

Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma

Protection of fundamental rights in the concrete German control of legal norms: competence for exam and rejection of the law

WALDIR ALVES

Professor da ESMPU, Procurador Regional da República, Doutorando em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Tributário pela FURB.

RESUMO

O texto tem por objetivo analisar a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão na proteção dos direitos fundamentais, no âmbito do controle concreto de normas, especialmente diante da limitação da atuação dos demais tribunais e juízes ao exame da norma, que podem suspender um processo em curso até a manifestação do Tribunal Constitucional, o qual também pode ser provocado pelas partes, por intermédio do recurso constitucional.

Palavras-chave: direitos fundamentais, proteção, controle concreto de normas, exame e rejeição da norma.

ABSTRACT

The text has for objective to analyze the performance of the German Federal Constitutional Court in the protection of the fundamental rights, in the extent

Direito e Democracia	Canoas	vol.7, n.2	2º sem. 2006	p.315-353
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

of the concrete control of laws, especially before the limitation of the performance of the others tribunals and judges to the exam of the legal norm, that can suspend a process in course until the manifestation of the Constitutional Court, which can be provoked also by the parts, through the constitutional resource.

Key words: fundamental rights, protection, concrete control of legal norms, exam and rejection of the legal norm.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente exposição objetiva analisar a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão na proteção dos direitos fundamentais, no âmbito do controle concreto de normas. É interessante compreender a jurisdição constitucional alemã, a qual é exercida de forma concentrada pelo Tribunal Constitucional Federal, com vista aos limites de atuação dos demais tribunais no exame da norma.

A atenção pelo controle concreto de normas alemão pode surgir diante da possibilidade que os juízes e tribunais possuem de suspender um processo em curso, no qual tenha sido identificada a inconstitucionalidade da norma, a fim de que haja a manifestação do Tribunal Constitucional. Ou a utilização do recurso constitucional pelas partes, após o esgotamento das vias recursais.

Também será apresentado quadro estatístico do Tribunal Constitucional Federal, a fim de verificar com qual freqüência, na pendência de um processo em curso, a questão é submetida incidentalmente a um juízo de constitucionalidade, aferindo se essa remessa ao Tribunal Constitucional constantemente conduz a uma declaração de inconstitucionalidade.

2 O CONTROLE DE NORMAS

A aplicação da expressão controle de normas tornou-se corrente na literatura jurídica e na jurisprudência, que distinguem o controle abstrato de normas do controle concreto de normas.¹

¹ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.126 e 127.

Por controle de normas ou controle jurisdicional de constitucionalidade das normas é entendido o procedimento de os tribunais examinarem a norma no ordenamento jurídico, aferindo se ela foi criada de forma válida (controle de validade formal) e se o seu conteúdo é compatível com uma norma de hierarquia superior (controle de validade material). Ou seja, no controle de normas há o “exame da compatibilidade de uma norma com uma norma de hierarquia superior”.²

No controle abstrato de normas, segundo o art. 93, alínea 1, número 2, da Lei Fundamental alemã³ e o § 13, número 6, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,⁴ que pode ser solicitado pelo Governo Federal, por algum governo estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, há a aferição da compatibilidade de uma norma com a norma de hierarquia superior, sem a necessidade de um processo em curso como decorrência de uma causa concreta. Já o controle concreto pode ser exercido por intermédio do procedimento da apresentação judicial ao Tribunal Constitucional Federal, ou por meio do recurso constitucional das partes. Como ambos possibilitam o acesso ao Tribunal Constitucional Federal, a apresentação judicial se situa em paralelismo ao recurso constitucional.⁵

2.1 Supremacia da Constituição

Dentro de um sistema normativo, a norma que regula a produção

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, n.680, p.494.

³ Art. 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou de direito estadual com esta Lei Fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal;

⁴ § 13. [Competência do tribunal]

O tribunal constitucional federal decide:

6. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com a lei fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do parlamento federal (artigo 93, alínea 1, número 2, da lei fundamental);

⁵ Cf. SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 5.Aufl. München: Beck, 2001, n.131, p.99.

normativa é considerada norma superior, enquanto a norma produzida segundo as suas determinações é norma inferior.⁶ Isso porque “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas”.⁷ Assim, o sistema de normas⁸ e sua unidade⁹ resultam do fato de a validade de uma norma ser determinada por outra.

Tomando-se a Constituição como base jurídica do Estado, no qual “a regra para a produção das normas jurídicas essenciais da ordem estatal, a determinação dos órgãos e o procedimento legislativo, é o verdadeiro, original e estrito conceito da Constituição”,¹⁰ para proporcionar a maior estabilidade possível à ordem estatal, surge a necessidade de diferenciação entre norma constitucional e norma legal, submetendo-se a reforma da primeira a um procedimento especial, não podendo ser tão fácil de ser modificada como a segunda.¹¹

Essa superioridade hierárquica da Constituição, sustentada teoricamente por Kelsen,¹² tem como ponto central a diferença entre Constitui-

⁶ “A norma reguladora da produção é a superior, a produzida conforme a determinação é a inferior” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983, p.228. Tradução portuguesa: *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.247).

* Preferimos fazer a tradução livre dos textos estrangeiros para possibilitar a uniformidade no uso dos termos jurídicos. Porém, faremos a referência bibliográfica das obras traduzidas para as línguas portuguesa e espanhola, a fim de facilitar a pesquisa do leitor.

⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p.228. Na tradução portuguesa, p.247.

⁸ Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p.197. Na tradução portuguesa, p.217.

⁹ Cf., a propósito, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p.197. Na tradução portuguesa, p.217.

¹⁰ KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, Heft 5, 1929, p.36. O artigo foi traduzido para a língua portuguesa, a partir do texto publicado em francês [“La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, na *Revue de Droit Public et Science Politique*, 35/197-257, 1928]: A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.131.

¹¹ “Dessa idéia, de que a regra fundamental da Constituição proporciona o mais estável e, por isso, o fundamento mais duradouro possível de toda ordem estatal, se apresenta a necessidade de uma diferenciação das normas constitucionais e das normas legais; aquelas não devem ser tão fáceis de serem modificadas como estas” (Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p.36. Na tradução portuguesa, p.131).

¹² Cf. KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*. Berlin: Walther Rothschild, Heft 11-12, Band VI, 1930-1931, p.594. Este artigo também foi traduzido para a língua portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.260-261.

ção no sentido material e Constituição no sentido formal, sendo que a fundamentação da subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não se dá através da forma da Constituição, somente acidental e não essencial, mas com base no seu conteúdo.¹³

Desse modo, a Constituição é considerada como norma que está acima da legislação ordinária porque, além do procedimento legislativo, também define, em certa medida, o conteúdo das leis (a ser realizado com base na Constituição). E, sobre a base dessa supremacia da Constituição, é que Kelsen lançou o seu entendimento de que o “guarda da Constituição”¹⁴ deve ser o Tribunal Constitucional.

Da supremacia da Constituição decorre a necessidade do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, o que faz surgir a jurisdição constitucional, que expressa, inclusive, o processo de racionalização do poder,¹⁵ pois a Constituição necessita ser interpretada por um dos poderes do Estado.¹⁶

Apesar dos intensos estudos realizados, ponto que mantém destaque no desenvolvimento constitucional atual é a verificação da constitucionalidade das normas. A Europa continental teve essa experiência a partir do modelo austríaco, originariamente desenhado por Kelsen, que a pedido do governo elaborou o projeto posto em prática pela Constituição austríaca, de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), que prevendo a supremacia da Constituição, atribuiu a função de guarda da Constituição ao Tribunal Constitucional.

¹³ Nesse ponto Kelsen esclarece um mal-entendido lançado por Schmitt, dizendo que se ele sustentasse que a Constituição só está “acima” da lei porque é mais difícil de modificar do que esta, então sua teoria seria tão absurda como Schmitt a expunha (Cf. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* p.594, nota de rodapé 1. Na tradução portuguesa, p.260-261, nota de rodapé 8).

¹⁴ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* p.609s., p.627. Na tradução portuguesa, p.276s., p.297.

¹⁵ “Essa instituição do controle constitucional é um dos fenômenos da racionalização do poder. O primado do poder constituinte, que os povos modernos herdaram da revolução francesa, tem sua expressão concreta no controle de constitucionalidade das leis. Só esta pôde dar garantias reais da legalidade superior da constituição e também das liberdades individuais” (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. Tradução de “Les Nouvelles Tendances du droit constitutionnel”, por Candido Mota Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p.74).

¹⁶ Partindo do modelo norte-americano, Ruy Barbosa fala em soberania constitucional: “A soberania constitucional investe os tribunais da União no poder de interpretar as cláusulas da Constituição concernentes aos direitos e imunidades individuais, abrangendo-as contra o arbitrio da legislatura, ou do executivo” (BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais: do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d., p.231).

Na sua configuração, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) é caracterizado como órgão constitucional, pois: (i) a sua constituição se deu por meio da própria Constituição;¹⁷ (ii) as suas competências estão estabelecidas na Constituição;¹⁸ e (iii) compartilha, de forma decisiva, da formação política-global do Estado.¹⁹ Dessa qualidade de órgão constitucional, no seu “memorial”²⁰ o Tribunal Constitucional Federal também estabeleceu as seguintes consequências: autonomia organizacional, orçamento próprio e não-qualificação de seus membros como funcionários.²¹

¹⁷ Art. 92 [Poder Jurisdicional]

O Poder Jurisdicional está confiado aos juízes; ele será exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos Estados.

¹⁸ Art. 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

1. sobre a interpretação da Lei Fundamental por motivo de litígios sobre a extensão dos direitos e deveres de um órgão federal supremo ou de outros participantes dotados com direitos próprios por meio desta Lei Fundamental, ou no regimento interno de um órgão federal supremo;

2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou de direito estadual com esta Lei Fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal;

2a. em divergência de opiniões se uma lei corresponde aos pressupostos do artigo 72, alínea 2, por solicitação do Conselho Federal, um Governo Estadual ou Assembléia Estadual de um Estado;

3. em divergência de opiniões sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, particularmente na execução do direito federal pelos Estados e no exercício da fiscalização federal;

4. em outros litígios jurídico-públicos entre a Federação e os Estados, entre Estados distintos ou no interior de um Estado, na medida em que outra via jurídica não esteja disponível;

4a. sobre recursos constitucionais que podem ser promovidos por toda pessoa, com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público em algum dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental;

4b. sobre recursos constitucionais de municípios e de uniões de municípios devido à violação, por uma lei, do direito à autonomia administrativa, segundo o art. 28; contudo, em leis estaduais, somente na medida em que não possa ser promovido recurso no Tribunal Constitucional Estadual;

5. nos demais casos previstos nesta Lei Fundamental.

(2) O Tribunal Constitucional Federal atuará, ademais, nos casos que lhe sejam atribuídos por intermédio de lei federal.

¹⁹ Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.102.

²⁰ *Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts*. [Subtítulo:] *Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts* (Memorial do Tribunal Constitucional Federal. A posição do Tribunal Constitucional Federal). Enviada pelo Presidente do Tribunal Constitucional Federal, por poder do Pleno, a todos os órgãos federais superiores [in JÖR, N F, Band 6, 1957, S. 109 f.] (Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.101).

²¹ Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.102-103.

Como o Tribunal Constitucional é considerado o “guarda da Constituição”,²² por verificar a conformidade do direito federal e do direito estadual com a Constituição, também o é da ordem jurídica federal, pois o seu exame igualmente alcança a conformidade do direito estadual com outro direito federal (art. 93, alínea 1, número 2, da Lei Fundamental).²³ Porém, a atividade de um Tribunal Constitucional, no exercício da jurisdição constitucional, não se exaure somente na guarda da Constituição, mas também contribui para o desenvolvimento dos princípios constitucionais.²⁴

2.2 Tipos de controle normativo

Segundo os escritos mais recentes, a formação jurídico-procedimental do controle normativo pode ser regulada diferentemente, devendo-se distinguir entre controle normativo principal e incidental, controle normativo abstrato e concreto, controle normativo concentrado e difuso, além de controle normativo especial e integrado.²⁵ Na prática, esses conceitos podem se cruzar e se relacionar, não tendo somente natureza processual, mas, também, repercussão jurídico-material.²⁶

Quando se trata de controle normativo principal e incidental, o par conceitual se refere ao *objeto* do litígio. No *controle normativo principal* somente a questão de constitucionalidade e inconstitucionalidade da lei é objeto do procedimento. A decisão se torna coisa julgada e terá vinculatividade geral, pois uma norma não pode ser nula para uma ou algumas pessoas, permanecendo, de resto, eficaz (diversamente no caso de declaração de nulidade parcial que – condicionada materialmente – pode ter repercussões mate-

²² Já no Congresso Constitucional se assentou que o Tribunal Constitucional Federal deveria, em comparação com o Tribunal Estatal da Constituição de Weimar, receber competências mais amplas, pois “ele é a instância suprema em questões de direito federal e, com isso, ‘guarda da Constituição’ no verdadeiro sentido da palavra” (Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.87).

²³ Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.128.

²⁴ Isso restou demonstrado na experiência do Tribunal Constitucional Federal alemão (Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.167).

²⁵ Cf. MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. Tradução de Luís Afonso Heck. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.175.

²⁶ Nessa perspectiva, abordando o trabalho anteriormente referido de Hartmut Maurer, consulte-se: HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.800, jun./2002, p.58, nota de rodapé 1.

riais diferentes). Pela declaração de nulidade principal a lei também é eliminada formalmente. O *controle normativo incidental*, ao contrário, ocorre no quadro de um conflito jurídico que tem um outro objeto (v.g., a juridicidade de uma notificação de imposto), mas em cuja decisão a constitucionalidade e vinculatividade da norma relevante para a decisão (v.g., a lei tributária que está na base da notificação de imposto) deve ser esclarecida e decidida como questão prejudicial. A comprovação incidental da inconstitucionalidade e nulidade de uma lei somente conduz a uma não-aplicação ao caso concreto (o direito processual pode, todavia, estabelecer que a nulidade comprovada seja manifesta no dispositivo, caso no qual não é apenas decidido o conflito jurídico concreto, mas a norma jurídica também é afetada e declarada nula com vinculatividade geral – caso do § 95, alínea III, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal).^{27 28}

O controle normativo abstrato e concreto tem o par conceitual dirigido ao *motivo* do controle normativo. No *controle normativo abstrato* não existe conexão com um caso litigioso específico discutido num processo em curso. Ele serve apenas para esclarecimento geral, independentemente do caso, da constitucionalidade da lei, sendo, por isso, sempre um controle normativo principal. Já o *controle normativo concreto* é realizado por motivo de um conflito jurídico concreto, tornando atual a questão da compatibilidade da lei com a Constituição, que é relevante para a decisão. Existe conexão com um caso litigioso concreto discutido num processo judicial. Por esse motivo ele apresenta, inicialmente, um controle normativo incidental, mas que pode continuar até o controle normativo principal (caso do procedimento do controle normativo concreto, segundo o art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental).^{29 30}

²⁷ § 95. [Decisão]

(3) Se o recurso constitucional contra uma lei é acolhido, então essa lei deve ser declarada nula. O mesmo vale quando o recurso constitucional for acolhido segundo a alínea 2, porque a decisão impugnada baseia-se em uma lei anticonstitucional. A prescrição do § 79 vale analogamente.

(** Tradução da “Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal”, por HECK, Luis Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.67-117).

²⁸ Cf. Hartmut Maurer, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*, p.176.

²⁹ Art. 100. [Controle normativo]

(1) Se um tribunal considera uma lei, de cuja validade depende a decisão, inconstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, tratando-se de violação da Constituição de um Estado, será pedida a decisão do Tribunal do Estado competente para litígios constitucionais, e a decisão do Tribunal Constitucional Federal quando se trate de violação desta Lei Fundamental. Isso também vale quando se trata da violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

³⁰ Cf., a propósito, Hartmut Maurer, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*, p.176-177.

No controle normativo concentrado e difuso o par conceitual aponta para os *tribunais competentes* para a decisão. No *controle normativo concentrado* a competência para o exame e rejeição da norma está reservada a um tribunal. O controle normativo principal é sempre um controle normativo concentrado. Deve ser realizado pelo tribunal supremo ou, pelo menos, pelo tribunal competente para todo território, uma vez que o âmbito do efeito da declaração de nulidade deve corresponder ao âmbito de validade da lei. O controle normativo concentrado também pode estar unido com o controle normativo incidental, como se dá no caso de juízes processuais que, ao fazerem o exame incidentalmente, necessitam pedir a decisão ao tribunal supremo, quando consideram a lei, relevante para a decisão, inconstitucional e nula. No *controle normativo difuso* todos ou, pelo menos, um número maior de tribunais, estão autorizados ao exame e rejeição. O controle normativo difuso sempre é um controle normativo incidental.³¹

Já o controle normativo especial e integrado direciona para a *jurisdição constitucional*. O *tribunal constitucional especial* terá competência exclusiva para o controle normativo de constitucionalidade. No entanto, um *tribunal supremo* será competente para todos os âmbitos, inclusive para o direito civil e penal.³²

3 O PROCEDIMENTO DO CONTROLE NORMATIVO CONCRETO (APRESENTAÇÃO JUDICIAL)

O procedimento do *controle normativo concreto* (*Konkrete Normenkontrolle*) ou *apresentação judicial* (*Richtervorlage*), disposto no § 80, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,³³ é um modo

³¹ Cf. Hartmut Maurer, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*, p.177. O par conceitual controle concentrado e difuso costuma ser denominado pelos autores nacionais como “critério de controle da constitucionalidade” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.49).

³² Cf., a propósito, Hartmut Maurer, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*, p.177.

³³ § 80. [Apresentação – resolução]

(1) Se estão dados os pressupostos do artigo 100, alínea 1, da lei fundamental, então os tribunais pedem imediatamente a decisão ao tribunal constitucional federal.

de exercício do controle de constitucionalidade por iniciativa de um juiz ou tribunal,³⁴ dentro de um processo de partes e diante de um caso concreto, o qual deve ser apresentado ao Tribunal Constitucional. O procedimento encontra previsão na Lei Fundamental alemã, de 23.05.1949,³⁵ e ocorre quando, pendente um processo, sucederem questionamentos sobre a validade de uma norma que fundamentará a decisão.

Identificada a inconstitucionalidade da norma, o juiz ou tribunal deve suspender o processo e pedir a manifestação do Tribunal do Estado competente para litígios constitucionais, se houver violação da Constituição de um Estado,³⁶ ou do Tribunal Constitucional Federal no caso de violação da Lei Fundamental.

O procedimento do controle normativo concreto do sistema alemão possui identidade com a questão de inconstitucionalidade do sistema espanhol (*Cuestión de inconstitucionalidad*), prevista na Constituição espanhola de 1978, em razão de o controle de constitucionalidade das leis também ser concentrado, que coincide com o monopólio do Tribunal Constitucional para o exercício dessa função.³⁷

³⁴ Estão autorizados a apresentar – e na mesma extensão obrigados – os tribunais estatais, quando eles, na decisão de um processo judicial, necessitam tomar por base uma norma legal-formal que consideram inconstitucional ou (para as leis estaduais) incompatível com o Direito federal, e por isso inaplicável (Cf. MAUNZ, Theodor; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; KLEIN, Frans; ULSAMER, Gerhard. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*. München: Beck, Standt: Juli 2002, § 80, n.167, p.138). Está autorizado a apresentar o recurso todo tribunal de cada instância, o tribunal inferior do mesmo modo como o Tribunal Federal. O § 80, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal torna claro: todo juiz pode, imediatamente, buscar a decisão do Tribunal Constitucional Federal. Nos tribunais colegiados um único juiz está autorizado à apresentação, quando ele sozinho, segundo o direito processual pertinente, deve tomar referida decisão – v.g., a suspensão do processo –, e exatamente chega a esta decisão sobre a validade da norma, que ele considera inconstitucional (BVerfGE 54, 159 (163)) – (Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.132, p.100). Todos os tribunais estatais estão autorizados a apresenta e, com isso, também estão obrigados a apresentar; porém, somente os tribunais estatais. A posição dos tribunais é irrelevante. Também o juiz singular da comarca pode chamar diretamente o Tribunal Constitucional Federal, quando estiverem dadas as condições de admissibilidade restantes (Cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. 2. neubearb. Aufl. München: Beck, 2001, n.110, p.712).

³⁵ Art. 100, alínea 1 da Lei Fundamental; § 13, n.11, § 80 ss. da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

³⁶ Na presente análise apenas será tratada a hipótese de violação da Lei Fundamental, na qual o pedido de decisão deve ser feito ao Tribunal Constitucional Federal. Não será tratada a hipótese de violação de Constituição Estadual, na qual a decisão deve ser solicitada ao Tribunal do Estado, competente para conflitos constitucionais (art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental).

³⁷ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 4.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.657 e 661 ss.

3.1 Condições e manejo do recurso

Nos termos do art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental³⁸ e do § 13, número 11, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,³⁹ há o dever de apresentação judicial quando, na pendência de um processo, uma norma que deverá fundamentar a decisão seja considerada inválida, quer no que se refira à compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a Lei Fundamental, quer no que diga respeito à compatibilidade de uma lei estadual ou Direito estadual com uma lei federal.

Estando presentes as condições do recurso, sua utilização exige especial esforço do juiz, pois este, ao fundamentar sua decisão, deve indicar de forma precisa em qual medida ela é dependente da validade do dispositivo legal questionado como inconstitucional, e com qual norma constitucional ela é incompatível (§ 80, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁴⁰), a ela devendo ser juntados os autos do processo no qual é questionada a constitucionalidade.

Ou seja, não basta mera dúvida do tribunal solicitante sobre a constitucionalidade do dispositivo legal,⁴¹ mas devem ser esgotadas todas as questões postas no processo, tanto aquelas colocadas pelas partes como as levantadas pelo próprio juiz, num grande esforço para sua superação, de modo que, não sendo vencidos todos os obstáculos, e somente nesse caso, o feito deve ser remetido ao Tribunal Constitucional.

³⁸ Art. 100. [Controle normativo]

(1) Se um tribunal considera uma lei, de cuja validade depende a decisão, inconstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, tratando-se de violação da Constituição de um Estado, será pedida a decisão do Tribunal do Estado competente para litígios constitucionais, e a decisão do Tribunal Constitucional Federal quando se trate de violação desta Lei Fundamental. Isso também vale quando se trata da violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

³⁹ § 13. [Competência do tribunal]

O tribunal constitucional federal decide:

11. sobre a compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a lei fundamental ou a compatibilidade de uma lei estadual ou outro direito estadual com uma lei federal, por solicitação de um tribunal (art. 100, alínea 1, da lei fundamental);

⁴⁰ § 80. [Apresentação – resolução]

(2) A fundamentação deve indicar até que ponto a decisão do tribunal é dependente da validade da prescrição jurídica e com qual norma jurídica superior ela é incompatível. Os autos devem ser juntados.

⁴¹ BVerfGE 1, 184 (189); 16, 188 (189 f); 22, 373 (378); 80, 54 (59). Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.132. Cf., no mesmo sentido, Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.137, p.103.

A decisão de mérito do tribunal solicitante necessita ser recorrível.⁴² Ele também deve esgotar todas as questões de legalidade relativas ao feito, tirando o máximo do dispositivo legal questionado e apontado como inconstitucional, na tentativa de possibilitar a sua convivência no sistema normativo, procurando afastar as incompatibilidades que ele possa ter com a Constituição.

Nessa tarefa, é de extrema importância a interpretação conforme a Constituição, segundo a qual “uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição”.⁴³ Para Konrad Hesse, suas raízes estão no princípio da unidade da ordem jurídica, em virtude do qual as leis que foram promulgadas sob a vigência da Lei Fundamental devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, enquanto as leis anteriores e que ainda vigem devem ser ajustadas à nova situação constitucional.⁴⁴ Na sua atuação, o tribunal deve revisar a concretização da Constituição feita pelo legislador, diante do “princípio da primazia do legislador na concretização da Constituição”,⁴⁵ o que requer uma atitude judicial reservada. Ou seja, se o próprio tribunal pode examinar e aplicar a lei por intermédio da interpretação conforme a Constituição, ele deve apresentar a sua decisão⁴⁶.

⁴² BVerfGE 1, 80 (81); 2, 380 (389); 16, 305; 19, 71 (72); 21, 148 (149). Cf., a propósito, LECHNER, Hans; ZUCK, Rüdiger. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*. 4. Aufl. München: Beck, 1996, n.5, p.399.

⁴³ Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.80, p.71. Esse também é o entendimento do Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 2, 266 (282); 48, 40 (45s.); 64, 299 (241s.); 88, 145 (166s.); 90, 263 (274s.).

⁴⁴ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.81, p.72.

⁴⁵ a) Na relação entre *jurisdição constitucional e legislação* coloca-se a questão, quem é chamado, em primeiro lugar, para a concretização da Constituição. Se para a interpretação conforme a Constituição é importante manter, no possível, a validade da lei, então o princípio mostra-se jurídico-funcionalmente um princípio de atitude reservada judicial diante do legislador, e um princípio da primazia do legislador na concretização da Constituição. O legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade e atuação para si; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições de vida em primeiro lugar. Ao Tribunal Constitucional é proibido disputar essa primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas jurídico-constitucionalmente. No entanto, a primazia do legislador democrático é obtida com o preço de uma nova interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional; ela pode ficar sem o valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em interpretação conforme a Constituição, dá à lei, não mais contém um *minus*, senão um *aliud* diante do conteúdo da lei primitiva. Nesse caso, o tribunal intervém até mais intensamente nas faculdades do legislador do que em uma declaração de nulidade, porque ele próprio configura positivamente quanto ao conteúdo, enquanto a nova configuração, na declaração de nulidade, permanece objeto do legislador. Quanto mais o tribunal corrige o legislador, tanto mais ele também se aproxima dos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme a Constituição, que decerto dificilmente podem ser traçadas com toda nitidez” (Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.83, p.73-74).

⁴⁶ BVerfGE 53, 115 (134); 66, 84 (92); 68, 337 (344); 80, 54 (58).

Já quanto ao Judiciário, na sua tarefa de concretização por intermédio da interpretação, a Lei Fundamental alemã atribui a interpretação das leis infraconstitucionais fundamentalmente aos tribunais das respectivas jurisdições, seja ela ordinária (civil e penal), administrativa, financeira, trabalhista ou social (arts. 95 e 96). Porém, não exclui o Tribunal Constitucional Federal de sua interpretação, pois o controle de normas pertence à sua competência (art. 93, alínea 1, número 2⁴⁷ e art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental), mas mantém sua primazia na interpretação jurídico-constitucional.⁴⁸

É que na interpretação conforme a Constituição não se coloca apenas a questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas, também, a questão sobre o conteúdo da Constituição, segundo o qual ela deve ser aferida. A interpretação conforme a Constituição requer tanto a interpretação da lei como da Constituição, com indicativo para a manutenção da lei, no possível, naquele sentido que o legislador a concretizou, sendo verdadeira interpretação conforme o conteúdo normativo da Constituição. Desse modo, ela oportuniza a interpretação constitucional pelos tribunais, confirmando a estreita correlação entre Constituição e lei e, com isso, a idéia de unidade da ordem jurídica.⁴⁹

A posição jurídica das partes não é imprescindível para o manejo do procedimento, pois sua utilização independe da alegação de inconstitucionalidade de uma das partes do processo (§ 80, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁰), mas é necessário que o

⁴⁷ Art. 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou de direito estadual com esta Lei Fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal;

⁴⁸ “b) Na relação entre a *jurisdição constitucional* e as *jurisdições restantes* coloca-se a questão, quem é chamado, em primeiro lugar para a concretização das leis. Também aqui uma separação nítida não é possível: com a instituição das jurisdições do artigo 95 e 96 da Lei Fundamental, a Lei Fundamental atribui a interpretação das leis ordinárias, sem dúvida, fundamentalmente aos tribunais daquelas jurisdições; mas ela não exclui simplesmente o Tribunal Constitucional Federal de cada interpretação de leis ordinárias, porque o controle de normas, pertencente à sua competência (artigo 93, alínea 1, número 2, 100, alínea 1, da Lei Fundamental), pressupõe uma tal interpretação. Se o Tribunal Constitucional aqui passa por cima da interpretação da lei pelas jurisdições restantes, então isso parece justificado no interesse da ‘conservação das normas’ (supra, a). Mas fica a questão, até aonde essa primazia da interpretação jurídico-constitucional pode ir, sem transformar o Tribunal Constitucional, que é constituído como um tribunal especial da jurisdição constitucional, em um tribunal superior civil, penal e administrativo” (Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.84, p.74).

⁴⁹ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.85, p.75.

⁵⁰ § 80. [Apresentação – resolução]

(3) A solicitação do tribunal é independente da admoestação de nulidade da prescrição jurídica por um participante do processo.

tribunal esteja convencido da inconstitucionalidade.⁵¹ Não é determinante a sustentação da inconstitucionalidade pelas partes, mas a firme convicção de inconstitucionalidade do tribunal, ante a já referida insuficiência da simples dúvida sobre a constitucionalidade da norma.⁵² Contudo, está prevista a possibilidade de manifestação das partes no recurso apresentado ao Tribunal Constitucional (§ 82, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵³).

Diante da possibilidade de o Tribunal Constitucional solicitar aos tribunais superiores da Federação ou aos tribunais estaduais superiores informação sobre a sua interpretação da Lei Fundamental na questão litigiosa (§ 82, alínea 4, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁴), o juiz suscitante também deve verificar se outros tribunais já decidiram a questão, em análise prévia e completa. Essa regra confere ao Tribunal Constitucional Federal a devida aplicação do direito discricionário de ouvir tribunais superiores da Federação e tribunais estaduais superiores, e atribui um correspondente dever de pronúncia aos tribunais solicitados. O pedido do Tribunal Constitucional Federal pode se referir a dois objetos bem distintos, sobre a comunicação de espécie fática (como os tribunais interpretaram a Lei Fundamental quanto à questão litigiosa, e como aplicaram em sua jurisprudência o dispositivo legal discutido) e sobre a manifestação em parecer jurídico (no qual expõem suas considerações para uma questão relevante à decisão).⁵⁵

Na sua apreciação, o Tribunal Constitucional decide somente sobre a questão de direito que lhe é submetida (§ 81 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁶).

⁵¹ Cf. JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 5. Aufl. München: Beck, 2000, n.10, p.974.

⁵² BVerfGE 78, 104 (117); 86, 52 (57).

⁵³ § 82. [Autorizados à adesão e à manifestação]

(3) O tribunal constitucional federal dá também aos participantes do procedimento diante do tribunal, que apresentou a solicitação, oportunidade para a manifestação; ele convida-os para o procedimento oral e dá a palavra aos representantes processuais presentes.

⁵⁴ § 82. [Autorizados à adesão e à manifestação]

(4) O tribunal constitucional federal pode solicitar aos tribunais supremos da federação ou aos tribunais estaduais supremos a comunicação, como e com base em quais considerações eles interpretaram a lei fundamental até agora na questão litigiosa, se e como eles aplicaram a prescrição jurídica litigiosa em sua validade em sua jurisprudência e quais questões jurídicas, conexas com isso, pendem em decisão. Ele pode solicitar a eles, ademais, apresentar suas considerações para com uma questão jurídica relevante para a decisão. O tribunal constitucional federal participa aos autorizados a manifestação da tomada de posição.

⁵⁵ Cf., a propósito, Hans Lechner e Rüdiger Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, n.5, p.430-431.

⁵⁶ § 81. [Decisão sobre a questão jurídica]

O tribunal constitucional federal decide somente sobre a questão jurídica.

A decisão do recurso está afeta à atribuição do primeiro Senado do *Bundesverfassungsgericht* (§ 14, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁷).

A decisão de inadmissibilidade do recurso pode ser da Câmara competente (§ 15a, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁸), desde que seja por unanimidade, ressalvado o caso de o recurso ter sido apresentado por um tribunal constitucional estadual ou por um tribunal federal superior, caso no qual a decisão está reservada ao senado (§ 81a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁵⁹).

3.2 Finalidade do recurso e atuação do Tribunal Constitucional Federal

Nos moldes em que é tratado o controle de constitucionalidade no sistema alemão, que é concentrado, no quadro do controle abstrato tanto a competência para o exame da constitucionalidade como para a rejeição estão concentradas no mesmo tribunal. No quadro do controle concreto, está afeto aos juízes a *competência para exame (Prüfungskompetenz)*, enquanto o controle da constitucionalidade das normas, com *competência para rejeição (Verwerfungskompetenz)*, está concentrada no Tribunal Constitucional Federal, que possui o seu monopólio.⁶⁰ Ou seja, no controle concreto de normas do art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental, a competência para exame dos tribunais é, por princípio, afirmada; porém, a com-

⁵⁷ § 14. [Competência dos senados]

(1) O primeiro senado do tribunal constitucional federal é competente para procedimentos de controle normativo (§ 13, números 6 e 11), nos quais é feito valer preponderantemente a incompatibilidade de uma prescrição com direitos fundamentais ou direitos dos artigos 33, 101, 103 e 104 da lei fundamental, assim como para recursos constitucionais, com exceção dos recursos constitucionais segundo o § 91 e dos recursos constitucionais do âmbito do direito eleitoral. O mesmo vale, quando um governo estadual, juntamente com uma solicitação de controle normativo (§ 13, número 6) segundo a proposição 1, apresentada uma solicitação segundo o § 13, número 6a.

⁵⁸ § 15a. [Chamamento de câmaras; distribuição das solicitações segundo o § 80 e recursos constitucionais]

(1) Os senados chamam, para a duração de um ano econômico, várias câmaras. Cada câmara compõe-se de três juízes. A composição de uma câmara não deve permanecer imodificada mais do que três anos.

⁵⁹ § 81a. [Inadmissibilidade da solicitação]

A Câmara pode, por resolução unânime, comprovar a inadmissibilidade de uma solicitação, segundo o § 80. A decisão permanece reservada ao senado quando a solicitação é apresentada por um tribunal constitucional estadual ou por um tribunal supremo da federação.

⁶⁰ Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.127, p.96.

petência para rejeição é concentrada e monopolizada no Tribunal Constitucional Federal.⁶¹

Assim, convencido da inconstitucionalidade o juiz submete a questão ao Tribunal Constitucional. Do contrário, a norma é aplicável e ele decide o processo que lhe foi submetido.⁶²

Por se tratar de órgãos que podem possuir interesse na decisão, há a possibilidade de intervenção no procedimento tanto do Parlamento Federal, do Conselho Federal, do Governo Federal como dos Governos Estaduais, nas questões que tratem da validade de Direito federal, e do Governo do Estado e da Assembléia Estadual, nas questões que tratem da validade de Direito estadual (§ 82, alínea 1,⁶³ e § 77⁶⁴ da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A intervenção de órgão estatal colegiado, num procedimento em curso no Tribunal Constitucional Federal, é tomada como a apresentação da posição do órgão colegiado.⁶⁵

Dada a relevância do procedimento de apreciação da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Federal deve dar oportunidade aos órgãos interessados para que apresentem seus argumentos sobre a questão. Essa manifestação das autoridades estatais é de extrema valia para a solução da questão levada ao tribunal, pois pode trazer informações relevantes do legislador e do próprio governo, inclusive de ordem técnica, que não estejam disponíveis na norma legal questionada, mas que podem ou devem ser consideradas por ocasião da apreciação da sua constitucionalidade, inclusive para aferir a proporcionalidade da medi-

⁶¹ Cf. Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, n.100, p.708.

⁶² Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.161, p.118.

⁶³ § 82. [Autorizados à adesão e à manifestação]

(1) As prescrições dos §§ 77 até 79 valem analogamente.

⁶⁴ § 77. [Órgãos federais ou estaduais autorizados à manifestação]

O tribunal constitucional federal dá:

1. nos casos do § 76, alínea 1, ao parlamento federal, ao conselho federal, ao governo federal, em divergência de opiniões sobre a validade de direito federal, também aos governos estaduais e, em divergência de opiniões sobre a validade de uma norma jurídico-estadual, à representação popular e ao governo do estado, no qual a norma foi proclamada.

2. nos casos do § 76, alínea 2, ao parlamento federal, ao conselho federal, ao governo federal, assim como à representações populares e aos governos dos estados dentro de um prazo a ser determinado, oportunidade para manifestação.

⁶⁵ BVerfGE 7, 282.

da.⁶⁶ Nesse ponto, pode-se extrair que o Tribunal Constitucional: (i) considera o seu prestígio para enfrentar as questões sensíveis que lhe são postas; (ii) usufrui posição de superioridade para decidir as questões de grande envergadura que lhe são submetidas, (iii) pode obter, em razão da complexidade da matéria que lhe seja apresentada, esclarecimentos precisos de autoridades superiores que muitas vezes não seriam acessíveis a outro tribunal.

A finalidade do recurso é concentrar o exame relativo ao legislador no Tribunal Constitucional Federal,⁶⁷ evitando que cada tribunal individual passe sobre a vontade do legislador federal ou estadual segundo o seu próprio ponto de vista, quando entenda presente uma infração à Lei Fundamental.⁶⁸

Enquanto no controle abstrato de normas o Tribunal Constitucional Federal vê sua tarefa como sendo de “guarda da Constituição”, no controle concreto de normas ela passa para segundo plano, e o Tribunal Constitucional Federal entende que a sua função deve ser restringida para impedir que cada tribunal possa passar sobre a vontade do legislador.⁶⁹ A esse entendimento do Tribunal Constitucional Federal é apresentada, de certa forma, objeção por Konrad Hesse, para o qual o tribunal, na verdade, fende artificialmente sua função, não sendo reconhecível que ele deve ser menos guarda da Constituição em um caso do que no outro.⁷⁰

⁶⁶ O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) analisado sob três aspectos: adequação (*Geignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*), e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). Cf., a propósito, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p.100 ss. Esse livro foi traduzido para a língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.111 ss.

⁶⁷ BVerfGE 17, 208 (210); 78, 20 (24); 80, 54 (58). Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.133.

⁶⁸ “O aspecto teleológico da apresentação judicial está em concentrar o exame relativo ao legislador no Tribunal Constitucional Federal. Com isso, fica esclarecida, por um lado, a atribuição do Tribunal Constitucional Federal: cabe-lhe impedir que cada Tribunal individual passe por sobre a vontade do legislador federal ou estadual quando não aplica as leis por eles votadas porque, segundo o seu ponto de vista, elas infringem a Lei Fundamental ou a ordem hierárquica federal, do direito federal ou do direito estadual; por outro lado, a atribuição do Tribunal Constitucional Federal como guarda da Constituição retrocede” (Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.133).

⁶⁹ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.683, p.497.

⁷⁰ “A argumentação jurídico-funcional, à qual o tribunal recorre, padece disto, que o tribunal fende artificialmente sua tarefa. Por que ele, em um caso, deve ser menos ‘guarda da Constituição’ do que no outro, não é reconhecível. Por certo, deve a concentração da faculdade para a reprovação de leis sobre os tribunais constitucionais preservar disto, que cada tribunal individual possa passar por cima das leis. Porém, isto é uma questão de clareza jurídica e certeza jurídica, não do aumento ou diminuição da autoridade do legislador

No caso de convencimento do juiz de que a lei é inconstitucional, ele próprio não pode passar por cima da lei e, com isso, sobre a vontade do legislador, mas deve suspender o processo e apresentar a questão ao Tribunal Constitucional Federal, para que este decida sobre a validade ou não da norma.⁷¹

Na idéia kelseniana,⁷² o Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, o que significa uma intervenção na atividade do legislador, que pode resultar numa oposição à legislação e às próprias decisões governamentais. Por isso, requer uma legitimidade constitucional especial,⁷³ uma qualidade de órgão constitucional.⁷⁴

O que caracteriza a organização da jurisdição na Lei Fundamental é a atribuição da conservação do Direito aos tribunais, aos quais são dadas funções amplas de proteção jurídica e de controle. Sobretudo por intermédio da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário está hoje intercalado no equilíbrio dos poderes, exercendo o controle judicial dos poderes estatal-jurídicos.⁷⁵ A tarefa exclusiva da jurisdição constitucional é a

que, aliás, mal depende disto, qual tribunal pode declarar nula sua decisão, tampouco da vontade do legislador histórico, que – também segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal – não importa decisivamente e que, por causa disso, também não pode fundamentar uma diferenciação entre leis pós-constitucionais e pré-constitucionais. Sob o aspecto da clareza jurídica e certeza jurídica pouco fala a favor de uma exclusão de leis pré-constitucionais e regulamentos (pré-constitucionais e pós-constitucionais), senão tudo a favor de sua inclusão no monopólio de decisão negativo do art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental, e um modo de ver jurídico-funcional teria de partir menos da diferença formal da norma a ser examinada do que da tarefa uniforme do Tribunal Constitucional Federal que, pelo artigo 100, alínea 1, da Lei Fundamental, corresponde à peculiaridade do controle incidental, somente é modificada no sentido que na resposta afirmativa à validade das normas a serem aplicadas pelo tribunal julgador deve necessariamente bastar” (Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.686, p.498-499).

⁷¹ Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.127, p.96.

⁷² “O legislador positivo: o Parlamento, eventualmente em conjunto com o governo, está somente vinculado por intermédio da Constituição a respeito do seu procedimento, somente excepcionalmente a respeito do conteúdo das leis por ele editadas, e somente por intermédio de princípios gerais, diretrizes etc. Porém o legislador negativo, o Tribunal Constitucional, está na sua função essencialmente determinado pela Constituição” (Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p.56. Na tradução portuguesa, p.153).

⁷³ “O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado superior. Essa situação de fato fundamenta tanto o *status* especial do *Tribunal Constitucional Federal* como a configuração especial de seu procedimento” (Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.566, p.422).

⁷⁴ Sobre as características de um órgão para que tenha qualidade de órgão constitucional, vide as referências feitas no item 1.1, acima. Em especial: Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.102.

⁷⁵ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.496, p.376, e n.560, p.419.

conservação da Constituição, que inclui o controle dos poderes estatais, a concretização e o aperfeiçoamento do Direito Constitucional.⁷⁶ No controle da Administração e da jurisprudência, o Tribunal Constitucional Federal está restringido a uma revisão jurídico-constitucional, pois como a concretização das leis ordinárias é tarefa exclusiva das autoridades administrativas e dos tribunais, nesse ponto lhe é negada a possibilidade de exame.⁷⁷

A relação de equiparação hierárquica entre o Tribunal Constitucional Federal e outros órgãos superiores do Estado depende do respeito recíproco entre os mesmos, sendo que o poder do tribunal se assenta sobre a consideração das suas decisões e sobre a força persuasiva de seus argumentos.⁷⁸ O respeito ao papel do legislador e do governo, conservando uma atitude reservada, evita casos de conflito pela recusa do cumprimento de suas decisões, garantindo o elemento essencial da sua tarefa que é a conservação da Constituição.⁷⁹

A jurisdição constitucional também possui relação com o princípio democrático, cujo cerne, no art. 20, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental,⁸⁰ exige compreender tanto a atividade do parlamento, que representa politicamente o cidadão, como a atividade do Tribunal Constitucional Federal, que representa argumentativamente o cidadão, exigindo uma atitude positiva dos cidadãos de aprovação dos argumentos do tribunal, se aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional.⁸¹

Dadas as exigências para o controle concreto de normas, o juiz, ao fazer o exame da constitucionalidade, precisa esgotar todas as questões

⁷⁶ Cf., a propósito, Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.561-562, p.420.

⁷⁷ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.569, p.424.

⁷⁸ Cf., a propósito, Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.567, p.422.

⁷⁹ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.567, p.423.

⁸⁰ Art. 20 [Fundamentos da ordem pública, direito de resistência]

(2) Todo poder do Estado emana do povo. Ele será exercido pelo povo por meio de eleições e votações e por intermédio de órgãos especiais dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

⁸¹ Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Síntese, 1999, v.16, p.214. Esse artigo também possui outra publicação: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.217, jul.-set./1999, p.66.

colocadas no processo, deve estar convencido da inconstitucionalidade, além de fazer uma verificação se outros tribunais já decidiram a questão para, somente então, submetê-la ao Tribunal Constitucional Federal, competente para o controle da constitucionalidade por intermédio da rejeição, o que tem como consequência o seu uso bastante reduzido, tanto que no período compreendido entre 1951 e 2005, somente foi utilizado 3.276 vezes⁸² pelos juízes e tribunais alemães.

Esse quadro demonstra o esforço dos juízes na sua atuação, quando procedem ao exame da norma, pois somente submetem a questão a um juízo de inconstitucionalidade quando vencidos todos os obstáculos que lhe são postos, empreendendo grande esforço para a sua manutenção, em obediência ao princípio da primazia do legislador na concretização da Constituição, segundo o qual o tribunal deve revisar essa concretização feita pelo legislador numa atitude reservada.

Importante destacar o fato de que as apresentações judiciais ao Tribunal Constitucional Federal, na pendência de um processo num tribunal, em um grande número dos casos não conduzem à declaração de inconstitucionalidade.⁸³

4 O RECURSO CONSTITUCIONAL

O *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*), inicialmente não previsto especificamente na Lei Fundamental de 1949, foi introduzido pela Décima Nona Lei Modificadora, de 29 de janeiro de 1969.⁸⁴ Até então, a competência do Tribunal Constitucional Federal para decidir o recurso somente estava baseada no § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 12 de março de 1951, com fundamento na

⁸² Estatística apresentada no item 4, abaixo.

⁸³ É exemplificativo o ano de 1980, no qual houve 80 apresentações judiciais (*Richtervorlagen*), sendo 57 de instâncias inferiores [30 de tribunais de primeira instância, 5 de tribunais administrativos, 1 de um tribunal financeiro, 5 de tribunais sociais, 16 de tribunais do trabalho], e somente uma de um tribunal superior [BGH]. Apresentações judiciais, em grande número dos casos, não conduzem à declaração de inconstitucionalidade (Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.132, p.101).

⁸⁴ Art. 93, alínea 1, n.4a da Lei Fundamental.

possibilidade de lei federal estabelecer os casos de atuação do tribunal,⁸⁵ conforme regulado no art. 93, alínea 2, da Lei Fundamental.⁸⁶

Também situado no âmbito do controle concreto, o recurso constitucional consiste no pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo à violação de direito constitucional do recorrente, dentro de um processo com partes e diante da análise de um caso concreto.

O recurso constitucional do sistema alemão também possui semelhança com o recurso de amparo constitucional do sistema espanhol (*Recurso de amparo constitucional*), previsto na Constituição espanhola de 1978, que tem origem no constitucionalismo hispano-americano, concretamente na Constituição do México de 1917,⁸⁷ para proteção dos direitos fundamentais.⁸⁸

4.1 Importância do recurso e a ofensa aos direitos fundamentais ou a esses equiparados

Nos termos do art. 93, alínea 1, número 4a, da Lei Fundamental⁸⁹ e do

⁸⁵ “O recurso constitucional tem, na Alemanha, uma tradição peculiar. O recurso individual contra abuso de direitos dos senhores territoriais, o recurso de denegação de justiça e o recurso de nulidade, que eram decididos pelo Tribunal Cameral do Império e pelo Conselho Áulico do Império são vistos, pela doutrina, como precursores do recurso constitucional. Os recursos individuais promovidos na Assembléia Confederativa, em virtude da sua competência para decidir acerca dos conflitos constitucionais pertinentes à cidade livre de Frankfurt a.M., foram designados como recurso constitucional; da mesma forma, o recurso contra a denegação ou procrastinação de justiça. O art. 126, letra g, frase 1, da Constituição Imperial de 1849, previa claramente o recurso constitucional. E o recurso da denegação de justiça que podia ser apresentado no Conselho Confederativo foi compreendido como recurso constitucional autêntico. Apenas a Constituição do Império de Weimar, de 11 de agosto de 1919, dele careceu. A expectativa do Congresso Constitucional de Herrenchiemsee não se confirmou. O Conselho Parlamentar pôs de parte o n.º do art. 98 do Projeto da Lei Fundamental. Com isso a Lei Fundamental não continha inicialmente o recurso constitucional, que foi nela introduzido pela Décima Nona Lei Modificadora, de 29 de janeiro de 1969. Até então, a competência do Tribunal Constitucional Federal para decidir acerca do recurso constitucional provinha do § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, apoiado no art. 92, alínea 2, da Lei Fundamental” (Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.139-140).

⁸⁶ Art. 93. [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(2) O Tribunal Constitucional Federal atuará, ademais, nos casos que lhe sejam atribuídos por intermédio de lei federal.

⁸⁷ Cf. ESTEBAN, Jorge de; GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J. *Curso de derecho constitucional español*. Madrid, 1993, t.II, p.384 ss.

⁸⁸ Cf., a propósito, CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p.46 ss.

⁸⁹ Art. 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

4a. sobre recursos constitucionais que podem ser promovidos por toda pessoa, com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público em algum dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental;

§ 13, número 8^a,⁹⁰ e § 90, alínea 1⁹¹ da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, há a possibilidade de interposição de recurso constitucional pelo solicitante sempre que haja violação de direito fundamental ou a esse equiparado.

No que diz com os direitos fundamentais, a Lei Fundamental de Bonn inaugura o seu texto enunciando o princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1^o, alínea 1).⁹² Com isso, a “dignidade é um valor (*Wert*) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (arts. 1^o ao 19), como também toda a Lei Fundamental”.⁹³ Nesse compasso, a Lei Fundamental traduz a semântica dos valores inerentes aos direitos fundamentais, esclarecendo a terminologia empregada, como direitos diretamente aplicáveis, vinculando Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1^o, alínea 3).⁹⁴ Ou seja, “os três Poderes estão proibidos, pela Lei Fundamental, a tergiversar sobre os Direitos Fundamentais”.⁹⁵ O mesmo artigo inaugural estabelece o princípio do reconhecimento dos direitos do homem como invioláveis e inalienáveis (art. 1^o, alínea 2).⁹⁶

A Lei Fundamental coloca o catálogo dos direitos fundamentais em

⁹⁰ § 13. [Competência do tribunal]

O tribunal constitucional federal decide:

8a. sobre recursos constitucionais (artigo 93, alínea 1, números 4a e 4b, da lei fundamental);

⁹¹ § 90. [Legitimação ativa]

(1) Cada um pode, com a afirmação de estar violado pelo poder público, em um dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigo 33, 38, 101, 103 e 104, da lei fundamental, promover o recurso constitucional no tribunal constitucional federal.

⁹² Art. 1^o [Dignidade da pessoa humana, vinculação aos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

⁹³ HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.109, jan.-mar./1991, p.322.

⁹⁴ Art. 1^o [Dignidade da pessoa humana, vinculação aos direitos fundamentais]

(3) Os direitos fundamentais que seguem vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como direito diretamente aplicável.

⁹⁵ Luís Afonso Heck, *Os direitos Fundamentais na Lei Fundamental de Bonn*, p.329.

⁹⁶ Art. 1^o [Dignidade da pessoa humana, vinculação aos direitos fundamentais]

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

seu início (arts. 1º a 19),⁹⁷ não sendo um rol taxativo, pois outros direitos também são considerados (arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104).⁹⁸ Considerados em seu conjunto, circunscrevem-se, basicamente, aos clássicos direitos humanos e civis.⁹⁹

Dada a relevância da apreciação da constitucionalidade na proteção dos direitos fundamentais ou assemelhados, o Tribunal Constitucional Federal oportuniza aos órgãos estatais, cuja ação ou omissão é objetada, possam se manifestar no feito (§ 94 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal).¹⁰⁰ A manifestação das autoridades envolvidas, do mesmo modo como ocorre no controle concreto de normas, é de extrema importância

⁹⁷ Art. 1º [Dignidade da pessoa humana, vinculação aos direitos fundamentais]; Art. 2º [Livre desenvolvimento da personalidade, direito à vida, integridade física, liberdade da pessoa]; Art. 3º [Igualdade]; Art. 4º [Liberdade de crença, consciência e confissão, objeção ao serviço militar]; Art. 5º [Liberdade de expressão, de imprensa e de rádio-difusão, liberdade de criação artística e científica]; Art. 6º [Casamento e família]; Art. 7º [Sistema escolar]; Art. 8º [Liberdade de reunião]; Art. 9º [Liberdade de associação]; Art. 10 [Sigilo de correspondência, postal e de telecomunicações]; Art. 11 [Liberdade de circulação]; Art. 12 [Liberdade de profissão]; Art. 12a [Serviço militar e obrigação de prestação de serviço substitutivo]; Art. 13 [Inviolabilidade do domicílio]; Art. 14 [Propriedade, direito de sucessão e desapropriação]; Art. 15 [Socialização]; Art. 16 [Perda da nacionalidade e extradição]; Art. 16a [Direito de asilo]; Art. 17 [Direito de petição]; Art. 17a [Limitação de direitos fundamentais aos prestadores de serviço militar e de serviço substitutivo]; Art. 18 [Perda de direitos fundamentais]; Art. 19 [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial].

⁹⁸ Enumeração do art. 93, alínea 1, número 4a: Art. 20, alínea 4 – direito de resistência; Art. 33 – equiparação cívica de todos os alemães; Art. 38 – eleições; Art. 101 – proibição de tribunais de exceção; Art. 103 – direitos fundamentais do acusado criminalmente; e, Art. 105 – garantias jurídicas na privação de liberdade.

⁹⁹ “No obstante, considerados em conjunto, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se circunscriben básicamente a los clásicos derechos humanos y civiles” (HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Conrad; HEIDE, Wolfgang (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de “Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, por Antonio López Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública; Marcial Pons, 1996, n.8, p.87).

¹⁰⁰ § 94. [Audiência de terceiros]

(1) O tribunal constitucional federal dá ao órgão constitucional da federação ou do estado, cuja ação ou omissão é objetada no recurso constitucional, oportunidade para manifestar-se dentro de um prazo a ser determinado.

(2) Se a atuação ou omissão partiu de um ministro ou de uma autoridade da federação ou do estado, então deve ser dado ao ministro competente oportunidade para a manifestação.

(3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma decisão judicial, então o tribunal constitucional federal dá também ao beneficiado pela decisão oportunidade para a manifestação.

(4) Se o recurso constitucional dirige-se, imediata ou mediamente, contra uma lei, então o § 77 deve ser aplicado correspondentemente.

(5) Os órgãos constitucionais mencionados nas alíneas 1, 2 e 4 podem aderir ao procedimento. O tribunal constitucional federal pode prescindir do procedimento oral quando dele não deve ser esperado nenhum outro fomento do procedimento e os órgãos constitucionais autorizados à manifestação, que aderiram ao procedimento, renunciam ao procedimento oral.

para a solução da questão trazida ao tribunal, pois trazem informações importantes do legislador e do próprio governo.

O recurso constitucional possui função dúplex, de natureza subjetiva e objetiva.¹⁰¹ Na sua função subjetiva o recurso funciona como garantia da proteção jurídica individual,¹⁰² como meio para efetivar processualmente os direitos fundamentais,¹⁰³ para o qual atua o Tribunal Constitucional Federal. Essa função também decorre do § 93a, alínea 2, letra b,¹⁰⁴ bem como do § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁰⁵

Já na sua função objetiva, funciona para a conservação e aperfeiçoamento do direito constitucional objetivo.¹⁰⁶ Nesse ponto o recurso constitucional se presta para a interpretação e desenvolvimento do direito constitucional, ao esclarecimento das questões constitucionais, motivando a proteção da Constituição, o que significa a estabilização do sistema.¹⁰⁷ Isso pode ser deduzido do art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental¹⁰⁸ e do § 93a, alínea 2, letra a,¹⁰⁹ como do § 90, alínea 2, frase 2 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁰¹ Cf. HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Gráfica do Senado, v.31, n.124, out.-dez./1994, p.117.

¹⁰² Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.263, p.181.

¹⁰³ Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.118.

¹⁰⁴ § 93a. [Pressuposto de aceitação]

(2) Ele deve ser aceito para a decisão:

b) se está indicada a imposição dos direitos mencionados no § 90, alínea 1; isso também pode ser o caso, quando ao promovente do recurso, pela recusação da decisão do fundo, nascer uma desvantagem particularmente grave.

¹⁰⁵ § 90. [Legitimação ativa]

(2) ... O tribunal constitucional federal pode, contudo, decidir de imediato um recurso constitucional promovido antes do esgotamento da via jurídica, quando ele tem importância geral ou quando ao promovente do recurso nasceria uma desvantagem grave e inevitável, caso ele fosse remetido primeiro à via jurídica.

¹⁰⁶ Cf. Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, n.120, p.716.

¹⁰⁷ Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.118.

¹⁰⁸ Art. 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal]

(2) Uma lei federal regula a sua constituição e o procedimento e determina em quais casos suas decisões têm força de lei. Ela pode tornar o esgotamento prévio da via judicial em pressuposto para recursos constitucionais e prever um procedimento de admissão especial.

¹⁰⁹ § 93a. [Pressuposto de aceitação]

(2) Ele deve ser aceito para a decisão:

a) à medida que lhe cabe significado jurídico-constitucional fundamental;

Ao tratar da legitimidade ativa, o § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal se refere ao titular dos direitos fundamentais ou equiparados, que podem ser as pessoas naturais nacionais ou estrangeiras, ou as pessoas jurídicas de direito privado. Quanto às pessoas jurídicas de direito público, por desempenharem tarefas públicas, não dispõem do recurso constitucional,¹¹⁰ salvo quando deva ser agregado e elas o âmbito vital protegido pelos direitos fundamentais, como tem sido admitido no caso das universidades, das faculdades e das emissoras de radiodifusão.¹¹¹

O objeto do recurso constitucional é tanto as ações como as omissões do Poder Público alemão (art. 1º, alínea 3 da Lei Fundamental¹¹²), o qual está vinculado aos direitos fundamentais.

Quanto ao Legislativo, o recurso pode decorrer em razão da ação legislativa de confecção de leis, devidamente publicadas, tanto em seu sentido formal como no seu sentido material, o que também é admitido contra o decreto-lei e o estatuto. O recurso também pode ser manuseado em face da omissão legislativa, que pode ser absoluta (oposição a um mandamento constitucional inequívoco) ou relativa (desconsideração de grupo populacional, violando o princípio isonômico do art. 3º, alínea 1, da Lei Fundamental¹¹³). O art. 2º, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental,¹¹⁴ além do direito de defesa subjetivo, também garante uma decisão valorativa jurídica-objetiva da Constituição, que vale para todos os setores da ordem jurídica e fundamenta os deveres de proteção constitucionais, que são deveres do Estado e não podem ser omitidos.¹¹⁵

No que se refere ao Executivo, o objeto do recurso pode ser tanto os atos administrativos como a omissão executiva, quer no âmbito federal, estadual ou municipal.

¹¹⁰ BVerfGE 21, 362 (369s.).

¹¹¹ BVerfGE 61, 82 (102); 74, 297 (317s.); 78, 101 (102). Cf., a propósito, Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.126.

¹¹² Art. 1º [Dignidade da pessoa humana, vinculação aos direitos fundamentais]

(3) Os direitos fundamentais que seguem vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como direito diretamente aplicável.

¹¹³ Art. 3º [Igualdade]

(1) Todas as pessoas são iguais perante a lei.

¹¹⁴ Art. 2º [Livre desenvolvimento da personalidade, direito à vida, integridade física, liberdade da pessoa]

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei.

¹¹⁵ Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.144.

Já no que diz com o Judiciário, podem ser objeto as decisões de todos os tribunais federais (exceto do Tribunal Constitucional Federal, tanto de seus dois senados como de suas câmaras) e estaduais, inclusive os tribunais estaduais competentes para questões constitucionais, além da omissão judiciária.¹¹⁶

4.2 Pressupostos e procedimento do recurso

Duas têm sido as exigências para a propositura do recurso constitucional, a primeira decorrente da construção jurisprudencial do tribunal de *Karlsruhe* e a segunda em razão de mandamento normativo.

Como primeira exigência, para o Tribunal Constitucional Federal é necessário que o recorrente comprove que a violação dos direitos fundamentais ou a esses equiparados seja “pessoal” (na esfera jurídica do promovente, que diferencia o recurso constitucional da ação popular, prevista no art. 98, frase 4, da Constituição bávara), “presente” (atual, não virtual ou futura) e “direta” (decorrente da observação e cumprimento direto da lei, não condicionada a uma regulamentação ou a atos de execução).¹¹⁷

A segunda exigência decorre do princípio da subsidiariedade, que o Tribunal Constitucional deduz da necessidade de esgotamento da via judicial prevista no § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,¹¹⁸ além do art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental,¹¹⁹ para que possa ser manejado o recurso constitucional. Ou seja, devem ser esgotadas as possibilidades de remoção dos obstáculos aos direitos fundamentais por intermédio de outros remédios jurídicos postos à disposição do promovente por intermédio das leis.¹²⁰ Apesar de não estar

¹¹⁶ Cf., a propósito, Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.145.

¹¹⁷ Cf. Luís Afonso Heck, *Os direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade e o recurso constitucional alemão*, p.172-173.

¹¹⁸ § 90. [Legitimação ativa]

(2) Se contra a violação é admissível a via jurídica, então o recurso constitucional somente após o esgotamento da via jurídica pode ser promovido...

¹¹⁹ Art. 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal]

(2)... Ela pode tornar o esgotamento prévio da via judicial em pressuposto para recursos constitucionais e prever um procedimento de admissão especial.

¹²⁰ BVerfGE 22, 287 (290).

aberta uma via judicial direta, a ser percorrida pelo promovente contra uma norma que repete inconstitucional, deve, dentro do exigível, procurar uma proteção eficaz, primeiramente, junto aos tribunais especializados.¹²¹

Sendo objeto do recurso constitucional tanto as ações como as omissões do Poder Público, surge a questão de saber-se quais são as vias judiciais que devem ser esgotadas. No que se refere às medidas possíveis contra o Executivo, há a possibilidade de o lesado recorrer à via judicial, nos termos do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental,¹²² ressaltando que tais ações ou omissões também estão submetidas, em grande proporção, ao controle judicial-administrativo. Quanto às decisões judiciais, existem a apelação e o recurso de cassação.¹²³ Já em relação às leis em sentido formal, o ordenamento jurídico carece de vias judiciais.¹²⁴

O princípio da subsidiariedade é atualmente considerado como o desenvolvimento judicial mais importante do Direito Constitucional, e importa que o empenho para a remoção das violações aos direitos fundamentais fique a cargo do promovente e dos próprios tribunais, conforme decidido pelo Tribunal Constitucional Federal:

O princípio da subsidiariedade, que encontrou a sua expressão no § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ancorado no art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (BVerfGE 42, 243 (249)), tem por base duas ponderações: o próprio promovente deve, em primeiro lugar, empenhar-se para remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação dos direitos fundamentais. Ele está obrigado, por princípio, à esgotadura recursal; somente então pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, o esgotamento das vias judiciais

¹²¹ BVerfGE 71, 305 (336). Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.146, nota de rodapé 332.

¹²² Art. 19 [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial]

(4) Se alguém for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública, poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente, a via será ordinária. Mantém-se intacto o artigo 10, alínea 2, frase 2.

¹²³ Espécie de agravo por nulidade.

¹²⁴ Cf. Luís Afonso Heck, *Os direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade e o recurso constitucional alemão*, p.173.

*não é apenas um pressuposto processual; o princípio da subsidiariedade contém, ao mesmo tempo, um fundamental enunciado sobre a relação dos tribunais especializados com o Tribunal Constitucional Federal. Segundo a distribuição de competências da Lei Fundamental, incumbe aos tribunais, em primeiro lugar, a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais. (...) Ao preceito do esgotamento das vias judiciais corresponde o dever dos tribunais de, eles próprios, removerem, na prossecução de instâncias, uma possível infração de direitos fundamentais.*¹²⁵

A segunda ponderação do Tribunal Constitucional Federal, de que a remoção das violações aos direitos fundamentais deve-se dar por atuação dos próprios tribunais, continuou sendo ratificada.¹²⁶ No entanto, a primeira concepção da atuação da parte foi tornada precisa, ao que foi estabelecido que o princípio da subsidiariedade pede que o promovente, além da obrigação do esgotamento das vias judiciais em sentido estrito, também aproveite as possibilidades exigíveis que lhe estão postas à disposição para obter uma correção da violação dos direitos fundamentais contra a qual esteja reclamando.¹²⁷

Há exceções ao princípio da subsidiariedade, podendo o Tribunal Constitucional decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial prescrita, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele tenha significado geral ou suceda ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele fosse primeiro remetido à via judicial, nos moldes do § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹²⁸ A essas exceções da obrigação do esgotamento da via judicial o Tribunal Constitucional Federal agregou outras, como é o caso quando o esgota-

¹²⁵ BVerfGE 49, 252 (258) – Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.124-125.

¹²⁶ BVerfGE 69, 122 (125); 74, 69 (74). Cf., a propósito, Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.125.

¹²⁷ BVerfGE 96, 15 (22); comparar com BVerfGE 68, 384 (388 f); 74, 102 (113). No tocante ao “âmbito do exigível”, ver BVerfGE 85, 80 (86); 77, 275 (282); 79, 275 (279). Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.146-147.

¹²⁸ § 90. [Legitimação ativa]

(2) ... O tribunal constitucional federal pode, contudo, decidir de imediato um recurso constitucional promovido antes do esgotamento da via jurídica, quando ele tem importância geral ou quando ao promovente do recurso nasceria uma desvantagem grave e inevitável, caso ele fosse remetido primeiro à via jurídica.

mento da via judicial não esteja objetivamente oferecido ou quando não seja objetivamente exigível ao promovente.¹²⁹

Conforme o princípio da subsidiariedade, cada tribunal, no âmbito da sua competência, deve dar proteção jurídica às violações constitucionais nos feitos que lhe sejam submetidos. Cada tribunal também deve apresentar ao Tribunal Constitucional Federal um exame prévio e completo dos tribunais especializados sobre os pontos do recurso, reunindo um material fático verificado nas diversas instâncias, para que lhe seja proporcionada a percepção do caso e a opinião jurídica dos tribunais, especialmente dos tribunais federais superiores.¹³⁰

Na apreciação do recurso constitucional, quando o recurso é direcionado contra uma decisão, pode ser infirmada total ou parcialmente a sentença ou o ato administrativo objeto da decisão, sendo posteriormente o feito remetido para o tribunal competente (§ 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹³¹).

No controle de normas procedido pelo Tribunal Constitucional Federal, as decisões apresentadas possuem a mesma natureza, tanto no procedimento do controle normativo abstrato como no procedimento do controle normativo concreto e no recurso constitucional,¹³² Elas são publicadas no Diário Oficial e têm *força de lei* (*Gesetzeskraft*), nos moldes do § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹³³

¹²⁹ BVerfGE 68, 376 (380); 60, 360 (372); 65, 1 (37); 68, 287 (300); 72, 39 (44); 74, 69 (76 s). Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.147, nota de rodapé 337.

¹³⁰ BVerfGE 77, 381 (401). “Consoante com o princípio da subsidiariedade, pertence às tarefas de cada tribunal, no âmbito de sua competência, dar proteção jurídica em violações constitucionais. Além disso, cada tribunal deve assegurar, sobretudo, que ao Tribunal Constitucional Federal seja feito presente, por meio do exame prévio e completo dos tribunais especializados acerca dos pontos do recurso, um material de fatos verificados regularmente em diversas instâncias e que lhe sejam proporcionadas a percepção do caso e a opinião jurídica dos tribunais, particularmente também dos tribunais federais superiores” (Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.147).

¹³¹ § 95. [Decisão]

(2) Se o recurso constitucional contra uma decisão é acolhido, então o tribunal constitucional federal anula a decisão, nos casos do § 90, alínea 2, proposição 1, ele remete a matéria a um tribunal competente.

¹³² Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n.688, p.499. Cf., a propósito, Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.161. Também, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.252.

¹³³ § 31 [Vinculatividade das decisões]

(2) Nos casos do § 13, números 6, 6a, 11, 12 e 14, a decisão do tribunal constitucional federal tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, número 8a, quando o tribunal constitucional federal declara uma lei compatível ou incompatível com a lei fundamental, ou nula. À medida que uma lei é declarada compatível ou incompatível com a lei fundamental ou com outro direito federal, ou nula, o dispositivo da decisão deve ser publicada no diário oficial da federação pelo ministério federal da justiça. Análogo vale para o dispositivo da decisão nos casos do § 13, números 12 e 14.

Quando for julgado procedente o recurso constitucional dirigido contra uma lei, o Tribunal Constitucional Federal deve declarar essa lei nula (§ 95, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹³⁴). No entanto, o tribunal tem elaborado outras fórmulas de decisão, que também são aplicadas no caso de recurso dirigido contra uma lei, podendo ser declarada a nulidade parcial quantitativa (declaração de nulidade de parágrafo, alínea, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra) ou qualitativa (há restrição ou ampliação do âmbito de aplicação da lei sem haver a redução do texto normativo).¹³⁵

Assim, podem ser identificadas variantes de declaração de nulidade.¹³⁶ Na hipótese de recurso dirigido contra uma lei, há a possibilidade de *declaração de incompatibilidade* (*Unvereinbarerklärung*) da lei com a Lei Fundamental, sem que seja pronunciada sua nulidade.¹³⁷ Outra fórmula aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal ocorre quando a lei ainda é tomada como constitucional, mas para que não haja uma futura declaração de inconstitucionalidade é

¹³⁴ § 95. [Decisão]

(3) Se o recurso constitucional contra uma lei é acolhido, então essa lei deve ser declarada nula. O mesmo vale quando o recurso constitucional for acolhido segundo a alínea 2, porque a decisão impugnada baseia-se em uma lei anticonstitucional. A prescrição do § 79 vale analogamente.

¹³⁵ Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.129.

¹³⁶ As variantes de declaração de nulidade (*Nichtigerklärung*), que podem incidir sobre a norma, parte da norma ou determinado âmbito de aplicação da norma, podem ser: (i) declaração de nulidade como unidade técnica (há nulidade total, que ocorre especialmente quando há defeito relativamente à competência do legislador ou nos casos de vício formal); (ii) declaração de nulidade total (a nulidade total decorre da relação de dependência entre partes constitucionais e inconstitucionais da lei: nulidade total em virtude de uma dependência unilateral, onde a parte hígida da lei não pode subsistir por ser dependente da parte inconstitucional; nulidade total em virtude de dependência recíproca: a lei forma uma unidade que não pode ser dividida em partes autônomas, cuja manutenção parcial seria intervenção indevida na vontade do legislador); (iii) extensão da declaração de nulidade (o § 78, 2º período, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, permite ampliar o objeto do pedido de declaração de nulidade para que também incida sobre normas inconstitucionais que não foram diretamente impugnadas); (iv) nulidade quantitativa (eliminação do texto de lei de palavras, fragmentos de frase ou de frase); e (v) declaração parcial de nulidade sem redução de texto (redução parcial de nulidade qualitativa, sem a redução do texto (Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p.257-264).

¹³⁷ Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.384s., p.269s. A declaração de incompatibilidade da lei com a Lei Fundamental, sem que seja afirmada sua nulidade se justifica nos casos em que a declaração de nulidade configuraria um estado ainda mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional (BVerfGE 87, 153 (177s.)), ou em que diante das várias possibilidades de afastar a violação inconstitucional, a declaração de nulidade seja uma intervenção na liberdade conformadora do legislador (BVerfGE 84, 168 (187)). Essa argumentação, na maior parte dos casos, relaciona-se com o princípio isonômico – Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.130). Essa fórmula foi adotada pelo legislador ordinário em 1970, no § 31, alínea 2, 2º e 3º períodos, e no § 79, alínea 1 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Em regra, o seu efeito é impedir aos tribunais e à Administração de aplicar a lei objetada, devendo aguardar a nova regulação do legislador, porém, excepcionalmente, pode ser admitido valha a lei durante um período transitório, até que haja a confecção de nova lei pelo legislador, evitando um vácuo jurídico (BVerfGE 37, 217 (261) – nacionalidade de filhos; 55, 100 (110) – salário-família para pensionista; 61, 319 (356) – tributação de pais solteiros; 73, 40 (101) – financiamento de partidos). A consequência da declaração de incompatibilidade é o dever do legislador remover a violação constitucional, o que a diferencia da declaração de nulidade, na qual o próprio Tribunal Constitucional Federal remove a violação.

necessária a ação do legislador, sendo feito um *apelo ao legislador* (*Appellentscheidung*).¹³⁸ Ainda na situação de recurso dirigido contra uma lei, há a possibilidade de *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*), quando uma disposição legal, na moldura do seu texto, possibilita interpretações diversas, porém nem todas estas interpretações possíveis são compatíveis com a Constituição.¹³⁹ Outra hipótese é a *interpretação orientada pela Constituição* (*verfassungsorientierten Auslegung*), que gira em torno da interpretação e aplicação de normas passíveis de interpretação, com um espaço para interpretação.¹⁴⁰ Já se o recurso é direcionado contra uma omissão legislativa, está aberta a possibilidade da declaração de incompatibilidade da omissão.¹⁴¹

¹³⁸ Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.419 ss., p.290 ss. O “apelo ao legislador” tem por base o exame da lei na qual foi constatada a existência de defeitos jurídico-constitucionais basicamente vinculados às mudanças nas relações fáticas ocorridas no tempo desde a sua entrada em vigor, mas que em razão de interesses e pontos de vista prioritários e jurídico-constitucionalmente relevantes, a lei ainda não é declarada incompatível com a Lei Fundamental, mas o legislador é notificado a remover os defeitos reconhecidos, fixando-se um prazo que pode ir até o final da legislatura (BVerfGE 36, 146 (172)) ou não ter uma data limite fixada (BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252); 53, 257 (312s.)) – Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.131).

¹³⁹ Cf., a propósito, Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.428 ss., p.294 ss. Na interpretação conforme a Constituição se aplica o princípio de que uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a Constituição, cuja justificação se encontra, principalmente, na unidade do ordenamento jurídico e na presunção de validade da lei (Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.131). O princípio da *unidade da ordem jurídica* (*Einheit der Rechtsordnung*) considera a constituição como *contexto superior* (*vorrangiger Kontext*) das demais normas, enquanto a presunção de constitucionalidade da lei ou o chamado *pensamento “favor legis”*, como pensamento adicional, deixa-se fundamentar não somente do ponto de vista da segurança jurídica e da presunção de um funcionamento regular da atividade legislativa, mas também pelo reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e realização da Constituição (Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p.289).

¹⁴⁰ Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n.436 ss., p.298 ss. A interpretação orientada pela Constituição ocorre nos casos de aplicação de uma norma, não sendo questionada sua constitucionalidade, mas que permite possibilidades de interpretação (BVerfGE 64, 256 (260)), devendo ser escolhida a interpretação que está mais próxima da Constituição (Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.132).

¹⁴¹ No entanto, na prática não tem sido essa a solução do Tribunal Constitucional Federal, que no âmbito da omissão legislativa absoluta tem apresentado uma resposta positiva, como no caso da igualdade de tratamento dos filhos legítimos e ilegítimos do art. 6º, alínea 5, da Lei Fundamental (Art. 6º [Casamento e família] (5) Aos filhos nascidos fora do casamento devem ser estabelecidas, por meio da legislação, as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual e para a sua situação na sociedade como para os filhos nascidos dentro do casamento), sendo primeiramente reconhecido que a prescrição de direito fundamental dá um encargo ao legislador, cuja execução não está disposta ao seu livre arbítrio, sendo que a omissão viola a Constituição, para, posteriormente, concluir que, ainda não havendo o cumprimento desse mandamento constitucional, a prescrição constitucional ganha validade imediata para derrogar as determinações do Direito ordinário incompatíveis com a decisão valorativa constitucional, ao que direito fundamental não contém um mero princípio programático. Para o Tribunal Constitucional Federal, essa atuação não viola o princípio da separação dos poderes, pois a dilatação funcional do Poder Judiciário decorrente da inação do legislador e possui, apenas, natureza subsidiária, estando disponível ao legislador, a qualquer momento, chamar a si o cumprimento do mandamento constitucional, primeiramente endereçado a ele, concretizando-o conforme as suas concepções (BVerfGE 25, 167). O mesmo tem ocorrido na omissão legislativa relativa, na qual o Tribunal Constitucional Federal, especialmente no que se refere ao princípio isonômico, tem aplicado as fórmulas da declaração de nulidade quantitativa e qualitativa, além da declaração de incompatibilidade (Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.133.).

A decisão do recurso está afeta à atribuição do segundo senado do *Bundesverfassungsgericht* (§ 14, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁴²).

Da previsão de admissão do recurso constitucional, na medida em que lhe cabe significado fundamental jurídico-constitucional (§ 93a, alínea 2, letra a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁴³), evidencia-se a função essencial da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não só para a Administração como para o Judiciário e para o legislador, além de traduzir a possibilidade de revisão da sua jurisprudência, contra a qual tenham sido levantadas objeções qualificadas.¹⁴⁴

O prazo para a propositura do recurso é de um mês (§ 93, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁴⁵), mas pode ser restabelecido no caso de impedimento, sem culpa, do promovente (§ 93, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁴⁶). Já se o recurso é relativo a uma lei ou ato do poder público, contra o qual não há previsão de via judicial, o prazo é de um ano, contado do início da vigência da lei ou da promulgação do ato do poder público (§ 93, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁴⁷).

¹⁴² § 14. [Competência dos senados]

(2) O segundo senado do tribunal constitucional federal é competente nos casos do § 13, números 1 até 5, 6a até 9, 12 e 14 e, ademais, para procedimentos de controle normativo e recursos constitucionais, que não são destinados ao primeiro senado.

¹⁴³ § 93a. [Pressuposto de aceitação]

(2) Ele deve ser aceito para a decisão:

a) à medida que lhe cabe significado jurídico-constitucional fundamental;

¹⁴⁴ Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.127.

¹⁴⁵ § 93. [Prazo de promoção; reposição na situação anterior]

(1) O recurso constitucional deve ser promovido e fundamentado dentro de um mês...

¹⁴⁶ § 93. [Prazo de promoção; reposição na situação anterior]

(2) Se um promovente do recurso estava impedido, sem culpa, de observar esse prazo, deve a ele, por solicitação, ser concedida a reposição da situação anterior...

¹⁴⁷ § 93. [Prazo de promoção; reposição na situação anterior]

(3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de soberania, contra o qual não está aberta uma via jurídica, então o recurso constitucional somente dentro de um ano, desde a entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de soberania, pode ser promovido.

O recurso constitucional possui natureza de recurso extraordinário,¹⁴⁸ pois além de não se constituir como recurso suplementar para os processos perante os tribunais ordinários ou administrativos, também não se coloca como opção ao lado de outros recursos, nem pode ser tomado como possibilidade para simplificar ou contornar outras vias judiciais previstas.

A atuação do Tribunal Constitucional Federal ao analisar o recurso constitucional não é de instância de revisão, não havendo o exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais, o que emerge a relação entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada.

Cabe aos tribunais especializados, e para isso competentes, a formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto, subtraindo-se essas questões do exame posterior do Tribunal Constitucional Federal,¹⁴⁹ que também não verifica se essas decisões são acertadas do ponto de vista do direito ordinário.¹⁵⁰

O critério do limite de apreciação foi estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal sob a fórmula do “Direito Constitucional específico”,¹⁵¹ segundo a qual o controle se circunscreve à não-observância dos direitos fundamentais,¹⁵² à aferição de violação do direito constitucional pelos tribunais na interpretação e aplicação do direito ordinário e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (art. 3º, alínea 1, da Lei Fundamental).¹⁵³

No que se refere à interpretação e aplicação pelos tribunais do direito ordinário segundo o direito constitucional, não deixa de haver a transferência de uma extensão limitada da jurisdição constitucional material aos tribunais especializados, notadamente quanto à verificação da

¹⁴⁸ BVerfGE 2, 287 (291); 18, 315 (325); 22, 287 (290s.); 68, 376 (379). Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.117.

¹⁴⁹ BVerfGE 18, 85 (92). Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.121, nota de rodapé 81.

¹⁵⁰ BVerfGE 13, 318 (325). Cf., a propósito, Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.121, nota de rodapé 82.

¹⁵¹ Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.121.

¹⁵² BVerfGE 18, 85 (92s.).

¹⁵³ BVerfGE 62, 338 (343). Cf. Luís Afonso Heck, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, p.121.

certeza das premissas que sustentam alguma intervenção em direito fundamental (verificação da alegação de fatos), como na determinação do conteúdo material da Constituição para a intervenção (cognição, ponderação e fixação dos limites), pela qual vela o Tribunal Constitucional Federal quanto aos seus limites e incertezas.¹⁵⁴

A importância do recurso pode ser extraída não só da oportunidade de autocompreensão para o Tribunal Constitucional Federal, mas também da possibilidade que possui para obter um elevado grau de popularidade e de prestígio perante a população, contribuindo de forma decisiva para a proteção dos direitos fundamentais em relação ao Poder Estatal.¹⁵⁵

Na sua função de conservação da Constituição, o Tribunal Constitucional Federal se revela não somente como um órgão com atuação voltada para ação diante de avenças estabelecidas entre órgãos do Estado, mas especialmente para a proteção dos direitos fundamentais, diante da atuação do próprio Estado, tanto que no período compreendido entre 1951 e 2002 foram propostos 151.424 recursos constitucionais, enquanto em período superior (de 1949 a 2002), o controle concreto de normas somente foi utilizado 3.276 vezes¹⁵⁶ (o que representa uma diferença de 4.522,22%).

¹⁵⁴ Conforme Alexy, ocorre a transferência de uma extensão limitada da jurisdição constitucional material aos tribunais especializados quando é incerta a cognição do que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição, que pode ser nominado por espaço epistemológico. Essa incerteza pode ter sua causa na incerteza de premissas empíricas ou normativas. No denominado espaço cognitivo empírico a transferência ocorre especialmente na verificação da certeza das premissas que sustentam alguma intervenção em direito fundamental, quanto à verificação da alegação de fatos verdadeiros ou falsos, que ocorre especialmente no exame da idoneidade e da necessidade de uma medida interventiva. Já no designado espaço cognitivo normativo a transferência também ocorre na determinação do conteúdo material da Constituição, cujos tribunais especializados podem dar uma resposta exitosa quando conseguem fazer a cognição (suavizado pelo espaço de ponderação estrutural, que no caso de já estar identificado o conteúdo material da Constituição, torna sem objeto o próprio espaço normativo cognitivo), aplicar a lei de ponderação epistemológica (certeza das premissas sustentadoras da intervenção, anteriormente mencionada) e estabelecer os limites (determinável por ponderação de princípios materiais e formais) para a intervenção. Em conclusão, os problemas da constitucionalização deixam-se resolver numa dogmática de espaços, onde “a primeira, forma os espaços estruturais que expressam a limitação do conteúdo material da Constituição, a segunda, os espaços epistemológicos, pelos quais é transferida, em extensão limitada, jurisdição constitucional material, aos tribunais especializados”, contudo “por tudo vela o tribunal constitucional federal com vista dupla. Uma é dirigida ao conteúdo constitucional material, a outra aos seus limites e incertezas” (ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.809, mar./2003, p.70-73).

¹⁵⁵ Cf. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p.140.

¹⁵⁶ Estatística apresentada no item 4, abaixo.

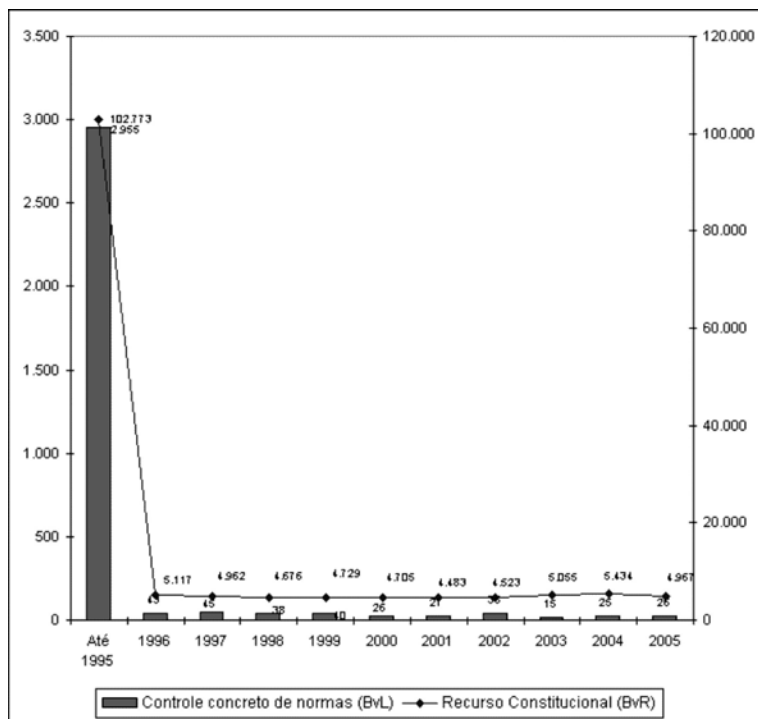
5 TABELA ESTATÍSTICA E GRÁFICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Pelo quadro estatístico de entradas de processos no Tribunal Constitucional Federal, verifica-se o uso excepcional do procedimento do controle normativo concreto (apresentação judicial), na pendência de um processo em curso, de forma incidental, sendo procedimento normal o prévio esgotamento das instâncias, utilizando-se, ao final, o recurso constitucional.

Entradas:

Tipos de Procedimentos	AZ	Até 1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Controle normativo na apresentação dos tribunais (<i>Normenkontrolle auf Vorlage der Gerichte</i>) (Art. 100 Abs. 1 GG)	BvL	2.955	43	45	38	40	26	27	36	15	25	26	3.276
Recursos constitucionais (<i>Verfassungsbeschwerden</i>) (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a und 4b GG)	BvR	102.773	5.117	4.962	4.676	4.729	4.705	4.483	4.523	5.055	5.434	4.967	151.424

Fonte: www.bundesverfassungsgericht.de



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos fundamentais ocorre, essencialmente, no controle concreto de normas, exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, especialmente no recurso constitucional, que possui função subjetiva de garantia da proteção jurídica individual da pessoa, ao lado da função objetiva, de conservação e aperfeiçoamento do direito constitucional objetivo.

A Lei Fundamental prevê o controle abstrato e concreto de normas. O controle concreto pode se dar por intermédio do procedimento do controle normativo concreto (apresentação judicial), exercido incidentalmente por um juiz ou tribunal, quando pendente um processo, o qual deve ser suspenso e a questão submetida ao Tribunal Constitucional Federal no caso de violação da Lei Fundamental, após o que o processo terá seguimento perante o juízo que suscitou o incidente, que deverá considerar, no caso concreto, a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Não havendo sido suscitado o incidente, esgotadas as vias recursais, nas quais cada tribunal também tem o dever de remover uma possível infração de direitos fundamentais, a pessoa poderá provocar, por intermédio do recurso constitucional, a análise da constitucionalidade da norma pelo Tribunal Constitucional Federal. Há exceções ao princípio da subsidiariedade, podendo o Tribunal Constitucional Federal decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial prescrita, quando um recurso constitucional tenha significado geral ou provoque ao requerente um prejuízo grave e inevitável, caso fosse primeiramente remetido à via judicial.

Segundo o modelo concentrado alemão, no quadro do controle concreto de normas, a competência para exame da norma está afeta aos juízes e tribunais, monocráticos ou não, enquanto a competência para rejeição da norma que ofenda a Lei Fundamental está concentrada no Tribunal Constitucional Federal, que possui o seu monopólio. Esse procedimento permite identificar o Tribunal Constitucional Federal como guarda da Constituição, evitando julgamentos contrastantes, além de proporcionar alcance geral às decisões no controle de constitucionalidade.

O quadro estatístico do Tribunal Constitucional Federal demonstra o esforço dos juízes e tribunais no desempenho da jurisdição, os quais somen-

te submetem a questão a um juízo de inconstitucionalidade quando vencidos todos os obstáculos que lhes são postos, empreendendo enorme esforço para a manutenção da norma, pois segundo o princípio da primazia do legislador na concretização da Constituição, o tribunal deve revisar a concretização da Constituição feita pelo legislador com uma atitude reservada. Além disso, em grande número dos casos, a apresentação judicial ao Tribunal Constitucional Federal, procedida de forma incidental e na pendência de um processo, não conduz a uma inconstitucionalidade. O procedimento normal é o esgotamento das instâncias, culminado com a utilização do recurso constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.809, mar./2003, p.54-73.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Síntese, v.16, 1999, p.203-214.

_____. _____. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.217, jul.-set./1999, p.55-66.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de “Theorie der Grundrechte”, por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionales: do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d.

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

ESTEBAN, Jorge de; GONZÁLEZ-TREVILIANO, Pedro J. *Curso de derecho constitucional español*. Madrid, 1993, t.II.

HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.800, jun./2002, p.57-64.

- _____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Gráfica do Senado, v.31, n.124, out.-dez./1994, p.115-133.
- _____. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- _____. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.109, jan.-mar./1991, p.321-348.
- _____. Tradução da “Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal”. In: *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.67-117.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- _____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Conrad; HEIDE, Wolfgang (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de “Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, por Antonio López Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública; Marcial Pons, 1996, p.83-115.
- JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 5. Aufl. München: Beck, 2000.
- KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução de “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.121-186.
- _____. Quem deve ser o guardião da constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução de “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.237-298.
- _____. *Reine Rechtslehre*. 2.Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de “Reine Rechtslehre”, por João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*. Berlin: Walther Rothschild, Heft 11-12, Band VI, 1930-1931, S. 576-628.
- _____. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, Heft 5, 1929, S. 30-84.

- LECHNER, Hans; ZUCK, Rüdiger. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*. 4. Aufl. München: Beck, 1996.
- MAUNZ, Theodor; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; KLEIN, Frans; ULSAMER, Gerhard. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*. München: Beck, Standt: Juli 2002.
- MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. Tradução de Luís Afonso Heck. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.169-198.
- _____. *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. 2. neubearb. Aufl. München: Beck, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. Tradução de “Les Nouvelles Tendances du droit constitutionnel”, por Candido Mota Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 4.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOETH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 5. Aufl. München: Beck, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.