidiariedade, como possibilidade da sua utilização quando houver o esgotamento prévio da jurisdição ordinária ou inexistência de um meio eficaz para sanar a lesão.

4.1.2 A Verfassungsbeschwerde do Direito Alemão

A tradução mais aproximada para o termo em alemão seria “recurso constitucional” ou “queixa constitucional”, tendo sido instituído na Alemanha com *status* constitucional em 1951.

Através da Verfassungsbeschwerde, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha sofrido lesões de seus direitos constitucionais fundamentais poderá recorrer ao Tribunal Constitucional para que este decida diretamente a questão. Os prazos, regra geral, são de um mês, havendo a exceção quando a lesão tenha sido causada por ato do Poder Público o qual não seja permitido o controle judicial.

Os direitos fundamentais resguardados pelo recurso constitucional alemão não são taxativos. Contudo, admite-se que sejam interpelados atos relacionados com o direito de resistência, o direito de igualdade e cidadania, direito de voto, proibição dos tribunais de exceção e o princípio do juiz natural, além dos direitos fundamentais do réu e as garantias na privação de liberdade.

Luis Afonso Heck apresenta sua opinião a respeito da Verfassungsbeschwerde: O recurso constitucional é um remédio jurídico extraordinário para a proteção e para a realização dos direitos fundamentais que somente é admissível quando a violação de direitos fundamentais censurada não pôde ser suprimida de outra forma. O fundamento dessa restrição à admissibilidade está em que, por motivo de certeza jurídica, só excepcionalmente decisões de outros tribunais, formalmente transitadas em julgado ou não impugnáveis, ou de autoridades, podem ser postas em dúvida.

Presente também neste instrumento, o princípio da subsidiariedade, ou seja, o esgotamento de todas as possibilidades judiciais para a concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo interessado. Paralelamente a isso, verifica-se também no recurso constitucional alemão sua função objetiva, na proteção

não apenas do direito individual lesado, mas também da própria ordem jurídica constitucional.

O recurso constitucional germânico pode ser interposto com vistas a impugnar atos do Poder Público, dentre eles:

a) por parte do Poder Legislativo: leis em sentido formal, sejam federais ou estaduais, ou, ainda, pré-constitucionais ou pós-constitucionais, como, também, as normas jurídicas materiais e as omissões, sejam absolutas ou relativas;

b) por parte do Poder Executivo: os atos administrativos federais, estaduais e municipais e as omissões relacionadas a este poder; e

c) por parte do Poder Judiciário: as decisões dos Tribunais da Federação (exceto as do Tribunal Constitucional Federal) e dos Estados (incluindo os Constitucionais estaduais), bem como as omissões relacionadas a este poder.

Observa-se, com isso, que na Alemanha, quando um tribunal ordinário, ao analisar uma questão concreta incorrer em dúvida acerca da constitucionalidade de um ato do Poder Público, deve remeter o processo ao Tribunal Constitucional, suspendendo o curso da lide, para que este decida sobre a constitucionalidade do ato questionado. Este procedimento funciona como um verdadeiro incidente de constitucionalidade, ou seja, uma questão acessória que deve ser resolvida antes do processo principal, para que, somente após, possa este ser decidido.

5. Considerações Finais

O controle de constitucionalidade das leis é tema de relevância, que necessita desenvolvimento. Percebeu-se no decorrer do texto, que na Alemanha, a jurisprudência relativa ao controle de constitucionalidade de normas tem preferido anular as leis inconstitucionais, ao passo que no Brasil, as decisões declaram a nulidade da lei eivada, produzindo efeitos *ex tunc*. Os alemães têm dado preferência a Kelsen, enquanto os brasileiros à doutrina norte-americana.

Certamente que o direito não pode ser algo mecânico. Necessita de maleabilidade para atender a justiça de casos concretos. Nossa Corte Constitucional exerce importante papel jurídico e político, e, para que goze de respeitabilidade cada vez maior por parte dos seus jurisdicionados, precisa oferecer efetiva segurança jurídica.

Neste passo, apresenta-se sempre atual a "Teoria Pura do Direito", de Hans Kelsen, como importante manancial de ensinamentos que podem oxigenar as decisões de nosso Supremo Tribunal, trazendo, quem sabe, mudanças em seu comportamento.

É ingênuo pensar que uma sociedade como a nossa, marcada por tantas diferenças sociais, por desemprego e pela miséria, consiga viver em paz, pois é o estado de guerra que, hoje, cada cidadão enfrenta e que só poderá ser resolvido quando tomarmos consciência de que é injusto e irresponsável tão somente esperar soluções. É preciso, urgentemente o esforço de todos para a mudança.

O poder, que antes era declaradamente autoritário, sob a vigência da Constituição de 1988 tem sido apenas formalmente democrático, porque ela

própria assim o atesta: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Esse formalismo é incapaz, no entanto, de ocultar as contradições resultantes da crise de nossas instituições, cuja legitimidade pode ser facilmente contestada pelo fato de que os novos e poderosos instrumentos de garantia dos direitos não estão igualmente disponíveis a todo e qualquer jurisdicionado.

Por essa razão, a Constituição não consegue ser respeitada, nem mesmo pelos governantes, e não desempenha a sua função de garantia, como também não demonstra a força transformadora da realidade (redução das desigualdades, justiça social, etc), que parece ter sido pretendida pelo Constituinte de 1988.

O verdadeiro sistema constitucional brasileiro é, assim, bem diferente do modelo imaginado, ou desejado, pela Constituição de 1988, que não consegue ser cotidianamente realizada, em sua exegese e em sua aplicação, através da conduta de todos, governantes e governados, para que possa ser válida e eficaz, garantindo a igualdade, a democracia, a cidadania, a soberania e a transformação da realidade política, econômica e social.

Entendemos que a Constituição deve ser rígida, isto é, exigir, para a modificação de seu texto, processo mais rigoroso que o requerido para a elaboração de leis ordinárias para garantir a supremacia constitucional. O Núcleo constitucional por seu turno deve cercar-se de garantia ainda maior, sem porém, conter o timbre da intangibilidade. Sua alteração, se por um prisma não deve estar à mera exigência de majorias legislativas, por outro, não deve também, e na verdade não o pode, estar sobreposta à vontade da nação. A

nação, como vimos com Siéyès³, pode tudo, está acima de tudo, sua vontade é a lei mesma. Assim, a mudança do núcleo constitucional deveria estar condicionada primeiramente à aquiescência do povo, via consulta plebiscitária, para somente então procede-se à sua alteração pelos representantes do povo (os senhores parlamentares).

6. Bibliografia

ALEMANHA, Ministério Federal das Relações Exteriores. *Perfil da Alemanha*. Embaixada da Alemanha, Brasília, 2003.

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva. 1995. Vol 4, tomo III.

_____ *Comentários à Constituição do Brasil*. 1988 Vol. I.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil de 1988*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. 8. Ed., São Paulo: Atlas, 1985.

³ SIÉYÈS, Emmanuel. *Que É o Terceiro Estado?* Trd. Norma Azevedo. Ed. Lumen Juris, , 4 ed., 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de Direito Constitucional*. 1994.

CONSTITUIÇÃO *do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1987. 3v. v. 1 e 2.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudo de Direito Comparado*. Revista dos Tribunais nº 450/321.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. "*Considerações sobre o papel do procurador-geral da república no controle abstrato de normas sob a constituição de 1967/69: proposta de reeleitura*" In: Revista Trimestral de Direito Público 21/1998, São Paulo: Malheiros.

_____. *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos - considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202*. In: Revista Trimestral de Direito Público 12/1995. São Paulo: Malheiros.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Jurisdição e Administração – Notas de Direito Brasileiro e Comparado*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, nº 119. p. 217-233, jul/set. 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SIÉYÈS, Emmanuel. *Que É o Terceiro Estado?* Trd. Norma Azevedo. Ed. Lumen Juris, , 4 ed., 2001.

STERN, Klaus. *Derecho Del Estado de La República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VERGONTTI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*, 1987.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. *Notas sobre a Justiça na Alemanha*. Porto Alegre, 1982. (Coleção AJURIS, 18).