

Friedrich Müller

O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as
dimensões temporais da declaração de inconstitucionidade de leis no direito
alemão

Rio de Janeiro, 19.09.2002

Parte I

A expressão “inconstitucional” propõe questões interessantes na dimensão temporal. Falarei delas na Segunda Parte, com base em exemplos do meu país, da Alemanha. Mas é importante esclarecer sobre o que estamos falando. “Inconstitucionalidade” é a negação de “constitucionalidade” – e o que esta última significa, na realidade?

A nós juristas, ambos os termos são familiares do Direito Processual. Mas quase nunca se indaga se eles também apresentam, ao lado da dimensão temporal, uma dimensão profunda. Esta última será examinada na Primeira Parte.

Em outras palavras, importa transformar expressões freqüentemente utilizadas na prática em conceitos científicos.

Qual é a função das constituições modernas? Elas objetivam fundamentar, justificar, limitar a figura jurídica de uma nação. Disso resulta a sua propriedade mais importante: no âmbito nacional elas são a norma suprema, hierarquicamente superiores a todos os outros atos do Estado e a todas as relações jurídicas na sociedade.

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se, pois, em uma *hierarquia de normas*. Também as leis devem submeter-se ao código “constitucional/inconstitucional”. E isso deve poder ser controlado e sancionado em termos processuais.

No Direito Alemão o Tribunal Constitucional Federal pode, ao lado de muitas outras coisas, proteger também os direitos fundamentais contra leis; pode efetuar controles abstratos e concretos de normas; e pode efetuar os controles concretos em litígios correntes, a pedido dos tribunais.

O grande poder do Tribunal Constitucional Federal explica-se a partir das lições do passado. E o mesmo ocorre no Brasil, onde, segundo o Art. 102 da Constituição, “[c]ompete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

O discurso “constitucional/inconstitucional” pressupõe, portanto, em primeiro lugar a existência de um *Estado constitucional*. O objetivo, de que este aja efetivamente em conformidade com o Direito Constitucional, exige, além disso e no plano do detalhamento, a organização de um *Estado de Direito*. E no *Estado Democrático de Direito*, por fim, essa organização não é mais apenas um sistema de natureza técnica e formal. A constitucionalidade deve ser compreendida agora em termos materiais, deve determinar a sociedade em termos de conteúdo.

Isso nos conduz a um *conceito duplo* de “constitucional”. Resulta um modelo de concepções teóricas em três graus: constitucionalidade para o primeiro grau, legalidade para o segundo, legitimidade para o terceiro.

Essas concepções centrais podem ser definidas agora com maior exatidão do que só acontecer. A *legalidade* freqüentemente é vista um pouco pejorativamente como “mera” conformidade à lei. No modelo de três graus ela é um enunciado muito positivo

– a saber, de que foram satisfeitas corretamente todas as formas e todos os procedimentos prescritos. Infelizmente isso não é óbvio, também não na Alemanha. Desde o início da existência da República Federal da Alemanha centenas de leis foram declaradas inconstitucionais, por razões de deficiências de legalidade, ou ainda de conteúdo, pois, *em terceiro lugar*, a legitimidade é o conceito mais exigente nesse nexo de argumentação. Tradicionalmente ela é derivada de “valores” suprapositivos, da “idéia do direito” ou do “direito natural”.

No estado constitucional moderno, porém, a legitimidade tem status de direito positivo. O novo modelo permite formulá-la com clareza: legítima é a atuação do Estado, no nosso caso, uma lei, quando, com base no critério de aferição da constituição (1º grau) e pela via da ação legal (2º grau), as normas centrais e os princípios estruturais da constituição, bem como os textos constitucionais individuais afetados tiverem sido respeitados finalmente em termos de conteúdo (3º grau); e quando continua sendo permitida uma discussão aberta, livre, baseada em argumentos, sobre essas questões.

Isso – os critérios do primeiro grau mais os do segundo mais os do terceiro grau – é constitucionalidade *latiore sensu*^{*}. Ao lado disso o primeiro conceito continua tendo validade. De acordo com a constitucionalidade *strictiore sensu* a constituição é reconhecida como tendo *vigência* positiva. Toda a atuação estatal deverá ser medida com base nela.

Também no Brasil impôs-se desde 1988 paulatinamente a concepção de que *todas* as normas constitucionais são vinculantes, que a constituição na sua totalidade ou partes dela não são “meramente simbólicas” ou “meramente nominalistas”, conforme afirmara a tradição pré-democrática ou ditatorial.¹

A Constituição Brasileira de 1988 e a Lei Fundamental alemã de 1949 coincidem nesse tocante: na vigência normativa de toda a constituição e na aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (e.g. Arts. 1º a 3º e Art. 5º da CB, Art. 1º § 3 e Art. 20 da LF^{**}). A expressão mais nítida disso é o fato do Brasil ter instituído uma jurisdição constitucional que controla essa normatividade.²

Disso resulta o seguinte *esquema prático*:

(I) “Constitucional *strictiore sensu*”: para cada questão jurídica prática, a constituição deve ser o critério concreto de aferição, não apenas segundo a idéia, mas também efetivamente. Isso significa que no caso individual *todas* as prescrições constitucionais materialmente atinentes ao fato devem ser processadas corretamente; e não apenas algumas delas, selecionadas pelo tribunal, que silencia sobre as questões jurídicas mais desagradáveis do caso, igualmente agudas.

* Optei pelas expressões latinas *latiore sensu* (grau comparativo de *lato sensu*) e, mais além, *strictiore sensu* (grau comparativo de *stricto sensu*), pois a tradução portuguesa, ‘no sentido mais amplo/estrito’, é ambígua e pode expressar tanto o comparativo quanto o superlativo. [Nota do Tradutor]

¹ J.A. da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 1982 (2ª ed.), pp. 61 ss., 141 ss.; agora na 3ª ed. 1998; M. Neves. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1988; Id. *Symbolische Konstitutionalisierung*. 1998.

^{**} CB: Constituição da República Federativa do Brasil; LF: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha [Nota do Tradutor]

² Assim também claramente Wolf Paul. *Das Fortschrittsmodell der neuen Verfassung*, in: Id. (ed.) *Die Brasilianische Verfassung von 1988*. 1989, pp. 113 ss.

Se um tribunal, justamente também o STF, deixa “cair debaixo da mesa” uma ou várias dessas prescrições constitucionais, a própria sentença é in-constitucional *strictiore sensu* – e com isso, por sua vez, inconstitucional já no 1º grau do modelo de avaliação.

Em outras palavras: não só o legislador pode atuar de modo inconstitucional (quando ele não respeita a constituição), mas também o tribunal encarregado da guarda da constituição.

(II) Qualquer lei deve deixar avaliar-se pelo tribunal constitucional segundo o critério “constitucional *latiore sensu*”. A constituição foi aduzida como critério concreto de aferição (1º grau)? A ação do Estado – e.g. o procedimento legislativo nas duas câmaras do Congresso etc. – transcorreu no âmbito da legalidade ou fora dele (2º grau)? E: A lei é legítima ou ilegítima conforme a sua posição diante do direito constitucional material e conforme a sua posição diante das normas centrais da constituição (3º grau)?

Todos esses três estágios de avaliação devem ser considerados no controle das normas, pois as três camadas devem assegurar a vigência de uma constituição no Estado Democrático de Direito.

Até aqui as dimensões conceituais de “constitucionalidade” e “inconstitucionalidade”.

Falemos agora sobre as dimensões temporais da declaração de nulidade de uma lei em virtude da sua inconstitucionalidade.

Conforme previsto pelos organizadores desse congresso, explicitarei essas dimensões temporais com base no exemplo do direito alemão.

Parte II

Como o Brasil, a Alemanha é um Estado federativo. Os estados alemães individuais possuem os seus próprios tribunais constitucionais que examinam se as normas legais e infralegais do *respectivo estado* estão em congruência com a constituição estadual. Eles não podem controlar o direito federal, pois este em cada caso precede o direito estadual (Art. 31 da LF).

Falarei a seguir da instância central, do Tribunal Constitucional Federal. Ele possui competência de exame para

- o direito federal diante da Constituição Federal (isto é, diante da Lei Fundamental), para
- o direito estadual diante da Lei Fundamental da federação e para
- o direito estadual diante o direito federal restante, quer dizer, sobretudo diante de leis federais.

Quais são as possibilidades processuais aqui existentes de declarar a inconstitucionalidade de leis (federais ou estaduais)? Existem três tipos de casos:

- em primeiro lugar, o controle abstrato das normas (Art. 93 I 2 da LF, § 13 n° 6, 6a e §§ 76 ss. da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG), depois
- o controle concreto das normas (Art. 100 I da LF, § 13 n° 11, §§ 80 ss. do BVerfGG) e, por fim,
- a queixa constitucional, que pode dirigir-se também contra leis (Art. 83 I 4a, b da LF, § 13 n° 8a, §§ 90 ss. do BVerfGG).

Na queixa constitucional, um cidadão individual pode atacar uma lei. Caso o Tribunal Constitucional Federal julgue essa lei inconstitucional, será declarada a sua nulidade; essa decisão tem força de lei (§§ 93 c I 3, 95 III, 31 II do BVerfGG).

Os outros dois casos caracterizam-se da seguinte maneira:

No controle abstrato das normas o governo federal, um governo estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal poderão apresentar o pedido de exame. No controle concreto das normas já está correndo um processo, e.g. uma ação penal, cível ou trabalhista. Mas o tribunal considera inconstitucional uma prescrição que é crucial para a decisão. Nesse caso ele deve suspender o curso da ação e apresentar a questão ao tribunal constitucional.

Em ambos os casos as leis podem, na seqüência, ser declaradas inconstitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade conduz à declaração da nulidade da lei (§ 78 do BVerfGG) e essa decisão tem força de lei (§ 31 II do BVerfGG). Isso é uma intervenção direta do Judiciário no Legislativo, do Terceiro Poder no Primeiro. Nessa medida a norma central da *divisão* dos poderes é rompida. Mas o caso confirma a segunda função da divisão dos poderes, a saber, o *controle* recíproco dos poderes de Estado. A finalidade desse controle consiste em assegurar a constitucionalidade de toda a atuação do Estado – a serviço da supremacia e da vigência efetiva da constituição. Como as senhoras e os senhores sabem, essa idéia é ainda mais antiga do que a do “system of checks and balances” da Constituição Federal dos EUA de 1787; já Montesquieu buscou em “De l’esprit des lois” de 1748 o equilíbrio dos poderes e indicou como objetivo “que le pouvoir arrête le pouvoir”.

Não obstante, a declaração da inconstitucionalidade (e nulidade) continua sendo uma intervenção forte, razão pela qual o Tribunal Constitucional Federal empenha-se em evitá-la. Ela deve permanecer a *ultima ratio*, enquanto uma lei que parece inconstitucional também possa ser interpretada de outro modo como em conformidade com a constituição (a assim chamada *interpretação em conformidade com a constituição*). Isso é por assim dizer o *extremo da dimensão temporal*, cujas formas discutimos aqui: é a negação da sanção judicial de uma lei.³ “Não se abre uma dimensão temporal” à declaração de inconstitucionalidade, embora isso fosse possível (pois são defensáveis as duas interpretações da lei, como constitucional ou inconstitucional).

E depois ainda existe um outro grupo de possibilidades, com as quais o Tribunal Constitucional Federal tenta evitar a intervenção no Legislativo. Para os casos, nos quais a inconstitucionalidade é duvidosa, mas o tribunal deseja *suavizar* as conseqüências da declaração de nulidade, ele desenvolveu algumas soluções intermediárias; a situação jurídica seria “*apenas inconstitucional*” (sem declaração de

³ F. Müller. *Juristische Methodik*. 2002 (8ª ed.), cotas 100 ss. *et passim*.

nulidade); somente uma parte da lei seria nula; o estabelecimento de prazos de transição e o apelo ao legislador de constitucionalizar a situação jurídica nesse prazo.⁴ No último caso abre-se, por um lado, uma dimensão temporal à declaração de inconstitucionalidade – mas apenas para o futuro e *apenas transitoriamente*. Trata-se de uma variante muito interessante do nosso tema. Por enquanto (até o saneamento da deficiência pelo legislador) a lei é inconstitucional; mas isso – também por enquanto – não deverá produzir consequências, pois concede-se ao Legislativo a oportunidade para a restituição da constitucionalidade [Wiedergutmachung]. No Direito Penal isso lembra uma pena com suspensão condicional.

Visto na perspectiva da política constitucional, isso pode fazer sentido: diante da enorme complexidade da legislação atual, isso equivale a instalar por assim dizer uma divisão do trabalho entre a legislação e o Judiciário constitucional, para restaurar novamente a situação de constitucionalidade.

Já vemos agora que não somente as *conseqüências* temporais de uma tal decisão são elucidativas para nós, mas todas as suas *dimensões* temporais: apenas o passado – apenas o futuro – ou o passado e o futuro -, bem como, finalmente, até as opções: provisória ou definitivamente.

As dimensões temporais dessa decisão, ou ao menos as suas consequências práticas, estão regulamentadas juridicamente na Alemanha?

A resposta é: não na constituição, mas nas leis: no § 79 do BVerfGG que vale para todas as três espécies da declaração de inconstitucionalidade de leis – controle abstrato e concreto de normas, bem como queixa constitucional (cf. §§ 79, 82 I, 95 III 3 do BVerfGG).

Se o Tribunal Constitucional Federal opina que a lei examinada viola um direito hierarquicamente superior, ele declara a nulidade (§ 78 inc. 1 do BVerfGG). Essa decisão tem força de lei e produz, em princípio, efeito retroativo (*ex tunc*): todas as sentenças judiciais, decretos-leis e portarias administrativas que no passado foram promulgadas com base na norma nula não possuem mais nenhum fundamento jurídico. O mesmo vale até para eleições realizadas com base em uma lei eleitoral posteriormente sancionada.⁵ Só que isso *não* significa que todos esses atos jurídicos se tornem inválidos *ex post facto*. O que deve acontecer com eles rege-se segundo o direito processual ou procedimental da matéria jurídica afetada. De resto, continuam vigentes se ninguém inicia uma ação ou toma outra medida judicial qualquer.

Ocorre que o § 79 regulamentou matérias especialmente relevantes: contra sentenças penais que se baseiam em uma norma posteriormente declarada inconstitucional ou nula cabe a retomada de um processo. Mas decisões não mais impugnáveis nas outras áreas do direito remanescem “intocadas”; por conseguinte, não mais podem ser eliminadas. Se a partir delas ainda não tiver sido efetuado o procedimento da execução – e.g. no Direito Civil -, isso não poderá mais ocorrer a partir de agora. E caso no passado já tenha sido realizada uma execução a partir delas, essa prestação [Leistung] não mais poderá ser cobrada de volta, “pretensões resultantes de enriquecimento ilícito [...] estão excluídas” (§ 79 II 4).

⁴ V. nesse tocante com documentação da jurisprudência B. Pieroth. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. 1981, p. 258.

⁵ Cf. nesse tocante, com documentação comprobatória, K. Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1995 (20ª ed.), cota 688.

Nesses casos a dimensão temporal do passado é por assim dizer sustada, é bloqueada diante do futuro. Uma exceção – a abertura *facultativa* da dimensão futura – só vale para o Direito Penal. A razão é plausível, pois esse ramo do direito intervém de modo especialmente cortante nas relações pessoais e porque a pena envolve um juízo de desvalor sobre o comportamento humano – mas justamente com base em uma norma agora declarada inconstitucional.

O § 79 precisava solucionar o conflito entre a justiça no caso individual e a segurança jurídica objetiva – em uma constelação que abrange diversas dimensões temporais; em outras palavras, num caso clássico de *direito intertemporal*, que hoje é o tema dessa conferência.

Nos casos por mim citados – bloqueio do passado diante do futuro – o § 79 decidiu-se pela segurança jurídica e foi por isso elogiado pelo Tribunal Constitucional Federal. A corte extraiu até do § 79 um “princípio jurídico universal”, no sentido de “que uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado”.⁶

Especialmente elucidativa para o nosso tema é aqui uma discrepância de princípio, que se delineia sobre o fundo dessas regulamentações: por um lado se afirma que a decisão em princípio produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroativamente. Mas se olharmos mais de perto, resulta que para todas as ações judiciais *concluídas* no passado (com exceção das penais) deve valer o contrário. Assim tudo indica que a pergunta ‘com ou sem retroatividade?’ não pode ser respondida em termos unitários. As nossas dimensões temporais perdem o seu caráter absoluto – um fenômeno, de resto, também observável em outras ciências.

Isso nos conduz à contenda principiológica sobre a dimensão temporal da inconstitucionalidade.

Na tradição alemã – e não apenas nela – essa pergunta quase sempre é formulada da seguinte maneira: será que a declaração de inconstitucionalidade é um ato jurídico *constitutivo* ou apenas um ato jurídico *declaratório*? Ou, perguntando em outros termos: será que a lei, qualificada por assim dizer ontologicamente, foi inconstitucional desde sempre ou será que ela, vista por assim dizer em perspectiva jurídico-pragmática, só se torna inconstitucional agora, por força da decisão?

Na Alemanha a doutrina dominante afirma que a sentença é declaratória; ela somente enunciaria o que a lei *teria sido desde sempre*. Tal entendimento é puramente tradicional, não resulta do direito positivo. A doutrina declaratória das decisões judiciais foi desenvolvida na Inglaterra seiscentista e setecentista por Hale e Blackstone. Não logrou afirmar-se nem na Inglaterra, onde hoje predomina o entendimento de que decisões judiciais são constitutivas.

Por conseguinte, o *mainstream* alemão está aqui inequivocamente obsoleto; e isso, de resto, também com referência à teoria e metódica jurídica modernas, pois elas

⁶ BVerfGE 32, 389 (389); cf. também já BVerfGE 7, 194 (190); 11, 263 (265); 20, 230 (235 ss.); 37, 217 (262 s.); 53, 115 (130 s.) e a jurisprudência constante.

puderam mostrar⁷ que nenhuma decisão de um tribunal é apenas declaratória. Mas esse não é o nosso tema aqui.

O *mainstream* alemão afirma, portanto, que a dimensão temporal de uma declaração de inconstitucionalidade produz necessariamente efeitos no passado. O argumento principal contra esse entendimento resulta do direito vigente: *antes* da decisão do Tribunal Constitucional Federal *ninguém* pode invocar o argumento de que uma lei viola a constituição. Nenhum indivíduo, nenhuma associação ou partido ou empresa pode fazer isso. Nem mesmo um tribunal pode fazê-lo: “Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei [...], deverá suspender o processo e pedir [...] a apreciação do Tribunal Constitucional Federal [...]”, conforme está determinado até no plano da constituição (Lei Fundamental, Art. 100 I 1). *Em perspectiva jurídica*, a decisão é, portanto, *constitutiva*; somente a partir dela uma norma é considerada inconstitucional e podem ser extraídas conseqüências a partir dela.

Nada a ver com isso tem a outra pergunta pelas conseqüências que deverão resultar da declaração de nulidade. A resposta – na Alemanha, como já mencionei (§§ 78, 79 do BVerfGG) produz um quadro misto, e isso é muito esclarecedor. Conforme a matéria jurídica e o estado do processo, são determinadas diversas conseqüências. Já falei delas: nenhuma retroatividade nos Direitos Civil, Administrativo e Constitucional em ações julgadas; regulamentações diferenciadas de áreas individuais e.g. no Código Civil ou no Código de Processo Civil. Em contrapartida, retroatividade no Direito Penal – mas também aqui a sentença transitada em julgado não se torna automaticamente nula, como seria, no fundo, lógico para uma decisão “meramente declaratória”. A velha ação também não precisa ser retomada; apenas é “admissível a retomada do processo segundo as prescrições do Código de Processo Penal” (§ 79 I do BVerfGG). Por conseguinte, a questão “retroatividade ou não?” está até à disposição dos participantes do processo, anteriormente condenados.

Não pode ser plausível que a sentença do Tribunal Constitucional Federal é uma vez “constitutiva” e outra vez “apenas declaratória”, pois a tradição formula a pergunta de forma tão abstrata: ou uma, ou outra coisa. O *mainstream* simplesmente fracassa com a sua posição diante do direito vigente.

Enquanto *abstrata*, a pergunta é, bem considerada, uma questão metafísica; e nós discutimos aqui questões de ciência do direito. E aqui se evidencia, ao menos para a Alemanha, que a decisão de declaração da inconstitucionalidade de uma lei é constitutiva.

O erro de raciocínio da escola conservadora consiste no fato dela não distinguir as duas perguntas, pois agora depende da liberdade e responsabilidade políticas do Poder Legislativo enfrentar os seguintes problemas: prognosticar e avaliar que conseqüências a sentença pode produzir e produzirá na realidade social; e depois decidir quais dessas conseqüências podem ser toleradas e quais devem ser evitadas.

Formulando isso mais uma vez em outros termos: o legislador pode partir da hipótese de que a sentença do Tribunal Constitucional seria apenas declaratória (o que ele não faz na Alemanha) e, não obstante, estabelecer exceções para matérias individuais ou tipos individuais de casos e deixar que o efeito se produzisse somente no futuro. Ou

⁷ Fr. Müller. *Strukturierende Rechtslehre*. 1994 (2ª ed.); Id. *Juristische Methodik*. Vol. I. 2002 (8ª ed.), com numerosa documentação comprobatória da prática e da bibliografia especializada.

ele pode (como ocorre na Alemanha) considerar constitutiva a declaração da inconstitucionalidade de uma lei e não obstante deixar que os efeitos dessa declaração adentrem o passado em algumas constelações, como e.g. no Direito Penal.

Como sempre em questionamentos de natureza *pragmática*, o Legislativo faz uso da sua liberdade de configuração, resultando disso um quadro misto. Só problemas (pseudo-)metafísicos tendem a alternativas mutuamente excludentes.

De resto, a Corte das Comunidades Europeias (EuGH) trata também no *direito supranacional* das Comunidades Europeias a sua própria jurisprudência como constitutiva.⁸ Digo mais uma vez brevemente o que isso significa: a decisão sobre a inconstitucionalidade de leis produz um novo suporte fático para o presente e o futuro; as conseqüências atinentes aos pormenores podem ser regulamentadas pragmaticamente de um determinado modo ou também diferentemente, é claro que também com vistas ao passado.

Esse diagnóstico é corroborado por um grupo inteiramente distinto de casos. Refiro-me às muito interessantes assim chamadas ‘decisões apelativas’ [Appellentscheidungen]. Nelas o Tribunal Constitucional Federal apela ao legislador para que emende uma situação jurídica inconstitucional, altere-a em conformidade com a constituição. Normalmente o Judiciário simplesmente declararia a nulidade da norma em pauta. Mas aqui a inconstitucionalidade é de início apenas “constatada” enquanto suporte fático “objetivo” e tolerada por enquanto. Disso seguem então cláusulas como: essa situação jurídica “deve [...] ser tolerada apenas ainda até o dia [...]” (isto é, com a datação do prazo de um ano ou para o término de um determinado prazo) ou “deve ser alterada em conformidade com a constituição o mais tardar até o fim da legislatura corrente”.⁹ Como eu já disse, isso pode, diante da complexidade atual dos problemas, fazer sentido como forma da divisão do trabalho entre o Judiciário e a instituição de normas.

Mas o Tribunal Constitucional Federal pode também transgredir os seus limites, trair a sua tarefa propriamente dita. Tivemos um caso dessa natureza na Alemanha em 1997. Em pauta estavam os assim chamados “mandados excedentes” [Überhangmandate], isto é, mandatos diretos adicionais que um partido pode manter em eleições além da sua cota proporcional de votos. Aqui se constatou que em virtude da evolução populacional o número de distritos eleitorais em comparação com os estados da federação se configurava agora tão desigual que as prescrições em pauta na legislação eleitoral entrementes se tinham “tornado inconstitucionais”¹⁰ – eis o resultado do voto dos quatro juízes dissidentes. Os quatro outros juízes (a decisão foi cindida em quatro votos contra outros quatro votos!) também precisaram admitir: “O tamanho dos atuais distritos eleitorais é nitidamente desigual; o seu número nos Estados individuais não corresponde mais suficientemente à parcela populacional

⁸ V. nesse tocante B. Schima. *Zur Wirkung von Auslegungsentscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, in: B. Feldner & N. Forgó (eds.). *Norm und Entscheidung*. 2000, pp. 289 ss.

⁹ Sobre esse problema v. e.g. BVerfGE 33, 393 (347 s.); 34, 9 (43 s.); 45, 376 (377); 82, 126 (154 ss.); 87, 114 (135 ss.); 91, 389 (404 s.).- V. também e.g. Chr. Moench. *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*. 1977; J. Ipsen. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. 1980.

¹⁰ Bundesverfassungsgericht, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, pp. 1553 ss., 1558 ss.

desses estados”. Não obstante, esses quatro juízes (mais conservadores) não quiseram sancionar negativamente essa clara inconstitucionalidade. De acordo com a sua afirmação seria suficiente que o legislador pudesse regulamentar essa questão corretamente para a segunda próxima eleição para o Parlamento Federal em 2002.¹¹ Na democracia as eleições são o evento regular politicamente mais importante; e elas precisam ser realizadas regularmente. Por conseguinte, o tribunal aceitou nesse caso que as próximas eleições transcorressem em base inconstitucional. Tal decisão configurou um excesso de pragmatismo político e foi, ela mesma, inconstitucional.

Mas para o nosso tema da dimensão temporal esse tipo de decisão é altamente digno de nota. O fato da decisão não poder ser outra coisa senão constitutiva, salta aos olhos. Ela chega mesmo a ser voluntarista. Gera-se artificialmente um período no futuro (“do presente até o momento x”), para o qual deverá valer o seguinte: a inconstitucionalidade é de natureza apenas transitória, ela deve “ser tolerada por enquanto”. Ela chega a termo com a regulamentação correta pelo legislador em dois ou três anos ou no fim do período legislativo. Se o Legislativo não atende ao *apelo* do tribunal, a inconstitucionalidade se estabelece em caráter definitivo. Nessa figura extravagante da jurisprudência aparecem, por conseguinte, ainda duas peculiaridades intertemporais: o efeito definitivo da declaração provisória de inconstitucionalidade é *protelado*. E da declaração provisória da inconstitucionalidade (ainda) não podem ser extraídas inferências práticas; ela deve “ser tolerada por enquanto”. Pode-se afirmar também que essa inconstitucionalidade é – por enquanto – apenas virtual. Desse modo as dimensões temporais da decisão, sobre a qual estamos falando aqui, ampliam-se até para dentro do âmbito da *virtualidade*.¹²

Com isso o próprio Tribunal Constitucional Federal pode determinar concretamente a duração e a posterior reversão em *atualidade* e não designá-las apenas abstratamente.

Existe ainda um último grupo de casos que é instrutivo para o tema do dimensionamento temporal. Ele também foi desenvolvido pela jurisprudência e diz respeito à queixa constitucional contra leis. Diferentemente de atos administrativos ou sentenças de instâncias inferiores e médias não existe nenhum “recurso” [“Rechtsweg”] contra eles. Por conseguinte, a queixa pode ser apresentada a rigor imediatamente logo após a entrada em vigor da lei (§ 93 III do BVerfGG). Ocorre que a jurisprudência dos últimos anos ressaltou que seria melhor decidir sobre a constitucionalidade de uma norma somente no momento em que estivesse firmado com base em ao menos um caso concreto se e em que medida um cidadão seria atingido por essa norma. Isso deverá valer sobretudo, mas não apenas quando a lei deixa em aberto uma margem de apreciação, o que, de resto, quase sempre é o caso.

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal não quer apenas examinar o teor literal abstrato no texto legal, mas esperar até que pelo menos uma primeira decisão tenha operado com essa lei, implementando-a num caso jurídico. Essa jurisprudência é também muito digna de nota em termos de teoria do direito. Parte, com razão, do princípio de que uma decisão de um tribunal sempre é constitutiva e que o mero teor literal de uma nova prescrição, ainda não “aplicada”, ainda não representa o objeto concretamente normativo do exame de constitucionalidade.

¹¹ Ibid. p. 1557.

¹² Cf. Bundesverfassungsgericht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, p. 1286. V. a esse respeito Fr. Müller. *Juristische Methodik*. 2002 (8ª ed.), Seção 2.13.

Também aqui se abre de modo voluntarista e artificial uma nova dimensão temporal futuro adentro – pois, segundo a lei, a queixa constitucional no fundo é imediatamente admissível. De modo distinto do do grupo anterior de casos, não *virtualiza* aqui a inconstitucionalidade, mas já a pergunta se a norma é constitucional ou inconstitucional. Aqui o tribunal torna, por assim dizer, a sua própria decisão apenas virtual num primeiro momento, postergando-a. Não pode, porém, determinar por si o momento futuro, como nas ‘decisões apelativas’. O momento X somente pode ser circunscrito em termos abstratos: ele é o momento no qual (ao menos) o primeiro tribunal pronunciou a sua sentença sobre uma lei que depois será – ou também não – declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal.

Esse “ou também não” pode, portanto, fundamentar-se nas seguintes razões:

O tribunal constata a conformidade constitucional da prescrição examinada. Ou ele chega ao resultado oposto, interpretando-o, porém, em conformidade à constituição. Ou ele declara a referida prescrição apenas incompatível com a Lei Fundamental, sem anulá-la.¹³ Ou o Judiciário Constitucional decide “aceitar por enquanto” a inconstitucionalidade durante um período de transição e fixa um prazo que concede por assim dizer uma segunda oportunidade ao Legislativo. Ou ele, finalmente, espera com a prolatação do seu veredito até que ao menos um caso prático tenha sido decidido com base na lei em exame.

Esses desvios da rigorosa consequência “inconstitucionalidade >>> nulidade” têm sobretudo a finalidade de poupar o legislador; mais precisamente, de respeitar na medida mais ampla possível os processos da democrática “formação da vontade povo” (Art. 21 I da LF), situados por trás dos textos atacados das normas – não importa, quão multiplamente estes também possam ser mediados e institucionalmente prismados até a irreconhecibilidade, na realidade da atual democracia de partidos e interesses.

Traduzido por Peter Naumann

¹³ Assim a jurisprudência desde e.g. BVerfGE 33, 303 (347 ss.), 34, 9 (43 s.); explicação dos efeitos in BVerfGE 87, 114 (135 ss). Cf. outrossim e.g. H. Maurer. *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, in: *Im Dienst am Recht und Staat. Festschrift für W. Weber*. 1974, pp. 345 ss.)