

**DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA  
CONSTITUCIONAL NA ALEMANHA A PARTIR  
DE WEIMAR E SUA REPERCUSSÃO COMO  
FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DAS  
DECISÕES EM SEDE DE CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

*HERMENEUTICS CONSTITUTIONAL  
DEVELOPMENT IN GERMANY FROM WEIMAR  
FLEXIBILITY AND ITS IMPACT AS THE  
EFFECTS OF DECISIONS IN PLACE OF  
CONSTITUTIONAL CONTROL*

*Graziela Bacchi Hora<sup>1</sup>*

Resumo

Este trabalho busca analisar as técnicas de decisão adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma vez que a Lei 9868/99, em seu art. 27, que diz respeito à mitigação dos efeitos retroativos do juízo a respeito da inconstitucionalidade normativa, recebeu inspiração dos expedientes tedescos por intermédio dos trabalhos doutrinários empreendidos pelo membro da comissão elaboradora do anteprojeto que se converteu na Lei 9868/99, hoje ministro do STF, Gilmar Mendes.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional Alemão. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

*Abstract*

*This paper seeks to analyze the techniques of decision adopted by the German Federal Constitutional Court, since the Law 9868/99, in its art. 27, that concerning the retroactive effect to mitigation of judgment about the rules unconstitutional, received inspiration from tedescos expedients through the doctrinal work undertaken by the member of the commission setting-up the bill which became the Law 9868/99, now minister of STF, Gilmar Mendes.*

*Keywords: German Constitutional Court. Judicial Review. Federal Supreme Court.*

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito. Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo intenta uma contribuição em certa medida referente ao direito comparado não procedendo ao cotejo da legislação de diferentes Estados, mas englobando o estudo científico do contexto geral no qual a norma se insere. Torna-se relevante a consideração da atividade jurisprudencial e doutrinária, além da mera pesquisa dos textos normativos. Importa o estudo dos sistemas jurídicos globalmente considerados<sup>2</sup>.

Nesse sentido, se nos demonstra extremamente oportuna a pesquisa a respeito das técnicas de decisão adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma vez que a Lei 9868/99, em seu art.27, que diz respeito á mitigação dos efeitos retroativos do juízo a respeito da inconstitucionalidade normativa, recebeu inspiração dos expedientes tedescos por intermédio dos trabalhos doutrinários empreendidos pelo membro da comissão elaboradora do anteprojeto que se converteu na Lei 9868/99, hoje ministro do STF, Gilmar Mendes.

Cumpri-nos, primeiramente, observar as implicações teóricas da adoção de formas mais flexíveis e intermediárias em relação ao posicionamento clássico que considerava apenas duas possibilidades: a da decretação da inconstitucionalidade com a conseqüente declaração da nulidade da norma desde o seu nascedouro ou a rejeição da arguição de inconstitucionalidade com a reafirmação da validade da norma.

Demais disso, resta-nos observar possíveis semelhanças e diferenças político-culturais, observadas pela doutrina referente a ambos os ordenamentos, entre o papel exercido pelo STF e o *Bundesverfassungsgericht* que nos permitam a observação crítica do

---

<sup>2</sup> Cf. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

que pode ser qualificado como recepção legislativa operada no Brasil dos mecanismos de decisão verificados na Alemanha.

Gilmar Ferreira Mendes, em momento anterior ao das modificações legislativas que resultaram na possibilidade insculpida no art. 27 da Lei 9868/99, chama a atenção para o fato de o *Bundesverfassungsgericht* já ter desenvolvido “há muito” variantes de decisões que superam a clássica possibilidade de ser a lei ou situação jurídica declaradas meramente constitucionais ou inconstitucionais. A criação de outros recursos processuais mais flexíveis proporcionaria uma maior sofisticação no entendimento da separação entre direito e política, permitindo, outrossim, que a lei seja declarada ainda constitucional com a determinação para o legislador de que proceda às devidas modificações, como é o caso do *Appellentscheidung* ou que o Tribunal constate a inconstitucionalidade da lei sem que disso decorra a declaração de nulidade, como é o caso do instituto da *Unvereinbarkeitserklärung*<sup>3</sup>.

Realmente, ainda que não se concorde com os expedientes utilizados, temos que, no que diz respeito ao desenvolvimento da hermenêutica constitucional, é notória a evolução para um patamar em que sejam considerados métodos de interpretação que reconheçam a peculiar situação do direito constitucional como arena de discussão e aproximação entre política e direito.

Nesse sentido, contemporaneamente tornam-se fonte inesgotável para discussões os fenômenos da politização da justiça, bem como da juridicização da política, preocupando-se os teóricos em salientar tanto a inevitabilidade quanto os excessos representados pelos dois movimentos, ambos fruto da aproximação entre política e direito.

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista de Direito Administrativo*. n.188. abr./jun. Rio de Janeiro, 1992, p.36-63, aqui, p.36-37.

Para que tenhamos idéia deste desenvolvimento teórico-doutrinário, é mister que procedemos a o delineamento histórico-evolutivo da Teoria da Constituição e do gradativo abandono da perspectiva formalista que apenas permitiria a conclusão a respeito da compatibilidade ou incompatibilidade de determinada lei ou ato normativo em relação à Constituição.

Note-se que o desenvolvimento teórico se dá com assento especial nas transformações ocorridas na Alemanha, com especial relevo para a contribuição da República de Weimar, da qual trataremos a seguir.

## **2. O ENFRAQUECIMENTO DA DICOTOMIA DIREITO VERSUS POLÍTICA COMO DECORRÊNCIA DA EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONDIÇÃO PARA AS MODIFICAÇÕES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA**

O distanciamento entre as abordagens do direito e da política que se processou historicamente, culminando na modernidade, pode explicar a negligência à qual foi submetido o tema da interpretação constitucional. De fato o pouco relevo do tema na seara da teoria jurídica é acentuado quando o contrastamos com o interesse destinado a outros setores do ordenamento jurídico, mormente no âmbito do direito privado.

Tocante à teoria política, processou-se a adoção de temas envolvendo valores, estruturas, atos e fins em sentido concreto, ao passo que, a teoria jurídica, teria se concentrado em problemas metodológicos ligados à conceituação, classificação e distinção. Esta tendência observou-se notadamente no direito privado que se conservou sempre mais formal e distanciado da política. Em certo

sentido, por isso mesmo, foi visto como mais “jurídico” do que direito público<sup>4</sup>.

O prestígio gozado pelo direito privado dentro da teoria jurídica foi parcialmente responsável pelo não reconhecimento das peculiaridades atinentes à interpretação constitucional.

Surge, em primeiro lugar, a restrição metodológica decorrente da equiparação da Constituição à lei, responsável pela recepção acrítica de critérios hermenêuticos próprios do direito privado para a interpretação constitucional.

A tradição romanista, o prestígio do Código Civil de Napoleão e a influência do pensamento liberal, a partir do qual o direito constitucional assumira a função restrita de proteção de liberdades individuais frente ao Poder Público, reservam-lhe a função de instrumentalizar a garantia das relações civis e mercantis<sup>5</sup>.

Outrossim, interpretação constitucional atraiu suspeitas por referir-se a uma estrutura normativa de conteúdo político. Estaria permeável à ação das forças políticas e frágil em substância, donde se supunha a inviabilidade da utilização de critérios preponderantemente jurídicos para direcioná-la<sup>6</sup>.

Será a compreensão material da natureza da Constituição que permitirá o vislumbamento de um espaço mais rico a ser explorado doutrinariamente de modo a abarcar os conteúdos essenciais para a comunidade organizada em forma de Estado Constitucional. A jurisdição constitucional é fruto desse alargamento e do correspondente alargamento da concepção dos direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 8

<sup>5</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madri : Editorial Reus, 1985, p. 115.

<sup>6</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1993, p. 194.

O método interpretativo clássico, de inspiração formalista, exprimia uma perfeita adequação ao Estado de Direito de concepção liberal, que necessitava como condição prévia da harmonia e do consenso do pensamento político com a forma de convivência estabelecida, não cogitando sequer de conflitos entre a Constituição e a Sociedade<sup>7</sup>.

A partir de 1927, a reação anti-formalista contra a atitude ideológica dos teóricos do II Reich fez com que os estudos acerca das relações entre a Constituição Formal e a realidade social, entre direito e política, elaborados por autores como Smend, Schmitt e Heller, introduzissem as preocupações por uma teoria material da Constituição e trouxessem de volta os juízos de valor para a dogmática constitucional.

A república de Weimar representa o giro do Estado Liberal para o Estado Social. A novel concepção de um Direito condicionado politicamente enseja o desenvolvimento de um novo constitucionalismo sensível a concretude social, pois que o antigo modelo não se mostra possível de solucionar as novas questões relativas aos direitos fundamentais já então surgidos.

Obviamente não se olvida o fato da Constituição mexicana ter assumido o papel de pioneira na instituição de direitos sociais. Quanto a isso nem se venha objetar que os direitos alçados ao *status* constitucional naquele diploma terem se restringido ao âmbito do direito do trabalho. No entanto, será a expansão teórica observada pelo constitucionalismo de Weimar a responsável pela propagação de modificações no pensamento jurídico ocidental de forma peculiarmente expressiva, de modo a tornar-se referência inarredável do constitucionalismo contemporâneo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993, p. 219.

<sup>8</sup> “Em uma interpretação mais acurada, verifica-se que a Constituição Social Mexicana foi o primeiro Pacto Político moderno a fixar uma declaração ideológica de direitos sociais e econômicos como consequência de um processo

Na Alemanha, desenvolve-se a teoria da integração (*Integrationslehre*), que pressupõe a existência peculiar do Estado, como afirmado por Renam: “O Estado é um plebiscito cotidiano”. Segundo Smend, captar essa existência peculiar exigiria o recurso à “integração”: atualização e desenvolvimento contínuo da dinâmica vital do Estado<sup>9</sup>.

Na verdade, a força normativa positiva da Constituição implicará uma assunção pelo Poder Judiciário de tarefas que incluem a sensibilidade para os condicionamentos prospectivos que englobam a ciência da conjuntura política por parte de uma hermenêutica que não mais poderá restringir-se ao momento subsuntivo do fato à norma.

Assim, em termos formais, teríamos que a Constituição, apontaria âmbitos de delimitação para a atuação das faculdades legislativas de configuração na determinação de prioridades no recurso a meios prescritivos, enquanto o governo seria livre para determinar sua política interior e exterior. Nesse sentido, O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) não teria competência para analisar se qualquer desses órgãos observaram

---

revolucionário. O núcleo central dos debates e negociações da Constituição Mexicana foi a discussão acerca das novas condições legais econômico-sociais, como decorrência do triunfo de segmentos mais radicais e progressistas, diante dos setores legalistas e moderados. (...) Já a Constituição da República de Weimar foi (disso não resta dúvida) o ponto de maior influxo no contexto do Constitucionalismo ocidental contemporâneo: uma espécie de marco inicial do próprio Constitucionalismo Social. (...) A Constituição Alemã, ao integrar a ordem político-institucional aos imediatos objetivos econômicos da sociedade, buscou definir um projeto alternativo social-democrático que satisfizesse os diversos segmentos sociais, presos, de um lado, às concepções da clássica democracia burguesa-individualista, e, de outro, ao crescente fluir de princípios e proposições socialistas” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo : Acadêmica, 1989, p. 18-20).

<sup>9</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 63.

adequadamente suas responsabilidades ou se deram a solução mais justa ou funcional.

No entanto, esses limites exatos só poderiam existir se as máximas constitucionais estabelecessem barreiras apenas negativas. Ocorre que a atual idéia de Constituição traz pautas para ação dos outros órgãos do Estado nas responsabilidades que lhes são atribuídas. Nesse sentido a realização material dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ouve-se o reconhecimento de que a Corte Alemã vem reforçando a eficácia e a força configuradora da Constituição e, inclusive, melhorado a qualidade de vida e convivência de uma ordem que tem como referencia última a dignidade humana<sup>10</sup>.

Isso traz como conseqüência para o tribunal a necessidade de intervir na atuação de outros órgãos do Estado. No entanto, o tribunal carece de iniciativa e não pode produzir jurisprudência conformadora, já que não é responsável pela conformação da comunidade e seu futuro.

Em relação à autonomia configuradora do Legislador, temos que para o tribunal vale a possibilidade de sugerir como *obiter dicta* ou através de argumentações simples furtando-se a recomendar fórmulas alternativas em substituição a uma regulação inconstitucional. Assim, as recomendações não são vinculantes, mas atuariam indiretamente no processo político.

### **3. O MÉTODO CONCRETISTA DE FRIEDRICH MÜLLER COMO DECORRÊNCIA DOS ESTUDOS**

---

<sup>10</sup> SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional.. in *Manual de Derecho Constitucional*. Brenda, Ernst; Mihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen; Hesse, Konrad. Heyde, Wolfgang (Hrsg.). Marcial Pons, Madrid, 1996. P.823-860, aqui, p.852.

## INTEGRACIONISTAS DE WEIMAR E A SEPARAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA

A tentativa de integrar ao próprio conceito de Constituição as dimensões socio-culturais da realidade surge como fundamental ao posterior desenvolvimento dos métodos concretistas de interpretação constitucional.

As perspectivas chamadas dialético-culturais representadas por Heller e Smend são passíveis de serem criticadas contemporaneamente por não terem radicalizado suficientemente a questão a ponto de vislumbrarem o próprio dever-ser como parte da realidade. Neste sentido, ainda não teria sido satisfatoriamente superada a antiga dicotomia norma/realidade<sup>11</sup>.

Avançando nesta direção, os métodos concretistas abandonam a tarefa aplicadora dos textos, considerando a concretização das normas com a inclusão dos dados reais normativamente relevantes<sup>12</sup>.

Cabe notar que a metódica estruturante do direito desenvolvida por Müller experimenta grande difusão doutrinária como método concretista veiculado dentre os constitucionalistas pátrios.

Assim é que Paulo Bonavides afirma que as necessidades observadas no Brasil de novas perspectivas metodológicas para uma hermenêutica constitucional encontram-se satisfeitas pela obra de Friedrich Müller<sup>13</sup>.

No mesmo sentido, João Maurício Adeodato considera que a obra de Müller reforça a ligação entre o Brasil e a cultura

---

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994, p. 60-61.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 76-77.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p.206.

germânica no sentido de ser um exemplo de teorização profícua para a compreensão da aplicação do direito estatal na atualidade<sup>14</sup>.

Na metódica estruturante, não se trata de aplicar a norma, mas de produzi-la a partir da combinação de seus componentes primariamente lingüísticos com os seus componentes empíricos concretos, ambos em relação de implicação recíproca dentro do processo de concretização. A partir do reconhecimento destes dois níveis chamados a compor a norma jurídica, desenvolvem-se os conceitos de âmbito normativo (*Normbereich*) e programa normativo (*Normprogramm*). Este último surgido da interpretação dos dados primariamente lingüísticos em conjunto (textos normativos e não-normativos como doutrina, textos históricos e outros referentes à técnica de solução de casos), enquanto o primeiro (*Normbereich*) captado a partir dos dados primariamente reais a serem intermediados pela linguagem normativa<sup>15</sup>.

É evidente que este tipo de preocupação serve ao estabelecimento de novas técnicas de decisão para o controle de constitucionalidade que advoguem a existência apartada da norma em relação ao texto, de modo que se torne possível vislumbrar uma interpretação mantenedora do texto a despeito de se considerar a normatividade como processo que engloba a observação política do contexto material de sua aplicação.

#### **4. AS TÉCNICAS DE DECISÃO UTILIZADAS PELO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E O O ART. 27 DA LEI 9868/99 COMO FLEXIBILIZAÇÃO DAS DECISÕES EM SEDE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

---

<sup>14</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002, p.222.

<sup>15</sup> MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 33.

O problema da força normativa positiva do Direito Constitucional irá trazer a discussão a respeito dos contornos políticos à atuação do Judiciário que já se fizeram sentir fortemente com o problema da caracterização do que seria considerado o silêncio transgressor ou a inércia do legislador.

A devida caracterização da omissão inconstitucional escapa aos propósitos deste trabalho, no entanto é interessante pontuar que muitos dos problemas que são objeto de solução a partir das técnicas utilizadas pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, como também pelo Supremo Tribunal Constitucional, podem ser abordadas a partir de vários institutos.

Dentre as técnicas de decisão que no quadro da jurisdição constitucional alemã incorporam essa maior flexibilidade da produção de efeitos das declarações, destacamos além da interpretação conforme a constituição, o apelo ao legislador, a declaração de incompatibilidade ou de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de norma ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.

Dentre esses expedientes, somente em relação ao apelo ao legislador a arguição de inconstitucionalidade é efetivamente rejeitada.

Nesse caso específico há uma advertência por parte do Tribunal Federal Constitucional para que se disponha a alterar, substituir ou complementar a legislação sob pena de em momento posterior o tribunal vir a decidir de forma contrária. Observe-se que quanto ao *Appellentscheidung* não há qualquer efeito estritamente jurídico a ser extraído da decisão.

A atuação da Corte Constitucional se dá como se de aconselhamento se tratasse, o que nos permite a enquadrá-la como um caso em que a mora legislativa é antecipadamente anunciada. Assim como no caso da declaração de norma ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade (*noch verfassungsmässige Rechtslage*) pode ocorrer observação da alteração das situações

fáticas que não poderia ser prevista pelo legislador. A justificativa para a iminente e provável inconstitucionalidade repousa na evolução histórica das relações ou do estado de coisas, trata-se de uma alteração na realidade empírica que é evocada como capaz de justificar a necessidade de alteração do sistema de ordenamento jurídico. O juiz funcionaria como um observador autorizado dessa realidade concreta, capaz de anunciá-la ao poder legislativo incumbido da conformação legislativa.

Oportunamente, vale lembrar que a inconstitucionalidade por omissão parcialmente detectada também poderá ser utilizada para casos semelhantes. Podemos observar, como um tema passível de ser solucionado a partir de vários recursos processuais a realização do princípio da igualdade. Ocorre que no tocante aos casos em que a desigualdade inconstitucional significa um avanço institucional para determinado segmento que foi beneficiado há a possibilidade de se entender que a declaração de nulidade poderia conduzir a um estado mais grave de inconstitucionalidade.

Na verdade, há uma grande dificuldade na distinção dos institutos e da caracterização da aplicação de uma modalidade determinada em detrimento de outra ou outras para a solução dos casos em que não há uma clara inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos dispositivos.

Nesse sentido, afirma Clèmerson Merlin Clève “Na República Federal Alemã, entre anular (ou declarar não conforme a Constituição isto que é nulo) o que positivamente e parcialmente disposto, ou estender a incidência da norma a casos não expressamente previstos, prefere-se uma terceira e mais complexa solução: declarar a não conformidade da disposição com a Constituição, definindo-se prazo (ainda que indiretamente determinado) – uma *Appellentscheidung* – para que o parlamento atue, no mais pleno e correto exercício de sua liberdade de conformação, no sentido de eliminar a disparidade de tratamento declarada pela Corte como subsistente, com reserva de removê-la

diretamente em caso de persistente omissão. Considera-se, de fato, inadmissível uma interpretação que implique a criação de uma nova prescrição legislativa”<sup>16</sup>.

Ocorre que, não é tão clara a preferência por um ou outro expediente também na Alemanha, como também não são claros os limites ou efeitos do “apelo ao legislador”.

Observe-se que o *Appellentscheidung* não encontra disposição em direito positivo de seus efeitos. Apesar de a prática do Tribunal considerar que da parte dispositiva da decisão deva constar apenas a declaração de constitucionalidade da lei, conforme assevera Gilmar Mendes<sup>17</sup>, recentemente, passou o Tribunal a declarar, na parte dispositiva, a constitucionalidade da lei “consoante os fundamentos da decisão”. Segundo o autor essa referência na parte dispositiva da sentença aos fundamentos deveria cumprir o papel de advertência para que num futuro próximo a decisão pudesse ser revertida com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade.

De acordo, ainda com Gilmar Mendes, em trabalho no qual defende o projeto de Lei n 2960 de 1997 - que se converteu posteriormente na Lei 9868/99 defende a instituição insculpida no art.27 da Lei da possibilidade de que o STF a partir de maioria diferenciada decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para os caso em que a segurança jurídica e o interesse social apontem para incompatibilidade da declaração de nulidade com a “vontade constitucional” - esta possibilidade de flexibilização da técnicas estaria de acordo com o encaminhamento experimentado pela evolução das Cortes Constitucionais e funcionaria como solução para os casos em que havia a limitação

---

<sup>16</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.335.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Cosntitucional Federal Alemã*. In: Revista de Direito Administrativo. n.188. abr./jun. Rio de Janeiro, 1992, p.36-63, aqui, P.58

dos mecanismos e a inadequação da declaração de nulidade. Este seria o caso quando se trata de ofensa ao princípio da isonomia<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, a.4, n.41, mai. 2000. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=130>>. Acesso em: 10jan.2006.

## 5. ENTRE O ARBITRÁRIO E O FORMALISMO: A BUSCA DO EQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Se partirmos do posicionamento de Otto Bachof, em sua célebre monografia “Normas constitucionais inconstitucionais?”, temos que a faculdade de controle da validade das normas seria uma exigência do próprio status de juridicidade. Para defender tal posicionamento, vale-se da docência de Kelsen para quem os atos inconstitucionais que não estejam passíveis de controle não teriam completa obrigatoriedade jurídica, não passando de meros desejos sem poder de vincular. Bachof, aliás, vai além da possibilidade vislumbrada por Kelsen quando identifica a possibilidade de controle com base num direito “supralegal”<sup>19</sup>. Também em relação a esta dada ordem jurídica assente em valores transcendentais seria imposta a partir da possibilidade de uma faculdade judicial de controle.

Observe-se que em relação à segurança jurídica Bachof aduz ainda que a despeito da faculdade de controle ensejar alguns perigos, esses seriam menores que os ensejados pelos abusos verificados por parte do legislativo<sup>20</sup>.

Não é de se admirar que no momento do segundo pós-guerra, Otto Bachof tenha se posicionado dessa forma. Devemos considerar que sua monografia, datada de 1951, está sob os

---

<sup>19</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra, Almedina, 1994, p. 40-48, refere-se a um direito supralegal, pré-estatal, dotado de objetividade que se chocaria com uma autonomia ilimitada do poder constituinte originário. A posituação deste direito teria caráter declaratório e não constitutivo, relatando que a própria Comissão para questões fundamentais que precedeu a redação da Lei Fundamental de Bonn resolveu expressamente acolher os “direitos pré-constitucionais”

<sup>20</sup> *Idem*, p. 78-80.

influxos do movimento de revalorização da filosofia dos valores e do direito natural em contraposição aos excessos proporcionados por certa leitura talvez distorcida do normativismo positivista de Kelsen. No entanto, hoje já é possível verificar-se uma reação em sentido diametralmente oposto por parte da doutrina alemã quanto aos poderes reservados ao controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a despeito do consolidado prestígio político de que goza o Tribunal Constitucional Federal, posiciona-se

Neste sentido, Ingeborg Maus acentua o caráter criador da interpretação constitucional enquadrando-o como uma regressão a valores pré-democráticos de integração social, a partir dos quais a Justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador seria o próprio monarca substituído<sup>21</sup>.

Segundo a autora, a integração social dar-se-ia através de mecanismos sublimadores, seriam as fórmulas da unidade do direito e da unidade da constituição que conduziriam a um suposto produto da sistemática jurídica de valores diverso da mera soma de normas isoladas. Estes e outros exemplos permitem que se fale de uma teologia constitucional no lugar de interpretação constitucional. A função controladora da Justiça em sua feição atual seria correspondente à infantilização da sociedade, que incapaz de exercer responsabilmente o poder presente nas decisões políticas recorreria à delegação cega de atribuições aos juízes. Deste modo, a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social caberia ao juiz que a exerceria de forma paternal ou como um sacerdote-mor de um novo tipo de direito divino cuja cognição seria acessível apenas em forma de revelação pela decisão judicial<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000, p. 187.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 196 e *passim*.

Nesse mesmo sentido crítico, denuncia Norbert Géis<sup>23</sup> a possibilidade de abuso de poder por parte do *BundesVerfassungsgericht*.

O autor, em obra comemorativa dos cinquenta anos do Estado Democrático de Direito, Comenta e reconhece o poder do Tribunal Constitucional, acima de quem paira apenas o céu azul e pontua a falta de responsabilização do Tribunal, a falta de uma instância de controle e o poderio inquestionável nos últimos 50 anos que no entanto estaria sendo questionada nos últimos tempos pelos próprios cidadãos. Fazendo com que o autor tema a existência de uma revolução por cima. O poder seria oponível tanto ao parlamento quanto ao governo, podendo ainda influenciar um processo civil entre os partidos ou administrativo e ainda um processo trabalhista, sendo a única forma de pressão contra o tribunal a pressão moral.

O Tribunal provocaria efeitos não apenas em relação às sentenças prolatadas, mas também pela sua própria existência. Nesse sentido, menciona um grande temor por parte dos parlamentares em relação ao Tribunal.

Essa relação do Tribunal que o permite sobrepor-se ao Parlamento inclusive aos processos legislativos funciona igualmente para o governo, o que permite que Geis chegue a mencionar no final de seu artigo o risco de se ter uma revolução efetivada “por cima” na Alemanha.

Ao mesmo tempo que é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com suas obrigações constitucionais, econômicas e sociais e culturais,

---

<sup>23</sup> GEIS, Norbert. *Autorität und Macht des Verfassungsgerichtes: Kritik am Verfassungsgericht, insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidungen zum Ehrenschatz und zur Abtreibungsfrage*. In *Fünfzig Jahre freiheitlichdemokratischer Rechtsstaat: Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat*. Bernd Rill (HRSG) Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.p.137-150.

Conforme acentua Andreas Krell, o STF não goza do mesmo prestígio no jogo da separação de poderes quando comparado ao Tribunal Alemão.

Por conta dessa diferença, considera que algumas técnicas não encontrariam a mesma repercussão caso utilizadas para o caso brasileiro. No entanto, reconhece que algumas vezes também na Alemanha as orientações do Tribunal podem encontrar resistência, o que atenua o que foi dito a respeito do risco de uma revolução encampada pelo *Bundesverfassungsgericht*, Vejamos:

(...) uma aplicação do modelo da “decisão de apelo” (Appellentscheidung) da Corte Constitucional Alemã provavelmente não lograria causar os mesmos efeitos no Brasil, em virtude das relações políticas e sócio-culturais bastante diferentes dos órgãos constitucionais supremos entre si. O cumprimento de um mandamento apelativo pressupõe um clima de respeito mútuo e autoridade do Supremo Tribunal em relação ao Governo e o Congresso Nacional, o que nem sempre tem existido na realidade brasileira dos últimos anos.

Na própria Alemanha, apesar de o legislador ter, na maioria dos casos, respeitado as decisões da Corte e deduzido delas as conseqüências necessárias, ele nem sempre tem assumido totalmente as instruções judiciais. Como exemplo, serve o caso do financiamento dos partidos políticos, onde a Corte obrigou o legislador várias vezes a “melhorar” suas medidas. Em geral, encontramos no Brasil uma resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões

do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à conveniência e oportunidade<sup>24</sup>.

Este posicionamento, sem dúvida encontra-se em consonância com o que considera Gilmar Mendes ao apontar para a necessidade de um maior ativismo judicial por parte do STF.

No entanto, podemos encontrar na doutrina pátria o mesmo sentimento de receio em relação à expansão dos poderes da jurisdição constitucional que se fazem notar em autores alemães.

Nesse sentido, discute-se a inconstitucionalidade do próprio art.27 da Lei 9868/99, bem como a vagueza dos conceitos de segurança jurídica e interesse social como requisitos ensejadores da determinação de efeitos diferenciados no controle de constitucionalidade<sup>25</sup>.

Ainda outras posições intermediárias são encontradas na doutrina pátria. Vale a pena transcrever a opinião de Juarez Freitas que, apesar de reconhecer a utilidade do advento da Lei 9868/99, considera inapropriada a importação da figura do *Appellentscheidung*:

Ao salientar tal dimensão hierarquizadora, conscientemente adoto a postura constitucionalista em lugar da legalista estrita, isto é, a ponderação revela-se, sem a menor dúvida, mais significativa do que a subsunção para o intérprete constitucional (vide as valiosas lições de Eros Roberto Grau in *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 4a ed., São Paulo, Malheiros

---

<sup>24</sup>KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre, Fabris. 2002, p.87.

<sup>25</sup> Ver, CATTONI, Marcelo. Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade. In, *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. CATTONI, Marcelo (Org), Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p.463-467.

Editores, 1998). Nesta linha, não surpreende, por exemplo, que, na ação direta de inconstitucionalidade, ocasionalmente a liminar possa ter efeitos *ex tunc* e, por igual, nada surpreende que a declaração definitiva da inconstitucionalidade nem sempre deva operar efeitos *ex tunc* (medite-se, neste diapasão, sobre o alcance do art. 282 da Constituição portuguesa e, mais recentemente, a propósito do art. 27 da nossa Lei 9.868/99). Evidente que se espera moderação e parcimônia na exegese destes dispositivos, mas, sem dúvida, desde que interpretados nas proporções devidas, evitam ou permitem evitar o mal maior da não-declaração de inconstitucionalidade pelo temor no que concerne a efeitos nocivos que uma eventual declaração irrestrita, imponderada e irrefletida poderia ensejar em termos de segurança das relações jurídicas e mesmo de justiça material. O dar vida reclama a superação de aparentes paradoxos. Nisso, como em tudo, observa-se a necessidade do preconizado justo equilíbrio entre formalismo e pragmatismo. Menciono, no entanto, e de passagem, que justamente em função do apreço a tal equilíbrio não parece recomendável, por ora, que façamos a importação da figura do "apelo ao legislador" ("appellentscheidung"), dado que conducente a excessos que produziriam, entre nós, o agravamento da insegurança jurídica e do quadro de frenética imprevisibilidade.<sup>26</sup>

Como se vê, hodiernamente, apesar institucionalização da jurisdição constitucional, muito ainda se discute a respeito da adequação ou do sentido da abrangência de suas competências. Estas discussões representam o outro lado da questão a respeito

---

<sup>26</sup> FREITAS, Juarez. O interprete e o poder de dar vida à Constituição: Preceitos de exegese constitucional. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição 2 de 2000, ano XVIII.

dos métodos a serem adotados na interpretação constitucional. Na medida em que esta discussão a respeito da adoção de métodos permanece aberta, longe de chegar perto de um consenso, torna-se imperativo o exercício crítico, para além daquilo que é expressado como método pelos tribunais. Este seria o primeiro passo a ser dado em direção à “consolidação da interpretação constitucional”<sup>27</sup>.

Segue servindo-nos de advertência a respeito da relevância da jurisdição constitucional no estabelecimento dos contornos do Direito Constitucional a afirmação Afirma Bidart Campos que, apesar do direito judicial não ser a única via de aquisição ou perda de vigência da constituição, seu peso é de relevante na dinâmica constitucional, a ponto de ser de fácil compreensão o modo como “*el derecho constitucional vive y respira em gran parte merced a la actividad judicial em su materia propria.*”<sup>28</sup>

Cabe-nos, diante da amplitude do poder reservado a função judicial observar a necessidade de uma atitude ponderada do Poder Judicial em relação ao controle de constitucionalidade.

Segundo as palavras de Santiago Nino, preocupado com as atitudes extremas que o Poder Judicial pode ensejar em sede de controle de constitucionalidade, “Allí debe evitarse la oscilación entre uma actitud de deferencia hacia el poder político, aun autoritário, y um elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a substituir al proceso político democrático em la determinación de soluciones sustantivas.”<sup>29</sup>

Ainda que historicamente se explique a transformação do poder judicial, a controvérsia a respeito de sua justificação

---

<sup>27</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. Aufl. Frankfurt : Suhrkamp, 1992, p. 53-54.

<sup>28</sup> Bidart Campos, German J.. *Filosofia Del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1969, p.114.

<sup>29</sup> p.712

permanece acesa. Acompanhada da dúvida persistente a respeito de não se poder falar em legitimidade do controle de constitucionalidade a não ser através do “mito da Constituição”<sup>30</sup>.

Tanto em virtude da natureza das normas constitucionais, como pelo fato de que o resultado de sua interpretação irá repercutir na realidade social, política e econômica, o que pressupõe uma avaliação de suas conseqüências, temos que o intérprete deve mover-se constantemente entre norma e contexto social.

O delineamento destes fatores revela que além da preocupação política decorrente dos temas apresentados à jurisdição constitucional, é imperiosa a adoção de uma Teoria da Constituição adequada, que forneça premissas à interpretação, mormente em virtude de seu caráter reflexivo na medida em que tematiza a si própria.

Aduz, ainda, Böckenförde<sup>31</sup> competir à Teoria da Constituição orientar normativamente e de forma vinculante a interpretação constitucional, dada a conexão recíproca entre o método de que se utiliza o intérprete e a teoria ou conceito de Constituição que lhe serve de fundamento. Exprime igualmente este raciocínio a afirmação acerca da interdependência entre interpretação constitucional e *fórmula política*<sup>32</sup>.

Uma tal teoria da Constituição deve se espelhar nas opções fundamentais da própria constituição. Uma vez que as bases para a construção de um método de interpretação estejam plasmadas na

---

<sup>30</sup> WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid : Civitas, 1991 , p. 26.

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional. In: ---. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlag, 1993, p. 37.

<sup>32</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*, v. II. 3. ed. Madri : Tecnos, 1986, p. 531-532.

própria Constituição, surgirá como decorrência da normatividade a natureza vinculante deste método.

A falta de uma orientação semelhante leva, inevitavelmente, a um arbítrio na configuração interpretativa ou até mesmo ao distanciamento entre norma e realidade<sup>33</sup>, ensejador de um “hiato normativo”<sup>34</sup> que atormenta desde há muito as reflexões dos constitucionalistas<sup>35</sup>.

A perseguição de um projeto capaz de atender as necessidades de controle da determinação do significado dos preceitos constitucionais converte-se em problema mais agudo em face do conteúdo político do texto, da freqüente estruturação através de princípios do texto.

Trata-se de um projeto comum a muitas formulações que, no entanto, divergem de forma crassa no tocante aos meios através dos quais deveria ser obtido o almejado controle<sup>36</sup>.

A discussão é de importância central para a teoria da Constituição e do Direito. Interessante observar, entre nós, os argumentos a respeito das relações entre Direito e Política ou Entre Direito e outros domínios relevantes para um caso específico têm emergido numa espécie de reflexão doutrinária que leva a contraposição entre princípios e regras. Observa-se certa disputa pela preponderância ora de uma espécie normativa ora de

---

<sup>33</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional. In: ---. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlag, 1993, p. 38-39.

<sup>34</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*, v. I. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 18.

<sup>35</sup> Recorde-se a posição sociológica de Lassale, para quem a Constituição escrita “folha de papel” apenas guardaria eficácia a partir da correspondência com os “fatores reais de poder”, ... “*si este divorcio existe, la Constitución escrita está perdida, y no hay Dios ni hay grito capaz de salvarla*” (LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* Bogotá : Temis, 1992, p. 76).

<sup>36</sup> STERN, Klaus. *Derecho des estado de la República Federal Alemana*, v. I. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 290.

outra a depender justamente do posicionamento ideológico que valorizaria uma atitude formalista ou a inversa atitude principiológica. Vale conferir a respeito as considerações de Humberto Ávila<sup>37</sup>, por exemplo, a respeito dos riscos apresentados pelo movimento do neoconstitucionalismo, vertente que se alinha à defesa da abertura principiológica. Segundo preconiza o autor, não haveria suporte no ordenamento jurídico brasileiro para uma preferência ao julgamento orientado por princípios, que seria em tese mais sensível à realização da justiça *in casu* por intermédio da ponderação substituta da supostamente obsoleta subsunção. Ocorreria que a Constituição seria basicamente composta de regras, além do que seriam os próprios princípios da separação de poderes, como da legalidade malferidos em virtude de uma contra-normativa e distorcida visão da ponderação como ápice de uma espécie de evolução redentora da metodologia de interpretação constitucional

Sem que possamos no presente trabalho aprofundar a discussão, finalizamos por sugerir como ilustração para uma postura judicial equilibrada a do Juiz Iolau, sugerida por Marcelo Neves<sup>38</sup>, que entende que o juiz não possa “afogar-se” no mundo dos princípios, decidindo *ad hoc* ao sabor de preferências particularistas, tampouco isolar-se na atuação técnica de regras. A fim de evitar o efeito surpresa das deliberações e o aumento da insegurança jurídica Iolau recorre cuidadosamente à técnica ponderativa – e aqui talvez possamos recomendar o mesmo

---

<sup>37</sup> ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIENCIA”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em : 10.08.2011.

<sup>38</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

cuidado para qualquer técnica que reforce o ativismo judicial – orientando-se para um modelo de sopesamento definitivo, ou seja, que não faça com que o mundo deliberativo jurídico inicie do ponto nulo a cada novo caso.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002.

ÁVILA, Humberto. NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIENCIA”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet:<<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em : 10.08.2011.

BIDART CAMPOS, German J.. *Filosofía Del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1969

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Los métodos de la interpretación constitucional*. In: ---. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlag, 1993

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. Aufl. Frankfurt : Suhrkamp, 1992

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitizaçãoda legitimidade*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2003

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade*. In, *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. CATTONI, Marcelo (Org), Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p.463-467

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*, v. I. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

FREITAS, Juarez. *O interprete e o poder de dar vida à Constituição: Preceitos de exegese constitucional*. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição 2 de 2000, ano XVIII

GEIS, Norbert. *Autorität und Macht des Verfassungsgerichtes: Kritik am Verfassungsgericht, insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidungen zum Ehrenschatz und zur abtreibungsfrage*. In *Fünfzig Jahre freiheitlichdemokratischer Rechtsstaat: Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat*. Bernd Rill (HRSG) Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.p.137-150

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre, Fabris. 2002

LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* Bogotá : Temis, 1992

MENDES, Gilmar Ferreira. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n.41, mai. 2000. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=130>>. Acesso em: 10jan.2006

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Cosntitucional Federal Alemã*. In: Revista de Direito Administrativo. n.188. abr./jun. Rio de Janeiro, 1992, p.36-63

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993

SIMON, Helmut. *La jurisdicción constitucional*. in Manual de Derecho Constitucional. Brenda, Ernst; Mihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen; Hesse, Konrad. Heyde, Wolfgang (Hrsg.). Marcial Pons, Madrid, 1996

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985

STERN, Klaus. *Derecho des estado de la Republica Federal Alemana*, v. I. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 290.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madri : Editorial Reus, 1985

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1993

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid : Civitas, 1991 , p. 26

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo : Acadêmica, 1989