VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL

A532
Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-262-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br
Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34

VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

A QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – RICHTERKLAGE – NA PRÁXIS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E O SISTEMA DE CONTROLE BRASILEIRO

THE QUESTION OF INCONSTITUTIONALITY - RICHTERKLAGE - IN THE PRAXIS OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AND THE BRAZILIAN CONTROL SYSTEM

Emerson Ademir Borges de Oliveira [1]

Resumo

O presente trabalho tem por escopo uma detida análise acerca do controle concreto de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da suscitação de uma questão de inconstitucionalidade por tribunal inferior, suspendendo-se o processo até que o TCF venha a analisar a questão. O instituto, conhecido por Richterklage, enaltece o controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha, mesmo quando decorrente de um caso concreto, vedando-se que outros tribunais e juízes venham a declarar incidentalmente a lei ou ato normativo inconstitucionais. Ao contrário do sistema difuso, o formato impede a existência de decisões divergentes no âmbito dos Estados e ao largo do Poder Judiciário como um todo. O estudo propõe, ainda que introdutoriamente, um repensar acerca do modelo misto brasileiro, o qual pode proporcionar uma série de decisões divergentes até que a questão venha a ser apaziguada pelo STF, gerando uma inevitável celeuma e desgaste jurídico.

Palavras-chave: Questão de inconstitucionalidade, Richterklage, Tribunal constitucional federal

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is a detailed analysis about the concrete control of constitutionality carried out by the German Federal Constitutional Court, starting from the raising of an unconstitutionality issue by a lower court, suspending the process until the TCF comes to analyze the issue. The institute, known as Richterklage, praises the concentrated control of constitutionality in Germany, even when arising from a specific case, preventing other courts and judges from incidentally declaring the law or normative act unconstitutional. Unlike the diffuse system, the format prevents the existence of divergent decisions within states and across the Judiciary as a whole. The study proposes, albeit introductory, a rethink about the mixed Brazilian model, which can provide a series of divergent decisions until the issue is appeased by the STF, generating an inevitable legal upheaval and wear.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Question of unconstitutionality, Richterklage, Federal constitutional court

[1] Estágio Pós-Doutoral pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela Universidade de São Paulo. Professor Titular da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

INTRODUÇÃO

O sistema europeu de controle de constitucionalidade traz a marca intangível da preferência por modelos concentrados de análise de compatibilidade entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Decorrência lógica da doutrina kelseniana quanto à Lei Fundamental de Bonn e a criação do Tribunal Constitucional Federal, contudo, o controle de constitucionalidade alemão guarda antecedentes desde 1921.

Não obstante, foi com a Lei Fundamental que o sistema solidificou-se, já sob o Estado pós-Guerra. E, justamente, sob a órbita concentrada, elegeu-se o Tribunal Constitucional Federal como o único guardião da Constituição, permitindo-lhe nuances também originariamente difusas, embora abstrativizadas quanto atingissem a Corte.

Uma dessas nuances é a questão de inconstitucionalidade (*Richterklage*), ocasião em que, ao se deparar com uma discussão com possível violação constitucional, o juiz ou Tribunal tem o poder-dever de suscitar o incidente, suspendendo-se o processo originário e enviando a questão para o TCF, retomando o julgamento após a decisão da Corte Constitucional, sistemática muito próxima da cláusula de reserva de plenário brasileira.

A formatação demonstra a monopolização da interpretação constitucional diante do *Bundesverfassungsgericht*, evitando-se decisões díspares e valorizando a concentração do sistema. Não se trata de uma sobreposição ao modelo estadunidense em termos de importância, já que neste, embora o sistema seja difuso, reage-se com a doutrina do *stare decisis*, tendo-se pelos precedentes a vinculação das decisões da Suprema Corte.

A discussão da questão serve como uma tentativa de inspiração ao confuso modelo brasileiro, que viu bem por não apenas importar ambos, mas o fez de maneira desacertada. Primeiramente, equivocou-se com a inserção do sistema difuso de controle sem a presença do *stare decisis*, em razão da raiz de *civil law*. Para corrigir a falha, posteriormente, incluiu o modelo concentrado, mas sem abandonar o difuso. Fatalmente, como será visto, teve de lidar com tentativas de instrumentalizar correções, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade e as mais recentes abstrativizações do controle difuso, com a súmula vinculante e a repercussão geral do recurso extraordinário – ou até mesmo movimentações do próprio STF antes mesmo da criação dos referidos institutos, a exemplo do Recurso Extraordinário 197.917.

É mais do que tempo de repensar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em um país de raiz na lei civil, o modelo concentrado mostra-se naturalmente mais adequado, mas, certamente, obstaculizado em grande parte pelas amplas competências do Supremo Tribunal Federal e pela forma como fora tratado nas Constituições brasileiras. Ao mesmo tempo, não se ignora que as demandas podem surgir a partir de casos concretos, mas é neste momento que devem

ser carreadas ao controle concentrado, pacificando o quanto antes a interpretação constitucional e conferindo maior força normativa à Constituição.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Por influência da sistemática monárquica imperial, o controle de constitucionalidade não era um instituto a merecer consideração durante o século XIX na Alemanha, compreendendo os juízes como auxiliares do monarca, razão pela qual a questão fora ignorada sensivelmente na Constituição de Bismarck, de 1871, especialmente quanto às competências do Tribunal Imperial, de 1879[1] (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p. 35).

Nem mesmo a Constituição de Weimar, em 1919, fez referência expressa ao controle de constitucionalidade, embora o Tribunal do Estado passasse a se valer da revisão jurisdicional das leis federais a partir de 1921, com amparo do artigo 13, II, da Constituição (MORAES, 2000, p. 153). Em 1925, como ressalta Starck (1995, p.155), o Tribunal do Estado (*Leipziger Reichsgericht*) passa a adotar declaradamente a revisão judicial das leis, rompendo com a tradição jurídica alemã, no julgamento da Lei de Reavaliação de Hipotecas e outros Créditos (*Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen*)[2].

Após o III Reich, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, o controle de constitucionalidade passa a receber da Alemanha um papel especial, com previsão expressa ao lado da criação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), instituído em 1951, muito por influência do sistema europeu (kelseniano) de controle concentrado, expurgando-se o papel de revisor da jurisdição ordinária (MENDES, 1999, p. 14)

Nos termos da *Grundgesetz*, o Tribunal Constitucional Federal é inserido como órgão de cúpula do Poder Judiciário alemão (art. 92), cabendo-lhe decidir acerca da interpretação da Constituição e sobre a compatibilidade formal ou material das leis federais e estaduais com a Lei Fundamental (art. 93, 1 e 2). Embora pertença ao Judiciário, na prática, coloca-se em uma posição extremada e sobreposta ao sistema tríplice de Poder.

Consoante ensina Martins (2011, p. xx), "o sistema de controle normativo (de constitucionalidade) alemão adotou o modelo de sistema concentrado típico das ordens constitucionais continental-europeias, ao contrário do que ocorreu com boa parte dos países latino-americanos". Repartido em dois Senados, um possui o papel de apreciar recursos "que importem

[1] Não obstante o artigo 13 da Constituição Imperial estabelecesse a possibilidade de questionar a ofensa da lei estadual à lei federal junto ao Tribunal Imperial.
[2] RGZ 111, 320 (323). Na ocasião do julgamento: "Uma vez que a própria Constituição não contém nenhuma disposição privando os Tribunais de aferir a constitucionalidade das leis do Império, o Tribunal tem o direito e o dever de tomá-las para exame".

em atentado aos direitos fundamentais, ou seja, recursos impetrados por particulares", ao passo que o outro "se especializa em questões de constitucionalidade pertinentes à salvaguarda do sistema federativo" (BONAVIDES, 2008, p. 280).

Sob essa feição, o TCF avançou detidamente sobre o direito alemão. Roman Herzog, ex-Presidente da Corte, chegou a afirmar, em 1993, que "o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da *Grundgesetz* em 1949, por [seus] 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais" (MARTINS, p. 35-36).

Muito disso decorre da sistemática de trabalho da Corte. Conforme ressalta Martins (2011, p. 1-2), o TCF não apenas realiza controle concentrado e vinculante, mesmo que a partir de um caso concreto, mas, ao mesmo tempo, impede que a lei supostamente inconstitucional tenha sua aplicação negada enquanto não for assim declarada pela Corte, o que decorre, em grande parte, de seu papel de "órgão constitucional", ou, ainda, "intérprete autêntico" da Lei Fundamental (BÖCKENFÖRDE, 1999, p. 12) ou "defensor máximo da Constituição" (HILLGRUBER; GOSS, 2004, p. 4).

Por evidente, a elevação de um processo de índole objetiva que oferecesse relevo ao controle abstrato, ou, ao menos, perscrutasse a abstrativização das questões concretas que atingissem a Corte, colocou o TCF em posição central não apenas na seara jurídica, como também política alemã.

A principal atribuição do TCF diz respeito ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), também conhecido como "recurso de amparo", impetrado contra a decisão que atente aos direitos fundamentais, um típico instrumento extraordinário, o qual pode ser proposto por qualquer cidadão ou pessoa jurídica que tenha direito fundamental violado pelo poder público, independente da assistência de advogado. Não obstante, exige-se uma espécie de pré-questionamento, isto é, a matéria deve ter sido veiculada nas vias ordinárias e, mesmo assim, fora mantida a violação (HESSE, 1998, p. 272).

Neste ponto, como já dissemos, não cabe ao TCF realizar análise probatória, mas apenas verificar se a decisão recorrida está de acordo com a proteção dos direitos fundamentais. Ademais, três juízes da Corte promoverão um juízo de admissibilidade (*Annahmeverfahren*) acerca dos pressupostos recursais (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p. 46).

O *BVerfGE* também realiza o controle concentrado de constitucionalidade, a partir da legitimidade do Governo Federal, qualquer Governo Estadual ou pelo menos um terço dos membros do *Bundestag*, considerando norma em vigência e sem análise prévia do Tribunal. Daí se afirmar que o objetivo é expurgar a norma do ordenamento "antes que surja um conflito interindividual e/ou social que a concretize" (MARTINS, 2011, p. 13-14). Neste caso, o TCF avaliará se a norma federal

ou estadual questionada viola formal ou materialmente a Constituição. Diferentemente do formato adotado no Brasil, a ação serve a questionar inclusive leis anteriores à Lei Fundamental de Bonn caso sejam reconhecidas como válidas pela nova ordem jurídica (HESSE, 1998, p. 498). Da mesma forma, poderão ser questionadas as emendas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais não originárias (BACHOF, 1994, p. 13).

Além dessas, cabe à Corte apreciar o conflito entre órgãos federais e entre entes federativos, em razão de suas atribuições e competências, o que, no fundo, ressalta uma questão constitucional. No primeiro caso, é preciso ter em mente a necessidade de que os órgãos federais sigam a Constituição e, em caso de divergência, possam ser submetidos ao controle jurisdicional, a incluir o Presidente da República, o Governo Federal, o Parlamento Federal, o Conselho Federal e, ainda, deputados e partidos políticos diante de condições especiais (MARTINS, 2011, p. 43-44).

Quanto aos conflitos federativos, por sua vez, terá o TCF o poder de decidir acerca das contendas entre União e Estados (*Länder*) quando envolver discussão sobre a execução do direito federal e fiscalização federal (MENDES, 2007, p. 16).

Há, não se ignore, outras competências na Corte quanto à defesa da Constituição, como a denúncia contra o Presidente da República, a proibição de funcionamento de partidos políticos, a supressão de direitos fundamentais e a análise acerca da legitimidade das eleições (MENDES, 2007, p. 16).

Por fim, propositadamente alocado, pode o TCF atuar em controle concreto sobre leis posteriores à 1949, ou até mesmo anteriores que tenham sido incorporadas pelo legislador. Neste caso, "os Tribunais devem suspender os processos pendentes e submeter a questão constitucional à Corte se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto. A Corte Constitucional detém, portanto, aqui o monopólio da censura" (MORAES, 2000, p. 15). É esta a situação alcunhada como "questão de inconstitucionalidade" (*Richterklage*), objeto principal deste estudo e que será melhor trabalhada adiante.

2. A QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ALEMANHA E NO BRASIL

A questão de inconstitucionalidade ressalta uma aproximação do modelo concentrado alemão com o modelo norte-americano, ao permitir que os tribunais remetam ao TCF a apreciação incidental de matéria constitucional – questionada em face da Lei Fundamental - decorrente de um caso concreto. Anota-lhe Häberle (2003, p. 89), tratar-se de uma "questão prejudicial", de iniciativa do juiz e independente de pedido das partes (NUNES JUNIOR, 2008, p. 164). Para Bonavides (2008, p. 280), eis a razão de alguns publicistas alcunharem o sistema de híbrido.

É salutar que se afirme, neste caso, que a Lei Fundamental, em seu artigo 100, proíbe que um tribunal, em um caso concreto, declare a lei inconstitucional, obrigando-o a suspender o processo e enviar a questão para o Tribunal Constitucional Federal, em se tratando de eventual violação à Lei Fundamental. Da mesma forma, deve proceder quando a legislação estadual violar a Lei Fundamental, em caso de incompatibilidade entre lei federal e lei estadual, quando houver dúvidas sobre a internalização federal de um tratado internacional e, ainda, quando, ao interpretar a Lei Fundamental, o Tribunal constitucional estadual divergir de outro ou do próprio TCF.

Como ressalta José Afonso da Silva (2005, p. 50), tal situação, típica do sistema concentrado, permite o controle "por *iniciativa do juiz* (*Richterklage* dos alemães, ou por *elevação da causa*, na indicação de Bidart Campos)". Fix-Zamudio (2002, p. 230) ressalta, ainda, que, análogo ao modelo alemão, permite o direito espanhol a chamada "*cuéstion de inconstitucionalidad*", promovida por juízes e Tribunais perante o Tribunal Constitucional.

Noutras palavras, o artigo 100 cria o "*monopólio decisório para declaração de inconstitucionalidade* por parte do Tribunal Constitucional Federal", em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, vedando que qualquer outro juiz ou tribunal, em sede de controle difuso, declare incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (MORAES, 200, p. 169).

Isso não quer dizer que a eventual violação inconstitucional possa vir a se perpetuar enquanto o TCF não decidir sobre a questão, uma vez que os tribunais e juízes podem suspender o ato questionado ao mesmo tempo em que o envia ao TCF. Não obstante, assim como na nossa cláusula de reserva de plenário, entendendo-se pela constitucionalidade do ato, os juízes e tribunais darão continuidade ao julgamento[3].

É nítida, nesse ponto, a opção do constituinte de Bonn, ao transformar o controle concreto em abstrato. É que, embora o controle possa preceder de um caso concreto, ao chegar ao TCF logo assume status de abstrato. De modo geral, pouca importa a origem da questão, mas a forma com que o Tribunal irá lidar com ela, com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Repise-se: é uma opção clara por um modelo monopolístico de controle de constitucionalidade[4].

Conforme explana Marinoni (2010, p. 82-83):

---

[3] "O processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, designado também por **processo incidental ou acção judicial de inconstitucionalidade** *(Richterklage*), traduz a consagração do direito (e dever) de fiscalização dos juízes (*judicial review*) relativamente a normas a aplicar a um caso concreto" (CANOTILHO, 2007, p. 983).

[4] "En esa virtud, jueces o tribunales ordinarios cuando tienen dudas de la constitucionalidad de las normas aplicables en un proceso concreto, deben suspender el mismo y elevar el asunto ante el tribunal o corte constitucional a fin de que este último decida sobre dicha constitucionalidad, y de acuerdo con esa decisión, el organismo judicial que ha planteado la cuestión debe resolver el assunto concreto en el cual se ha planteado la cuestión, y por ello se le ha calificado en la terminología alemana como *Richterklage* (pretensión judicial)". FIX-ZAMUDIO (2006, p. 185). No vernáculo: "Em virtude disso, juízes ou tribunais ordinários quando tiverem dúvidas sobre a constitucionalidade das normas aplicáveis em determinado processo, devem suspender o mesmo e submeter a questão ao tribunal ou corte constitucional a fim de que este decida sobre referida constitucionalidade e, de acordo com essa decisão, o órgão judicial que tiver suscitado a questão deve resolver o assunto concreto em que a questão foi levantada, e, por isso, tal instituto fora qualificado na terminologia alemã como *Richterklage* (pretensão judicial)".

> Note-se que o Supremo Tribunal Federal afirma textualmente que a atribuição de efeito vinculante à decisão tomada em controle difuso é dominante, há muito, também no direito americano. É preciso sublinhar que o direito estadunidense acolheu esta ideia em virtude de adotar o sistema de controle difuso da constitucionalidade, enquanto o sistema alemão, embora tenha chegado a resultado prático semelhante, assim se posicionou por dar ao juiz ordinário que se depara com a lei que reputa inconstitucional o poder-dever de submeter a questão ao Tribunal Constitucional, cuja decisão tem eficácia vinculante.

Nesta modalidade de ação, que não possui custos junto ao TCF, sequer existem partes, uma vez que a questão fora remetida por outro Tribunal e, é importante compreender, que as partes originais do processo não se confundem com a legitimação para controle – que é do Tribunal originário, e não de autor e réu -, embora se admita que as partes originárias se manifestem junto ao TCF (MARTINS, 2011, p. 19).

Na esteira da abstrativização da questão discutida, admite-se a participação de *amici curiae*, como o Parlamento Federal, o Conselho Federal, o Governo Federal e, comprovado o interesse, Governos Estaduais e Assembleias Estaduais (MENDES, 2007, p. 17). Como sói típico do controle abstrato, uma vez iniciado o processo, o Tribunal "não se vincula a qualquer vontade, podendo decidir sobre a constitucionalidade do ato normativo ainda que o autor venha a desistir da ação" (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p. 51), previsão semelhante ao artigo 5º da Lei 9.868/99 pátria.

As decisões são tomadas a partir do princípio senatorial. Considerando-se a divisão do Tribunal em dois Senados, com oito juízes cada, cada um dos Senados possui legitimidade para proferir sozinho a decisão por maioria simples, presentes seis magistrados. Referidas decisões fazem coisa julgada formal e material e vinculam os órgãos constitucionais e o próprio Poder Judiciário, possuindo, por isso, participação, ainda que limitada, na direção do Estado superior (HESSE, 1998, p. 422). Consoante o §31, 1 da Lei Orgânica do TCF, as suas decisões vinculam todos os órgãos constitucionais, federais e estaduais, todos os Tribunais e autoridades administrativas.

Não obstante, diferentemente da raiz europeia de controle de constitucionalidade, a decisão de procedência junto ao TCF induz, em regra, à nulidade da lei ou ato normativo, ao invés de sua anulação, inclusive com efeitos vinculantes *ex tunc*[5]. A lógica que se opera é a de que "a lei é inconstitucional e, por isso, nula" (*Das Gesetz ist verfassungswidrig und daher nichtig*), isto é, a

[5] "Nos ordenamentos que se enquadram no sistema modelar europeu, adotando a sanção de anulabilidade para coibir o vício de inconstitucionalidade, imposta por meio de decisões constitutivas negativas (ou desconstitutivas), o ato legislativo goza de validade condicional, até que sobrevenha decisão anulatória por parte do tribunal concentrador da competência de controle, o que o habilita à produção de efeitos jurídicos. De modo diverso, nos sistemas de fiscalização que seguem o modelo estadunidense, comina-se sanção de nulidade ao ato normativo inconstitucional, com o que a decisão de controle, de natureza meramente declaratória, se limita a constatar a sua invalidade congênita e decorrente inaptidão absoluta para produzir efeitos" (RAMOS, 2010, p. 199-200).

situação de *inconstitucionalidade* traz a *nulidade* como consequência jurídica, mas, por evidente, buscando-se evitar a condição de invalidade de todos os atos praticados durante a vigência da lei (*Totalbereinigung*) (MENDES, 2007, p. 200). Ainda assim, é possível que, na esteira da relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja adotada outra medida, como temos previsto, entre nós, a modulação temporal de efeitos (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99). E, não se olvide, a adoção de técnicas diferenciadas que, por si só, não expurgam a lei, mas parte ou sentido dela, como a declaração parcial de nulidade sem redução de texto ou a interpretação conforme e, até mesmo, a mais avançada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Como é cediço, o Brasil optou por um caminho bem mais tortuoso no tocante às formas de controle. Pela influência norte-americana, galgou o controle difuso na Constituição de 1891 (na realidade ainda em 1890, pela Constituição Provisória emitida pelo Decreto 914-A), bem como a importação do próprio Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2021, p. 571), permitindo-o a qualquer membro do Poder Judiciário[6]. Posteriormente, por força da Emenda 16, de 1965, inseriu o modelo concentrado na Constituição de 1946[7] pelas vias da "representação de inconstitucionalidade" junto ao Supremo Tribunal Federal, mas sem proceder ao óbvio: substituir o primeiro pelo segundo. Ao revés, preferiu manter ambos, gerando a celeuma mista que hoje assistimos. A Ação Declaratória de Constitucionalidade, instituída por força da Emenda 3, de 1993, é a prova viva do caos gerado pela convivência de ambos os sistemas, uma ação que tem como propósito estancar a sangria gerada por decisões divergentes no controle difuso.

Em realidade, por muito tempo, o sistema concentrado foi visualizado como um intruso no controle de constitucionalidade brasileiro, mesmo com a importação do modelo europeu, "forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle, resultando o controle direto em algo acidental e episódico dentro do sistema difuso" (MENDES, 2004, p. 2).

De um lado, um sistema difuso importado sem a força do *stare decisis*. De outro, um controle concentrado que, por vezes, é convocado para apagar os incêndios gerados pelo controle difuso. No meio disso tudo, tentativas e arremedos no sentido de conferir maior eficácia ao primeiro e alocá-lo precipuamente junto à Corte de controle concentrado, como a repercussão geral e a súmula vinculante.

---

[6] "Este modelo de controle escamoteia o aspecto político do controle de constitucionalidade. Trata-o como uma questão simplesmente jurídica, ou de mero procedimento jurisdicional" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 221)

[7] Em realidade, como bem lembra o Professor Titular da Universidade de São Paulo, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 572), a semente deste controle fora plantada com a própria Constituição em 1946 ao prever o papel do STF na análise da "incompatibilidade de atos ou leis estaduais com os princípios definidos no art. 7º, VII, da mesma constituição. Se o STF julgasse procedente o pedido, ou o Congresso Nacional suspenderia a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastasse para o reestabelecimento da normalidade (art. 13), ou seria decretada intervenção federal".

No Brasil, diferentemente do modelo alemão, o juiz do controle difuso está desobrigado "de valorar a questão ou de remetê-la ao Tribunal Constitucional", razão pela qual defende Marinoni (2012, p. 83) a necessidade de se impedir o juiz de desafiar a decisão conferida pelo tribunal, de forma que o poder de controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa não deve ser visto como algo afastado da força do *stare decisis*, grosso modo, entre nós, da compreensão do próprio STF.

Em realidade, como bem ressaltado pelo supracitado professor, o modelo norte-americano teria sérios problemas "para se desenvolver se o juiz ordinário estivesse autorizado a divergir da sua Suprema Corte" (MARINONI, 2012, p. 74). Da mesma forma, no famoso *Lawrence v. Texas*, o *Justice* Kennedy asseverou que o *stare decisis* era essencial "to the respect accorded to the judgements of the Court and to the stability of the law"[8]. Como bem ressaltado por Cappelletti (1968, p.62), a profusão de decisões distintas em sede de controle, sem uma vinculação superior, gerou, no final dos anos 40 e 50, uma profunda situação de instabilidade, incerteza e conflito entre os próprios órgãos judiciários.

É, nesta linha, que o supracitado professor italiano alinha-se ao pensamento de que o controle difuso não se sustenta no *civil law*, justamente por faltar-lhe a cultura do precedente (1968, p. 64). E, em complemento, anota-lhe Marinoni (2012, p. 78):

> Nos países que não adotam o *stare decisis*, a saída racional para o controle de constitucionalidade apenas pode estar no controle concentrado, adotando-se o modelo de decisão única com eficácia *erga omnes*. O controle difuso, destituído de decisões com eficácia vinculante, não é adequado. Porém, preferindo-se apostar no controle difuso (...) torna-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória.

É diante dessas perspectivas que se nutre o repensar do controle jurisdicional misto de controle no Brasil, fruto de sucessivas e deslocadas importações. Mais parece evidente que, em se tratando de um sistema legalista como o nosso, o controle concentrado deve arrancar-se como único, sem prejuízo do controle de origem concreta – mas não difusa – que possa conduzir à Corte Constitucional o papel de devolver uma única e válida resposta sobre a interpretação da Constituição, a espeque do *Richterklage* alemão aqui apresentado, ceifando-se a insegurança e instabilidade jurídicas que marcam o controle de constitucionalidade brasileiro.

CONCLUSÃO

[8] No vernáculo: "para o respeito devido aos julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito" (*Lawrence v. Texas*, 559 U.S. 558, 577, 2003).

O que justifica, em grande parte, este estudo, ainda que introdutório, é a necessidade de se repensar o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade brasileiro. Não se trata, por evidente, da simples e fria importação de institutos estrangeiros, mas da real adequação e verificação de solução entre os mesmos.

A nosso ver, o controle difuso não convive adequadamente com o controle concentrado. E nossos constituintes, originários e reformadores, não se deram conta da problemática até a implantação de situações caóticas, ocasiões em que, ao invés de optar por um modelo ou outro, preferiram criar mais outros – novos – instrumentos no sentido de buscar uma aproximação antinatural entre os modelos.

O *stare decisis* do direito estadunidense é um elemento natural para a garantia de segurança e previsibilidade das decisões em um sistema onde qualquer juiz ou Tribunal pode controlar a constitucionalidade das leis. Note-se constituir um enorme equívoco importar o modelo difuso sem forjar uma vinculação das decisões da Corte mais alta da estrutura judiciária.

E para tentar remediar o problema, o brasileiro viu por bem importar o modelo kelseniano, ao mesmo tempo que manteve o norte-americano. E, com o tempo, a necessidade de criar instrumentos para cuidar das disfunções que o primeiro geraria ao segundo justamente por faltar àquele um elemento fundamental: a doutrina do *stare decisis.*

O que se propõe, introdutoriamente, é um repensar: não será tempo de volvermos apenas ao controle concentrando, reforçando-o, ao mesmo tempo em que se enxugam as competências da Corte Constitucional, valorizando-se a interpretação da Constituição e permitindo (dever) que as discussões constitucionais em casos concretos tenham voz real, mas única, sendo conduzidas para o STF, como no modelo da *Richterklage*, temática principal deste breve estudo?

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Curso de jurisdição constitucional*: direito comparado e ideias para um novo STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 1, S. 9-17, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controlo giudiziario di costituzionalità dele leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de processos constitucionales. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo. *Tribunales y justicia constitucional*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ciudad de Mexico: UNAM, 2002. p. 201-238.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano: reflexiones comparativas. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 131-192, 2006.

HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Revista de Direito Público*, n. 2, p. 83-137, out./dez. 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HILLGRUBER, Christian; GOSS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EdUSP, 2021.

STARCK, Christian. *Der demokratische Verfassungsstaat*: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen. Tübingen: Mohr, 1995.