CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ALEMANHA
(A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã)

GILMAR FERREIRA MENDES*

1. *Introdução*

A Lei orgânica do *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional federal alemã) disciplina as decisões para cada tipo de processo. A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo de processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de normas propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independentemente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*). As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm *efeito vinculante (Bindungswirkung) força de lei* (*Gesetzeskraft*)[1] (Lei de *Bundesverfassungsgericht*, § 31. (1)

* Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (1987).

[1] A decisão do Tribunal possui, no controle de normas, *eficácia erga omnes* ou, tal como formulado na Lei orgânica da Corte Constitucional, é dotada de "*força de lei*". Essa *eficácia geral*, prevista inicialmente na Lei Fundamental (art. 94, II), já havia sido contemplada no art. 3º (3), da Lei de 8.4.1920, que disciplinou o processo de controle abstrato de leis estaduais, consagrado pela Constituição de Weimar (art. 13, II). Segundo o entendimento então dominante, além de retirar a lei do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*, a decisão proferida nesse processo de controle abstrato continha uma interpretação autêntica do direito federal (*Cf. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1930 p. 107, Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStRL 2 (1925), p. 43*). Em outros termos, deixava-se assente que o direito federal não poderia tolerar disposição idêntica ou semelhante constante do direito de outro "*Land*" ou do direito do Estado-membro cuja disposição tivera a sua inconstitucionalidade reconhecida (Jellinek, op. cit., p. 43). Esse *efeito vinculante* amplo não era aceito por Triepel. A *força de lei* abrangia, na sua opinião, somente a parte dispositiva, publicada no Diário Oficial. Disposições idênticas constantes do direito de outros Estados-membros, bem como a norma nova editada pelo Estado que teve o seu preceito censurado não estariam por ele abrangidas. (*Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, (reimpressão), 1965, pp. 112-113). Essa polêmica exerceu influência sobre a nova ordem instituída pela Lei Fundamental de 1949. Como assinalado, a Lei Fundamental autorizou o legislador a estabelecer os casos nos quais as decisões do *Bundesverfassungsgericht* poderiam ser dotadas de "*força de lei*" *(Gesetzeskraft)* (art. 94, II). Segundo o disposto no § 31 (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional, são dotadas de força de lei: (1) as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas, (2) nos processos de qualificação de normas, destinados a aferir a compatibilidade de norma pré-constitucional com direito federal (art. 126 LF); (3) nos processos de verificação de normas destinados a aferir se determinada norma

Além da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei *orgânica da Corte constitucional*, e da interpretação conforme a Constituição, utilizada já no começo de sua judicatura, desenvolveu o Tribunal outras variantes de decisão. Às vezes, reconhece o Tribunal que a situação é *ainda constitucional* ou não é "*ainda inconstitucional*" e vincula essa decisão com o "*apelo ao legislador*" para que, dentro de um determinado prazo, proceda à correção dessa situação[2]. Em outros casos, limita-se o Tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*).

Na presente abordagem, trataremos da declaração de nulidade, da interpretação conforme à Constituição e da sentença de rejeição da inconstitucionalidade. O apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade foram contemplados em estudos autônomos[3].

2. *A declaração de nulidade da lei inconstitucional*

a) Considerações Preliminares

Se o *Bundesverfassungsgericht* se convencer, num dos processos de controle de normas (*controle concreto de normas, controle abstrato, recurso constitucional*), que o direito federal ou o direito estadual se revela incompatível com a Lei Fundamental, então ele declara a nulidade da lei nos termos do § 78, 1º período, da sua Lei de organização (Cf., também, § 82, (1), 95, (3) da Lei orgânica da Corte Constitucional).

A fórmula tradicional explicita que a lei "*é inconstitucional e, por isso, nula*" (*Das Gesetz ist verfassungswidrig und daher nichtig*). Vincula-se, dessarte, uma determinada situação — a inconstitucionalidade — *à conseqüência jurídica — nulidade.*

A lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure*. A concepção tradicional considera que a lei inconstitucional é nula *ab initio* (*ex tunc*).

de Direito Internacional Público integra o direito federal (art. 25 c/c art. 100 (2) LF). A parte dispositiva das decisões proferidas nesses processos deve ser publicada no Diário Oficial da União (*Bundesgesetzbatt*) (Lei orgânica da Corte Constitucional, § 31 (2), 2ª parte). O legislador federal previu, ademais, no § 31 (1), da Lei orgânica da Corte Constitucional, que as decisões da Corte Constitucional têm *efeito vinculante* para todos os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como para todos os Tribunais e órgãos administrativos. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o *efeito vinculante* abrange não só a parte dispositiva, mas também os "*fundamentos determinantes*" da decisão (*tragende Gründe)* (BVerfGE 1, 14 (37); 19 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93). Esse entendimento amplia a eficácia da decisão do Tribunal, impondo aos diferentes órgãos estatais o dever de observar a interpretação da Constituição fixada pelo Tribunal. No caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o efeito vinculante do *fundamentos determinantes* proibiria não só a edição de norma de teor idêntico ou semelhante pelo ente político que teve a lei declarada inconstitucional, mas vedaria também a promulgação de "normas paralelas" por outros entes políticos (*Cf. Pestalozza, Christian, Verfassungsprozessrecht,* Munique, 1982, p. 171). A força de lei e o efeito vinculante abrangem a declaração de constitucionalidade — positiva —, de modo que, reconhecida a legitimidade da lei pelo Bundesverfassugsgericht em processo de controle de normas, não podem os órgãos encarregados de sua aplicação deixar de observá-la sob alegação de sua eventual inconstitucionalidade (Cf., Maunz, Theodor, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31, II, nº 42).

[2] Mendes, Gilmar Ferreira, O Apelo ao Legislador — Appellentscheidung — na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, in Revista de Direito Administrativo - vol. 188, p. 36 e Arquivos do Ministério da Justiça, nº 179 (1992), p. 81.

[3] Cf. Mendes, Gilmar Ferreira, O Apelo ao Legislador — Appellentscheidung — na jurisprudência na Corte Constitucional alemã, supracitado. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — Unvereinbarkeitserklärung — na jurisprudência da Corte Constitucional, in: ADV - Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas, 1993 (abril), p. 20 s.

Embora esse entendimento não tenha encontrado expressão inequívoca nem na Lei Fundamental, nem na Lei orgânica da Corte Constitucional, sustenta a doutrina dominante, fundada no princípio da supremacia da Constituição, que deve ser conferida "*hierarquia constitucional*" (*Verfassungsrang*) ao *postulado da nulidade da lei inconstitucional* (art. 1º, III, art. 20, III, art. 79, § 1º, 1º período, art. 79, § 3º, art. 123, I, da Lei Fundamental).

Essa concepção vem sendo atacada, nos últimos tempos, sobretudo com a alegação de que o dever imposto ao juiz para submeter a questão à Corte Constitucional, no controle concreto de normas (Lei Fundamental 100, I) estaria a demonstrar que as leis inconstitucionais não são nulas *ipso jure*. É que — argumenta-se — o juiz não poderia, no caso da nulidade, ainda estar vinculado à lei ou obrigado a submetê-la ao Tribunal Constitucional.

Embora se deva reconhecer que o *dogma da nulidade* da lei inconstitucional não se afigura obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico, como demonstram a doutrina e a práxis austríacas[4], não se pode olvidar que o art. 100, I, da Lei Fundamental, procede à diferenciação entre *leis válidas* e *leis inválidas*, pressupondo e determinando a invalidade como conseqüência jurídica de conflito entre lei e Constituição. O dever do juiz de submeter a questão à Corte Constitucional não decorre da validade da lei inconstitucional. Essa obrigação constitui apenas uma conseqüência do monopólio da censura outorgado ao *Bundesverfassungsgericht* (Lei Fundamental, art. 100, I) e pressupõe que o juiz ou o tribunal não pode aplicar a lei inconstitucional. É exatamente o modelo austríaco que demonstra que a validade da lei ou do direito inconstitucional pressupõe uma "*alternativa normativa*" (artigo 140, V e VII, da Constituição austríaca)[5], que a ordem constitucional alemã não conhece.

Conseqüência lógica da declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia, essa *depuração total* (*Totalbereinigung*) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naqueles que, como o brasileiro, utilizam as *fórmulas gerais de preclusão*[6].

O § 79 da Lei orgânica do Tribunal contém preceitos que dispõem, expressamente, sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade. Contra a sentença pe-

[4] Consoante o art. 140, V, da Constituição austríaca, a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade. A lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia *ex nunc*), se a Corte Constitucional não estabelecer prazo para o encerramento de sua vigência (cf., também, Oberndorfer, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 193 (199 s.).

[5] A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de *discrição* para dispor sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII).

[6] Assim, sustenta Zagrebelsky, em relação ao sistema italiano, que tanto o decurso dos prazos de decadência ou de prescrição, quanto o advento da coisa julgada impõem limites à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (La Giustizia Costituzionalde, pp. 172/173). O problema da eficácia *ex tunc* está inteiramente vinculado à possibilidade de impugnação dos atos singulares, não tendo, por isso, natureza constitucional. A amplitude da eficácia *ex tunc* é definida em lei. Dessa forma, pôde o legislador italiano conferir significado amplo à declaração de inconstitucionalidade da lei no âmbito do Direito Penal, negando qualquer efeito à sentença penal condenatória calcada em lei inconstitucioal (Lei nº 87, de 1953, art. 30) (Zagrebelsky, op. cit., p. 174).

nal condenatória transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, afigura-se admissível a propositura de revisão criminal (§ 79 1). No mais, subsistem as decisões não mais suscetíveis de impugnação, ressalvada a possibilidade de que uma lei especial venha a dispor de maneira diversa (§ 79 (2). Acentue-se que a execução das decisões fundadas em lei inconstitucional afigura-se ilegítima (§ 79,(2), 2º e 3º períodos), podendo ser embargada nos termos do § 767, do Código do Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung - ZPO*). Todas as pretensões relativas a enriquecimento sem causa, fundadas na lei que teve a sua nulidade declarada, estão expressamente excluídas (§ 79, (2), 4º período). Uma reação do legislador à declaração de nulidade não deve, em princípio, ser esperada nem exigida.[7]

b) A declaração de nulidade das leis

Podem-se identificar diversas variantes de declaração de nulidade, considerando que a *declaração de nulidade* pode incidir sobre a norma, parte da norma ou sobre determinado âmbito de aplicação da norma:

— Declaração de nulidade como unidade técnica;

— Declaração de nulidade total;

— Declaração de nulidade nos termos do § 78, 2º período, da Lei orgânica da Corte Constitucional;

— Declaração de nulidade parcial.

(aa) A declaração de nulidade como unidade técnica

A declaração de nulidade total de uma lei ocorre muito raramente, uma vez que ela pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos com a Lei Fundamental. Essa constelação resulta, normalmente, de algum defeito quanto à competência do legislador ou de outra falta de índole formal como, v.g., da ausência de manifestação do Conselho Federal (*Bundesrat*) no processo legislativo.

(bb) Declaração de inconstitucionalidade total

Uma outra constelação, que apresenta semelhança com a hipótese acima mencionada, é a *declaração total de nulidade* em virtude da relação de dependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei. Esse tipo de declaração de nulidade — *declaração de nulidade total em virtude de uma dependência unilateral* (*Gesamtnichtigkeit wegen einseitiger Abhängigkeit*) — verifica-se quando o Tribunal constata que uma parte da lei é inconstitucional e que a parte hígida, por ser dependente, não pode subsistir.

[7] Guzy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, p. 183. Maurer ressalta, porém, que, mesmo em caso de declaração de nulidade, deve o legislador atuar para substituir a disposição declarada nula por outra (Zur Verfassungswidrigerklärung, p. 347).

A declaração de nulidade total ocorre também quando a disposição inconstitucional é parte de um complexo normativo que perderia seu sentido e sua justificação se uma determinada parte ou uma parte central fosse retirada ou subtraída. Essa chamada *declaração de nulidade em virtude de dependência recíproca* (*Gesamtnichtigkeit wegen wechselseitiger Abhängihkeit*) — esses casos não são significativos — refere-se a um complexo normativo que forma "*unidade*" insuscetível de ser dividida em partes autônomas. A preservação parcial de uma lei, nesse caso, viria quebrar "*o equilíbrio interno do sistema*" (*die innere Ausgewogenheit das Systems*), de tal forma que a declaração de nulidade parcial implicaria uma *falsificação da mens legislatoris* ou constituiria uma intervenção indevida na vontade do legislador.

(cc) A extensão da declaração de nulidade (§ 78, 2º período, da Lei orgânica do Tribunal)

A declaração de nulidade total não deve ser confundida com a extensão ou a ampliação da pronúncia de inconstitucionalidade, nos termos do § 78, 2º período, da Lei orgânica da Corte Constitucional.[8] Enquanto a declaração de nulidade total incide sobre normas ou parte da lei que não eram inconstitucionais, embora fossem objeto de impugnação pela sua íntima conexão com a norma declarada nula, cuida-se, no caso de extensão da declaração de nulidade, de ampliação do objeto, fazendo com que a declaração de nulidade incida sobre normas inconstitucionais que não foram impugnadas diretamente.

A faculdade atribuída ao *Bundesverfassungsgericht*, nos termos do § 78, 2º período, da referida Lei, permite que se declare a nulidade de outras normas que não aquelas diretamente impugnadas se se entender que elas são, pelos mesmos fundamentos, incompatíveis com a Constituição.

Referida disposição possibilita a declaração de nulidade de diferentes redações ou versões da mesma lei, ainda que a impugnação se refira, inicialmente, apenas à redação vigente à época da decisão.

(dd) A declaração de nulidade "quantitativa"

O *Bundesverfassungsgericht* pronuncia, normalmente, *a declaração de inconstitucionalidade parcial* (*Teilnichtigerklärung*), uma vez que a nulidade de dispositivo de uma lei não leva, necessariamente, à declaração de nulidade total. A declaração de nulidade parcial significa, porém, uma intervenção no complexo normativo concebido pelo legislador como um todo. Daí resulta a particular problemática dessa modalidade de decisão. Por isso, não se deve considerar apenas se a parte ameaçada de

[8] § 78 da Lei orgânica da Corte Constitucional:
"(1) Caso o Tribunal Federal Constitucional forme a convicção que o direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou que o direito estadual conflita com a Lei Fundamental ou outro direito federal, deve declarar a sua nulidade.
(2) Se outras disposições da mesma Lei, pela mesma razão, forem incompatíveis com a Lei Fundamental ou outro direito federal, deve o Tribunal Federal Constitucional declarar, igualmente, a sua nulidade."

ser declarada inconstitucional pode ser separada ou se mostra divisível, sem que se retire a qualidade de norma da parte subsistente, mas também se a lei, que agora se torna lacunosa, se afigura aplicável nessa conformação.

Em relação aos atos parcialmente inválidos, assume significado especial na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* a chamada "*vontade do legislador*" e o princípio da divisão de poderes. Essa *vontade do legislador* não se deixa constatar facilmente, uma vez que é difícil provar que norma ele viria a editar se estivesse consciente da inconstitucionalidade da parte agora questionada. Se não se pode identificar a concreta concepção do legislador, assenta-se o Tribunal, com base na práxis desenvolvida no Direito Civil, na *vontade hipotética* (*hypothetischer Wille*). A *vontade hipotética* do Direito Civil é identificada, todavia, com base no princípio da boa fé (*Treu und Glauben*) e nos costumes dominantes no comércio jurídico (§ 133, 157, 257 do Código Civil alemão — BGB). Esses princípios não têm, todavia, qualquer significado para definição das disposições parcialmente nulas. Não se deve deixar de reconhecer que a teleologia da norma, que, sem dúvida, expressa aspectos da vontade do legislador, constitui importante base para definição da validade da parte remanescente, uma vez que neles vem expressa a *intenção* ou *a vontade do legislador.*

Cumpre observar que o objeto da declaração de nulidade é a norma, isto é, um princípio jurídico geral de conduta, de modo que, a rigor, não existe *declaração parcial de nulidade de uma norma,* mas *declaração parcial de nulidade de uma lei.* Se a norma inconstitucional encontrou expressão lingüística autônoma na lei, ainda que através de palavras, fragmentos de frase, ou de uma frase, então verifica-se, com a declaração de nulidade, também eliminação do texto correspondente.

(ee) Declaração parcial de nulidade sem redução de texto

A *declaração parcial de nulidade "quantitativa"* diferencia-se da chamada "*declaração de nulidade parcial sem redução de texto*", que se refere a uma constelação de casos não definidos precisamente no texto normativo. Essa chamada "*declaração de nulidade parcial qualitativa*", que, na práxis do *Bundesverfassungsgericht*, adquiriu significado maior do que o atribuído à "*declaração parcial de nulidade quantitativa*", refere-se, normalmente, a casos não mencionados expressamente no texto, que por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas.

Cogita-se, por isso, de uma *declaração parcial de nulidade "qualitativa"* ou *sem redução de texto* (*qualitative Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), ou de uma declaração de nulidade sem modificação da expressão literal.

Na práxis do *Bundesverfassungsgericht*, a *declaração de nulidade sem redução de texto* é introduzida, normalmente, pela conjunção "*soweit*" (*desde que*).

Observe-se , porém, que nem todas as decisões que contêm essa expressão "*soweit*" na parte dispositiva integram a categoria.

Alguns exemplos de *declaração parcial de nulidade sem redução de texto* na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* podem ser mencionados.

Na decisão do 1º Senado do *Bundesverfassungsgericht* sobre a lei de transporte de pessoas declarou o Tribunal, com a utilização da expressão "*soweit*", a nulidade

de determinadas normas do § 9 do referido diploma. Nos termos dessa lei, qualquer empresa de transporte dependeria, para operar determinada linha ou atuar em determinada região, de autorização ou permissão, que somente poderia ser concedida se o requerente demonstrasse dispor de condições de segurança, capacidade de prestação de serviços e se a concessão não afetasse os interesses do transporte público (§ 9, (1). A permissão deveria ser negada se não houvesse necessidade pública do transporte (§ 9, (2).

O *Bundesverfassungsgericht* aferiu a constitucionalidade dessas disposições em face do artigo 12, I, da Lei Fundamental, chegando à conclusão de que elas feriam o princípio da liberdade da profissão e deveriam ter a sua nulidade declarada, desde que se pudesse considerá-las como abrangentes dos serviços de aluguel de automóveis.[9] Com isso realizou o Tribunal uma mudança de "*programa normativo*", eliminando determinadas variantes sem alterar o texto normativo.

Outro exemplo claro de "*declaração de nulidade sem redução do texto*" é fornecido pela decisão sobre a constitucionalidade do artigo 10, b, da Lei de imposto de renda, de 21 de dezembro de 1954, que contemplava a possibilidade de dedução das despesas destinadas ao incentivo de programas benemerentes das entidades religiosas, das organizações científicas e às "*atividades político-estatais*".

Segundo a intenção do legislador, as doações a partidos políticos estariam abrangidas entre as chamadas despesas com "*atividades político-estatais*" (*staatspolitische Zwecke*). Uma declaração de nulidade da expressão "*staatspolitische Zwecke*" (*objetivos políticos estatais*) não se revelava satisfatória, uma vez que acarretaria a supressão da possibilidade de dedução dos recursos destinados às organizações desvinculadas de atividades puramente partidárias.

Daí ter o Tribunal declarado a *nulidade parcial sem redução do texto* do § 10, b, da Lei do Imposto de Renda, utilizando-se da seguinte fórmula:

"*§ 10, b da Lei que disciplina o imposto de Renda é nulo, desde que possa ser entendido como autorizador de dedução das despesas diretas ou indiretas que resulte de doação feita aos partidos políticos.*"

Nesse contexto, é de referir-se , ainda, à decisão sobre o chamado "*segundo curso*" para aqueles candidatos que haviam iniciado seus estudos até o semestre de inverno de 1974/75 na confiança de poderem realizar a "*segunda opção*" pelo curso de medicina.

O Tribunal deixou assente, **verbis**:

"*é nula a restrição relativa ao segundo curso prevista no § 32, II, 1.º período, n.º 5, da Lei Orgânica das Escolas Superiores (...), desde que a exigência a respeito da conclusão da primeira opção se aplique àqueles candidatos que começaram os estudos do primeiro curso, até o semestre de inverno de 1974/75, na esperança de serem admitidos, posteriormente, no estudo de medicina (segunda opção)*".

Com a adoção desse entendimento, procedeu-se à eliminação de uma constelação de casos no âmbito de aplicação da referida lei sem que fosse introduzida qualquer alteração no texto normativo.

[9] BVerfGE 11, 168 (187, 190). A parte dispositiva estabelece: "*A disposição constante do § 9 da Lei (...), segundo o qual a permissão somente pode ser concedida se a empresa não contrariar o interesse público de transporte, não se compatibiliza com o art. 12, I, da Lei Fundamental, sendo inconstitucional e por isso nula, desde que abrangente dos serviços de aluguel de automóveis*".

Identifica-se, assim, uma forte semelhança entre a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* e a *interpretação conforme à Contituição*, na qual, como se verá adiante, declara-se, muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação, com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma.

A semelhança dessas duas categorias torna-se evidente neste exemplo de Schlaich[10]. O § 554, I, do Código de Processo Civil alemão (*ZPO*), na redação de 1975, estabelecia que as apelações relativas a questões, nas quais o valor da causa não excedesse de 40.000 marcos, poderiam ser inadmitidas, se não tivessem peculiar relevância (*grundsätzliche Bedeutung*). O Plenário do *Bundesverfassungsgericht* trilhou o caminho da *interpretação conforme a Constituição* com o seguinte resultado:

"*O § 554, do Código de Processo Civil não deve ser interpretado no sentido de que a apelação que tenha perspectiva de êxito possa ser rejeitada*".

A declaração de nulidade parcial sem redução do texto também poderia ter sido proferida sem alterar, fundamentalmente, a conclusão:

"*§ 554, b 1, do Código Civil Alemão, é incompatível com a Lei Fundamental e, por isso, nulo, desde que essa disposição possa ser aplicada a causas que, numa avaliação preliminar, tenham perspectivas de êxito.*"

Tem-se, em ambas as hipóteses, uma redução do *âmbito de aplicação* da norma. No capítulo pertinente à interpretação conforme à Constituição será examinado, todavia, se se afigura legítima a identificação entre a "*declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*" *e a interpretação conforme à Constituição*, tal como preconizado por nomes de prol da doutrina.

c) Limites da Declaração de Nulidade

A declaração de nulidade encontra seus limites se a norma inconstitucional não tem expressão lingüística autônoma no texto da lei. Essa situação foi ressaltada pelo *Bunderverfassungsgericht* numa antiga decisão, na qual se enfatizou que uma lei não pode ser declarada nula se ela não disciplina expressamente determinada situação. A declaração parcial de nulidade pressupõe a divisibilidade da lei e, assim, expressa ou implicitamente, a existência de um texto normativo.

Por isso, a declaração de nulidade parcial "*qualitativa*" revela-se problemática naqueles casos em que, tal como observado, a norma inconstitucional não encontra pelo menos expressão parcial no texto normativo.

Na decisão proferida sobre a constitucionalidade da lei que autorizou, em casos especiais, a escuta telefônica ("*Abhör-Urteil*") assentou o *Bundesverfassungsgericht:*

"*O § 5, (5) da lei que restringiu o sigilo da comunicação postal e telefônica de 13.08.1968, é incompatível com o art. 10, II, 2º período, da Lei Fundamental e, por isso, nula, na medida em que exclui a possibilidade de que o interessado seja informado sobre as medidas restritivas se tal providência puder ser tomada sem maiores prejuízos.*"

Como a expressão "*sobre as medidas restritivas para os objetivos não deve o*

[10] Cf. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 165.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

interessado ser informado'' não se afigura suscetível de ser dividida, acabou o *Bundesverfassungsgericht* por complementar a regra promulgada pelo legislador, possibilitando que, desde que atendidas a determinadas condições, *o interessado pudesse ser informado das medidas restritivas.* Essa solução revelou-se deveras problemática, uma vez que a nova conformação conferida pelo *Bundesverfassungsgericht* à lei, mediante a pronúncia de inconstitucionalidade parcial, não podia fundamentar um dever das autoridades competentes de informar o interessado sobre as medidas restritivas.

O objetivo pretendido pela decisão somente pôde ser alcançado mediante a reforma da legislação em apreço[11].

Esse caso apresenta certa semelhança com a chamada ''*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*'' (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*)[12], na qual a declaração de nulidade ou se afigura insuficiente e, por isso, limita-se a roçar o problema ou acaba por revelar-se excessiva, eliminando não apenas a norma inconstitucional, mas todo o complexo normativo.

Pode-se ter dúvida sobre a adequação da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* no caso aqui referido.

A necessidade da edição de uma nova lei parece demonstrar que a declaração de nulidade da disposição seria o mais acertado, porque permitiria ao legislador editar normas diferenciadas, tal como acabou sendo exigido na prática.

Não menos problemática afigura-se a decisão do *Bundesverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade do § 218, do Código Penal alemão, na redação de 18 de junho de 1974. O § 218A do Código Penal descriminalizava o aborto praticado nas primeiras 12 semanas contadas da concepção. O *Bundesverfassungsgericht* declarou a inconstitucionalidade dessa disposição, entendendo que a decisão do legislador não se compatibilizava com a ordem axiológica consagrada pela Lei Fundamental.

Ao declarar a inconstitucionalidade da lei nos termos dos *fundamentos da decisão, o Bundesverfassungsgericht* acabou por desenvolver *programa normativo* diferenciado, permitindo converter a solução concebida pelo legislador a chamada ''*solução de prazo*'' (*Fristlösung*) — numa ''*solução de indicação*'' (*Indikationslösung*)[13].

[11] Emenda à Lei que disciplinou as limitações do sigilo postal e telegráfico, de 13.9.78 (BGBl. I, p. 1546); v., também, Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, p. 105.

[12] Mendes, Gilmar Ferreira, Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos, 1990, p. 60 s. Idem, A Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — Unvereinbarkeitserklärung — na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, in ADV Seleções Jurídicas — COAD, Abr. 1993, p. 20 s.

[13] Sachs, Teilnichtigerklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneuausgestaltung durch das BVerfg, DVBl, 1979, p. 389 (392); Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, p. 106. No chamado *Abtreibungsulteil*, cuidava-se de apreciar, em processo de controle abstrato de normas, a constitucionalidade dos §§ 218 a 220 do Código Penal, com a redação conferida pela lei federal de 18.6.74, que deixava de considerar crime: a) a interrupção da gravidez praticada nos 13 dias seguintes à concepção (§ 218, 1); b) a interrupção da gravidez praticada por médico dentro das primeiras 12 semanas contadas da concepção (§ 218, ''a''); bem como c) aquela realizada por indicação médica e com o consentimento da gestante, decorridas mais de 12 semanas da concepção, se: 1. tivesse sido devidamente comunicada e houvesse perigo para a vida ou para a saúde da gestante, insuscetível de ser afastado de outra maneira; ou se 2. houvesse razões que indicassem a forte probabilidade de que a criança, em virtude de condições genéticas ou de outras influências maléficas, surgidas antes do nascimento, pudesse vir a sofrer de grave e insuperável deficiência que tornasse impossível exigir da gestante a continuidade da gravidez, desde que ainda não de-

Era evidente a falta de base tanto na expressão literal e no sentido da disposição para o entendimento consagrado pelo Tribunal Constitucional. A Corte tentou superar essa incongruência com a edição de regras transitórias, nos termos do § 35 da Lei orgânica da Corte Constitucional[14], transferindo a solução definitiva do problema ao legislador.

3. *Interpretação conforme à constituição*

a) Introdução

Uma outra importante modalidade de decisão do *Bunderverfassungsgericht* é a *interpretação conforme à Constituição*, na qual o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. A despeito da falta de uma disciplina legal, essa forma de decisão adquiriu peculiar siginificado na jurisprudência do Tribunal graças à sua flexibilidade, que permite uma renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da sua segurança jurídica.

Oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição[15].

Desde o começo de sua judicatura vem o *Bundesverfassungsgericht* utilizando-se dessa categoria de decisão, já conhecida da jurisprudência da Suprema Corte americana. O desenvolvimento altamente diferenciado da *interpretação conforme à Constituição*, na jurisprudência do Tribunal, torna difícil a formulação de uma tipologia mais precisa sobre tal modalidade de decisão.

corridas mais de 22 semanas desde a concepção (§ 218, "b"). Inicialmente, a Corte Constitucional deferiu medida cautelar (*einstweilige Anordnung*), nos termos do § 32 da Lei orgânica do Tribunal, para: a) suspender a vigência do § 218 "a", do Código Penal, na sua nova redação; b) determinar que o disposto nos §§ 218, "b" e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticado nas primeiras 12 semanas contadas da concepção; c) estabelecer que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras 12 semanas, não seria punível em caso de crime sexual (§§ 176, 177 ou 179, § 1º), se houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato. Na decisão definitiva, o Tribunal declarou a nulidade do art. 218, "a", do Código Penal, na sua nova redação, considerando-o incompatível com o art. 2º, § 2º, 1º período (direito à vida e à integridade física) c/c o art. 1º, § 1º (proteção da dignidade humana). O Tribunal determinou, outrossim, nos termos do § 35 da Lei orgânica da Corte Constitucional, que lhe outorga a faculdade de delegar a execução das decisões ou de fixar, em caso específico, a forma de execução de suas decisões, que, até a entrada em vigor da nova lei, a) o disposto nos §§ 218, "b" e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticados nas primeiras 12 semanas contadas a partir da concepção; e b) que o aborto praticado por médico, com o assentimento da gestante, nas primeiras 12 semanas, não seria punível se esta tivesse sido vítima de crime sexual (§§ 176, 177 ou 179, do Código Penal), e houvese fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato; e c) que o juiz poderia abster-se de aplicar pena, no caso de aborto praticado por médico, com assentimento da gestante, nas primeiras 12 semanas contadas da concepção se configurada situação de perigo, que se mostrasse insuperável de qualquer outra forma.

[14] § 35 da Lei orgânica da Corte Constitucional:
"O Bundesverfassungsgericht pode designar, na decisão, o órgão responsável pela sua execução, sendo-lhe lícito, igualmente, disciplinar a forma e o modo de execução no caso concreto."

[15] Assinale-se, porém, que a doutrina alemã da época de Weimar já havia percebido, em relação ao controle abstrato do direito estadual (Constituição de Weimar, art. 13, II), que, se a disposição estadual se afigurasse válida em si mesma, mas determinada aplicação pudesse revelar-se inconstitucional, então legítima seria a declaração de incompatibilidade da aplicação com o direito federal (cf., sobre o assunto, Flad, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution, 1929, p. 43). Flad aponta inclusive decisão do Reichsgericht, de 29.5.23, na qual o Tribunal teria declarado expressamente a inconstitucionalidade de determinada aplicação de norma do direito estadual (Flad, op. cit., p. 43).

Não raro afima o *Bundersverfassungsgericht* a compatibilidade de uma lei com a Constituição, procedendo à exclusão das *possibilidades de interpretação* consideradas inconstitucionais.

O Tribunal vale-se, todavia, desse método também para colmatar lacunas. Esse grupo de casos, considerado por Gusy como exemplo de uma *otimização constitucional* (*verfassungsrechliche Optimierung*), possibilita a "*construção*", em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução, ou mediante derivação de premissas normativas constantes na própria Constituição.

Desde a decisão proferida sobre a legitimidade do *Tratado Fundamental* ("*Grundlagenvertrag*") entre as duas Alemanhas, passou o *Bundesverfassungsgericht* a adotar, na parte dispositiva da decisão, a chamada *cláusula de conjugação* (*Koppelungsklausel*): "*As disposições constantes dos §§ ... são compatíveis com a Lei Fundamental nos termos da interpretação resultante dos fundamentos da decisão.*"

Em virtude de sua manifesta falta de clareza, essa referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva é veementemente criticada na doutrina.

O *Bundesverfassungsgericht* adotou, todavia, orientação mais radical, ao fixar na decisão sobre o *Tratado Fundamental* entre as duas Alemanhas, que "*todas as considerações constantes dos fundamentos do acórdão, inclusive aquelas não referentes ao conteúdo do Tratado, são indispensáveis, isto é, integram os fundamentos determinantes (tragende Gründle) da decisão nos termos da jurisprudência do Tribunal*".

b) A admissibilidade da interpretação conforme à Constituição

A admissibilidade da interpretação conforme à Constituição é justificada pela doutrina e jurisprudência de forma diferenciada.

Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica (*Einheit der Rechtsordnung*) que considera a Constituição como *contexto superior* (*vorrangiger Kontext*) das demais normas. As leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática.

A presunção de constitucionalidade da lei ou o chamado *pensamento "favor legis"* constitui argumento adicional, que resulta diretamente do controle de constitucionalidade. Segundo a orientação dominante no *Bundesverfassungsgericht*, em favor da constitucionalidade da lei *milita não só uma presunção, senão que essa presunção exige, na dúvida, uma interpretação conforme à Constituição.*

Esse princípio de conservação da norma deixa-se fundamentar não apenas sob o ponto de vista da segurança jurídica e da presunção de um funcionamento regular da atividade legislativa, mas também mediante o reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e realização da Constituição.

c) Limites da interpretação conforme à Constituição

Ao legislador democrático confiou-se, primordialmente, o poder de conformação jurídica do complexo das relações relevantes da vida, de modo que a interpretação con-

forme à Constituição pode ser vista, do ponto de vista jurídico-funcional, como um princípio de *autolimitação judiciárid* (*judicial self-restraint*).

O *Bundesverfassungsgericht* consagra essa orientação de índole jurídico-funcional na medida em que reconhece que, tanto a expressão literal, quanto os propósitos perseguidos pelo legislador impõem limites à interpretação conforme à Constituição.

Ressalta-se, assim, a dupla função desempenhada pela "*expressão literal*" (*Wortlaut*) do texto normativo: *sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis; a expressão literal do texto configura, por outro lado, um limite para a interpretação conforme à Constituição.* As "*decisões fundamentais do legislador*", as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador.

O princípio da interpretação conforme à Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir uma nova conformação à matéria.

Esses limites nem sempre são observados pelo *Bundesverfassungsgericht* com o necessário rigor. Dois casos ilustrativos podem ser mencionados.

Clássico exemplo dessa problemática pode-se identificar na decisão de 17 de março de 1954, na qual se declarou, com a utilização da interpretação conforme à Constituição, a constitucionalidade do § 18, (3), da Lei de 14.4.1950, que disciplinava a Jurisdição Administrativa do Estado de "*Rheinland-Pfalz*" (Renânia-Palatinado).

Esse dispositivo continha a seguinte regra:

"*Contra decisão da comissão jurídica do 'Kreis' pode ser interposto, a juízo do interessado, recurso dirigido ao Presidente do Governo ou ser proposta ação perante a jurisdição administrativa. A utilização de um desses remédios exclui o uso do outro.*"

O *Bundesverfassungsgericht* interpretou tal disposição como permissiva da propositura da ação perante a justiça administrativa após a interposição do recurso perante a autoridade referida, uma vez que, na sua leitura, a expressão literal do texto apenas excluía a possibilidade de utilização simultânea dos remédios. Essa decisão mereceu severas críticas da doutrina, que afirmava ter o Tribunal logrado fixar, através de uma interpretação artificiosa, uma interpretação que se não compatibilizava com o próprio sentido da proposição normativa.

Nesse contexto, pode ser mencionda, ainda, a decisão sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava os estudos de Direito no Estado de Hamburgo.

Como reação à própria jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, consagrou-se a possibilidade de que o exercício do chamado "*Referendariat*"[16] pudesse ser feito

[16] Após a conclusão do chamado do *Primeiro Exame do Estado (erstes Staatexamen)*, o estudante de direito deve cumprir um estágio — *Referendariat* — em diferentes órgãos da Justiça, do Ministério Público e da Administração. Esse estágio, que precede ao *Segundo Exame do Estado* (*zweites Staatsexamen*), é disciplinado pelas regras estatutárias do funcionalismo público, sendo o estudante considerado, nesse pe-

sob um regime contratual, de forma que pudesse ser dispensada a exigência constitucional de que o candidato preenchesse os requisitos concernentes à convicção sobre a "*defesa da ordem liberal e democrática*". O Tribunal interpretou esse dispositivo, no contexto da ordem constitucional, para excluir qualquer possibilidade de que alguém que colocasse em questão *a ordem constitucional liberal-democrática* fosse admitido nesse serviço provisório fora do regime vigente para os funcionários públicos.

Fica evidente, pois, que o *Bundesverfassungsgericht*, muitas vezes, não confere maior valor ao significado histórico da lei e à sua expressão literal, outorgando à norma sentido contrário àquele pretendido pelo legislador, o que acaba por impor à Administração o dever de aplicar a lei com sentido do originário. A proteção que se pretende assegurar à vontade do legislador converte-se, assim, no seu contrário.

Outras limitações à interpretação conforme à Constituição podem decorrer do caráter peculiar da disposição a ser interpretada. Problema difícil configura a interpretação conforme à Constituição de emendas constitucionais, uma vez que aqui não se trata de uma atividade legislativa com vistas à concretização da Constituição. Uma emenda constitucional editada no forma do art. 79, I e II, da Lei Fundamental, ainda que pretenda alterar apenas determinado dispositivo, provoca uma completa mudança da Constituição. Esse evento pode ser limitado através das chamadas "*garantias de eternidade*" ou das "*cláusulas pétreas*" (*Ewigkeitsgarantien*), constantes do art. 79, III, da Lei Fundamental, de modo que a emenda constitucional há de ter a sua constitucionalidade aferida com base nos princípios constantes dessas "*cláusulas pétreas*", antes que venha a ter eficácia sobre toda a Constituição.

Ao contrário da interpretação conforme à Constituição do direito ordinário, que deixa a Constituição intocada, a utilização da interpretação conforme à Constituição em relação à emenda constitucional afigura-se problemática, porque as normas introduzidas acabam por emprestar novo significado ao ordenamento constitucional em vigor. Uma limitiação dessa conseqüência através da interpretação conforme à Constituição não parece ser possível. Acentue-se, todavia, que o *Bundesverfassungsgericht* admitiu a utilização da interpretação conforme à Constituição, no caso da escuta telefônica, declarando a compatibilidade do art. 10, II, 2º período da Lei Fundamental com o art. 79, III, da Lei Fundamental, mediante a utilização de uma determinada interpretação.

d) Natureza da interpretação conforme à Constituição

Não raras vezes, a preservação da norma, cuja expressão literal comporta alternativas constitucionais e alternativas inconstitucionais, ocorre mediante restrição das possibilidades de interpretação, reconhecendo-se a validade da lei com a exclusão da interpretação considerada inconstitucional.

ríodo, um funcionário público temporário. Por isso, ser-lhe-ia aplicável a exigência relativa à chamada *fidelidade constitucional* (*Verfassungstreue*), isto é, demonstração de vontade de obediência às normas constitucionais e de uma conduta positiva em face das decisões fundamentais da Constituição, mormente da ordem liberal e democrática consagrada na Lei Fundamental (cf., sobre o assunto, Karl-Heinz Seifert e Dieter Hömig, Grundgesetz - Taschenkommentar, art. 33, nº 5).

Importantes vozes da literatura sustentam que a interpretação conforme à Constituição equipara-se, nessa hipótese, a uma *declaração de nulidade sem redução de texto*. Afirma-se, em favor dessa tese, que, considerado o resultado da interpretação conforme à Constituição não do lado positivo — *a preservação* —, mas do lado negativo — *o caráter cassatório* —, divisa-se semelhança entre a *declaração de nulidade qualitativa* (*declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*) e a interpretação conforme à Constituição.

Essa orientação é complementada com a alegação de que, se a coisa julgada de uma decisão dessa sorte devesse ser determinada apenas segundo os princípios da "*decisão de rejeição*", ter-se-ia de reconhecer que a interpretação conforme à Constituição faltaria com seus objetivos, uma vez que não impediria a aplicação da norma segundo a interpretação censurada.

A declaração de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação poderia ser derivada do § 79, (1), da Lei orgânica da Corte Constitucional. Segundo esse preceito, é admitida a revisão da sentença penal condenatória[17] que se assenta numa interpretação que o *Bundesverfassungsgericht* considerou incompatível com a Lei Fundamental.

Os efeitos assemelhados na prática e a proximidade entre as duas categorias não devem levar, necessariamente, à equiparação dos dois institutos.

A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que o *Bundesverfassungsgericht* não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.

A declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida.

Nesse sentido, parece insuperável o magistério de Bryde:

"*Seria admissível que o Tribunal censurasse determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Isto resultaria, porém, da proximidade entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a fundamental diferença existente entre eles. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar 'leis inconstitucionais'. Não se tem dúvida, outrossim, de que a Corte Constitucional utiliza, muitas vezes, a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que, nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei (Gesetzesauslegung), uma vez que qualquer intérprete*

[17] § 79 (1): *É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia da nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o Bundesverfassungsgericht considerou incompatível com a Lei Fundamental.*

está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição."[18]

Isso leva a concluir que, se o Tribunal declara a compatibilidade da norma com uma determinada interpretação, objeto da decisão suscetível de fazer coisa julgada é apenas a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (*Warnfunktion*) com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.

Também da regra constante do § 79, nº 1, da Lei orgânica da Corte Constitucional, não resulta declaração de inconstitucionalidade de determinada interpretação. Essa disposição, que não disciplina o conteúdo, mas apenas os efeitos de algumas decisões, expressa a idéia subjacente de que ninguém deve sofrer restrições em seus direitos em virtude de uma norma inconstitucional de índole penal e obviamente não deve sofrer restrição através da práxis da preservação da norma com determinado significado na interpretação conforme à Constituição. Explicita-se, assim, que esta disposição refere-se, única e exclusivamente, aos efeitos da decisão e não ao seu conteúdo.

Essas conclusões demonstram que a identificação entre a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* e a interpretação conforme à Constituição somente seria possível se se entendesse, tal como reconhecido por Bryde, que a interpretação conforme à Constituição não é apenas uma regra normal de hermenêutica, mas modalidade específica de decisão.

4. *A declaração de constitucionalidade da lei*

A Lei orgânica da Corte Constitucional não disciplina especialmente a sentença que declara a constitucionalidade da lei. Fundamentalmente, existem duas decisões possíveis: a argüição é declarada inadmissível, isto é, tem a sua inadmissibilidade declarada ou o Tribunal constata, na parte dispositiva, que a lei é válida ou compatível com a Lei Fundamental.

A argüição com vistas ao controle abstrato de normas revela-se inadmissível se não se encontram presentes os pressupostos estabelecidos no § 76 da Lei orgânica da Corte Constitucional, seja porque o requerente não está devidamente legitimado, seja porque o autor, ainda que legítimo, não logrou demonstrar a presença de outros requisitos de admissibilidade previstos no § 76, (1 e 2)[19], da Lei orgânica da Corte Constitucional. É possível também que a petição não preencha os requisitos previstos no § 23, nº 1, da Lei orgânica da Corte Constitucional (petição escrita, fundamentada, con-

[18] Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublick Deutschland, p. 411.

[19] O § 76 da Lei orgânica da Corte Constitucional dispõe:

"A ação proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do artigo 93, I, nº 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou o direito estadual

1. em virtude de sua incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outras disposições do direito federal, é nulo, ou

2. considerar que disposição do direito federal ou do direito estadual é válida após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição ou com outras disposições do direito federal."

tendo indicação de provas a serem produzidas), ou que haja representação judicial defeituosa do requerente (§ 22, da Lei orgânica da Corte Constitucional).

Para esses casos de inadmissibilidade dispõe o Tribunal de diferentes possibilidades de formulação da parte dispositiva. Pode-se reconhecer que a ação "*é inadmissível*" (*Der Antrag ist...unzulässig*) ou enfatizar o seu descabimento (*a ação deve ser rejeitada = Der Antrag wird verworfen*). Se o Tribunal decide, nos termos do § 24, da Lei orgânica da Corte Constitucional[20], a parte dispositiva vem normalmente assim formulada: "*a ação deve ser rejeitada*" (*Der Antrag wird verworfen*).

No caso de uma declaração de constitucionalidade, invoca o Tribunal, todavia, o disposto no § 31, (2), 1º período da Lei orgânica da Corte Constitucional.

Consoante a jurisprudência, a necessidade de que seja constatada a compatibilidade ou a validade da disposição impugnada — sempre que isto se mostre possível — decorre do disposto no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A decisão do Tribunal deve, portanto, ter um conteúdo hábil a fazer coisa julgada. Por isso, não se limita o Tribunal a declarar a compatibilidade da lei, afirmando, explicitamente, a sua validade.

Isso se aplica, em todo caso, à aferição de constitucionalidade das leis federais.

Em relação às disposições do direito estadual deve ser observado que elas podem mostra-se compatíveis com o direito federal e, no entanto, infringir preceitos do Direito Constitucional estadual.

Por isso, limita-se o Tribunal a afirmar, nesses casos, a constitucionalidade ou "*a compatibilidade da norma com o direito federal*" ou, "*com a Lei Fundamental e com demais preceitos do direito federal*".

Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.

A força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão do *Bundesverfassungsgericht* que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.

Por isso, sustenta Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei orgânica do Tribunal, às decisões confirmatórias somente tem significado para o dever de publicação, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia *erga omnes* (*força da lei*) o significado da autêntica norma constitucional.

É o que sustenta na seguinte passagem de seu estudo sobre a eficácia das decisões da Corte Constitucional:

"*A proteção para as decisões confirmatórias da Corte Constitucional que transcendesse a própria coisa julgada não encontraria respaldo no art. 94, II, da Lei Fun-*

[20] O § 24 da Lei orgânica da Corte Constitucional dispõe:
"*As petições manifestamente inadmissíveis ou infundadas podem ser rejeitadas* in limine *mediante decisão unânime do Tribunal. A decisão não requer outra fundamentação se o requerente foi advertido quanto à inadmissibilidade ou improcedência de seu requerimento*".

damental. Semelhante proteção, que acabaria por impedir que pessoas não atingidas pela coisa julgada sustentassem que a decisão estaria equivocada e que, em verdade, a lei confirmada seria inconstitucional, importaria a conversão da força de lei (Gesetzeskraft) em força de Constituição (Verfassungskraft). (...) O § 31, II, da Lei orgânica da Corte Constitucional faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade; essa ampliação somente se aplica, porém, ao dever de publicação porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê (...)"[21].

Nem a Lei Fundamental nem a Lei orgânica da Corte Constitucional autorizam essa conclusão, seja porque a norma constitucional autoriza expressamente o legislador a definir as decisões da Corte Constitucional que devem ser dotadas de força de lei, seja porque o legislador não restringiu a eficácia *erga omnes* apenas às decisões de índole cassatória.

É certo, por outro lado, que a conclusão de Vogel afigurar-se-ia obrigatória se, tal como ressaltado por Bryde, se reconhecesse a *força de lei* (*Gesetzeskraft*) prevista no § 31, (2) da Lei orgânica da Corte Constitucional como *instituto jurídico de caráter material.*

Se, todavia, se considera *a força de lei*, tal como a doutrina dominante, como *instituto especial de controle de normas* e, por isso, como um *instituto de índole processual*, não expressa ele mais do que a idéia de que o Tribunal não pode, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida.

Convém registrar, a propósito, o pensamento de Bryde:

"Essa idéia (que reduz a força de lei, *nos casos de declaração de constitucionalidade, ao simples dever de publicação) somente se afigura obrigatória se se considerar a* força de lei *nos termos do § 31, II da Lei orgânica da Corte constitucional como um instituto de caráter material. Efetivamente, uma decisão da Corte Constitucional não pode transformar uma lei inconstitucional em uma lei conforme à Constituição. Todavia, se se contempla a* força de lei *como instituto de coisa julgada específica para o controle de normas, então a vinculação* erga omnes *não significa uma* convalidação *(Heilung) de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada, mas, tão-somente, que essa questão já não mais poderá ser suscitada no processo constitucional. Contra essa concepção não se levantam objeções de índole constitucional. A idéia de Estado de Direito (mais exatamente, a vinculação constitucional da atividade legislativa, art. 20) exige a possibilidade de controle de normas, mas não impõe a abertura de incontáveis vias para esse fim*[22]."

Não se pode cogitar, portanto, de superação ou de convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei que não teve a sua impugnação acolhida pelo Tribunal.

Resta indagar, pois, se, de acordo com essa orientação, seria admissível submeter a questão uma vez mais à Corte Constitucional.

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht,* considera Hans Brox possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos:

"Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua consti-

[21] Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 568-(613).
[22] Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, pp. 408-409.

tucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas (Lebensverhältnisse) ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração''.[23]

Na mesma linha de entendimento, fornece Bryde resposta afirmativa à indagação:

''Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o acaso da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções. A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com o fundamento de que a lei se tornou inconstitucional após a decisão da Corte. (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das 'relações fáticas'. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional (Verfassungsverständnis)''[24].''

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Bibliografia

Arndt, Adolf, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, NJW 1957, p. 361 s. .

_____. Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit des darauf gestützten Verwaltungsakts zur Folge?. NJW 1959, p. 863 s.

_____. Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DöV 1959, p. 81.

[23] Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, *in*: Festschrift für W. Geiger, p. 809 (826).

[24] Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, pp. 412-413.

Bachof, Otto, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen unda bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87 (1962), p. 1.

_____. Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, in: Häberle, Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt, 1976, p. 285 s.

Birk, Dieter, Die Rechtsfolgen verfassungswidriger ausgabenwirksamer Gesetze im Bereich der Finanzverfassung, BayVBl. 1981, p. 673.

Bogs, Harald, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart, Berlim, Colônia, Mainz, 1966.

Brinckmann, Hans, Die fingierte Geltung: Anmerkungen zur Gesetzgebungstechnik bei der Änderung von 79 BVerfGG, DÖV 1970, p. 406.

Brox, Hans, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für Willi Geige, 1974, p. 809.

Bryde, Brun-Otto, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982.

Ebsen, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlim, 1985.

Ehmke, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL, Caderno 20 (1963), p. 53 s. *Erichsen*, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, 2ª ed., Munique, 1979.

_____. Zu den Grenzen von Verfassungsänderungen nach dem Grundgesetz, Verw. Arch. 62, 1971, p. 291.

Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (cit.: Gesetzgeber), Berlim, 1985.

Haak, Volker, Normenkontrolle und verfassungskonfonme Auslegung des Richters, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Bonn, 1963.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (cit.: Grundzüge), 16ª ed., Heidelberg, 1988.

Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt (cit.: Rechtsfolgen), Baden-Baden, 1980.

Jellinek. Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3ª ed., Leipzig/Berlim, 1927.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 1ª ed., Leipzig, Viena, 1934.

_____. Reine Rechtslehre, 2ª ed., 1960.

Korinek, Karl, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, p. 7.

Lange, Klaus, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, p. 1 s.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5ª ed., Berlim, Heidelberg, Nova York, 1983.

Leibholz, Gerhard/Rupprecht, Reinhard, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Colônia, 1968.

_____. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungs-kommentar, (Nachtrag: Comentário complementar) Colônia, 1971.

Maunz, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 31.

Maurer, Hartmut, Zur Verfassungsidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlim, 1974, p. 345.

_____. Nochmals zur geplanten Neuregelung des 79 BVerfGG, ZRP 1969, p. 100.

Mendes, Gilmar Ferreira, Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos, São Paulo, 1990.

_____. O Apelo ao Legislador — Appellentscheidung — na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, in: Arquivos do Ministério da Justiça, nº 179 (1992), p. 81 s.

_____. A Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — Unvereinbarkeitserklärung — na jurisprudência da Corte Constitucional, in: ADV - Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas, 1993 (abril), p. 20 s.

Menger, Christian-Friedrich, Höchtsrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw. Arch. 59 (1959), p. 389.

Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977.

von Mutius, Albert, Allgemeine Bindungswirkung verfassungskonformer Gesetzeinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht, Verw. Arch. vol. 67 (1967), p. 403 s.

Müller, Friedrich, Juristische Methodik, 3ª ed., Berlim, 1989.

Oberndorfe, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 193.

Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtlagen (cit.: "Noch verfassungsmässige"), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, vol. I, p. 520.

Prümm, Hans Paul, Verfassung und Methodik, Berlim, 1977.

Sachs, Michael, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977.

_____. Tenorierung bei Nomenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1982, p. 23 s.

_____. Bindungswirkung bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung, NJW 1979, p. 344 s.

_____. Teilnichtigerklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das BVerfG, DVBl. 1979, p. 389.

Schack, Friedrich/*Michel*, Helmut, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, p. 269.

Schlaich, Klaus, Das Bundsverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, Munique, 1985.

_____. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRI 39, 198 1, p. 99.

Schlink, Bernhard, Das Abhör-Urteil des BVerfGs, Der Staat, 12 (1973), p. 85.

Schneider, Bernd Jürgen, Die Funktion der Nonmenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze (cit.: Funktion der Normenkontrolle), Frankfurt am Main, 1988.

Seifert, Karl Heinz / *Hömig*, Dieter, Grundgesetz - Taschenkommentar, 2ª edição, Baden-Baden, 1985.

Simon, Helmut, Die verfassungskonforme Auslegung, EuGrZ 1974, p. 85.

_____. Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda-Maihofer-Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlim, Nova York, 1983, p. 1253.

Skouris, Wassilios, Teilnichtigkeit von Gesetzen (cit.: Teilnichtigkeit), Berlim, 1973.

Spanner, Hans, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des BVerfGs, AÖR, 91 (1966), p. 503.

Steiner, Udo, Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (79 BVerfGG), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, vol. I, p. 628.

Stephan, Bodo, Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlim, 1967.

Stern, Bonner Kommentar (2ª tiragem), art. 93.

_____. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, Munique, 1980.

Triepel, Heinrich, Reichsaufsicht, Berlim, 1917.

_____. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 3.

_____. Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bad Homburg vor der Höhe, 1965 (reimpressão dos Estudos em Homenagem a Wilhelm Kahl — Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923).

Ulsamer, Gerhard, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 78.

Vogel, Klaus, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (cit.: Rechtskraft und Gesetzeskraft), in: Bundesverfassungsgericht und Grundegesetz, Tübingen, 1976, vol. I, p. 568 s.

Zagrebelsky, Gustavo, La Giustizia Costituzionale, Bolonha, 1979.

Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 207.

Zippelius, Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, vol. II, p. 108.