

QUARTA PARTE

*Direito Constitucional Processual
e Garantias Processuais Constitucionais*

§ 31.

Controle concreto da constitucionalidade de normas (Art. 100 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 100 (Controle de constitucionalidade de normas)

(1) ¹ Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta Grundgesetz. ² Isso vale também se se tratar da violação desta Grundgesetz pelo direito estadual, ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) ...

(3) ...

119. BVERFG 1, 184

(NORMENKONTROLLE I)

Controle concreto

20/03/1952

MATÉRIA:

Trata-se do primeiro caso (sucintamente descrito abaixo sob “II.”) sobre os pressupostos processuais do **controle concreto de normas** (*Normenkontrolle I*). O TCF não admitiu o controle de um decreto administrativo e interpretou o Art. 100 I GG no sentido de que *mera dúvida*³⁵³ sobre a inconstitucionalidade de norma aplicanda não é suficiente para suscitar o controle concreto.

³⁵³ Cf. Cap. Introdução, II. 3. c).

1. Somente leis em sentido formal estão sujeitas ao controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional Federal segundo o Art. 100 I GG, incluindo leis promulgadas em regime de urgência legislativa, nos termos do Art. 81 GG.
2. A submissão à decisão do Tribunal Constitucional Federal, prevista no Art. 100 I GG, somente é admissível se o tribunal apresentante estiver convicto de que a lei é inconstitucional. Meras dúvidas não são suficientes.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 20 de março de 1952

- 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28/51 -

no processo de exame de constitucionalidade: 1. do Decreto Policial do Ministério do Interior de *Nordrhein-Westfalen* (...).

Dispositivo da decisão

Os pedidos [de Controle concreto normativo] não são admitidos.

RAZÕES

I.

(...)

II.

1. O Tribunal Estadual de *Bielefeld* suspendeu, em decisão de 27 de setembro de 1951 (7 Qs 248/51), a ação penal proposta em face do pedreiro *Hans Heinrich L.* de *M.*, nos termos do Art. 100 I GG, e requereu a decisão do Tribunal Constitucional Federal. O tribunal expressou a dúvida sobre a inconstitucionalidade do Decreto Policial de 28 de abril de 1951 em face dos Art. 4, 5, 8, 9, 17 e 19 GG. Ele interpretou o Art. 100 I GG de tal sorte que já dúvidas em relação à constitucionalidade justificam a busca da decisão do Tribunal Constitucional Federal.
2. – 3. (...).

III. – V. (...)

VI.

Em face do texto inexato da lei e do fato de que, nem a gênese do Art. 100 GG, nem o desenvolvimento histórico do direito de controle judicial, fornecem pontos seguros de apoio para a interpretação da expressão “lei” no Art. 100 GG, uma decisão

sobre se os tribunais podem negar incidentalmente a conformidade de decretos administrativos com a *Grundgesetz*, ou se em tais casos deve ser obtida, segundo Art. 100 GG, uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, só pode ser derivada a partir do significado de todo o controle normativo lastreado na *Grundgesetz* e das tarefas neste contexto outorgadas ao Tribunal Constitucional Federal.

1. No caso do controle de constitucionalidade segundo o Art. 93 I, nº 2 GG, a competência do Tribunal Constitucional Federal como guardião da Constituição encontra-se certamente em primeiro plano (...).

(...).

Se estiver em questão, portanto, a validade de qualquer decreto em razão de alegada inconstitucionalidade, então todos os órgãos superiores do Executivo têm – e, de fato, independentemente dos demais – a possibilidade de chamar o Tribunal Constitucional Federal, enquanto guardião da Constituição. (...).

2. No entanto, no caso do controle de constitucionalidade segundo o Art. 100 GG, a tarefa do Tribunal Constitucional Federal, de ser o guardião da Constituição, fica em segundo plano.

O Art. 100 GG não quer, já segundo seu texto, excluir os tribunais do exame e decisão sobre todas as questões constitucionais em um litígio singular e, nesse caso, fundamentar a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal. Pelo contrário, os tribunais podem e devem examinar a compatibilidade das prescrições normativas enfrentadas em seu julgamento com a *Grundgesetz*, bem como a compatibilidade de prescrições estaduais com o direito federal. Eles podem afirmar a compatibilidade dentro de sua própria competência. Se a *Grundgesetz* fosse violada por tal decisão positiva, porque, em uma interpretação correta, a norma jurídica aplicada seria inconstitucional e, assim, nula, então o Tribunal Constitucional Federal poderia agir, enquanto guardião da Constituição, apenas por ocasião do controle de constitucionalidade segundo o Art. 93 I, nº 2 GG, ou – no caso de violação de direitos fundamentais – em razão de uma Reclamação Constitucional. Do Art. 100 GG, porém, não é possível derivar uma tal competência do Tribunal Constitucional Federal para proteção da Constituição.

Por outro lado, segundo a idéia básica do Art. 100 GG, é tarefa do Tribunal Federal Constitucional impedir que qualquer tribunal desconsidere a vontade do

legislador federal e estadual ao não aplicar as leis por eles estabelecidas, porque elas, na concepção do respectivo tribunal, ofendem a *Grundgesetz* ou a hierarquia federativa entre o direito federal e o direito estadual. O direito [competência] de exame judicial geral é, por isso, limitado a uma afirmação incidental da constitucionalidade. Em caso de negação, os tribunais têm somente um direito [competência] de exame preliminar. Desta forma, exclui-se a possibilidade de prejuízo ao Poder Legislativo.

Justamente a ameaça ao Poder Legislativo pela ampliação do direito de exame judicial foi uma das principais objeções contra a competência de exame judicial geral [contra o controle judicial difuso] (...).

Tais objeções não podem ser, porém, levantadas contra a competência de exame judicial geral [controle difuso] de decretos [leis em sentido material, de autoria do Executivo]. Sempre foi, como já mencionado, incontroverso que os tribunais podiam examinar, num litígio concreto, decretos em face de sua compatibilidade com a Constituição, desde que essa possibilidade não fosse [legal e] expressamente excluída. Somente depois que o direito de exame judicial se impôs também em face de leis (RGZ 111, 320), surgiu o problema de como poderia ser enfrentado o perigo, desta feita provocado, de que cada tribunal deixasse de lado atos do poder legislativo. Somente com fundamento nessa competência para o exame judicial geral de *leis* levantou-se a questão de uma concentração num tribunal especial estatal ou constitucional.

Não obstante, a competência de exame de cada tribunal também está, na medida em que pode levar à negação da validade de uma norma jurídica, ligada ao risco da incerteza e da dispersão jurídica. Esta poderia ser uma razão para que o exame [vinculante, controle vinculante] também de decretos devesse ser feito por um único tribunal (...).

Todavia, segundo a *Grundgesetz*, não existe, no caso da revisão de decretos por qualquer tribunal, risco de insegurança ou dispersão jurídica, pois o controle normativo previsto no Art. 93 I, n° 2 GG oferece, como apresentado acima, bastantes possibilidades para, no caso de todos os decretos de maior significado, provocar tempestivamente uma decisão com eficácia *erga omnes* do Tribunal Constitucional Federal.

Diferentemente, entretanto, ocorre com as leis. Aqui, de fato, como mostram as tendências do passado dirigidas a um monopólio do exame, surgem, no caso de uma competência de exame geral pelos tribunais, riscos específicos de insegurança e dispersão jurídicas. Isso porque falta aos órgãos legislativos dos Estados-membros, cujas leis foram tratadas por alguns tribunais como contrárias a direito fundamental ou ao direito federal, competência para requerer ao Tribunal Constitucional Federal o controle de

constitucionalidade previsto pelo Art. 93 I, nº 2 GG [controle abstrato de normas]. Justamente a regulamentação da legitimidade ativa para a propositura desse controle normativo, que até contempla os governos estaduais, mas não as assembléias legislativas estaduais, demonstra com toda clareza que a concentração do controle de constitucionalidade, também sob a perspectiva de que deve impedir a insegurança e dispersão jurídicas, é necessária apenas no caso de leis, mas não de decretos.

Mesmo que assim, nem a posição do Tribunal Constitucional Federal, como guardião da Constituição, nem a regulamentação geral do controle normativo falem a favor da inclusão dos decretos no Art. 100 GG, a conformação do controle normativo no Art. 100 GG, por outro lado, depõe contra essa tese. Se esse dispositivo fosse estendido aos decretos, então todo tribunal deveria requerer uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, não somente quando considerasse um decreto da União ou de Estado-membro nulo por causa da violação da *Grundgesetz*, mas também sempre que um decreto estadual fosse incompatível com uma lei federal (...).

3. Em face das demais competências abrangentes do Tribunal Constitucional Federal, a interpretação aqui desenvolvida corresponde também ao mandamento de limitar a atuação do Tribunal Constitucional Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, às [realização de] tarefas mais importantes. (...).

VII.

(...)

120. BVERFGE 2, 124

(NORMENKONTROLLE II)

Controle concreto

24/02/53

MATÉRIA:

Trata-se da segunda decisão fundamental sobre a admissibilidade (pressupostos e condições processuais) do **controle concreto de normas** (*Normenkontrolle II*). Como no primeiro, o TCF não admitiu a Apresentação Judicial. Desta vez, foi apresentada uma norma pré-constitucional. O TCF fundamentou sua decisão de não admissão com o fundamento no princípio *lex posteriori derogat lex anteriori*.

Não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal previsto no Art. 100 I 1 GG as leis que foram publicadas antes da entrada em vigor da *Grundgesetz*, em 24 de maio de 1949.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado em 24 de fevereiro de 1953

– 1 BvL 21/51 –

(...)

Dispositivo

O pedido não é admitido.

RAZÕES

I. – IV.

V.

1. (...).
- (...).

Esses princípios levam (...) necessariamente à conclusão de que cada tribunal tem que examinar e decidir autonomamente a questão jurídica de se as leis promulgadas antes da entrada em vigor da *Grundgesetz* são ou não são compatíveis com a *Grundgesetz*.

a) A decisão sobre a compatibilidade do direito anterior à Constituição com a *Grundgesetz* deixa intacta a autoridade do Poder Legislativo. Quando um tribunal considerar “inconstitucional” direito anterior à Constituição por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, deixando por isso de aplicá-lo, não está ignorando a vontade original do legislador, pois a avaliação de uma lei quanto à sua compatibilidade com uma Constituição promulgada *posteriormente* pressupõe justamente a eficácia jurídica original da norma a ser examinada. Somente então, quando o ato legiferante do legislador anterior for considerado eficaz, pode-se levantar afinal a questão da compatibilidade com a *Grundgesetz* posteriormente promulgada. Se a compatibilidade for negada, não é a autoridade do legislador anterior que está sendo diminuída, mas verifica-se objetivamente que a vontade do legislador posterior prevalece sobre a vontade dissonante do legislador anterior. (...).

b) – c) (...).

2. – 4. (...).

VI. (...)

(...)