

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A FUNÇÃO DESEMPENHADA PELA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ

Pedro Luiz Tinoco dos Santos¹
Leonardo Medeiros Júnior²

RESUMO

O Direito Constitucional alemão em seu aspecto processual tem adquirido cada vez mais relevância, em função dos resultados práticos que tem experimentado, bem como em razão da beleza científica que lhe é inerente. Nesse sentido, trata-se do papel desempenhado pela Corte Constitucional alemã na colaboração da característica peculiar do sistema de direito alemão, de origem romano-germânica, com enfoque no controle de constitucionalidade concreto e abstrato, enquanto espécies do modelo abstrato de controle normativo, e a correspondente repercussão na unidade e coerência do direito.

Palavras-chave: Direito alemão. Processo Constitucional alemão. Controle de Constitucionalidade alemão. *Civil law* e *common law*. Papel das cortes supremas.

THE GERMAN CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE FUNCTION PERFORMED BY THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The Basic Law of the Federal Republic of Germany, in its procedural aspects, has increasingly acquired more relevance, as a result of the practical outcomes that has been experiencing, as well as for its inherent scientific beauty. In this respect, refers to the role performed by the German Constitutional Court on its contribution on the peculiar characteristics of the German Legal System, of the Roman-Germanic origin, with emphasis on abstract and concrete control of constitutionality, as form of the abstract normative control model, and its repercussions on the unity and consistency of the law.

Keywords: German law. German constitutional process. German constitutionality control. Civil law and common law. Role of supreme courts.

¹ Estudante do 8º período do Curso de Direito do UNI-RN. E-mail: pedrots16@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: leonardomjunior@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Inegável, para o crescimento qualitativo da ciência jurídica de um país, bem como para o aprimoramento dos aplicadores e operadores do direito, o estudo e análise do direito estrangeiro, independente de sua origem e repercussão nos países no qual se está inserido. Essa relevância, ao revés, se torna sobremaneira evidente, quando, o direito alienígena influenciou de maneira substancial na construção dos alicerces do direito brasileiro, tornando-se verdadeira fonte de inspiração e parâmetro para todo um ordenamento jurídico ainda imaturo (nossa Constituição Federal, alicerce de todo ordenamento jurídico, possui apenas 27 anos de existência).

Assim, convém apontar, a importância do estudo do Processo Constitucional Alemão e sua colaboração para o direito pátrio, seja por repercussões diretas e imediatas quando da elaboração dos diplomas normativos que regem o processo brasileiro, seja pela contribuição teórica absorvida pelos estudiosos em nosso país.

Cuida-se, especialmente, da relevância do Direito Constitucional Alemão, e aí se inclui o seu respectivo processo, nas decisões do Supremo Tribunal Federal com os votos e lições do Ministro Gilmar Mendes, o qual, sem dúvida alguma, é um dos maiores estudiosos daquele sistema jurídico.

Ainda nesse momento inicial, enaltecendo a urgência de aprofundamento e ampliação dos saberes do Direito Alemão, exsurge a lição de Barbosa Moreira (apud BENEDUZI, 2015, p. 14) quando, ao tratar do Código de Processo Civil Alemão, afirma: O Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, abreviadamente ZPO) é tido com justiça, em seu terreno, como um dos grandes monumentos legislativos dos tempos modernos.

Frise-se que o presente trabalho voltar-se-á ao chamado processo constitucional, no entanto, para sua plena compreensão, mesmo porque indissociável, é de bom alvitre termos observações a respeito do próprio processo civil, o qual contribuirá para os necessários esclarecimentos de todo o controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico alemão, considerado em sua integralidade, mas, principalmente, no âmbito do Direito Constitucional com o fenômeno do neoconstitucionalismo, diferente do que pode ocorrer com o direito legislado de outros países, os quais são absorvidos pelo Brasil em razão de uma imposição em maior ou menor grau

violenta, o direito alemão, “tem nos seus próprios méritos a razão principal de sua difusão” (BENEDUZI, 2015).

Outrossim, a conveniência do estudo comparado que se propõe não se justifica, tão somente, pela beleza científica e rigor técnico do direito alemão, o que, sem dúvida, já seria motivação idônea para tanto, mas, primordialmente pela experiência prática do Bundesverfassungsgericht (BVerfG), o Tribunal Constitucional Federal, equivalente ao Supremo Tribunal Federal.

Exemplifica-se: De 2006 a 2013, 66,5 % de todos os processos que a ele chegaram foram ultimados em até um ano e 21% entre um e dois anos (BENEDUZI, 2015), fato que evidencia, além da qualidade teórica de suas decisões (parâmetro, por vezes, para o direito brasileiro), incríveis números sob o ponto de vista quantitativo, retratando uma prestação jurisdicional séria e eficiente condizente com a expectativa do povo alemão. Portanto, diferentemente da realidade brasileira, o Tribunal Constitucional Federal não se encontra em crise, nem tampouco congestionado.

Ultrapassada essas considerações iniciais, as quais motivam ainda mais a necessidade de um estudo de direito comparado, passo a tratar com maior detenção do processo constitucional alemão, propriamente dito. Sempre que possível adotarei as terminologias em Alemão (seria irresponsável, de minha parte, traduzir livremente), mas, aliado às considerações equivalentes na sistemática constitucional pátria.

Ao falar de processo constitucional, isto é, do processo que rege todo o acesso à corte constitucional atinente ao controle da constitucionalidade de normas ou defesa de direitos fundamentais, seja qual for a perspectiva, remete-se, *prima facie*, ao próprio conceito de constituição (em alemão, *Grundgesetz*, o que, numa tradução minuciosa, significa lei fundamental).

Isto porque, aliado ao seu conceito material, qual seja as “regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo”, a constituição é, por essência, “um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que esta submetido a uma forma especial de revisão” (MENDES E BRANCO, 2015), representando o seu conceito formal.

Assim, a ideia do controle de constitucionalidade, independente do ordenamento que se pretende estudar, está intrinsecamente relacionada à própria conceituação formal de constituição, porquanto estabelece os limites e ao conteúdo da legislação vindoura.

Nesse sentido, com peculiar sabedoria prescrevem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1043):

A constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e dos fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, racionalização do poder e de garantia da liberdade.

Portanto, verifica-se que o próprio conceito de constituição abrange o controle de constitucionalidade das normas, o que, por excelência, é realizado pelas cortes supremas, as quais, primordialmente, devem zelar pela estabilidade, previsibilidade e racionalidade do ordenamento jurídico.

Nesse particular, tema relevantíssimo no estudo do controle de constitucionalidade é o papel que as cortes supremas desempenham dentro do ordenamento jurídico. Genericamente, os países que adotaram o sistema da *civil law* (Brasil e Alemanha são dois deles), tinham suas cortes supremas como órgãos máximos da jurisdição concebidos para a correção da interpretação da lei, isto é, pensavam suas cortes supremas como cortes recursais, ou cortes de correção (MARINONI, 2015).

Conforme será pontuado adiante, embora pertencente ao mesmo sistema do brasileiro, o constitucionalismo alemão, visivelmente, se propõe a atribuir ao Bundesverfassungsgericht um papel para além da correção a que se aludiu acima, de modo a fazer jus ao nome que tem, qual seja a de corte verdadeiramente constitucional. Mesmo porque, no sistema de controle de constitucionalidade alemão, inexistia a possibilidade de um particular “recorrer” ao Tribunal Constitucional Federal, insurgindo-se contra a decisão do tribunal inferior.

Ao revés, a experiência brasileira mostra que o Supremo Tribunal Federal, a despeito de ser a corte suprema, tem-se voltado a resilir conflitos intersubjetivos, modificando a interpretação da lei dada pelos tribunais inferiores àquele caso concreto, distanciando-se de seu precípuo papel. Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p 18):

No momento em que o judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, há que se dar à Corte Suprema a função de outorga da unidade ao direito, vale dizer a função de definição do sentido adequado ao texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico.

Assim, ainda que pertencentes a um mesmo sistema de direito (*civil law*), a corte suprema brasileira e alemã distinguem-se, além de todos os aspectos procedimentais que os regem, em sua própria essência, isto é, na própria função desempenhada, influenciando sobremaneira na unidade, estabilidade e previsibilidade do direito em ambos os países.

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto adotante do sistema de *civil law*, tinha tudo para se assemelhar em graus elevados à realidade normativa e fática alemã. Ocorre, no entanto, o inverso. Ou seja, a sistemática de controle de constitucionalidade alemã retrata uma realidade fática na qual as decisões do Tribunal Constitucional Federal são espontaneamente aceitas e, por isso, tem-se um direito muito mais previsível e unificado. Por outro lado, o processo constitucional brasileiro é confuso e as decisões do STF são muitas vezes rechaçadas pelo próprio poder judiciário.

2 O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO: A AUTORIDADE ÍNSITA À CORTE SUPREMA

Assim como no direito brasileiro costuma-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da constituição, órgão jurisdicional responsável por dar a última e terminal palavra a respeito da interpretação de normas constitucionais, vinculando, por vezes os demais tribunais do país, na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal também é assim tratado, com particular diferença.

Perceba que a própria terminologia empregada, apesar de semelhante, já denota uma grande distinção, o que, já enseja reflexão. Sucede que, na Alemanha, a corte suprema, é tratada como corte constitucional, isto é, “a opinião dominante na literatura especializada conferem-lhe a dignidade de órgão constitucional”, superior e sobreposto aos demais tribunais existentes. Essa iniciativa, no entanto, não parte da *Grundgesetz* (ALEMANHA, 1949), uma vez que, em seu art. 92, dá ao *Bundesverfassungsgericht* status de mero Tribunal, embora a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (ALEMANHA, 1951) – BVerGG – (traduzindo literalmente: Lei do Tribunal Constitucional Federal), o que seria a lei orgânica do TCF, se refira a sua natureza constitucional (MARTINS, 2011).

Aparentemente, esse fato seria irrelevante no estudo do controle de constitucionalidade alemão e no respectivo papel desempenhado pela sua corte suprema. Mas não o é, e eu vos digo o porquê.

Nas mais diversas sociedades, menos ou mais evoluídas, o direito e seu ordenamento jurídico, ou seja, as leis e princípios gerais que rege a coletividade, podem ser compreendidos de duas maneiras, a depender da correlação entre a sociedade e o direito. Nesse tocante, veja-se as lições de Paulo Nader (2006, p. 18):

De um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições no meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência.

Dessa maneira, o direito positivado (legislação escrita) pode, em menos ou mais grau, decorrer das condições do meio, o que representa uma sociedade extremamente avançada, haja vista que o próprio meio social introduziu ao ordenamento jurídico novas regras (representa uma sociedade extremamente madura). Por outro lado, o direito pode se antecipar à sociedade, introduzindo ao mundo jurídico novas regras, impondo à sociedade nova forma de se comportar, o que, por vezes pode encontrar resistência por meio dos cidadãos.

A propor, é o que parece acontecer com o sistema de precedentes judiciais obrigatórios instituídos pelo Novo Código de Processo Civil (chamado, por alguns, de “precedentes à brasileira”), o qual, a despeito da tradição do direito brasileiro ser de *civil law*, procura, ainda que com certa seletividade (a formação de precedente vinculante depende da decisão proferida), tornar de observância obrigatória um conjunto de manifestações jurisdicionais (art. 927, da lei 13.115/15 (BRASIL, 2015), modelo este típico de países que adotaram o *commom law* (BUENO, 2015), sob a bandeira da racionalidade, estabilidade e previsibilidade do direito. Esqueceu-se, contudo, de observar a dinâmica e experiência dos tribunais, os quais se mostram avessos às tendências instituídas por lei.

No direito alemão, o caráter de “órgão constitucional” atribuído ao Tribunal Constitucional Alemão, emana, primordialmente, do respeito e autoridade que lhe é conferido pelo povo alemão. Perceba, conforme dito, que a própria *Grundgesetz* o trata como mero tribunal, ao lado dos demais, enquanto, a comunidade jurídica e a literatura especializada o têm como corte constitucional, sobrepostos aos demais, os quais devem a ele estarem vinculados em questões constitucionais.

Tal característica retrata a confiabilidade e credibilidade inquestionável conferida ao *Bundesverfassungsgericht* na resolução da interpretação de assuntos constitucionais e

repercute, consideravelmente, na função que por ela é desempenhado quanto a vinculação de suas decisões.

Ademais, para entendermos a real importância do Tribunal Constitucional Federal para toda a sistemática do direito alemão, cumpre, transcrever as palavras de Roman Herzog, ex-presidente do TCF e depois presidente da República Federativa da Alemanha, que, em 1993, afirmou (apud MARTINS, 2011, p. 1):

O direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da Grundgesetz, em 1949, por 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais.

A afirmação supra poderia, inicialmente, causar estranheza ao leitor brasileiro. Conforme já mencionado, o sistema adotado pelo direito alemão, tal qual o brasileiro (pelo menos, em essência), é o da *civil law* – tradição romano-germânica –, o qual não considera como fonte formal do direito a jurisprudência (conjunto uniforme de decisões judiciais), pois, “sua função não é de gerar normas jurídicas, mas apenas a de interpretar o Direito a luz do caso concreto” (NADER, 2006). Registre-se, entretanto, o entendimento em contrário de Luiz Guilherme Marinoni, devidamente exposto em seu livro, *Julgamento nas Cortes Supremas* (MARINONI, 2015).

Exsurge, portanto, para entender a característica *sui generis* do direito alemão, a necessidade de uma delimitação, ainda que breve, dos dois tipos de ordenamentos jurídicos, quais sejam o *civil law* e o *common law*. Assim, prescreve Miguel Realle (2011, p. 132), tratando da tradição romanística e da anglo-americana, respectivamente:

O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios.

Nesse sentido, como subsiste a afirmação de que o direito constitucional alemão é formado a partir das decisões de seu tribunal constitucional, sendo um ordenamento jurídico de tradição romanística? Existiria, assim, um ordenamento jurídico híbrido, composto por caracteres do *civil Law* e do *common Law*? Parece-me que a Alemanha, a despeito de todos os

percalços que ultrapassou, representa a vanguarda de um movimento que no Brasil se costuma denominar de “commolawlização” do direito brasileiro (terminologia amplamente criticada).

A palavra “commolawlização” em nada contribui para a real compreensão da tendência existente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, leva a crer que o *civil law* e o *common law* são dois sistemas de direito isolados e incomunicáveis, retratando uma ideia de exclusão entre eles. Assim, surge a falsa percepção de que o ordenamento jurídico brasileiro estaria “migrando” para o common Law.

Em verdade, sabe-se que os dois sistemas de direito mencionados não são concepções autônomas ou rígidas, nem muito menos distantes ao ponto que não possam se comunicar. O que ocorre, portanto, no direito brasileiro, é uma natural aproximação do sistema originariamente adotado com o sistema da *civil law*, formando, o que podemos chamar de um sistema misto de direito.

A resposta àquela indagação não é concebida aprioristicamente ou a partir de um método de interpretação conclusivo. Pelo contrário, “a asserção de Roman Herzog só pode ser compreendida em sua plenitude quando se conhece bem o sistema organizacional constitucional da Grundgesetz e sua interpretação pelo TCF” (MARTINS, 2011), o se pretende fazer adiante.

Verifica-se, portanto, a decisiva participação que o *Bundesverfassungsgericht* desempenha dentro da sistemática do direito alemão, influenciando sobremaneira no modo de encarar o direito constitucional deste país. Tal função, altamente proativa, tem ensejado algumas críticas por parte da literatura jurídica alemã.

Nesse particular, a opinião crítica preleciona que o Tribunal Constitucional Federal tem se portado para além de guardião da constituição ou excedendo sua autonomia quanto ao processo constitucional. Assevera, ademais, que o TCF transmutou-se de “defensor” da constituição para “senhor” da constituição ou do processo (MARTINS, 2011). É comum, no entanto, que numa sociedade cuja corte suprema dote de um alto grau de respeitabilidade e confiabilidade, na qual os cidadãos depositam a última esperança para resolução de questões de interesse constitucional, e, por conseguinte, de interesse geral/público, que, de uma forma ou de outra, exista conflito entre o poder judiciário e legislativo.

Isso porque, a atividade proativa do poder judiciário, ou, em tom crítico, a intromissão, antecipando-se, por vezes, ao poder legislativo, tem provocado à discussão a respeito da juridicização da política (em alemão, *Justizialisierung der Politik*), temática que debate a extrapolação da atividade precípua do poder judiciário de maneira a intervir

demasiadamente na função legislativa do poder competente, “um problema típico de uma sociedade cujo sistema jurídico alcançou um alto grau de diferenciação (*Ausdifferenzierung des Rechtssystems*)” (MARTINS, 2011).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, realidade na qual a juridicização da política (em menor grau), bem como o ativismo judicial (terminologias tratadas por alguns como sinônimas) são discutidos predominantemente no âmbito da questionabilidade da autoridade e motivação do poder judiciário sobre os assuntos que tem decidido, sobretudo quanto à separação dos poderes, na Alemanha a temática é suscitada no espectro oposto. A respeito, veja-se as lições de Leonardo Martins (2011, p. 6), as quais resumem com clareza a proposição intelectual que é aqui sugerida:

O TCF tenha advogado, sim, muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento de cassação, mas da criação de pautas positivas da atividade legiferante. Nesse caso, TCF eventualmente extrapola sua função constitucional, ainda que nem sempre por ato volitivo seu, mas pelo contrário, em face das mencionadas expectativas formadas pela autoridade auferida nesse meio século de existência.

Assim, percebe-se, claramente, que, no Brasil, ainda se discute se a respeito da autoridade do judiciário imiscuisse em questões de natureza legislativa ou inerente à administração pública, enquanto na Alemanha já se considera “natural” a adoção de pautas positivas por parte do Tribunal Constitucional Federal, questionando-se apenas o grau em que isso ocorre. Ressalte-se: Tais fatos originam-se da autoridade conferida ao TCF por toda comunidade alemã, repercutindo na confiabilidade e respeitabilidade da corte suprema.

3 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA DINÂMICA DE JULGAMENTO NO TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

De uma maneira geral, o julgamento colegiado no sistema jurídico alemão se procede com dinâmica bem diferente da que estamos acostumados a acompanhar no Brasil: Juízes, corriqueiramente, concedem entrevistas às mídias locais exarando, por vezes, o direcionamento de seus votos; As sessões de julgamento nas câmaras/turmas e no plenário são sempre públicas e ocorrem numa única etapa, na qual os advogados exprimem suas defesas e, após, os julgadores decidem a respeito da matéria;

Ademais, percebe-se que as decisões proferidas nos mais diversos tribunais do país não exprimem, necessariamente, a vontade conjunta daquele colegiado, mas um conjunto de vontades singularmente consideradas. Sucede que, em razão dos tribunais se debruçarem apenas a respeito da solução in concreto do litígio (procedência ou improcedência), acabam por, muitas vezes, decidirem de maneira unânime sobre o caso sendo que com base em fundamentos inteiramente distintos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 33):

Quando os votos são tomados como se cada um dos julgadores estivesse sozinho diante da causa, a solução não expressa uma decisão colegiada acerca de cada uma das questões que necessitam ser defendidas de modo autônomo, mas da origem a uma decisão que revela mistura de decisões individuais sobre varias questões. Uma decisão colegiada, como o próprio nome indica, deve ser uma decisão de vários julgadores sobre uma mesma questão.

Vê-se, portanto, a formação de uma decisão colegiada a partir da mistura de decisões individuais que não se comunicam no tocante ao julgamento conjunto da matéria. Esse distanciamento entre os julgadores e suas respectivas “decisões”, aliado ao julgamento do caso concreto sem levar em consideração os “fundamentos determinantes” de sua solução (*ratio decidendi*), em nada contribui para a corte suprema exercer a função que lhe é precípua, qual seja, a de atribuição de sentido ao direito por meio da interpretação de assuntos constitucionais (MARINONI, 2015).

Do lado oposto, a dinâmica de julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão representa verdadeiro paradigma aos olhos do leitor brasileiro. Seu modelo de julgamento, ao revés, contribui para a formação de uma decisão verdadeiramente colegiada, composta pela vontade da corte, e não, pela vontade singular de seus integrantes, fato que confere, ainda mais, autoridade as suas decisões.

Isto porque, não se concebe possível a ideia de debate público quando da discussão das razões que irão decidir aquele caso, embora admitido a declaração individual do voto, conforme prescrito no artigo 30, parágrafo 2, do *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (ALEMANHA, 1951), a lei orgânica do TCF, sintoma da influência do direto norte-americano. Preleciona, assim, Renato Beneduzi (2015, p. 49): O segredo da deliberação (*beratungsgeheimnis*), com efeito, é um traço marcante do processo civil alemão, corolário do princípio de que órgãos colegiados manifestam-se para fora como uma unidade.

Tal fator retrata de certa forma pouca transparência na sistemática dos julgamentos do TCF, haja vista que o público não pode acompanhar as deliberações

existentes, enquanto no Brasil os debates são transmitidos por televisão. Cabe a reflexão a respeito das vantagens dessa ampla publicidade e suas repercussões no julgamento do caso.

Com efeito, o julgamento se procede em duas sessões públicas: a primeira acontece a “sustentação oral” dos advogados das partes, que podem ser diretamente inquiridos pelos juízes; Num segundo momento, o resultado do julgamento é publicizado (BENEDUZI, 2015). Nesse intermédio, isto é, entre as duas sessões públicas acontecem as deliberações e os debates dos julgadores, de maneira privada, sigilosa, que nada mais são do que o momento no qual o mérito do caso é discutido e votado. Conforme dito, o direito alemão preza pelo segredo de deliberação como forma de salvaguardar a unicidade das decisões dos órgãos colegiados.

O modelo de julgamento colegiado alemão possui, portanto, características que o tornam peculiar distinguindo-se, por essência, da sistemática brasileira.

Primeiro porque, no Supremo Tribunal Federal, em uma única sessão, os ministros ouvem a argumentação dos advogados, e, logo após, proferem seus votos chegando a um resultado final. Essa realidade suprime a possibilidade dos julgadores serem, efetivamente, influenciados pela sustentação dos advogados, haja vista que dificilmente aqueles irão mudar seus votos (que já estão prontos), ocasionando a transmutação do real significado de debate/discussão. Ademais, os ministros não debatem, efetivamente, o caso, ao revés, proferem decisões singulares e unilaterais, sem levar em consideração a argumentação do advogado e de seus pares.

A dinâmica alemã de julgamento colegiado confere maior credibilidade e confiabilidade às decisões sob o ponto de vista técnico, porquanto são decisões formadas e manifestadas a partir da vontade conjunta dos julgadores após deliberação prévia. Dessa forma, a assertiva de que o direito constitucional alemão é formado pela *Grundgesetz* e pelas decisões do TCF encontra, na dinâmica de julgamento colegiado, ainda maior substância.

Nesse sentido, prescreve Renato Beneduzi (2015, p. 50):

Este modo de estruturar o procedimento dá aos julgadores maior liberdade para discutir entre si os aspectos relevantes do julgamento, embora com menos transparência, o que faz também com que o resultado final seja apresentado como uma decisão colegiada do órgão julgador, não como manifestação de um juiz em particular, ainda que secundada por seus pares.

Outro fator a ser considerado na sistemática de julgamento do Tribunal Constitucional Federal, é que, conforme se verá a seguir, o sistema de controle de

constitucionalidade é o concentrado, e, a maioria das ações que provocam o TCF constituem-se em processo objetivo, ou seja, sem partes processuais propriamente ditas, nem contraditório formalmente considerado.

Essa peculiar circunstância repercute, sobremaneira, no modelo de julgamento realizado. Isto porque, o foco dos julgadores não se voltará ao deslinde daquele caso em particular, ao revés, no momento que não existem partes processuais propriamente ditas nem contraditório formal, o julgamento se debruçará na deliberação a respeito dos fundamentos determinantes na construção da interpretação adequada daquele assunto constitucional, ou seja, a “importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a solução do caso e a interpretação adequada”(MARINONI, 2015). Essa é, portanto, a função contemporânea das Supremas Cortes.

4 LINHAS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

A respeito do entendimento que o controle de constitucionalidade desempenha na autoridade e superioridade das normas constitucionais, tomando-se como pressuposto o fato de que a sanção à violação do texto magno constitui a próprio conceito de inconstitucionalidade. Afinal de contas, o que seria de uma constituição com força normativa sem uma sistemática que expurgasse do ordenamento jurídico as normas que em face dela se contrapõem? Melhor dizendo, seria dotada de força normativa a Constituição que não anulasse ou dispositivos que a violassem?

Nesse sentido, resta evidente que a sistemática de controle de constitucionalidade se propõe, acima de tudo, a conferir força normativa ao texto constitucional por meio da anulação ou exclusão do mundo jurídico daquelas previsões de direito que infrinjam um de seus mandamentos. Conclui-se, assim, que a “ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica (MENDES e BRANCO, 2015).

Vou além: essa sanção ínsita ao conceito de inconstitucionalidade como forma de concessão de força normativa à Constituição representa, em linhas gerais, a própria essência do direito enquanto “regra de conduta”, de maneira que “não podemos conceber uma norma que não tenha caráter imperativo” (BOBBIO, 2014), coercitivo. Nas lições de Rudolf Von Ihering: O Direito não é lógica, porém uma ideia de força (IHERING, 2009).

Nesse sentido, preleciona, com particular sabedoria, Hans Kelsen (apud MENDES e GONET, 2015, p. 1045):

É certo que uma constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. [...] Assim essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão.

Traçada as linhas básicas do entendimento do controle de constitucionalidade como meio apto a garantir a força normativa da constituição, passo a tratar, especificamente, da sistemática de anulação de normas inconstitucionais no direito germânico.

4.1 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O MODELO ABSTRATO E O DIFUSO

Existem, basicamente, dois modelos de controle de constitucionalidade: o concentrado ou abstrato (também chamado de europeu ou austríaco); e o difuso ou concreto (também chamado de americano). Haverá, contudo, países cujo modelo de controle de constitucionalidade contém aspectos tanto do concentrado quanto do difuso, sendo denominado, para fins didáticos, de modelo misto de controle de constitucionalidade, caso do Brasil.

Adiante, tecerei alguns necessários comentários a respeito de cada modelo de constitucionalidade e, após, de maneira específica, deter-me-ei ao modelo concentrado de constitucionalidade praticado na Alemanha, o qual, a despeito de resguardar a competência única de anulação de normas inconstitucionais ao *Bundesverfassungsgericht* (característica do modelo concentrado), possui caráter *sui generis* no momento em que prevê a possibilidade de um tribunal inferior suscitar a questão constitucional, provocando o TCF (ao meu ver, o controle de constitucionalidade alemão poderia, para fins didáticos, ser considerado um modelo concentrado *sui generis*, porquanto não representa, em essência, uma mescla entre os dois sistemas citados).

Nesse sentido, vejamos, primeiramente, o modelo norte americano de constitucionalidade, também denominado de modelo difuso, concreto ou incidental. Este consiste na possibilidade (poder-dever) de juízes e tribunais, inclusive a corte constitucional

quando provocada por meio de recurso extraordinário, incidentalmente, isto é, como matéria prejudicial no bojo de uma relação jurídica processual, afastar a aplicação de uma norma vigente que entenda violar regras ou princípios da carta magna. Quando ensinando a respeito do caráter prejudicial do controle incidental prescreveu Dirley da Cunha Junior (2014, p. 105): [...] deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la definitivamente.

Assim, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1108):

A característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”.

Portanto, a ideia matriz que gira em torno do controle de constitucionalidade concreto reside no fato de um órgão jurisdicional, não necessariamente a Corte Constitucional, afastar, in concreto e incidentalmente, a aplicação de norma eventualmente inconstitucional em função de essa matéria representar pressuposto lógico do deslinde da pretensão subjetiva almejada por uma das partes.

Inicialmente, no direito brasileiro, prevaleceu o controle difuso de constitucionalidade. Essa concepção foi transformada com o advento da Constituição Federal de 1998, a qual ampliou “significativamente os mecanismos de proteção jurídica, e assim também o controle de constitucionalidade de leis” (MENDES e BRANCO, 2015), concebendo uma vasta gama de ações e de respectivos legitimados a impugnam lei ou ato normativo diretamente perante o STF. Sem dúvida, pretendeu o constituinte de 1988 conferir autoridade diferenciada à suprema corte, haja vista que permitiu, praticamente, que todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo abstrato de normas (MENDES e BRANCO, 2015), corrigindo o sistema, até então vigente, de controle de constitucionalidade incidente.

Nessa baila, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, também chamado de controle abstrato ou por via de ação, foi aquele que a Constituição Federal de 1988 concedeu preferência, uma vez que, conforme dito, praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes podem ser por meio dele dirimidas, seja em razão da amplitude de ações existentes, seja em função da vasta gama de legitimados a propô-las.

O referido modelo, como a própria terminologia sugere, concentra a atribuição de julgamento das controvérsias constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional (MENDES e BRANCO, 2015), de maneira tal que, nenhum juiz ou tribunal, alheio à suprema corte, poderá negar aplicação a uma lei federal ou estadual antes de declarada inconstitucional pelo órgão jurisdicional competente, qual seja o Supremo Tribunal Federal no Brasil e o *Bundesverfassungsgericht* na Alemanha (não existe a pretensão de equipara-los, mas, apenas de indicar os órgãos jurisdicionais que desempenham as atribuições constitucionais em ambos os ordenamentos jurídicos).

Nessa perspectiva, prescreve Dirley da Cunha Junior (2014, p. 172):

No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente [...] uma fiscalização abstrata ou em tese da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto como texto constitucional.

Dessa forma, podemos aduzir que o processo constitucional atinente ao controle concentrado de constitucionalidade, além de gozar de autonomia peculiar, é eminentemente objetivo, porquanto não existe lide propriamente dita, ou seja, não existem partes processuais com interesses antagônicos típicos de uma relação jurídica de caráter subjetivo, assim como inexistente contraditório formal (embora possam existir, a depender do ordenamento jurídico, mecanismos que espelhem o contraditório). A propor, “há, tão somente, a defesa objetiva da Constituição, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo do poder público e a norma fundamental” (JUNIOR, 2014).

Ademais, o controle concentrado de constitucionalidade é muito mais condizente com o princípio da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, porquanto “não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à constituição” (MENDES e BRANCO, 2015). Ora, se as normas infraconstitucionais são presumidamente constitucionais, mesmo porque submetidas à processo legislativo no qual se realiza um juízo de constitucionalidade (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania), caberia a qualquer juiz ou tribunal negar sua aplicabilidade sob a batuta da inconstitucionalidade?

Justificando a incidência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos na sistemática da interpretação constitucional, preleciona Luiz Roberto Barroso (2013, p. 93):

Isto porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e notadamente os que regem a Administração Pública (art.37).

A nosso ver, a realidade brasileira de controle incidental de constitucionalidade, na qual qualquer juízo ou tribunal pode negar aplicabilidade à norma eventualmente inconstitucional transmuda a real substância da presunção de constitucionalidade atinente ao processo legislativo e afronta, ainda que reflexamente, o princípio da separação dos poderes, expressamente previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), bem como a legitimidade conferida pelo Estado Democrático de Direito ao poder legislativo.

D'outro bordo, o controle concentrado de constitucionalidade, ao resguardar a competência única de verificação de constitucionalidade das normas e atos infraconstitucionais a um órgão jurisdicional específico ou Corte Constitucional, no caso alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, confere maior legitimidade à decisão judicial que “invade” a seara do poder legislativo, tornando a norma, até então constitucional, num dispositivo violador da carta fundamental (*Grundgesetz*). Isto porque, conforme visto, cabe a Corte Constitucional dar a terminal palavra na resolução da interpretação de normas constitucionais, atribuindo, por conseguinte, sentido ao direito.

4.2 O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO E SUA CARACTERISTICA *SUI GENERIS*

Conforme já indicamos em outras passagens desse estudo, o modelo de controle de constitucionalidade alemão é o concentrado ou abstrato, oriundo da concepção formulada por Hans Kelsen, consagrado na Constituição austríaca de 1920-1929, consistente na concentração da resolução da interpretação dos assuntos constitucionais em um único órgão jurisdicional ou Corte Constitucional, *in casu*, o *Bundesverfassungsgericht*.

Os países adotantes desse modelo se postaram, inicialmente, com um “problema” de ordem processual: Quando um juiz ou tribunal, diferente da Corte Constitucional, verificar, *in concreto* e incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo indispensável para o deslinde da causa, cuja solução repercutirá diretamente no julgamento, de que maneira deve proceder, já que só quem pode negar aplicabilidade àquela norma é a Corte Suprema?

Essa indagação adquire ainda mais pertinência quando se tem por pressuposto a ideia de que o juiz não pode eximir de aplicar o direito alegando lacuna ou obscuridade da lei. Assim, o ordenamento jurídico deve apresentar um meio processual que compatibilize a concentração da decisão de inconstitucionalidade pela corte suprema e a verificação de inconstitucionalidade por juiz ou tribunal que não a aquela. Em outras palavras: O modelo abstrato de controle de constitucionalidade deve dispor de instrumento capaz de aferir a constitucionalidade das normas por meio do controle concreto. Pode parecer, inicialmente, uma proposição incongruente, mas não o é, conforme se verá.

Nesse sentido, a respeito da solução apresentada pelo direito Alemão, preleciona Gilmar Ferreira Mendes (2006, p.36):

No Direito alemão consagra-se o controle concreto de normas (Richtervorlage), estabelecendo-se que, quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, 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 do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação da Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, I).

Com efeito, o direito alemão compatibiliza o controle de constitucionalidade abstrato com a verificação de constitucionalidade das normas típica do controle incidental, porquanto dar a possibilidade (poder-dever) do tribunal, considerando uma lei inconstitucional, de que dependa o deslinde do caso, proceda com a sua suspensão e submeta a questão à Corte Constitucional.

Dessa forma, “rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria”, tornando “o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação” (MENDES e BRANCO, 2015). Tais características retratam o caráter *sui generis* do controle de constitucionalidade alemão e terminam por aproximar os dois sistemas básicos de controle.

5 PROCESSO CONSTITUCIONAL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO OBJETIVO

Conforme já dito anteriormente, a Alemanha adota o modelo concentrado de constitucionalidade, composto, predominantemente, de ações com processo objetivo, consistente na ausência de partes processuais propriamente ditas, com consequente ausência de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, a tão conhecida lide, bem como na inexistência de contraditório formal. Digo formal porque, no controle concentrado de constitucionalidade “na verdade não há a necessidade jurídico-formal de contraditório, sendo assegurada a possibilidade jurídico material” (MARTINS, 2011).

Essa característica, com efeito, torna o controle de constitucionalidade alemão particularmente interessante, porquanto reverbera no próprio modelo de julgamento do *Bundesverfassungsgericht* na persecução da função que lhe é inata, qual seja a de atribuir sentido ao direito por meio da interpretação de normas constitucionais.

Dessa forma, nesse estudo, iremos abordar apenas o controle concentrado de constitucionalidade de caráter objetivo, uma vez que mais pertinente para a reflexão proposta. Não se pretende, contudo, desprestigiar ou desmerecer as ações de caráter subjetivo, tais como as Lides entre órgãos estatais (*Organstreitverfahren*) ou Litígio entre a união e os Estados-membros (*Bund-landerstreitverfahren*), reconhecidamente importantes no sistema de controle de constitucionalidade alemão. Preferiu-se, tão somente, por motivos meramente circunstanciais, em razão dos afluentes que envolvem o assunto, dar preferência ao controle concentrado de constitucionalidade no seu viés objetivo.

Assim sendo, partimos do pressuposto que o controle de constitucionalidade concentrado é o gênero cujas espécies são: *Abstrakter Normkontrollverfahren* (Controle Abstrato das Normas), *Konkretes Normkontrollverfahren* (Controle Concreto das Normas), *Normverifikationsverfahren* (Verificação Normativa) e *Verfassungsbeschwerde* (Reclamação Constitucional).

Registre-se, desde logo, que todo o modelo abstrato de controle de constitucionalidade de caráter objetivo praticado na Alemanha, seja ele concreto ou abstrato (enquanto gêneros), possui eficácia erga omnes e ex tunc, nesse ultimo caso a depender da modulação de efeitos disposta pelo Tribunal Constitucional Federal.

Temos, portanto, as principais consequências da decisão em controle de constitucionalidade, independente da espécie adotada: “o cumprimento ou respostas dos destinatários, a inadmissibilidade de repetição de uma proposta de controle normativo e a proibição de reedição ou promulgação de norma declarada inconstitucional” (MARTINS, 2011).

A primeira consequência tem como destinatários os órgãos estatais competentes para sanar o vício de inconstitucionalidade, de modo a expurgar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo declarado violador da Grundgesetz, corrigindo o estado de inconstitucionalidade, bem como os seus “efeitos presentes, passados ou futuros”, os quais “deverão ser afastados definitivamente” (MARTINS, 2011), ressalvada a possibilidade do TCF, em determinados casos, dispor diversamente (modulação de efeitos).

Percebe-se, com isso, que todas as decisões da Corte Constitucional alemã são dotadas de força vinculante e obrigatoriedade imediata, fazendo com que, por lógica do sistema e não por imposição legal, como acontece com o processo civil brasileiro, todos os órgãos do poder judiciário as respeite. Tal fato só corrobora com a já mencionada “autoridade” do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Quanto a segunda e terceira consequência, exsurge a necessidade de tratar-se conjuntamente, uma vez que atinentes aos efeitos da coisa julgada. Isso porque, uma vez transitada em julgado uma decisão, qualquer que seja, esta estará acobertada pelo manto da coisa julgada, havendo, assim, a necessidade de delimitação de seus efeitos, principalmente dado as peculiaridades da dinâmica do Tribunal Constitucional Federal.

Nesse sentido, entende a jurisprudência alemã unânime que, uma vez declarada a (in)constitucionalidade de uma norma, não existirá a possibilidade de nova proposição de qualquer instrumento de controle de constitucionalidade objetivando a revisão da decisão anteriormente proferida, exceto se houve-se alteração fática ou jurídica pertinente à matéria. Preleciona, assim, Leonardo Martins: Em, havendo, portanto, mudanças da situação ou jurídica, revogar-se-ia, segundo essa definição, o vínculo da coisa julgada (2011, p. 105).

Existem outros dois efeitos das decisões do Tribunal Constitucional Federal que são de determinação única para a relevância e poder da Corte constitucional na sistemática de controle de constitucionalidade alemão, os quais guardam correlação com as mencionadas consequências. São estes: a vinculação de todos os órgãos estatais e a força de lei (artigo 31, da Lei Orgânica do TCF (ALEMANHA, 1951)

A proibição de reedição ou promulgação de norma declarada inconstitucional se justifica em razão de que “as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os tribunais e órgão da administração pública” (MARTINS, 2011), isto é, a vinculação abrange, inclusive, o poder legislativo na sua função típica, a legiferante.

Essa característica, prevista expressamente, decorre, por consectário lógico, da força de lei que é atribuída às decisões meritórias da Corte Constitucional alemã, embora não

exista a pretensão de equiparar as leis advindas do poder legislativo e aquelas emanadas de decisões judicial. Preleciona, nesse sentido, Leonardo Martins (2011, p. 115): Não há, dizem, uma igualdade de hierarquia entre leis parlamentares e leis decorrentes e de decisões judiciais [...].

Portanto, percebe-se que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade de caráter objetivo são dotadas de força vinculante erga omnes, com efeitos imediatos para o passado e futuro, vedando-se, inclusive, a promulgação de norma já declarada inconstitucional dado o caráter “normativo” do Tribunal Constitucional Federal alemão, fato que tolhe, sobremaneira, a autonomia do poder legislativo na realização da função que lhe é precípua. Poderia, inicialmente, o leitor brasileiro, condenar a realidade legislativa alemã no momento que prevê efeitos tão abrangentes às decisões do TCF (art. 31, da Lei Orgânica do TCF (ALEMANHA, 1951), julgando-as de intromissivas na atividade desenvolvida pelo poder legislativo, o que atentaria com o princípio da separação dos poderes.

No entanto, tais considerações não provocam grandes discussões na literatura jurídica alemã. Isto porque, na prática, as decisões da Corte Constitucional são aceitas e obedecidas de maneira natural por todos os órgãos estatais da Alemanha. Este fato, conforme tem se repetido exaustivamente nesse trabalho, não decorre de imposição legal ou coerção semelhante, mas sim, da autoridade ínsita à Corte Constitucional alemã, representada pela confiabilidade e respeitabilidade a ela atribuída pelo povo alemão. Assim, assevera Leonardo Martins (2011, p. 112): A questão quase não tem implicações práticas, dada a obediência espontânea do legislador alemão, que, em toda regra, acata as decisões do TCF e da autoridade institucional adquirida por ele [...].

5.1 *ABSTRAKTES NORMENKONTROLLVERFAHREN*: O TÍPICO CONTROLE ABSTRADO DAS NORMAS

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade enquanto gênero, ao qual o ordenamento jurídico alemão se filiou, possui um instrumento “genuíno” de expurgar a norma inconstitucional de seu ordenamento jurídico antes do surgimento de um conflito intersubjetivo que enseje sua aplicação, qual seja o controle abstrato “propriamente dito” (MARTINS, 2011). Este é eminentemente preventivo, haja vista que pretende evitar que uma norma possivelmente inconstitucional seja objeto de aplicação num conflito oriundo de uma relação jurídica processual subjetiva.

Assim, por meio de ações ajuizadas diretamente na Corte Constitucional por meio de legitimados específicos, independente de capacidade postulatória, busca-se a tutela jurisdicional para, mediante processo objetivo, retirar do ordenamento jurídico lei ou ato oriundo do poder público que desrespeite ou seja incompatível com ditames constitucionais. Veja-se as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p.1080):

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa posições, como a atribuição de eficácia ex tunc da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco.

No direito alemão o controle abstrato de normas não foge à regra geral daquele modelo praticado no Brasil. Existem, no entanto, algumas peculiaridades quanto aos legitimados a propor as ações de controle abstrato, bem como o objeto do controle, o qual é visivelmente alargado.

Nesse sentido, apenas o Governo Federal, os governos estaduais ou um quarto da Câmara Federal (*Bundestag*) tem legitimidade ativa para a propositura de qualquer ação de controle concentrado (MARTINS, 2011). Percebe-se, portanto, a concentração na mão de poucas personalidades a possibilidade de impugnar uma norma por meio dessa espécie de controle. Excluem-se, dessa forma, algumas habituais figuras do direito brasileiro, tal como os partidos políticos e a confederação sindical, tornado bem mais forte a função atrelada à legitimação, inclusive politicamente.

Do lado oposto, de maneira claramente abrangente, está o objeto do controle abstrato de constitucionalidade. Isto porque, “todo o direito federal e estadual (incluindo, neste ultimo, a legislação das *kommunen*), em todos os seus graus hierárquicos” (MARTINS, 2011) pode ser objeto de ação em controle abstrato, fato que retrata a vasta gama de regramentos que podem ser levados ao crivo de constitucionalidade da Corte Constitucional alemã.

Assim, o Tribunal Constitucional Federal poderá ser acionado para se manifestar sobre a constitucionalidade de: emendas constitucionais; regras gerais do direito internacional público; direito constitucional estadual; leis ordinárias federais e estaduais; leis ratificadoras de tratados internacionais; decretos e regulamentos; regulamentos autônomos da Administração Pública e regimentos internos dos órgãos constitucionais (MARTINS, 2011).

Percebe-se, dessa forma, a abrangência do controle abstrato de constitucionalidade, no qual praticamente todos os diplomas disciplinadores das condutas dos

cidadãos podem ser anulados em virtude do vício de inconstitucionalidade. Essa característica é típica dos países que adotaram o modelo abstrato de constitucionalidade (enquanto gênero), uma vez que tem no controle abstrato o genuíno e principal modo de arguir a constitucionalidade de uma norma.

Ademais, cumpre destacar que o Tribunal Constitucional Federal, uma vez acionado tem total liberdade para dispor a respeito da constitucionalidade daquele dispositivo supostamente inconstitucional. Ou seja, após acionado, querendo, distancia-se das alegações da parte autora, podendo julgar de acordo com fundamentos não ventilados pelo legitimado ativo. Sua autonomia é tanta que, reputando relevante a questão constitucional, poderá decidir ainda que haja desistência da ação.

O TCF não está vinculado ao pedido de controle feito por um dos três órgãos indicados, podendo decidir sobre a constitucionalidade da norma que foi objeto de controle, mesmo havendo desistência do “autor” da propositura do controle abstrato. Não obstante, precisa, no início, da provocação daqueles entes, não podendo instaurar o processo *ex officio* (MARTINS, 2011, p. 16).

Por fim, uma informação intrigante vem à tona. Toda essa abrangência do objeto do controle de constitucionalidade ensejaria, por decorrência lógica, um alto número de ações de caráter abstrato ajuizadas perante o TCF, correto? A realidade é a totalmente antagônica: “entre 1951 e 2002 foram julgados apenas 89 processos de controle abstrato” (MARTINS, 2011). Tais números, a nosso pensar, deve-se a três principais razões.

A primeira, de ordem processual, consistente na restrição do número de legitimados ativos a propor o controle abstrato, o que por si só, representa eventual diminuição na quantidade de ações ajuizadas. Outrossim, a atuação responsável destes, evitando a proposição de ações em controle abstrato de maneira descabida e infundada. Por fim, razão de ordem legiferante, consistente na boa produção de diplomas normativos por parte do poder legislativo, amenizando a possibilidade de existência de normas inconstitucionais. Essa realidade contribui para o engrandecimento e aprimoramento das decisões do TCF, uma vez que os assuntos constitucionais a ele apresentados podem ser discutidos e debatidos com a parcimônia e profundidade necessária.

5.2 KONKRETES NORMENKONTROLLVERHFAREN: O CONTROLE CONCRETO DE NORMAS NO MODELO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO

O modelo abstrato de constitucionalidade alemão dispõe de um mecanismo de aferição em *in concreto* e incidental da compatibilidade de normas perante a constituição. *Ab initio*, tal afirmação pode parecer incoerente, haja vista que o modelo de constitucionalidade alemão é abstrato e não difuso.

No entanto, conforme já mencionado nesse trabalho, deve-se ter como pressuposto o modelo de constitucionalidade abstrato, enquanto gênero, do qual dispõe do controle de constitucionalidade abstrato e concreto enquanto espécies. Diferentemente do que se pensa, inexistente incompatibilidade dessas duas espécies de controle de constitucionalidade. Isto porque, a ideia angular da ação em modelo abstrato de constitucionalidade, não reside, propriamente, na figura do órgão jurisdicional que a provoca ou a maneira processual que isto é feita. Ao revés, reside na exclusividade da manifestação a respeito da validade da norma face à constituição, isto é, toda a manifestação a respeito da interpretação de questões constitucionais é reservada a um único órgão.

Nesse sentido, a dicotomia entre controle concreto e abstrato não se justifica pela substância ou conteúdo das categorias, mas pela motivação do controle (MARTINS, 2011). Assim sendo, a basilar diferença existente entre os dois controles no modelo abstrato de constitucionalidade alemão consiste na maneira pela qual o Tribunal Constitucional Federal é provocado, ressalvado a sua competência exclusiva para a decisão sobre o assunto constitucional ventilado. Ou seja, a atividade representativa do modelo concreto é meramente provocadora, não cabendo ao juiz ou tribunal decidir sobre a inconstitucionalidade da norma incidentalmente.

Prescreve, assim, Leonardo Martins (2011, p. 18):

Com efeito, no modelo concreto a motivação deriva da relevância do esclarecimento sobre a validade da norma – colocada em dúvida pelo juiz ou tribunal do feito em face de uma suposta inconstitucionalidade – para a decisão sobre o caso particular, de tal maneira que a solução dependa da resposta vinculante do TCF quanto à validade da norma que está sendo aplicada. No controle abstrato, por sua vez, não está presente, ao contrário, uma tal motivação, mas somente a dúvida sobre a inconstitucionalidade da norma, suscitada por um dos órgãos estatais para tanto legitimados.

Assim, distanciando-se da realidade brasileira, no modelo abstrato de constitucionalidade alemão, os juízes ou tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade de espécie normativa no bojo de um processo não objetivo, de forma incidental, antes da manifestação do Tribunal Constitucional Federal. Estes “não tem a competência de rejeitar ou

deixar de aplicar a norma ainda não declarada inconstitucional, de maneira vinculante, pelo TCF” (MARTINS, 2011).

Existe, no entanto, o poder-dever (*Vorlagerecht und Vorlagepflicht*) do juiz ou tribunal, havendo dúvida a respeito da constitucionalidade de norma imprescindível para o deslinde o julgamento daquele caso concreto, suspender o processo e submeter a controvérsia constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, uma vez que é ele o órgão jurisdicional “exclusivamente competente para denegar aplicabilidade a uma norma vigente” (MARTINS, 2011).

A referida apresentação da questão constitucional ao TCF é perfectibilizada a partir do processo objetivo, de modo que a Corte Constitucional se pronunciará tão somente a respeito da controvérsia de direito constitucional aplicável a matéria, não adentrando no mérito da demanda originária, a qual tem como questão prejudicial a temática a ser decidida. Essa peculiaridade faz com que o julgamento do TCF migre da resolução do conflito intersubjetivo de interesse unicamente das partes processuais para a definição da validade da norma suscitada perante a *Grundgesetz*, de interesse manifestamente público. Nesse particular, prescreve Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 30): É certo que a decisão que define o sentido do direito e se traduz em precedente tem qualidade diversa da decisão que se limita a regular um caso concreto.

No controle em comento, diferentemente do controle abstrato de normas, referido no tópico anterior, o objeto da decisão é bem mais restrito. Isto porque, apenas as leis em sentido formal podem ser objeto do controle concreto de constitucionalidade, excluindo-se, portanto, as leis em sentido material (decretos e regulamentos, por exemplo). Essa peculiaridade emana da possibilidade das leis em sentido material poderem ser “rejeitadas em face de sua inconstitucionalidade por qualquer juiz, sem que haja invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário” (MARTINS, 2011). Na realidade, é da competência do poder judiciário, independente de sua instância, controlar os atos do poder público.

São requisitos para a proposição do controle concreto, os quais devem ser observados pelo juiz ou tribunal suscitante da controvérsia constitucional (Art. 100, parágrafo primeiro, da *Grundgesetz* (ALEMANHA, 1949): O convencimento judicial sobre a inconstitucionalidade da lei aplicanda e a relevância da decisão para o caso concreto em apreço.

Assim, a apresentação da questão constitucional ao Tribunal Constitucional Federal está vinculada ao convencimento de que aquela norma a ser aplicada no caso concreto é inconstitucional. Nesse sentido, a “mera dúvida ou divergência de opiniões [...] não

bastam”, havendo a necessidade, inclusive, do juiz demonstrar que “uma interpretação conforme a constituição não é possível” (MARTINS, 2011). Enfatiza-se, portanto, o caráter residual do controle concreto de constitucionalidade, uma vez que o juiz deverá recorrer a todas as interpretações possíveis que compatibilize aquela norma com a constituição. Somente, após, em não logrado êxito, poder-se-á submeter a questão ao TCF.

Outro aspecto que restringe a proposição do controle concentrado de constitucionalidade é a exigência da relevância da decisão acerca da questão constitucional para o deslinde do caso particular. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade deve, necessariamente, guardar relação de causalidade com o resultado do caso concreto, de forma que, a depender da manifestação do TCF, o conflito intersubjetivo terá resultado oposto. Nesse sentido, Leonardo Martins (2011, p. 24):

O Art. 100 I 1 GG determina que se deve tratar de uma norma de cuja validade a decisão dependa, de tal sorte que a declaração de inconstitucionalidade da norma aplicanda implique em decisão diversa daquela que se firmaria no caso da confirmação da constitucionalidade da norma.

Percebe-se, assim, a tentativa do ordenamento jurídico alemão em restringir o âmbito de abrangência do controle concreto de constitucionalidade, clarificando seu caráter eminentemente residual por meio da imposição de condições bem delimitadas aos juízes ou tribunais. Com efeito, privilegia-se o controle abstrato de normas, uma vez que neste, não há a imposição de nenhuma condição específica no que tange a admissibilidade da respectiva ação, havendo simplesmente a exigência do autor do controle está dentre um dos legitimados ativos para tanto.

6 CONCLUSÃO

Sabidamente, o direito constitucional alemão, em seu aspecto material, tem sido de vital importância para a construção do direito brasileiro (principalmente com o advento do constitucionalismo) por meio da influência exercida sob o Supremo Tribunal Federal, sobretudo em assuntos atinentes à direitos fundamentais. Nesse particular, o direito brasileiro já recepciona na medida necessária os ensinamentos daquele ordenamento jurídico.

D'outro bordo, o direito processual alemão, notadamente o processo constitucional, objeto desse trabalho, está no Brasil, aparentemente, adormecido como se não pudesse contribuir para o aprimoramento e engrandecimento de nossa ciência jurídica, seja pela ausência de estudiosos que se aprofundem no tema, seja pelas características jurídicas que, *prima facie*, se distanciam. Tal realidade deve ser revista de modo a trazer à tona os diversos ensinamentos positivos, sobretudo práticos, que o modelo de controle de constitucionalidade alemão demonstra, principalmente em razão dos novos desafios expostos no Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, verifica-se que o ordenamento jurídico alemão e brasileiro advém do mesmo sistema de direito, qual seja o *civil law*, fato que aproxima os dois países tanto na percepção dos problemas quanto no descobrimento das soluções. Assim, as dinâmicas de suas cortes supremas deveriam, com todas as distinções existentes de ordem procedimental, se portar de maneira semelhante na correspondência que se espera no tratamento de assuntos constitucionais.

Ocorre que, apesar de emanados de um mesmo sistema de direito, a função desempenhada pela Corte Constitucional Alemã não corresponde, propriamente, a uma corte típica de países de *civil law*, porquanto exerce uma função de corte verdadeiramente constitucional e não de apelação, como se tem visto no Brasil. Essa sutil peculiaridade repercute em toda a sistemática do controle de constitucionalidade e na autoridade conferida pela comunidade alemã às decisões do Tribunal Constitucional Federal.

Consigne-se que essa autoridade e qualificação conferida ao TCF e, conseqüentemente, às suas decisões, não parte, necessariamente, do ordenamento jurídico positivo. Ao revés, a característica de “órgão constitucional”, bem como a respeitabilidade e confiabilidade das decisões emanadas decorrem da visão sistêmica tida pelo povo alemão relativa a todo o processo constitucional, bem como relativa ao papel desempenhado pela Suprema Corte na atribuição de sentido ao direito a partir da interpretação constitucional.

Dessa forma, percebe-se que o direito alemão encontra-se em estado tão avançado e maduro, digno de nossa veneração, porquanto o cumprimento das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal em sede de controle de constitucionalidade não decorre da imposição fria na lei, como pretende fazer o Novo Código de Processo Civil. Decorrem, ao revés, do entendimento acerca do sistema de constitucionalidade alemão por parte da comunidade jurídica e de toda a sociedade, acreditando na importante função do Tribunal Constitucional Federal para a coerência, estabilidade e previsibilidade do direito.

7 REFERÊNCIAS

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. rev, 1. reimp. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALLE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHILLING, Maria Luiza Bernardi Fiori (org.). **Caderno de Direito Constitucional**. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/16592680/livro-controle-de-constitucionalidade---gilmar-mendes/34> >. Acesso em: 10 novembro 2016.