

## OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O BUNDESVERFASSUNGSGERICHT\*

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Professor da UBN.  
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.  
Doutor em Direito pela Universidade de Münster (RFA)

I — Introdução. II — Pressupostos de Admissibilidade do Controle Abstrato de Normas — 1. Considerações Preliminares — 2. Ação, Direito de Propositura (legitimação para agir *in abstracto*) e Legitimação para Agir *in concreto* — 3. Objeto do Controle Abstrato de Normas — 4. Parâmetro do Controle Abstrato de Normas.

### I — Introdução

A ação direta pode ser proposta, se configurada dúvida (Zweifel) ou controvérsia (Meinungsverschiedenheit) sobre a compatibilidade formal ou material do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com disposição do direito federal (art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental e §§ 13, n. 6, e 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht).

As normas contidas no § 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht suscitam, todavia, inúmeras discussões, que condicionam a admissibilidade da ação a que

(\*) O presente trabalho integra tese de doutorado apresentada à Universidade de Münster — RFA (Semestre de inverno de 1990) para obtenção do grau de Doutor em Direito. Trabalho publicado na série *Schriften zum Öffentlichen Recht* da editora Ducker & Humblot, Berlim, 1991 (Título original: *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*). Tradução e adaptação do próprio autor.

um dos entes ou órgãos legitimados considere a lei nula ou a repete válida, após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter-se negado a aplicá-la sob a alegação de incompatibilidade com a Lei Fundamental ou com outras disposições do direito federal.

### II — Pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas

#### 1. Considerações preliminares

O processo de controle abstrato de normas é instaurado mediante provocação do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal (Bundestag).

Como referido, a ação é admissível se configurada dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com o direito federal (art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental e §§ 13, n. 6, § 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht).

Esse complexo normativo suscita uma série de questões relacionadas com os pressupostos de admissibilidade: Qual o significado do princípio do pedido (Antragsprinzip)? Que objetivo deve ser perseguido pelo autor? Deve existir interesse jurídico para que se provoque o Bundesverfassungsgericht no controle abstrato de normas? Que são dúvidas ou controvérsias? Quando se configuram? Que se entende pela expressão “direito federal e direito estadual”? Como deve o Bundesverfassungsgericht comportar-se em face do direito da comunidade européia? Quais os parâmetros para aferição da constitucionalidade de uma lei? É admissível a declaração de inconstitucionalidade por ofensa a princípios suprapositivos de direito?

#### 2. Ação, Direito de Propositura (legitimação para agir *in abstracto*) e Legitimação para agir *in concreto*

##### 2.1 Princípio do pedido e ação

###### 2.1.1 Considerações preliminares

O Bundesverfassungsgericht somente atua mediante provocação. O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação de órgão decisório como um Tribunal. A forma judicial constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político.<sup>1</sup> Enquanto o Parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei,<sup>2</sup>

1. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 6; Cf. também Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (296); Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 222.

2. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 222.

no Bundesverfassungsgericht é vedado tomar iniciativas próprias.<sup>3</sup>

Essa orientação aplica-se, igualmente, à revisão de jurisprudência, que não pode ser levada a efeito por iniciativa própria do Tribunal,<sup>4</sup> ainda que com o objetivo de corrigir eventual equívoco. Portanto, o princípio do pedido expressa uma característica e um pressuposto da função passiva de guardião da Constituição desempenhada pelo Bundesverfassungsgericht.<sup>5</sup> Como observado por Hesse, a exigência de provocação impõe restrições à jurisdição constitucional,<sup>6</sup> consagrando-se, assim, uma proteção contra sua eventual supremacia.<sup>7</sup>

##### 2.1.2 O princípio do pedido e a desistência da ação

Segundo a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, a desistência da ação não leva, necessariamente, à extinção do feito.<sup>8</sup> Contra a extinção do processo militam razões de ordem pública que estariam em perfeita compatibilidade com o “caráter oficial” do processo.<sup>9</sup>

Essa orientação do Tribunal tem provocado intensa controvérsia doutrinária. A propósito, observa Friesenhahn que “a

3. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 124.

4. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 124.

5. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 307.

6. Hesse, K., *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Ausgewählte Schriften*, p. 312, und *Grundgesetz*, in: vol. I, p. 292 (307); Kimminich, *Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung*, in: *Auf dem Weg zum Richterstaat*, p. 65.

7. Söhn, *Die abstrakte Normen-Kontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht*.

8. BVerfGE 1, 396 (414); 8, 183 (184); 25, 308 (309).

9. BVerfGE 1, 396 (414); 8, 183 (184); 25, 308 (309).

Lei do Bundesverfassungsgericht não pode permitir outra conclusão senão a de que tanto a instauração do processo, quanto o seu prosseguimento dependem da vontade do ente legitimado”, tendo plena aplicação aqui “o princípio da disposição”.<sup>10</sup>

Esse entendimento não deve ser acolhido. A própria natureza do processo de controle abstrato de normas está a indicar que o autor não persegue aqui interesse próprio nem busca a defesa de uma posição jurídica individual.<sup>11</sup>

Por isso, a exigência de um estado de incerteza, expresso na configuração de dúvida ou controvérsia, não impõe que os titulares do direito de propositura participem da situação controvertida ou sejam os portadores da dúvida quanto à legitimidade do ato normativo.<sup>12</sup> A petição inicial é, em determinada medida, “momento acidental”, sendo objeto do processo a validade ou a invalidade da lei e não eventual dúvida suscitada.<sup>13</sup> Tal como admitido por Friesenhahn,<sup>14</sup> o re-

10. Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 99; No mesmo sentido, também, Wolf, G., Allgemeine Prozessgrundsätze im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl, 1966, 884 (888).

11. Stephan, B., Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 147-148; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (310).

12. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (310); Cf. também Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 150; no mesmo sentido também, BVerfGE 1, 208 (219-220); 1, 396 (407 e 414); 20, 350 (351).

13. Cf. Koch, H., Prozessführung im öffentlichen Interesse, p. 195-196 und 109, Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (309); Renck, L., Probleme der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, NJW 1980, p. 1022 (1025); Idem, Dogmatik der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, BayVBl. 1979, p. 225 (227 s.).

14. Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, Jura, 1982, p. 505 (509).

querente instaura o processo objetivo como advogado da Constituição (Verfassungsanwalt).

É de aceitar-se, por isso, a idéia de que o interesse no esclarecimento da questão pode subsistir ao eventual pedido de desistência.<sup>15</sup> Deve-se, pois, concordar com o Bundesverfassungsgericht quando recusa dar por encerrado processo em face do simples pedido de desistência.<sup>16</sup> É verdade, todavia, que o pedido de desistência indica, em princípio, a falta de interesse público no prosseguimento do feito.<sup>17</sup>

### 2.1.3 Forma do pedido

A Lei do Bundesverfassungsgericht não fixa qualquer prazo para a propositura da ação de controle abstrato de normas. Aplica-se, pois, o disposto no § 23 da referida lei, exigindo-se que a petição, adequadamente deduzida, contenha a fundamentação e deixe reconhecer uma determinada pretensão. Deve-se demonstrar, ainda, o preenchimento do requisito estabelecido no § 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht, para instauração do processo.<sup>18</sup>

## 2.2 Do Direito de Propositura ou da Legitimação para agir in abstracto

### 2.2.1 Considerações preliminares

Da resposta à questão sobre quem deve propor a ação perante a Corte Constitucional depende, em primeira linha, a

15. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 68.

16. Nesse sentido, Cf. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 292 (309-310); Ver também Engelmann, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, p. 39-40; Geiger, W., Einige Besonderheiten im verfassungsrechtlichen Prozess, p. 12.

17. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 205.

18. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 60.

garantia e a efetividade da jurisdição constitucional.<sup>19</sup> Por isso, é de suma importância a decisão sobre os entes autorizados a propor o controle abstrato de normas. Uma limitação do direito de propositura poderia retirar a eficácia do controle abstrato de normas.<sup>20</sup> Por outro lado, uma legitimação ampla importaria, inevitavelmente, numa sobrecarga de trabalho para o Tribunal, com queda da qualidade de seus julgados e a obrigação de ocupar-se de questões de importância menor.<sup>21</sup>

Portanto, a decisão sobre a amplitude do direito de instaurar o controle abstrato de normas é significativa para conformação e para o significado desse processo em diferentes países. A Constituição austríaca de 1920 que, pela primeira vez, outorgou a competência para o controle de normas a um Tribunal Constitucional, assegurou inicialmente o direito de propositura, no controle abstrato de normas, apenas ao Governo Federal, no tocante às Constituições Estaduais, e aos Governos Estaduais, no que respeita às leis federais (art. 140, I). Essa idéia correspondia à concepção kelseniana, que atribuía ao processo de controle abstrato de normas peculiar

19. Cf. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL; 5 (1929), p. 30 (74).

20. Bom exemplo resulta das Constituições brasileiras de 1946 e de 1967/69, que outorgaram ao Procurador-Geral da República o monopólio da provocação ao Supremo Tribunal. O resultado insatisfatório dessa experiência deve-se não apenas ao fato de ter sido conferido o direito de ação a um único órgão, mas também à falta de independência desse órgão na ordem constitucional.

21. Cf. também, Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (74). A Constituição da Baviera de 1946 admitiu a ação popular contra lei ou regulamento que limite, inconstitucionalmente, direito fundamental.

significado como instrumento federativo.<sup>22</sup> Emenda Constitucional de 1975 assegurou também à minoria parlamentar qualificada o direito de propositura do controle abstrato de normas (art. 140, I, da Constituição austríaca).

A Constituição de Portugal, de 1976, introduziu, igualmente, sistema de controle abstrato de normas, assegurando ao Presidente da República, ao Presidente da Assembléia da República, ao Primeiro-Ministro, ao Provedor de Justiça, ao Procurador-Geral da República, assim como a um décimo dos Deputados à Assembléia da República o direito de propositura (art. 281, II). Também os Ministros da República, as Assembléias Legislativas Regionais, os Presidentes das Assembléias Legislativas Regionais, os Presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional podem instaurar esse controle com o objetivo de aferir eventual lesão ao direito das regiões autônomas ou com o propósito de ver declarada a ilegalidade em face do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República (art. 281, II).

Segundo a Constituição Espanhola de 1978, podem requerer a instauração do controle abstrato de normas o Ministro-Presidente, cinquenta membros da Câmara dos Deputados, cinquenta Senadores, bem como os representantes das Assembléias Legislativas das comunidades autônomas, no que diz respeito à sua autonomia (art. 162, § 1.º, a). A lei de organização do Tribunal Constitucional estabelece, todavia, que a ação deve ser proposta no prazo de três meses, a partir da data da publicação da lei ou da disposição com força de lei (art. 33). Decorrido esse prazo, somente se pode questionar a constitucionalidade de uma lei através do controle concreto de nor-

22. Cf. Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 194.

mas ou de outra modalidade processual.<sup>23</sup>

Não se pode olvidar, outrossim, que a outorga do direito de propositura a qualquer um do povo poderia satisfazer os fins de um processo objetivo.<sup>24</sup> Assinale-se, porém, que contra a ação popular de inconstitucionalidade suscitaram-se inúmeras objeções, relacionadas com a sobrecarga para o Tribunal incumbido de examinar as questões levantadas, e com a excessiva judicialização do processo político.

### 2.2.2 Acesso limitado

A Lei Fundamental de Bonn fixa, expressamente, os órgãos autorizados a propor o controle abstrato de normas (art. 93, § 1.º, n. 2).<sup>25</sup> Como enunciado, são o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço dos membros do Parlamento Federal (art. 93, I, n. 2).

Essa limitação do direito de propositura destina-se a evitar uma ampliação excessiva do controle abstrato de normas, que

23. Cf., a propósito, Weber, A., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, JöR 34 (1985), p. 245 (254).

24. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (74); cf. também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 296; Renck, L., Bundesrecht als Maßstabsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren?, DöV, 964, I (4); Cf. sobre a ação popular da Baviera (art. 98); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 242-243.

25. Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 13 Meyer, W., in: von Münch, Grundgesetz — Kommentar, art. 93, n. 40; Pestalozza, Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 207; Verfassungsprozessrecht, p. 67; von Mutius, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 1987, p. 534 (537); Cf. também BVerfGE 1, 184 (196), 21, 52 (53), 32, 42 (43 f).

sobrecarregaria, inevitavelmente, o Bundesverfassungsgericht.<sup>26</sup> Essa limitação cumpre, assim, uma função seletiva.<sup>27</sup> Realça-se, por outro lado, o significado político desse processo, uma vez que a outorga do direito de propositura apenas aos órgãos centrais do Governo e a uma qualificada minoria parlamentar limita a atuação do Bundesverfassungsgericht aos casos mais relevantes.<sup>28</sup>

Ao contrário da formulação constante do art. 93, I, n. 1, da Lei Fundamental, que não define precisamente o círculo de órgãos federais e outros participantes do conflito entre órgãos, a enumeração dos titulares do direito de propositura no art. 93, I, 1.º, n. 2, da Lei Fundamental é cerrada (*numerus clausus*). Uma ampliação do círculo de entes legitimados mediante fórmulas interpretativas configuraria afronta contra uma decisão fundamental do constituinte.<sup>29</sup>

O Bundesverfassungsgericht já teve oportunidade de rejeitar tentativa de modificação. O direito de propositura não pode

26. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 14; Stern, Bonner Kommentar (2.ª tiragem), Art. 93, n. 208; Söhn, Die Abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (297); Cf. também Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (73-74). Na opinião de Kelsen, a garantia mais apropriada seria a ação popular. O perigo de uma enorme sobrecarga de trabalho para o Tribunal, decorrente sobretudo de ações voluntaristas, não recomendava a adoção desse sistema (op. cit., p. 74).

27. Stern, Bonner Kommentar (2.ª Tiragem), Art. 93, n. 208.

28. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (297); Stern, Bonner Kommentar (2.ª tiragem), Art. 93, n. 208.

29. BVerfGE 1, 184 (196-197); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 209; Meyer, W., in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 93, n. 40; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 2 und 29.

ser ampliado mediante analogia, com a alegação de uma necessidade objetiva, uma vez que, dessa forma, acabar-se-ia por emprestar à jurisdição constitucional limites mais amplos do que aqueles expressamente traçados na Lei Fundamental.<sup>30</sup>

É de considerar-se, todavia, a eventual possibilidade de ampliação dessa legitimação com base no art. 93, II, da Lei Fundamental, e do § 33, n. 15, da Lei orgânica do Tribunal.<sup>31</sup>

Não se pode deixar de perceber que existe uma certa casualidade na definição dos entes legitimados. Pode-se supor que o sistema de *checks and balances* permitiria outorgar essa faculdade especial a outros órgãos igualmente relevantes,<sup>32</sup> tal como demonstra o desenvolvimento constitucional em diversos países.<sup>33</sup>

Uma análise histórica demonstra que o art. 13, II, da Constituição de Weimar, que outorgou o direito de propositura às autoridades competentes do Governo Central (Reich) e dos governos estaduais, é pelo menos parcialmente a fonte histórica do controle abstrato, previsto no art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental.<sup>34</sup>

30. BVerfGE 21, 52 (53-54).

31. Cf., a propósito, Maunz, in: Maunz, dentre outros, Lei do Bundesverfassungsgericht, § 13, n. 105, que sustenta que o legislador poderia ampliar a competência material prevista no art. 93, I ou o círculo de entes legitimados consagrado no art. 93, II, da Lei Fundamental, valendo-se da expressa autorização que lhe foi conferida pela Constituição.

32. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 209; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (297).

33. Como ressaltado acima, as diferentes conformações conferidas ao processo de controle abstrato de normas nos diferentes países confirmam que a decisão sobre os entes legitimados não observa uma ordem lógica, sendo condicionada pela própria experiência histórica.

34. Söhn (Die abstrakte Normenkontrolle) ressalta que o art. 13, II, da Constituição de Weimar deve ser considerado o predecessor parcial do art. 93, I, da Lei Fundamental.

O direito de propositura do Governo Federal e do Governo Estadual previsto no art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, constava do art. 44, do Projeto de Herrenchiemsee, que previa, em caso de controvérsia entre o Estado e a União sobre a compatibilidade do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com o direito federal, uma decisão do Bundesverfassungsgericht mediante requerimento da União ou de um Estado.<sup>35</sup> A outorga do direito de propositura a um terço dos membros do Parlamento Federal decorreu de proposta parlamentar no âmbito da "Comissão para o Tribunal Constitucional e para a Jurisdição".<sup>36</sup>

### 2.2.3 Direito de propositura, interesse jurídico do autor, necessidade de controle

O número limitado de requerentes, os objetivos e a conformação do processo do controle abstrato parecem dispensar a demonstração do interesse jurídico específico do autor como pressuposto de admissibilidade do controle de normas.

*De lege ferenda*, poder-se-ia cogitar da conveniência de limitar o direito de propositura. Evitar-se-ia, assim, o surgimento de algumas situações peculiares, como a admissibilidade da ação do Governo de um Estado-Membro dirigida contra norma de outro ente federado, ou dirigida contra lei federal, que se revela incompatível com determinado direito fundamental, ou, ainda, a aferição de constitucionalidade de normas estaduais mediante provocação de parlamentares federais.<sup>37</sup>

35. Cf. Jahrbuch des öffentlichen Rechts — JöR vol. I (1951), p. 669 s.; Ver, também, Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (297-298).

36. Bericht über den Verfassungskonvent von Herrenchiemsee 10 — 23.4.1948.

37. Cf. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 45 s.

A possibilidade de impugnação direta de inconstitucionalidade de lei estadual mediante pedido de outra entidade federada fora suscitada na época de Weimar, ensejando controvérsia sobre a interpretação do art. 13, II, da Constituição. Enquanto Mende identificava um "interesse justificado" na aferição da constitucionalidade de direito de outro Estado-Membro,<sup>38</sup> sustentava Flad a opinião de que semelhante legitimação acabaria por fornecer ao Estado uma espécie de ação popular,<sup>39</sup> com consequências políticas indesejáveis e desagregadoras. O Tribunal Supremo da Alemanha (Reichsgericht) pôde deixar essa questão sem resposta na arguição de inconstitucionalidade formulada pelo Estado da Baviera contra uma lei do Estado da Turingia (Gothaisches Konfiskationsgesetz), uma vez que ação semelhante havia sido proposta pelo Ministro do Interior do Reich (Governo Federal).<sup>40</sup>

38. Mende, H., Die Aufhebung des Gothaischen "Konfiskationsgesetzes" durch das Reichsgericht auf Grund des Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung, AöR NF 10,248 s.

39. Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesexekution, p. 41; Cf. também Merk, W. Verfassungsschutz, p. 499. A argumentação relativa à ação popular revela-se inconsistente, uma vez que, como ressaltado por Babel (Abstrakte Normenkontrolle, p. 49), a aferição de constitucionalidade de norma de outra unidade federada mediante provocação de determinado Governo estadual não corresponde a uma ampliação do processo de controle abstrato, nem o transforma em autêntica ação popular. Por outro lado, o uso do termo "legitimação" não se afigura adequado, uma vez que essa idéia está vinculada à concepção de necessidade de proteção jurídica (Rechtsschutzbedürfnis) ou de lesão jurídica (Rechtseingriff). O próprio Flad teve oportunidade de ressaltar alhures que o requerente "não necessitava de demonstrar um peculiar interesse jurídico para a instauração do processo" (op. cit., p. 40).

40. RGZ 111, 123 s.

O art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, não parece autorizar uma limitação do direito de propositura. Mesmo as vozes que, como Friesenhahn,<sup>41</sup> defendem uma limitação do direito de um Estado-Membro impugnar normas de outro, têm de reconhecer que a Constituição não fornece base para essa restrição.<sup>42</sup> Eventual limitação já foi levada a efeito pelo constituinte, ao fixar expressamente os titulares do direito de propositura.

O processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse de toda a comunidade.<sup>43</sup> Por isso, pôde Friesenhahn constatar, corretamente, que o autor atua, no processo do controle abstrato de normas, como autêntico "advogado da Constituição" (Verfassungsanwalt).<sup>44</sup> A participação no processo de elaboração da lei questionada e a configuração de um interesse jurídico específico não constituem pressupostos para a instauração do processo do controle abstrato de normas.<sup>45</sup> A admissibilidade de processo de controle abstrato de normas está apenas vinculada a um interesse público de esclarecimento ou a uma necessidade pública de

41. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, p. 37, nota 88.

42. Cf. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (306).

43. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (306); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 219.

44. Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, Jura 1982, p. 505 (509).

45. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (306); Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 147 s.; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, p. 173 e 219.

controle.<sup>46</sup> Somente dessa forma pode o controle abstrato de normas cumprir seu mister enquanto instrumento de controle.<sup>47</sup>

#### 2.2.4 A propositura da ação e sua problemática

O Governo Federal exerce o direito de propositura através do Ministro titular da pasta competente para tratar do assunto, com base numa resolução do Gabinete.<sup>48</sup> Fundamental para a propositura da ação através de um Governo Estadual são as disposições da Constituição do Estado-membro (Land).<sup>49</sup> Um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do art. 121, da Lei Fundamental, significa um terço do número de membros legalmente fixado.<sup>50</sup>

#### 2.3 Legitimação para agir in concreto: a condição relativa à existência de dúvida ou de controvérsia sobre a constitucionalidade da lei

##### 2.3.1 Considerações preliminares

Tal como ressaltado, a Lei Fundamental exige, para a instauração do controle

46. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (304); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 68-69; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, p. 173 and 219; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 150.

47. Cf. também Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (80).

48. §§ 18 und 19 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil — GGO II — reproduzida in Lechner Hulshoff, Parlament und Regierung, München 1971, p. 414 s.

49. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 212; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 47.

50. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, 76, n. 48; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 121, n. 2.

abstrato de normas, a configuração de dúvida (Zweifel) ou controvérsia (Meinungsverschiedenheit) sobre a compatibilidade da lei federal com a Constituição ou da lei estadual com a Constituição ou o direito federal (LF, art. 93, I, n. 2). Ao disciplinar essas condições no plano processual, consagrou o legislador ordinário que ação seria admissível se um dos titulares do direito de propositura considerasse a lei nula (§ 76, n. I, da Lei do Bundesverfassungsgericht), ou a considerasse 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 o direito federal (Lei do Bundesverfassungsgericht, § 76, n. 2).

Portanto, a configuração de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade da norma é um dos pressupostos da admissibilidade do processo de controle abstrato de normas (art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental). O conceito de dúvida ou de controvérsia já fora utilizado no art. 13, II, da Constituição de Weimar. Segundo a doutrina então dominante, não se afigurava relevante saber quem suscitara a "dúvida" ou onde ela surgira. A validade de uma disposição do direito estadual podia ser questionada tanto por uma autoridade federal quanto por autoridade estadual.<sup>51</sup> Não se exigia, igualmente, que a dúvida tivesse sido suscitada pelos órgãos superiores da administração.<sup>52</sup>

Além da referência no art. 93, I, n. 2, relativo ao controle abstrato de normas,

51. Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesexekution, p. 40; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, p. 103; Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern Streitigkeiten, p. 67; Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, p. 111.

52. Cf. Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution, p. 39-40; opinião diversa é sustentada por Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, p. 67.

as expressões “dúvida” e “controvérsia” são utilizadas em outras disposições da Lei Fundamental. A expressão “controvérsia” é mencionada também no art. 93, I, n. 3, a propósito dos conflitos federativos e no art. 126, da Lei Fundamental. Já na Constituição de Weimar foi essa expressão utilizada em diferentes acepções.<sup>53</sup>

Configura-se uma controvérsia se dois órgãos, antes ou pessoas sustentam diferentes posições sobre uma mesma questão jurídica.<sup>54</sup> Essa definição demonstra que o conceito de controvérsia abrange, também, o conceito de lide (Streitigkeit) que, nesse caso, se refere à subsistência ou não de uma situação jurídica.<sup>55</sup> As partes dessa controvérsia cuidam, fundamentalmente, da defesa de seus próprios interesses.<sup>56</sup>

No processo de conflito entre órgãos (art. 93, I, n. 1, da Lei Fundamental), decide o Bundesverfassungsgericht sobre a interpretação da Lei Fundamental em razão de controvérsias relativas à amplitude de direitos ou obrigações de um dos órgãos superiores da administração e de outros entes igualmente legitimados. Aqui tem-se uma lide em sentido estrito, uma vez que se trata de questão relativa a direitos e obrigações dos órgãos superiores federais.<sup>57</sup> Nos termos do art. 93, I, n. 3, da Lei

53. Cf., a propósito, arts. 15, 19, 90, 57 e 13, II da Constituição de Weimar; Ver também, Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, p. 43-44.

54. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 17.

55. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, p. 43-44; Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesexekution, p. 41; Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 17.

56. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 17.

57. Cf. Lorenz, D., Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 225 (235).

Fundamental, decide o Bundesverfassungsgericht sobre direitos e obrigações da União e dos Estados. No art. 93, I, n. 4, refere-se a Lei Fundamental a controvérsias com as seguintes palavras: “outras lides de direito público”. Com base na expressão literal desse dispositivo, pode-se afirmar que a Lei Fundamental não procede a diferenciação entre controvérsia (Meinungsverschiedenheit) e lide (Streitigkeit).

A Lei Fundamental utiliza, também no art. 126, a expressão controvérsia. Aqui ela constitui pressuposto da decisão do Bundesverfassungsgericht sobre a subsistência do direito pré-constitucional como direito federal. Se se trata efetivamente de lide em sentido estrito ou não, é difícil dizer, uma vez que o art. 126 não se refere aos eventuais requerentes. Von Mangoldt sustenta que a “controvérsia” prevista no art. 126 da Lei Fundamental somente poderia desenvolver-se entre órgãos constitucionais, seria, portanto, uma lide constitucional.<sup>58</sup> Ao contrário, sustenta Holtkotten que a expressão controvérsia se refere a conflitos concretos, mas o requerente não precisa ter deles participado.<sup>59</sup>

A expressão “dúvida” é referida no art. 100, II, da Lei Fundamental:

“Se existe dúvida numa controvérsia jurídica sobre se uma regra de direito público internacional integra o direito federal, então deve-se submeter a questão ao Bundesverfassungsgericht.”

Da expressão literal dessa disposição depreende-se que a dúvida há de ser suscitada por ocasião de uma controvérsia jurídica.<sup>60</sup>

Essas considerações estão a demonstrar que as expressões dúvida e contro-

58. Vom Mangoldt, Bonner Grundgesetz, 1.ª ed., 1953, art. 126, Nota 2.

59. Holtkotten, Bonner Kommentar, art. 126, Nota 113 a e b.

60. Lechner, BVerfGG, § 13, n. 12 (3 e 4); Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 20.

vérsia, na Lei Fundamental, não devem ser associadas, necessariamente, a conflitos jurídicos ou a uma lide.<sup>61</sup>

Do disposto no art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, pode-se depreender que a instauração do controle abstrato de normas depende da existência de discussões ou de diferentes opiniões sobre a constitucionalidade da lei. Esse estado de insegurança jurídica configuraria um indício da incompatibilidade da lei com a Constituição que justificaria a atuação do Bundesverfassungsgericht.<sup>62</sup>

Como referido, o § 76 da Lei Fundamental estabelece quem deve ter dúvida ou quem deve participar da controvérsia sobre a validade de uma norma. O art. 93, I, n. 2, ao contrário, não precisa de portadores da dúvida ou os partícipes da controvérsia.

Deve-se indagar, portanto, se o § 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht é compatível com a Lei Fundamental.

Essencial, todavia, é a definição precisa dos conceitos de dúvida e controvérsia e a identificação do significado desses pressupostos para o controle de normas.

### 2.3.2 Explicitação conceitual: Dúvida e Controvérsia

#### 2.3.2.1 Dúvida (Zweifel)

A expressão dúvida pressupõe uma opinião hipotética que traduz insegurança sobre a validade da lei.<sup>63</sup> Não se

61. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 20.

62. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 53 e 56; Ver também Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, p. 173; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 150; Lechner sustenta opinião segundo a qual os pressupostos processuais devem preencher a função de “interesse jurídico específico” (op. cit., p. 110-111).

63. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 54.

exige<sup>64</sup> uma opinião definitiva ou a negação da legitimidade da norma, tal como admitido por Schumann.<sup>65</sup> Aquele que tem dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma não nega, definitivamente, a sua legitimidade.

Também uma análise sistemática da Constituição fala em favor dessa interpretação. A Lei Fundamental distingue, no art. 100, de forma nítida, a exigência de uma convicção (“considerar inconstitucional”) (für verfassungswidrig-Halten) (art. 100, I) da dúvida (art. 100, II). A dúvida não pressupõe a convicção sobre a inconstitucionalidade da norma. Afigura-se suficiente, portanto, admitir seriamente a possibilidade de sua configuração.<sup>66</sup> Insuficientes se mostram, porém, tal como ressaltado pela doutrina, indagações de índole meramente teóricas.<sup>67</sup>

Desse ponto de vista há de se concordar com Stern quando afirma que “dúvida é mesmo do que convicção e mais do que simples hesitação” (Zweifel sind weniger als Überzeugung und mehr als Bedenken).<sup>68</sup>

As dúvidas caracterizam-se pelo fato de não exigirem mais de um “portador”, o que, igualmente as diferencia das “con-

64. Schumann, E., Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, p. 72.

65. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 54; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 217.

66. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 65; Cf. também Bachof, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem Verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87, p. 1 (24).

67. Schumann, E., Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, p. 76; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 217; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, p. 150; von Mutius, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 1987, p. 534 (539).

68. Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 239.

trovérias” (Meinungsverschiedenheiten).<sup>69</sup>

### 2.3.2.2 Controvérsia (Meinungsverschiedenheit)

O conceito de “controvérsia” pressupõe divergência objetiva entre pessoas diversas.<sup>70</sup> Já no tempo de Weimar foi essa expressão interpretada de tal modo que se mostrava suficiente a simples existência de diversidade de opinião entre pessoas diferentes. Segundo a opinião dominante,<sup>71</sup> era dispensável que a controvérsia se estendesse aos entes legitimados a propor a ação. Também não se fazia necessário que se tratasse de uma controvérsia sobre posições jurídicas ou sobre direitos subjetivos. Uma controvérsia pode conter uma lide.<sup>72</sup> Nela devem estar presentes, pelo menos, duas posições divergentes, uma que contesta a constitucionalidade da norma ou pelo menos a coloca em dúvida e outra, que sustenta a sua legitimidade.<sup>73</sup>

69. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 54.

70. Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 43-44; Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, p. 103.

71. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, p. 103-104; Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 40; Morstein Marx, Art. 13, II der Reichsverfassung und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit, *AöR* 45 (1924), p. 218 (221 nota 12); Jerusalem, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, p. 112; Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 67. Triepel defendia a opinião de que a dúvida ou controvérsia haveria de imperar em algum lugar de relevo. Cf., a propósito, supra, Parte B, II, 2, a, bb.

72. Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 15, 44 und 66; Schumann, *Verfassungs- und Menschenrechtsverfassungsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, p. 73.

73. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 54 e 17; Schumann, E., *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, p. 72-74; Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, n. 216.

2.3.3 Finalidade dos pressupostos relativos à configuração de dúvida ou de controvérsia

O controle abstrato de normas destina-se, precipuamente, à defesa da Constituição e da ordem federal, devendo criar segurança jurídica ao permitir o controle da constitucionalidade do direito estadual e federal independentemente de qualquer situação concreta.<sup>74</sup> Segurança jurídica resulta tanto da constatação da inconstitucionalidade da norma (finalidade negativa), quanto do reconhecimento da sua constitucionalidade.<sup>75</sup> Embora o controle abstrato de normas possa ser instaurado independentemente de qualquer interesse jurídico específico, a Constituição obsta a utilização desse instrumento de forma abusiva. Apenas a existência de um conflito ou de uma situação de insegurança, expressa pela configuração de dúvida ou controvérsia justifica a instauração do processo. O surgimento de um estado de dúvida leva à necessidade de um esclarecimento judicial e assegura que a jurisdição constitucional não seja mobilizada para apreciar questões irrelevantes.<sup>76</sup> Presentes esses pressupostos, estará então demonstrado que há interesse público ou necessidade pública de controle.<sup>77</sup>

A exigência sobre a configuração de dúvida ou de controvérsia (Lei Fundamental, art. 93, I, n. 2) deve impedir, portanto, que o Tribunal venha a ocupar-

74. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (294); Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 54.

75. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (294).

76. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 56.

77. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (301, 304-305); Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 56-57; Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, n. 218.

se apenas de questões teóricas, sem maior significado prático.<sup>78</sup> Assim, tal exigência e configuração concretiza uma necessidade de decisão ou uma necessidade de controle (*Entscheidungs — oder Kontrollbedürfnis*).<sup>79</sup>

### 2.3.4 Sobre a constitucionalidade do § 76 da Lei Orgânica da Corte Constitucional

#### 2.3.4.1 Considerações preliminares

Para exame da constitucionalidade exige o § 76 da Lei do Bundesverfassungsgericht que um dos entes legitimados considere a norma questionada nula ou inconstitucional. A ação é admissível, também, se um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou dos Estados deixar de aplicar a norma por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental ou com disposição do direito federal ordinário e o autor considerá-la amplamente compatível com a ordem constitucional. Esses requisitos parecem mais rigorosos do que o estabelecido no art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental.

Não obstante, a restrição legal poderia ser justificada se a Constituição contivesse autorização para que o legislador disciplinasse o art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental. Essa autorização poderia estar contida no art. 94, II, da Lei Fundamental, que estabelece que lei federal deverá regulamentar a organização e o processo do Tribunal Constitucional.<sup>80</sup>

78. Stephan, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, p. 150; Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 56-57.

79. Goessl, *Organstreitigkeit innerhalb des Bundes*, p. 173; Stephan, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, p. 150. Qualquer tentativa com o propósito de substituir a “necessidade de proteção jurídica” (*Rechtsschutzbedürfnis*) pelos conceitos de “dúvida” ou de “controvérsia”, tal como pretendido por Lechner (*BVerfGG*, 13, n. 6, b), deve ser rejeitada.

80. Nesse sentido, Geiger, *BVerfGG*, § 76, n. 8, p. 245; Lechner, *BVerfGG*, § 76, n. 3.

O art. 94, II, da Lei Fundamental, obriga o legislador a editar regras sobre a organização do Tribunal e o processo. Os pressupostos processuais devem ser igualmente contemplados na lei. Todavia, esse dispositivo não empresta suporte para uma restrição ao direito de propositura pela via da legislação ordinária, uma vez que isso corresponderia a uma mudança da decisão do constituinte.<sup>81</sup> Evidentemente, cuida-se aqui no caso de uma restrição do direito de propositura, constitucionalmente fixado, não de uma regra de processo.<sup>82</sup> Qualquer modificação ou restrição da decisão do constituinte pelo legislador deve ser considerada, portanto, ofensa à Constituição.<sup>83</sup>

#### 2.3.4.2 Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 1, da Lei Orgânica da Corte Constitucional

Nos termos do § 76, n. 1, da Lei do Bundesverfassungsgericht, um dos entes ou órgãos legitimados deve considerar a norma nula.

É de indagar-se se com essa exigência o legislador apenas definiu mais precisamente o conceito de dúvida.<sup>84</sup> Poder-se-

81. Renck, L., *Zur Verfassungsmäßigkeit von 76 BVerfGG*, *JZ*, 1964, p. 249 (250); Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*, *AöR* 87, p. 1 (24, Nota 53); Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (302); von Mutius, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht*, *Jura* 1987, p. 534 (540).

82. Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*, *AöR* 87 (1962), p. 1 (24, Nota 53).

83. Renck, *JZ*, 1954, p. 249 (250); Cf., também, von Mutius, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht*, *Jura* 1987, p. 534 (540).

84. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 62; Cf., também, Maunz, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz*, Art. 93, n. 30.

ia afirmar, nesse caso, que somente seriam aceitáveis aquelas dúvidas sobre a validade da norma que já se consolidaram como uma convicção sobre a sua inconstitucionalidade.<sup>85</sup> A necessidade de controle tornar-se-ia mais evidente e marcante se a convicção sobre a inconstitucionalidade se fizesse presente. Essa concepção apodítica poderia ser considerada como uma peculiar qualificação da dúvida.<sup>86</sup>

Tal como já referido, o conceito de dúvida, no art. 13, II, da Constituição de Weimar, não se confundia com a convicção sobre a inconstitucionalidade da norma. Afigurava-se suficiente, então, a existência de fundamentos relevantes que falassem contra a sua constitucionalidade.<sup>87</sup> A vinculação direta do art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, ao modelo de Weimar permite concluir que essa disposição não comporta uma equiparação entre “dúvida” (Zweifel) e “convicção da inconstitucionalidade” (Für-verfassungswidrig-Halten).

Também uma análise sistemática da Lei Fundamental não fornece apoio a essa concepção. Nos termos do art. 100, I, da Lei Fundamental, que se refere ao controle concreto de normas, a admissibilidade da ação depende de que o Tribunal considere inconstitucional a lei a ser aplicada. Exige-se, pois, uma convicção sobre a inconstitucionalidade da lei. Por outro lado, o art. 100, II, da Lei Fundamental, que disciplina o processo destinado a verificar se determinada norma de direito internacional público integra o direito federal, refere-se apenas à existência de dúvida.

Isso demonstra que a Lei Fundamental separa precisamente os conceitos de dúvida e de convicção sobre a inconstitucionalidade.

85. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 51.

86. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 63.

87. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 68.

A história legislativa do § 76 da Lei do Bundesverfassungsgericht demonstra que o legislador pretendeu não apenas concretizar o direito de propositura, mas também limitá-lo claramente. Nos termos do projeto do Governo, não deveria ser suficiente a dúvida surgida em qualquer lugar.<sup>88</sup> Ao contrário, era de exigir-se que um dos entes legitimados considerasse a norma inconstitucional, porque, do contrário, haveria a possibilidade de que um Governo Estadual ou a minoria parlamentar viesse propor a ação com o propósito de causar dificuldades ao Governo Federal.<sup>89</sup> O Deputado Arndt enfatizou a inconstitucionalidade desse dispositivo, acrescentando que nem o Governo Federal nem o Governo Estadual instauravam processos por simples diletantismo e que também um terço dos membros do Parlamento formava minoria qualificada digna de confiança.<sup>90</sup> O Governo conseguiu, entretanto, impor a sua vontade.<sup>91</sup>

Configura-se “dúvida” se se admite seriamente a invalidade da norma.<sup>92</sup> O

88. Cf. Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Governo de 28.3.1950, Impresso n. 788, vol. 3, p. 39.

89. Cf. Verhandlungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1.<sup>a</sup> legislatura, Bonn, 1949, p. 39; Cf. também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (302-303); Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 64-65.

90. Cf. Verhandlungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1.<sup>a</sup> legislatura, Bonn, 1949, p. 39; Cf. também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (303).

91. Cf., também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (303).

92. Cf., também Bachof, Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87 (1962), p. 1 (23-24).

surgimento de dúvida legítima a propositura da ação. Por essa razão, não parece razoável a concepção restritiva fixada no § 76 da Lei do Bundesverfassungsgericht. Deve-se admitir, pois, que o disposto no § 76, n. I, da Lei do Bundesverfassungsgericht é, pelo menos parcialmente nulo, sendo a expressão somente (“nur”) manifestamente inconstitucional<sup>93</sup> (§ 76, n. 1 — “a ação proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou direito estadual, em virtude de sua incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outras disposições de direito federal, é nulo”).

O § 76, n. 1, da Lei do Bundesverfassungsgericht, limita também o direito constitucional de propositura, na medida em que exige que o autor suscite a dúvida<sup>94</sup> ou que um dos entes legitimados seja dela portador.<sup>95</sup> Do art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, resulta apenas a exigência de configuração de “dúvida” ou “controvérsia”. Portanto, a exigência de que o requerente suscite a dúvida ou que, pelo menos, um dos entes legitimados seja dela portador não tem fundamento constitucional.<sup>96</sup>

Mesmo que se sustente que ao legislador caberia concretizar a disposição sobre a dúvida quanto à validade da nor-

ma,<sup>97</sup> parece impossível compatibilizar a exigência de que a dúvida ou a controvérsia fique limitada aos entes legitimados com o disposto no art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental.<sup>98</sup> Como a Constituição não contém qualquer disposição sobre o tema, afigura-se suficiente que o seu surgimento ou desenvolvimento possa ser objetivamente constatado.<sup>99</sup>

Poder-se-ia cogitar de uma interpretação conforme à Constituição do § 76, n. 1, da Lei do Bundesverfassungsgericht, desde que se considerasse admissível a arguição de inconstitucionalidade em caso de configuração de dúvida séria ou controvérsia sobre a constitucionalidade da norma.<sup>100</sup> Essa interpretação não parece compatível com a expressão literal do texto.

Por isso, o § 76 da Lei do Bundesverfassungsgericht não é apenas incompatível com a Lei Fundamental, porque substitui o conceito de dúvida pela idéia de convicção sobre a inconstitucionalidade, mas, também porque exige que a dúvida surja exclusivamente entre os entes legitimados.

#### 2.3.4.3 Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht

Nos termos do § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, a arguição é, igualmente, admissível se um dos entes legitimados considera válida norma do

97. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 84.

98. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 67.

99. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 305; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 176; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 218; Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 89; Renck, L. JZ 1964, p. 249 (250).

100. Maunz, in: Maunz Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 30; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 176.

93. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 67; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 52; Cf., também Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 70.

94. Cf. Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 176.

95. Babel, Abstrakte Normenkontrolle, p. 68.

96. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (303); Cf. também von Mutius, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 1987, p. 534 (540).

direito federal ou do direito estadual, após uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou dos Estados ter afastado a sua aplicação por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal.

O § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, define não apenas os portadores da opinião contrária — Tribunais, autoridades administrativas, órgãos dos Estados —, como também a forma pela qual esses órgãos devem manifestar a sua opinião.<sup>101</sup> Nos termos do § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, exige-se que os referidos órgãos tenham deixado de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional no caso concreto.

Para que se tenha uma decisão judicial, nos termos do § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, faz-se mister que a norma mostre-se relevante para o caso submetido ao Juiz ou ao Tribunal e este, por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental ou com o direito federal, tenha deixado e aplicá-la.<sup>102</sup> Refere-se, em geral, a normas jurídicas que não estão submetidas ao monopólio da Corte Constitucional (normas pré-constitucionais e atos normativos infralegais).<sup>103</sup> A decisão de submeter determinada questão ao Bundesverfassungsgericht, no processo de controle concreto de normas (art. 100, I), signifi-

101. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 71.

102. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 76 n. 54; Babel, op. cit. 72. Tal como ressaltado por Babel, *obiter dictum*, não é suficiente. Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* ("coisa dita de passagem" (acessoriamente), v. Rónai, Paulo "Não perca o seu latim", Rio de Janeiro, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. Schlüter, Wilfried, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, p. 77 s.

103. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 76, n. 54; Babel, op. cit., p. 72.

caria, igualmente, não-aplicação da lei, nos termos do § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht. Todavia, ação direta que invocasse essa decisão seria pelo menos dispensável, uma vez que o Bundesverfassungsgericht haveria de apreciar a questão no âmbito do controle concreto de normas.<sup>104</sup>

O controle abstrato de normas, é igualmente, admissível se autoridades administrativas deixam de aplicar a lei ou ato normativo em virtude de ofensa à Lei Fundamental ou a outro direito federal.<sup>105</sup> As autoridades municipais.<sup>106</sup> A não-aplicação do ato normativo por parte das autoridades administrativas integram a administração direta ou indireta e estão vinculadas tanto às autoridades supremas da União e dos Estados, no exercício de sua função administrativa, quanto às autoridades municipais.<sup>106</sup> A não-aplicação do ato normativo por parte das autoridades administrativas pode-se traduzir na desobediência ao preceito formulado.<sup>107</sup> Simples omissão poderá ser caracterizada como não-aplicação se restar evidente que a autoridade assim se conduziu por considerar a norma incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal.<sup>108</sup> Também na instrução da autoridade superior a uma autoridade hierarquicamente subordinada pode-se ter a não-aplicação para os efeitos aqui tratados.<sup>109</sup>

Ao lado dos Tribunais e das autoridades administrativas, menciona o § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, os órgãos da União e dos Estados. Devem ser considerados aqui os órgãos constitucionais, os entes legiferantes (Parlamento

104. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 72.

105. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 75.

106. Lechner, *BVerfGG*, § 76, Nota 4 *bb*); Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 76, n. 55.

107. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 75; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, § 76, n. 56.

108. Lechner, *BVerfGG*, § 76, n. 4b; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, § 76, n. 56.

109. Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 75-76; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 76, n. 56.

Federal, Conselho Federal, Parlamentos Estaduais), Presidentes da República, Governos estaduais, Governo Federal desde que os Governos estaduais não estejam incluídos no conceito de "autoridades administrativas".<sup>110</sup> Também aqui a não-aplicação da norma pode significar não-execução ou inobservância.<sup>111</sup>

O § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht, define a posição dos órgãos ou entes legitimados que podem considerar o ato impugnado compatível com a Constituição e limita expressamente os órgãos que podem externar a sua convicção sobre a constitucionalidade da norma não-aplicada (Tribunais, autoridades administrativas e órgãos da União e dos Estados).

Tal limitação não se compatibiliza com o disposto no art. 93, I, n. 2, e o art. 94, II, da Lei Fundamental. Essa restrição levada a efeito pelo § 76 não encontra suporte na Lei Fundamental. A autorização outorgada ao legislador para editar uma norma sobre o processo constitucional não o habilita, tal como já demonstrado, a restringir o direito de propositura.<sup>112</sup>

Como uma interpretação conforme à Constituição do § 76, n. 2, tal como a do § 76, n. 1, haveria de extrapolar os limites da expressão literal do texto, tem-se de reconhecer que o § 76, n. 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht também se mostra incompatível com a Lei Fundamental.

110. Lechner, *BVerfGG*, § 76, n. 4a *bb*.

111. *BVerfGE* 12, 205 (221-222). Crítico, a propósito, Zeidler, Karl, *Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, *AöR* 86 (1961), p. 361 (380-381); Ver, também, Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 68.

112. Cf., a propósito, Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*, *AöR* 87 (1962), p. 1 (24); Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 302; Zeidler, K., *Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, *AöR* 86 (1961), p. 361 (381); Renck,

### 3. Objeto do controle abstrato de normas

#### 3.1 Direito federal e direito estadual

##### 3.1.1 Considerações preliminares

O objeto do controle abstrato de normas pode ser o direito estadual ou o direito federal (art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, § 13, n. 6, e § 76, da Lei do Bundesverfassungsgericht). Essa fórmula corresponde à natureza do controle abstrato de normas, que se destina a assegurar a supremacia da Constituição ou a defesa da ordem federativa.<sup>113</sup> Portanto, qualquer norma pode ser objeto do processo de controle abstrato de normas.<sup>114</sup>

As expressões direito federal e direito estadual devem definir de forma a mais ampla possível o objeto do controle abstrato de normas, permitindo que normas de qualquer hierarquia sejam submetidas ao juízo abstrato de constitucionalidade.<sup>115</sup> Há direito federal se a norma jurídica foi editada por um órgão federal, direito estadual se a mesma foi editada por órgão estadual. Faz-se mister, portanto, identificar a vinculação do órgão ao Poder Central ou ao ente federado.<sup>116</sup>

L., *Zur Verfassungsmäßigkeit von 76 BVerfGG*, *JZ* 1964, p. 249 (250).

113. Stern, *Bonner Kommentar* (2.ª tiragem atualizada), Art. 93, n. 220.

114. *BVerfGE* 4, 157 (162), 20, 56 (89); Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, n. 226; Maunz, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz*, Art. 93, n. 24; Ulsamer, in: *Maunz, dentre outros, Kommentar zum BVerfGG*, § 76, n. 3.

115. Ulsamer, in: *Maunz, dentre outros, BVerfGG*, § 76, n. 19 u. 26; Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 312.

116. Cf. *BVerfGE* 18, 40 (414); p. também Stern, *Staatsrecht*, vol. I, § 197, III, *f*, p. 571; Gubelt, M., in: *von Münch, Grundgesetz-Kommentar*, Art. 31, vol. I, n. 6 u. 11; Leibholz-Rupprecht, *BVerfGG*, § 76, Nota 2.



### 3.1.2 Direito federal

Considera-se direito federal para os efeitos do art. 93, I, n. 2, da Lei Fundamental:

1) as disposições da Lei Fundamental. A aferição de constitucionalidade do chamado direito constitucional secundário, isto é, das normas que foram introduzidas pelo legislador constituinte é plenamente admissível (Lei Fundamental, art. 79, II e III).<sup>117</sup> Não é, todavia, pacífico o controle de constitucionalidade do chamado direito constitucional primário com base em parâmetros do direito suprapositivo pelo Bundesverfassungsgericht, tal como admitido, inicialmente pela doutrina.<sup>118</sup>

2) leis federais de qualquer espécie e conteúdo, independentemente de se tratar de normas pré-constitucionais ou pós-constitucionais.<sup>119</sup> O controle abstrato de normas está vinculado exclusivamente à estrutura ou forma normativa (Rechtsatzform), o que permite que qualquer ato normativo, independentemente do seu

117. Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 23; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 222; Ulsamer, in: Maunz, dentre outro, BVerfGG, § 76, n. 21, Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 68-69; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 313; Sigloch, in: Maunz, BVerfGG, § 80, n. 46; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, § 76, Nota 2; Nawiasky, Positives und überpositives Recht, JZ, 1954, p. 717 (718); Cf., também BVerfGE 12, 45 (50), 30, 1 (15 s).

118. BVerfGE 1, 14 (18), 3, 225 (230); Ver também BVerfGE 4, 294 (296), BVerfGE 5, 85 (137); Cf., outrossim, Bayer, VerfGH Verw. Rspr. 2, n. 65, p. 273; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? in: Idem, Wege zum Rechtsstaat, 1979, p. 21 s.

119. BVerfGE 2, 124 (130); BVerfGE 24, 174 (179); Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 24-25; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 14.

conteúdo, seja submetido ao processo de controle abstrato.<sup>120</sup> Dentre outros, podem-se mencionar:

2.1) normas gerais do direito internacional público incorporadas ao ordenamento federal, nos termos do art. 25, 1.º período, da Lei Fundamental, que, consoante a doutrina dominante, têm uma posição intermediária entre a Constituição e a lei ordinária.<sup>121</sup> A incorporação dessas regras à ordem federal não exclui eventual incompatibilidade com a Lei Fundamental.<sup>122</sup>

2.2) todas as leis federais formais. Estão compreendidas aqui todas leis federais, inclusive:

2.2.1) as leis de aprovação dos tratados (art. 59, II, da Lei Fundamental), cujo

120. BVerfGE 1, 396 (410); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 67-68; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 69; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 14; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 226; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (312).

121. Stern, Bonner Kommentar, art. 93, n. 223; Staatsrecht, vol. I, § 14, II, 8.ª, p. 364.

122. Stern, Bonner Kommentar, art. 93, n. 223. Deve-se notar que a formulação do art. 25, 2.º período, deu ensejo a controvérsias, uma vez que alguns doutrinadores vislumbraram um caráter de superconstitucionalidade nas disposições de Direito Internacional Público (Mangel, Bonner, Kommentar, 1.ª tiragem, art. 25, Considerações II, n. 4, Pigorsch, W., Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1959, p. 25). Também Döehring (Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik, VVDStRL, 32 (1964), p. 22) admite que essas regras são dotadas de hierarquia constitucional. Na decisão proferida em 26.3.1957 (BVerfGE 6, 440) não reconheceu a Corte a hierarquia constitucional das normas gerais de Direito Internacional Público. Afirmou-se, porém, a sua precedência sobre toda norma dimanada de "fontes jurídicas alemãs" (Vorrang vor jeder Norm aus Deutschen Rechtsquellen).

controle permite aferir a legitimidade do conteúdo do próprio tratado.<sup>123</sup> Objeto do controle abstrato de normas não é o tratado como tal, mas apenas a lei de aprovação, uma vez que, no caso dos pactos interestatais, tem-se apenas a regulação do direito subjetivo e obrigações entre pessoas do direito público externo ou, eventualmente, a regulação de direito subjetivo de terceiro, no caso de um contrato em favor de terceiro;<sup>124</sup>

2.2.2) leis formais em sentido estrito, como a lei orçamentária (art. 110, II, 1.º período),<sup>125</sup> as leis que criam fundações públicas<sup>126</sup> ou órgãos federais;<sup>127</sup>

3) Regulamento editado pelo Governo Federal ou por um Ministério Federal, ou por um Delegatário da União (Lei Fundamental, art. 80), ou aqueles que editados diretamente com base na Lei Fundamental (art. 119, 1.º período; art. 127, art. 132, § 4.º).<sup>128</sup> É suficiente que a norma, na sua forma externa, apresente-se como regulamento, isto é, que a autoridade que a edita, faça-o como regulamento, que invoque um fundamento para sua edição e que a publique nos órgãos oficiais;<sup>129</sup>

123. BVerfGE 1, 396 (410), 4, 157 (161); 12 281 (288).

124. BVerfGE 1, 396 (410); 4, 157 (162); 12, 281 (288), 14, 1 (6); 14, 1 (6); 29, (348-358); Ulsamer, BVerfGG § 76, n. 22; § 80, n. 51; Lechner, BVerfGG, § 13, Nota 3.ª; Cf., também, Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, n. 292 (312 s.); Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 167.

125. BVerfGE 20, 56; 38, 121 (121).

126. BVerfGE 10, 20 (35).

127. BVerfGE 14, 197 (209).

128. BVerfGE 1, 117 (128); 1, 184 (196); Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 25; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (313); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 228.

129. BVerfGE 2, 307 (312); Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 25.

4) Estatutos e Regimentos editados pelas entidades autárquicas, desde que a União esteja autorizada nos termos do art. 86 e 87, II, da Lei Fundamental a criar autarquias e outros entes de direito público, tem-se de reconhecer que o direito estabelecido por esses órgãos integra o direito federal;<sup>130</sup>

5) os atos normativos expedidos com base no estado de necessidade legislativa (art. 81 da Lei Fundamental) e nas situações de defesa (art. 115, c e e, da Lei Fundamental);<sup>131</sup>

6) O direito consuetudinário poder ser objeto do controle abstrato de normas.<sup>132</sup> O direito consuetudinário é considerado direito federal se vigente em todo território nacional.<sup>133</sup>

7) os acordos trabalhistas de eficácia ampla e geral estão submetidos ao controle abstrato de normas, "porque se trata de ato editado pelo Estado" que adquire eficácia geral em virtude de uma providência do Ministério para o Trabalho e Questões Sociais.<sup>134</sup>

### 3.1.3 Direito estadual (Landesrecht)

Direito estadual são todas as proposições criadas por órgãos estaduais ou que possam ser-lhes atribuídas.<sup>135</sup>

130. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 229; Ulsamer, § 76, n. 25; Gubelt, M. in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 31, n. 7.

131. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 225; Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 23.

132. Geiger, BVerfGG, § 76, Nota 4; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 230; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (313).

133. Gubelt, M., in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 31, n. 6; Stern, Staatsrecht I, § 19, III 7, f, A, p. 723.

134. BVerfGE, 44, 322 (348 s.); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 231; Bernhardt, Bonner Kommentar, Art. 31 (2.ª tiragem atualizada), n. 20.

135. BVerfGE 18, 407 (414); Gubelt, M., in: von Münch, Grundgesetz Kommentar, Art. 31, n. 11; Stern, Staatsrecht, I, § 19, 7, III, f, p. 571.

Podem ser submetidos ao controle abstrato de normas, dentre outros:

1) disposições constantes das Constituições estaduais, que, embora tenham a mesma qualidade e natureza jurídica das normas constantes da Lei Fundamental,<sup>136</sup> estão, enquanto Constituição de um Estado-Membro, submetidas às normas gerais da Constituição do Estado (Lei Fundamental, art. 31);<sup>137</sup>

2) leis formais editadas pelos Estados, independentemente de sua natureza e conteúdo.<sup>138</sup> Aqui estão compreendidas as leis de aprovação dos tratados internacionais celebrados pelo Estado, no âmbito da competência prevista no art. 32, III,<sup>139</sup> as leis de aprovação de convênios entre os Estados<sup>140</sup> e dos Estados com a União.<sup>141</sup> O acordo propriamente não pode ser objeto do controle abstrato de normas.<sup>142</sup> Seu controle direto somente poderia ocorrer em outros processos (v.g., Lei Fundamental, art. 93, I, n. 3 ou 4);<sup>143</sup>

3) Resoluções das Assembléias Legislativas que aprovelem tratados tal como previsto no art. 172, II, da Constituição da

136. BVerfGE 36, 342 (360).

137. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz — BVerfGG, § 76, n. 27; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 233.

138. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 234.

139. Ulsamer, BVerfGG, § 80, n. 51; em dúvida: Gubelt, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 31 n. 11.

140. Cf. BVerfGE 12, 205 (220); 12, 281 (288); 37, 191 (197); 43, 291 (362); Ver, também, Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 28; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 234.

141. BVerfGE 35, 377; Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 51.

142. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 76, n. 51, b; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 24.

143. Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 24; Sigloch, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 80, n. 52.

Baviera, desde que converta a parte normativa do Tratado em direito estadual;<sup>144</sup>

4) regulamentos editados com base na Constituição estadual, especialmente no caso de estado de necessidade<sup>145</sup> e aqueles editados com fundamento em autorizações legais estaduais ou federais;<sup>146</sup>

5) o estatuto das organizações comunais, das regiões metropolitanas (Landkreise), uma vez que integram o Direito Estadual as normas editadas pela comuna e por outras pessoas jurídicas de direito público estadual;<sup>147</sup>

6) direito consuetudinário estadual.<sup>148</sup>

### 3.1.4 Direito pré e pós-constitucional

Ao contrário do controle concreto de normas,<sup>149</sup> o controle abstrato pode ser

144. BVerfGE 37, 191 (197); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 235; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 28.

145. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 29.

146. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 236; Idem, Staatsrecht, I, § 19, III, 7 f, p. 723; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 30; Bernhardt, Bonner Kommentar, Art. 31 (2.ª tiragem atualizada), n. 27.

147. Gubelt, M., in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 31, n. 11; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 237; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 31.

148. Bernhardt, Bonner Kommentar, Art. 31 (2.ª tiragem atualizada), n. 21; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 237; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 31.

149. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 238. A jurisprudência do Bundesverfassungsgericht inclinou-se, desde o início, no sentido de considerar admissível a aferição de constitucionalidade, no processo de controle concreto de normas apenas das leis formais pós-constitucionais (BVerfGE 2, 124 (128 s.); 10, 124 (127); 18, 216 (219 s.)). A aferição da compatibilidade da lei pré-constitucional com o direito constitucional superveniente faz-se segundo o postulado da *lex posterior* (Cf. BVerfGE 2, 124 (129)). Ver, também, Erichsen, Die konkrete Normenkontrolle, in: Jura, 1982, p. 88 (91). Admite-se,

instaurado tanto em relação a direito pré-constitucional, quanto a direito pós-constitucional. A diferenciação entre direito pré e pós-constitucional não tem qualquer significado para o controle abstrato de normas, uma vez que esse processo visa à aferição da compatibilidade do direito ordinário com a Constituição.<sup>150</sup>

### 3.1.5 A existência de norma e o controle preventivo

O controle abstrato de normas destina-se, precipuamente, à defesa da ordem jurídica contra normas inconstitucionais e pressupõe, por isso, a existência formal da norma questionada.<sup>151</sup> Assim, com exceção do direito consuetudinário, exige-se a promulgação do complexo normativo a ser questionado, que permite considerar o processo legislativo encerrado e o direito como existente.<sup>152</sup> Momento decisivo

porém, que a lei pré-constitucional que incorporada à vontade do legislador pós-constitucional, seja através de expressa remissão, seja mediante profunda alteração de seu texto, há de ser tratada como se lei pós-constitucional fosse, submetendo-se, por isso, ao juízo concreto de normas (BVerfGE 6, 55 (65); 7, 282 (290); 11, 126 (131 s.)), 18, 216 (219)).

150. BVerfGE 2, 124 (130); 2, 138, 218; 3, 48; 4, 339; 6, 64; 7, 335; 10, 58, 127, 131, 159; 11, 129; 12, 353; 14, 65; 15, 183; 16, 231; 17, 162; 18, 252; Cf., também, Stern, Bonner Kommentar (2.ª tiragem atualizada). Art. 100, n. 92; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 142; Bettermann, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 323 (333).

151. As leis pré-constitucionais não se submetem ao monopólio de censura consagrado no art. 100, I, uma vez que, consoante a orientação estabelecida pelo Bundesverfassungsgericht, a decisão sobre eventual colisão normativa não ameaça, nesse caso, a autoridade do legislador instituído pela Lei Fundamental (BVerfGE 2, 124 s.; 6, 55 (65); 18, 241 (252)).

152. Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 255; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol.

para a instauração do processo perante o Bundesverfassungsgericht é, portanto, a publicação do ato no órgão oficial. Se se questionar a promulgação adequada da lei, então há de se ter como termo inicial para qualquer questionamento a data da publicação do ato.<sup>153</sup>

### 3.1.5.1 A problemática das leis de aprovação dos tratados

Da expressão literal do texto constitucional resulta que o controle abstrato de normas não constitui mecanismo de controle preventivo.<sup>154</sup> O processo não poderia ser instaurado, porque, em caso de processo legislativo inconcluso, faltaria uma norma de direito positivo.<sup>155</sup> A jurisprudência do Tribunal Constitucional abre uma exceção, todavia, para as leis que aprovam tratados internacionais, permitindo a aferição de constitucionalidade desses atos antes de sua promulgação e publicação.<sup>156</sup> Em favor dessa tese,

I, p. 292 (313); Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 70; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 68; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, § 76, n. 2.

153. BVerfGE 1, 396 (410); Cf. também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (313); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 256; Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 15; Maunz, in: Maunz-Dürig-erzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 93, n. 20; Geiger, BVerfGG, Nota 5, ao § 76.

154. BVerfGE 34, 9 (23-24); 42, 263 (283); Cf., também, Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 16; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 257; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (314).

155. Holzer, (Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgerichts, p. 95 s.) sustenta opinião segundo a qual o controle preventivo de normas é compatível com a Lei Fundamental.

156. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 314; Geiger, BVerfGG, Nota 5, ao § 76, afirma que já o conceito de "controle preventivo de normas" contém uma *contradictio in adjecto*.

ênfatisa o Tribunal o perigo de que se desenvolvam obrigações internacionais que somente possam ser cumpridas em desobediência à Constituição.<sup>157</sup> O temor do Bundesverfassungsgericht parece, em certa medida, justificado, uma vez que, em caso específico, poderia não haver tempo suficiente para a instauração do processo do controle<sup>158</sup> até a ratificação do tratado.

No entanto, é difícil compatibilizar essa exceção com a natureza do controle abstrato de normas, uma vez que, como demonstrado, esse mecanismo pressupõe, conceitualmente, a existência da norma.<sup>159</sup> Em regra, a ratificação, com a qual o tratado e a lei de aprovação entram em vigor, poderia ser adiada, se não houvesse tempo suficiente para o julgamento da arguição de inconstitucionalidade.<sup>160</sup> Por outro lado, o objetivo do Tribunal poderia ser alcançado por meio da edição de uma medida cautelar nos termos do § 32, I, da Lei do Bundesverfassungsgericht.<sup>161</sup>

157. BVerfGE 1, 396 (413); 2, 143 (169); 12, 281 (288); 35, 257 (261 s.); Cf. também Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 314; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 262; Ulsamer, BVerfGG, § 76, n. 17.

158. BVerfGE 1, 396 (412 s.).

159. Bernhardt, R., Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (314-315); Geiger, BVerfGG, § 76, nota 5; Stern, Bonner Kommentar, Art. 03, n. 261.

160. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (314-315); Geiger, BVerfGG, § 76, nota 5; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 261.

161. Geiger, BVerfGG, § 76, nota 5; Stern, Bonner Kommentar, n. 262. Não se deve desconhecer que, segundo a orientação hoje dominante, a eficácia do tratado internacional não depende da observância de disposições do direito interno. Isso resulta que a lei de aprovação de tratado pode lesar a Constituição, enquanto o próprio Tratado preserva a sua força vinculante no plano internacional (Cf., a propósito, Erichsen, Staatsrecht e Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 168).

### 3.1.5.2 Direito revogado

Reconhece-se, em geral, o cabimento da ação do controle abstrato em relação a direito revogado. Como a lei revogada pode ser aplicada além do tempo de sua revogação, a aferição de sua constitucionalidade, na hipótese, não violenta a natureza do controle abstrato de normas.<sup>162</sup> Decisivo é, no caso de normas materiais, se elas ainda têm eficácia e, no caso de normas formais, se elas ainda preservam significado específico no âmbito da organização estatal.<sup>163</sup> Esse é o caso, por exemplo, das leis orçamentárias até o reconhecimento de sua observância pelo Parlamento e pelo Conselho Federal.<sup>164</sup>

## 3.2 Direito alienígena e normas supranacionais

### 3.2.1 Considerações preliminares

Como o Bundesverfassungsgericht somente é competente para aferir a legitimidade de normas integrantes do direito alemão, não dispõe ele em princípio, de poderes para exercer o controle judicial sobre disposições integrantes de direito alienígena, de disposições supranacionais, bem como sobre normas editadas por sujeitos de direito que não compõem a União ou as unidades

162. Cf. BVerfGE 35, 193 (196); p. também Erichsen, Die einstweilige Anordnung, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 170 (186); Ipsen, Rechtsfolgen, p. 226 (230); Klein, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 32, n. 32.

163. BVerfGE 5, 25 (28); BVerfGE 20, 56 (94); Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (315); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 258; Ulsamer, in: Maunz u. a., BVerfGG, § 76, n. 18.

164. BVerfGE 5, 25 (28); BVerfGE 20, 56 (94); Cf. também Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n. 258.

federadas, como é o caso das sociedades religiosas.<sup>165</sup>

### 3.2.2 Direito alienígena

Normas integrantes de direito alienígena não dispõem, enquanto tal, de qualquer eficácia na República Federal da Alemanha. Eventual vigência pode decorrer de remissão expressa contida em norma jurídica formalmente promulgada pelos órgãos legislativos alemães. Nesse caso, objeto do controle abstrato de normas não é, propriamente, o direito alienígena, mas a cláusula de remissão com o conteúdo que resulta da vinculação ao direito estrangeiro.<sup>166</sup>

### 3.2.3 Direito da Comunidade Européia

Peculiar problema resulta da integração da República Federal da Alemanha à Comunidade Européia. Embora a lei de aprovação do Tratado da Comunidade Européia (EWG-Vertrag) possa ser objeto de aferição judicial, o que acaba por permitir a aferição da constitucionalidade do tratado de instituição da Comunidade (Gründungsvertrag), enquanto “Direito Comunitário primário” (primäres Gemeinschaftsrecht),<sup>167</sup> não há como deixar de reconhecer a dificuldade de se proceder ao controle do chamado “Direito Comunitário secundário” (sekundäres Gemeinschaftsrecht), isto é, daquelas normas jurídicas expedidas pelos órgãos da Comunidade.

Na decisão de 29.4.1974, a maioria do 2.º Senado do Bundesverfassungsgericht reivindicou a competência para aferir, no processo de controle concreto de normas (LF, art. 100, I), a legitimidade de norma integrante do “direito comuni-

tário secundário”, pelo menos enquanto o sistema jurídico da Comunidade não contivesse catálogo de Direitos Fundamentais semelhante àquele constante da Lei Fundamental, aprovado por um Parlamento.<sup>168</sup> Segundo essa jurisprudência, as disposições sobre direitos fundamentais contidas na Constituição alemã, base essencial e absolutamente imprescindível de sua estrutura constitucional, não poderia ser relativizada através da aplicação do disposto no art. 24 da Lei Fundamental.<sup>169</sup>

Consoante a tradicional jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, podem ser objeto do controle concreto de normas apenas leis formais.<sup>170</sup> O Tribunal esforçou, todavia, para contornar esse óbice, utilizando-se da seguinte argumentação:

“Como o Direito Comunitário não conheceu uma distinção entre disposições legais formais e atos regulamentares, toda norma do Direito Comunitário, inclusive aquela de caráter regulamentar, há de ser considerada norma legal para os efeitos de apreciação de sua legitimidade pelo Bundesverfassungsgericht.”<sup>171</sup>

Essa construção seria aceitável se se pudesse afirmar que, com a aprovação do Tratado sobre a Comunidade, o legislador federal teria transformado, de forma antecipada, as regras jurídicas expedidas pela Comunidade.<sup>172</sup> Essa argumentação não era admissível, porém, porque o Bundesverfassungsgericht enfatizara a separação entre a ordem jurídica interna e o sistema comunitário,

168. BVerfGE 37, 271 s.

169. BVerfGE 37, 271 (280).

170. BVerfGE 1, 184 (197); 2, 124 (130).

171. BVerfGE 37, 271 (283).

172. Rupp, Zur bundesverfassungsggerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Massstab der Grundrechte, NJW, 1974, p. 2.153 (2.155); ver também Erichsen, Bundesverfassungsgericht und Gemeinschaftsgewalt, Verw. Arch. 66 (1975), p. 176 (178).

165. BVerfGE 52, 187 (202).

166. BVerfGE 20, 56 (94).

167. Ulsamer, BVerfGG, § 80, n. 55; Sachs, Normenkontrolle bei primärem Gemeinschaftsrecht?, NJW, 1982, p. 465 (468).

entendendo que as normas derivadas do Tratado da Comunidade “seriam provenientes de fontes jurídicas autônomas”.<sup>173</sup>

Não obstante, entendeu o Tribunal que a execução de atos regulamentares da Comunidade por órgãos administrativos da República Federal da Alemanha ou a sua aplicação por um Tribunal alemão configurava exercício de “poder público alemão” (Ausübung deutscher Staatsgewalt).<sup>174</sup> Não ficou explicitado se essa orientação seria, igualmente, válida para a hipótese de aplicação de outras disposições do Direito Constitucional não integrantes do catálogo de direitos fundamentais.<sup>175</sup>

A decisão do 2.º Senado da Corte Constitucional foi veementemente criticada, porque, segundo a opinião dominante, o controle do “Direito Comunitário secundário” deveria esbarrar na própria competência do Tribunal.<sup>176</sup> Essa opinião assenta-se na idéia de que somente emanações do Poder Público alemão podem ser objeto do controle de normas perante o Bundesverfassungsgericht.<sup>177</sup> Tal como ressaltado em votos vencidos, as disposições do Direito Comunitário não passam a integrar a ordem jurídica alemã em virtude de sua aplicação por autoridades da República Federal da Alemanha.<sup>178</sup>

Essa orientação do Bundesverfassungsgericht foi atenuada na decisão de

25.7.1979 — chamada “decisão talvez” (Vielleicht-Beschluss) —, na qual o Tribunal deixou em aberto se e, em que caso, em virtude dos novos desenvolvimentos jurídicos e políticos no âmbito europeu, seriam ainda aplicáveis os pressupostos da decisão proferida em 29.5.74.<sup>179</sup> Esse *obiter dictum* foi interpretado por algumas vozes da literatura jurídica como uma renúncia à “doutrina enquanto” (Solange-Doktrin) consagrada na primeira decisão.<sup>180</sup> As decisões proferidas sobre direito de organização da Comunidade Européia<sup>181</sup> parecem ter consolidado o abandono da “doutrina enquanto” (Solange-Doktrin) pelo Bundesverfassungsgericht.<sup>182</sup>

Na decisão de 22.10.86 chegou o Tribunal à conclusão de que, a despeito de todas as ressalvas, toma distância da concepção anterior. “Enquanto a Comunidade Européia — em particular a jurisprudência do Tribunal da Comunidade Européia — assegurar — assinalou a Corte — efetiva proteção aos direitos fundamentais contra o exercício de poder dos órgãos da Comunidade, o Bundesverfassungsgericht não exercerá sua competência para aferir a compatibilidade com os direitos fundamentais dos atos de autoridade alemães praticados com base no “direito comunitário secundário”.<sup>183</sup>

173. BVerfGE 22, 293 (296).

174. BVerfGE 37, 271 (283).

175. BVerfGE 37, 271 (277).

176. Meier, Gert, Anmerkung zum Beschluss vom 29.4.74, NJW 1974, p. 1.704, Meier ressalta que essa decisão incidiu em dupla ruptura jurídica, uma vez que lesa, a um só tempo, o Direito Constitucional alemão (Lei Fundamental, art. 100) e princípios fundamentais do Direito Comunitário (art. 189 do Trabalho da Comunidade Econômica Européia).

177. Meier, Gert, Anmerkung zum Beschluss vom 29.4.74, NJW 1974, 1.704; Erichsen, Bundesverfassungsgericht und Gemeinschaftsgewalt, Verw. Arch. 66 (1975), 177 (185).

178. BVerfGE 37, 271 (301).

180. Tomuschat, BVerfG contra EuGH — Friedensschluss in Sicht? NJW, 1980, 2611; Fastenrath, Anmerkung zum Beschluss des Zweiten Senats vom 25.7.1979, DVBI, 1981, 490.

181. BVerfGE 58, 1; BVerfGE 59, 63.

182. Everling, U., Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht, DVBI, 1985, 1202; Schwarze, J., Das Verhältnis von deutschem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung, EuGRZ, 1983, 124; Stettner, Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle der Rechtsfindung deutscher Gerichte, AÖR 111 (1986), p. 535 (567 s.).

183. BVerfGE 73, 339 (387).

Distanciou-se, assim, o Tribunal do entendimento segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais tornava indispensável a existência de lei formal aprovada por um Parlamento.<sup>184</sup> É de anotar-se que a decisão de 22.10.1986 não contém uma renúncia definitiva à tese de que o “Direito Comunitário secundário” pode ter legitimidade aferida em face do catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã.

É certo, porém, que, diante dessa jurisprudência, parece cada vez mais distante a possibilidade de que o “Direito Comunitário secundário” tenha sua legitimidade aferida em face dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

#### 4. Parâmetro do controle abstrato de normas

##### 4.1 Considerações preliminares

Nos termos do art. 93, I, n. 2, da Constituição configura a Lei Fundamental o parâmetro para o controle abstrato de normas do direito federal; e para o direito estadual, são parâmetros a Lei Fundamental e demais disposições do direito federal.

O Bundesverfassungsgericht decide sobre a compatibilidade formal e material do direito federal e estadual com a Lei Fundamental (art. 93, I, n. 2). Essa formulação não tem qualquer relevância para a amplitude da aferição de constitucionalidade. O Bundesverfassungsgericht deve examinar a norma questionada sob todos os pontos de vista jurídicos, independentemente de eles terem sido suscitados ou não.<sup>185</sup> A referência à compatibilidade formal ou material não tem, portanto, maior significado para o controle abstrato de normas.<sup>186</sup>

184. Erichsen, JK, 87, GG Art 24, 1/ lb.

185. BVerfGE 1, 14 (19, Ementa 33); Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 37.

186. Geiger, BVerfGG, § 76, n. 3.

##### 4.2 Lei Fundamental

O conceito de Lei Fundamental não se limita às “disposições singulares do direito constitucional escrito”.<sup>187</sup> De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tal como o princípio da democracia,<sup>188</sup> o princípio federativo,<sup>189</sup> o princípio da fidelidade federativa,<sup>190</sup> o princípio do Estado de Direito,<sup>191</sup> o princípio da ordem democrática e liberal<sup>192</sup> e o princípio do estado social.<sup>193</sup> Por isso, estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto constitucional e as regras jurídicas nele formuladas,<sup>194</sup> o preâmbulo da Lei Fundamental<sup>195</sup> e os dispositivos da Cons-

187. BVerfGE, 2, 403.

188. BVerfGE 1, 33; 8, 65; 9, 279; 11, 321; 14, 132; Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107.

189. BVerfGE 1, 131, 315; 6, 361; 8, 138; 16, 143.

190. BVerfGE 1, 315; 3, 57; 4, 140; 6, 361; 8, 140, 12, 254; Cf., também, Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107.

191. BVerfGE 2, 403; 6, 41; 7, 196; 10, 363; 11, 145; 12, 296; 13, 261; 14, 296; 15, 207; 17, 313; 18, 440; Cf., também, Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, p. 316.

192. BVerfGE 2, 12; 5, 140; 6, 361; 8, 140; 12, 254; Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107.

193. BVerfGE 3, 381; 6, 41; 10, 363; 13, 29; 14, 296; 18, 267; Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107.

194. Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 76, n. 36; Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (316); Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107.

195. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1957, 2.ª ed., Preâmbulo, nota II, 2; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 177. Deve-se notar que não mais subsiste dúvida de que, ao contrário do que ocorria em relação à Constituição de 1878

tuição de Weimar, incorporados expressamente ao texto da Lei Fundamental (art. 140),<sup>196</sup> os princípios gerais inerentes ao sistema adotado, as idéias principais que inspiraram o constituinte, ainda que não concretizadas numa determinada disposição ou preceito.<sup>197</sup>

A aferição de compatibilidade de uma norma com esses princípios jurídicos não prepara dificuldades, uma vez que aqui se trata de princípios imanentes do direito constitucional escrito.<sup>198</sup>

#### 4.3 Direito suprapositivo como parâmetro de controle

No Congresso da Associação dos Professores de Direito de Estado de 1928, conferiu-se peculiar importância à utilização de parâmetros suprapositivos na aferição da constitucionalidade. Kelsen e Merkl sustentaram a opinião segundo a qual o Tribunal deveria aferir a constitucionalidade das questões que lhe fossem submetidas com base apenas nos parâmetros constantes na Constituição.<sup>199</sup> Com correção, observava Kelsen que, nesse caso, se tratava apenas de aplicação de princípios positivados na Constituição ou em outras normas jurídicas.<sup>200</sup>

São claras as advertências de Kelsen quanto à utilização de conceitos vagos na Constituição, supostamente baseados em princípios suprapositivos, sobretudo se utilizados como parâmetro de controle perante a jurisdição constitucional. Con-

e à Constituição de Weimar, o preâmbulo é parte integrante da Lei Fundamental.

196. BVerfGE, 19, 192.

197. BVerfGE 2, 380 (403).

198. Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, n. 107; Cf. também BVerfGE 1, 14 (32); 2, 380 (403).

199. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (65 s. e 97 s.).

200. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (68-70).

vém registrar, a propósito, a seguinte passagem de sua monografia:

“É exatamente no âmbito da jurisdição constitucional que esses conceitos podem desempenhar um papel extremamente perigoso, sobretudo se se pretende tomá-los como parâmetros para a aferição da constitucionalidade da lei. Se a Constituição recomenda ao Legislador que atue em consonância com os princípios de “justiça”, “liberdade”, “equidade”, “bons costumes” etc., então poder-se-ia vislumbrar nessas expressões diretivas para o conteúdo de leis futuras. Tratar-se-ia, porém, de uma visão errônea, uma vez que tais diretivas somente se fazem presentes se se indica determinada direção, isto é, se determinado critério objetivo é estabelecido na própria Constituição. Todavia, os limites dessas disposições, que servem simplesmente de adorno político da Constituição, confundem-se facilmente no catálogo dos direitos e liberdades fundamentais com outras normas que, efetivamente, definem o conteúdo de leis futuras; por isso, não se afigura impossível que um Tribunal Constitucional seja convocado a decidir sobre a constitucionalidade de uma lei, e até mesmo que venha a declarar a sua inconstitucionalidade, porque se estaria diante de uma lei injusta e a “justiça” seria um princípio constitucional, que, por isso, deveria ser aplicado pela Corte. Isso significaria a outorga ao Tribunal Constitucional de um poder tão desmesurado que haveria de ser considerado pura e simplesmente intolerável. O que a maioria dos juízes considera justo pode estar em manifesta contradição com aquilo que a população entende ser de justiça e estará, indubitavelmente, em contradição com o conceito de justiça da maioria parlamentar que aprovou a lei. É evidente que, através da utilização de uma expressão tão imprecisa e plurissignificativa como “Justiça” ou outra semelhante não pretendeu a Constituição que a lei aprovada pela maioria parlamentar dependesse da livre discricionariedade de um colégio

formado, politicamente, de forma mais ou menos arbitrária, como é o caso da Corte Constitucional. Se se pretende evitar essa não desejada e politicamente inconveniente transferência de poder (Machtverschiebung) do Parlamento para uma instância externa, que pode expressar uma força política totalmente diversa daquela dominante no Parlamento, então deve a Constituição, ao instituir uma Corte Constitucional, evitar a utilização de semelhante fraseologia; E, se pretende estabelecer princípios, diretivas, limitações para o conteúdo de lei a ser promulgada, deve fazê-lo de forma tão precisa quanto possível”.<sup>201</sup>

Esse problema ganhou nova dimensão no Pós-Guerra. Na decisão, de 10 de junho de 1949, reconheceu a Corte Constitucional da Baviera que o constituinte deveria reconhecer que os direitos naturais fundamentais restringiam os poderes do Estado, impondo-lhe limites intransponíveis.<sup>202</sup> Na sua decisão de 10 de junho de 1950, sobre o art. 184 da Constituição da Baviera, admitiu o Tribunal a possibilidade de que uma disposição originária pudesse contrariar princípios fundamentais da própria Constituição.<sup>203</sup> Existiriam princípios inconstitucionais vinculantes do legislador constituinte e as normas constitucionais, que não tivessem essa hierarquia, seriam nulas no que lhes contrariassem.<sup>204</sup>

Numa terceira decisão, de 14 de março de 1951, afirmou a Corte Constitu-

cional da Baviera que o constituinte está vinculado aos valores fundamentais da dignidade humana e aos princípios da Justiça. Todos os poderes de Estado e, portanto, também o Poder Constituinte estão vinculados à idéia de direito. Somente um positivismo extremado, que considere o constituinte como o criador isolado do direito, permitiria imputar ao Tribunal o propósito de usurpar faculdades próprias do Poder Constituinte. A remissão expressa do texto constitucional a alguns princípios de direito suprapositivo, como a proteção da dignidade humana, a defesa da igualdade como concretização do princípio de justiça material, demonstra que a Constituição limitou-se aqui a incorporar postulados jurídicos superiores. Tais princípios superiores restringem a própria soberania do Constituinte.<sup>205</sup>

Em desenvolvimento dessa tese, manifestou-se Bachof, no seu escrito sobre normas constitucionais e inconstitucionais (“Verfassungswidrige Verfassungsnorm?” — “Normas constitucionais inconstitucionais?”), pela incorporação dos princípios suprapositivos na ordem jurídica.<sup>206</sup> Bachof chegou à conclusão de que o Tribunal Constitucional detinha competência para aferir a validade de normas constitucionais com base em parâmetros suprapositivos. De um lado, militava em favor dessa tese o fato de que princípios suprapositivos são imanentes à qualquer ordem jurídica. De outro, a existência de tais princípios teria sido expressamente reconhecida pela Lei Fundamental, de modo que qualquer norma constitucional que violasse esse direito não poderia ter efeito vinculante.<sup>207</sup>

205. Cf. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, p. 206.

206. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnorm?, in: Wege zum Rechtsstaat, p. 27-28 u. 34-36.

207. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnorm?, in: Wege zum Rechtsstaat, p. 27-28.

201. Cf., Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, p. 69-70.

202. Cf. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, p. 205.

203. Verw. Rspr. II n. 65, 273 (279-280); Ver, também, Spanner, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 65.

204. Verw. Rspr. II n. 65, 273 (280); Cf. também Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, p. 205; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnorm?, in: Idem, Wege Zum Rechtsstaat, p. 9 s.

Também Geiger reconhecia que a Lei Fundamental em alguns de seus dispositivos, referiu-se a direitos suprapositivos, procedendo, dessa forma, à sua incorporação ao Direito Constitucional positivo, tal como no art. 20, III, e no art. 1.º, II.

Segundo essa concepção, o Bundesverfassungsgericht poderia aferir a compatibilidade de normas constitucionais com o direito suprapositivo, sendo-lhe facultado declarar a nulidade da norma constitucional inconstitucional.<sup>208</sup> Isso deveria ocorrer, todavia, apenas “nos casos fundamentais para a preservação do Estado de Direito”.<sup>209</sup>

Na trilha da jurisprudência do Tribunal da Baviera e com o apoio de muitos doutrinadores,<sup>210</sup> o Bundesverfassungsgericht, na decisão de 23 de outubro de 1951, reconheceu a existência de direito suprapositivo e a sua competência para aferir a validade das normas com base nesses princípios.<sup>211</sup>

Em decisão posterior, acrescentou o Tribunal que negar a possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional significaria “uma recaída

208. Geiger, BVerfGG, § 76, nota 6, p. 244-245.

209. Geiger, BVerfGG, § 76, Nota 6, p. 245.

210. Cf. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnorm?* in: idem, *Wege zum Rechtsstaat*, p. 27-28, 34-36 s.; Idem, *Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen*, NJW 1952, p. 242; Idem, *Bemerkungen zu verfassungswidrigen Verfassungsnormen*, DöV, 1961, p. 927 s.; Schaffer, H., *Zwischen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG*, NJW 1.954, p. 1 s.; Hammann, A., *Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheid bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen*, NJW, 1959, p. 1.465 s.; Geiger, BVerfGG, Nota 4 (p. 242) e Nota 6 (p. 245), zu § 76; Marcic, René, *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat*, p. 258, e 275; Götz, *Die Zuständigkeiten für normative Entscheidung über schicksalbestimmende Fragen in der BRD*, NJW 1958, p. 1.020 s.

211. BVerfGE I, 14 (17).

na concepção intelectual de um positivismo despido de valores, há muito superado pela doutrina e jurisprudência”.<sup>212</sup> Assim, seria plenamente legítimo que, em caso de insuportável contradição entre a lei e os parâmetros de justiça, o direito positivo tivesse que ceder lugar.

O Tribunal ressaltou, porém, que a probabilidade de que o legislador democrático e liberal viesse a ultrapassar esses limites afigurava-se bastante reduzida, de modo que a possibilidade teórica de normas constitucionais originárias inconstitucionais configurava-se quase uma impossibilidade prática.<sup>213</sup>

É o que se lê na seguinte passagem da referida decisão:

“A adoção do postulado segundo o qual o constituinte tudo pode significaria uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despido de valores, há muito superado pela doutrina e pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves, de modo que a prática do exercício do direito não pode ficar indiferente a esses desenvolvimentos históricos, sendo-lhe lícito, nos casos extremos, preservar a idéia de justiça material diante do princípio de segurança jurídica. Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça. A Corte Constitucional não vislumbra necessidade de explicitar, de forma precisa, essas situações extremadas. É notório o seu caráter excepcional, tal como expresso na formulação cuidadosa de Radbruch no artigo “Injusto legislativo e Direito suprapositivo” (*Gesetzliches Unrecht und “ubergesetzliches Recht”*), impresso in *Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., 1950, p. 347 s.: “O conflito entre justiça e segurança jurídica há de se resolver em

212. BVerfGE 3, 225 (232-233).

213. BVerfGE, 3, 225 (233).

favor da supremacia do direito positivo, ainda que ele se mostre injusto e inconsequente, a menos que a contradição entre o direito positivo e a idéia de justiça atinja limites intoleráveis. Nesse caso, o direito positivo injusto deve ceder lugar à idéia de justiça”.

Pelo fato de o constituinte ter incorporado normas suprapositivas no texto da Lei Fundamental (v.g., art. 1 e 20) não perderam essas normas o seu caráter peculiar. Essas normas estão à disposição do constituinte, desde que não viole a idéia de justiça.

A possibilidade de que o legislador democrático-liberal possa ultrapassar esses limites parece tão restrita, que a possibilidade teórica de normas “constitucionais originariamente inconstitucionais” aproxima-se muito de uma impossibilidade prática.<sup>214</sup>

Admitiu-se, pois, que o problema sobre a existência do direito suprapositivo diferenciava-se da questão relativa à competência para aferição da validade da lei com base nesses parâmetros.<sup>215</sup> Afirmou-se, todavia, sua competência para aferir a validade dos textos constitucionais, uma vez que a ele competiria, em última instância, garantir a intangibilidade das decisões fundamentais consagradas na Lei Fundamental. Caberia, assim, à jurisdição constitucional, na forma que lhe foi dada pela Lei Fundamental, a aferição da validade de normas com base nos parâmetros fixados do direito suprapositivo e incorporados à ordem jurídica.<sup>216</sup>

Com essa limitação acabou o Bundesverfassungsgericht por suprimir o significado prático dessa exceção.<sup>217</sup>

De um lado, coloca-se o problema referente à existência do direito supra-

positivo. De outro, cumpre indagar se um Tribunal, erigido com base na Constituição, pode ultrapassar os limites dessa Constituição e declarar a nulidade de normas integrantes desse complexo normativo.<sup>218</sup>

Parte da doutrina não se ocupa diretamente da questão relativa à existência do direito suprapositivo, senão que utiliza argumentos jurídicos-funcionais que militam contra a possibilidade de aferição da constitucionalidade de normas constitucionais originárias com base em parâmetros suprapositivos. Nesse sentido, reconheceu Ehmke que a negativa de uma eventual contradição entre normas constitucionais e princípios elementares caracterizaria, efetivamente, acendrado positivismo.<sup>219</sup>

Contra a aferição da legitimidade de disposições constitucionais originárias poder-se-ia suscitar, porém, o fato de que o Bundesverfassungsgericht é uma criação da Lei Fundamental, que contém a base de sua competência. Se fosse admissível a aferição da legitimidade de normas constitucionais, então poderia ele corrigir o próprio constituinte e revogar os fundamentos de sua própria competência.<sup>220</sup>

Uma outra dúvida resulta do fato de que o monopólio da censura outorgado ao Tribunal assenta-se no direito positivo. Por isso, pergunta Ehmke se o Bundesverfassungsgericht daria também o monopólio da aferição da legitimidade com base no direito suprapositivo ou se essa aferição deveria ser confiada aos Tribunais ordinários.<sup>221</sup>

218. Nawiasky, *Positives und überpositives Recht*, JZ, 1954, p. 717; Cf. também Apelt, *Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf verfassungsnormen?*, NJW, 1952, p. 1-3.

219. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (79).

220. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (79).

221. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (79).

214. BVerfGE 3, 225 (232-233).

215. BVerfGE 3, 225 (233).

216. BVerfGE 3, 225 (234-235).

217. Nawiasky, *Positives und überpositives Recht*, JZ, 1954, p. 717.

Convém sejam registradas, a propósito, as reflexões de Ehmke:

“Negar a possibilidade de contradição entre disposições constitucionais e princípios jurídicos elementares seria de fato positivismo. Contra a aferição de constitucionalidade de disposições originárias da Constituição — a questão sobre a aferição de constitucionalidade de emendas constitucionais em face das cláusulas pétreas e, fundamentalmente, diversa — suscitam-se dúvidas de caráter jurídico-funcional. Também a Corte constitucional é uma criação da Constituição. A Constituição é, portanto, o fundamento de suas competências. Se ela pudesse “corrigir” o constituinte, poderia também revogar o próprio fundamento de sua competência. Entendo ser isso inadmissível.

Contra a aferição de constitucionalidade de disposições constitucionais originárias com base em princípios externos ao texto constitucional suscita-se uma outra objeção. Para o direito constitucional — não para o direito natural — é admissível o monopólio da censura. Pode existir, porém, um monopólio da censura para o direito suprapositivo? Na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais estaduais reconhece-se a competência dos juízos ordinários para aferir a constitucionalidade das leis em face do direito suprapositivo, opinião que encontra respaldo na antiga jurisprudência da Corte Suprema americana. Há de aplicar-se outra orientação para as disposições constitucionais? Pode aqui ser invocado o princípio positivo do monopólio da censura? Suponhamos, v.g., que um juiz criminal submeta à Corte Constitucional uma, uma vez que considero que uma norma constitucional de índole penal, v.g., uma disposição sobre alta traição, colide com princípio elementar de direito. A Corte Constitucional conclui em sentido contrário. Deve o juiz aplicar a lei e criminalizar a conduta contra a sua elementar convicção jurídica? (...). Eu pretendo transferir a resposta

dessa difícil questão para discussão no âmbito do direito natural. Ela parece demonstrar, todavia, que o Bundesverfassungsgericht age bem quando se atém não ao direito suprapositivo, mas à unidade material da Constituição.<sup>222</sup>

Essas considerações de índole jurídico-funcional demonstram que o reconhecimento da existência do direito suprapositivo pelo Bundesverfassungsgericht não implica, necessariamente, o reconhecimento da competência do Tribunal para aferir a legitimidade de normas constitucionais com base no princípio suprapositivo.<sup>223</sup>

Ademais, a multiplicidade de doutrinas sobre direito natural, tal como já reconhecido pelo próprio Bundesverfassungsgericht, parece constituir obstáculo intransponível para a definição dos princípios fundamentais do direito suprapositivo que deveriam servir de parâmetro de controle.<sup>224</sup>

Na verdade, é de reconhecer-se que, até agora, nem o Bundesverfassungsgericht nem qualquer outro Tribunal Constitucional lograram aferir a legitimidade de normas constitucionais com base em parâmetros suprapositivos.<sup>225</sup>

#### 4.4 Hierarquia de normas constitucionais

É de indagar-se se, no âmbito de uma Constituição, existiria hierarquia entre suas

222. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (79).

223. Cf. Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (316).

224. BVerfGE 10, 59 (81); Cf. também Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 292 (316); Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, in: *Idem, Verfassung als öffentlicher Prozess*, p. 93 (100); Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, § 76, n. 3.

225. Spanner, *Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 70.

diferentes disposições. Já no chamado *Südweststaatsurteil* admitiu o segundo Senado do Bundesverfassungsgericht uma unidade interna entre as disposições da Constituição. É que no complexo da Constituição existiriam determinadas decisões fundamentais do Constituinte que teriam o condão de subordinar outras normas constitucionais. A própria Lei Fundamental teria partido desse princípio ao fixar as cláusulas pétreas no art. 79, III.<sup>226</sup> Enfatizou-se, dessa forma, que qualquer norma constitucional haveria de ser interpretada de forma compatível com essas decisões fundamentais do constituinte.<sup>227</sup>

Em decisão posterior, louvou-se o Tribunal no princípio da unidade da Constituição para negar uma hierarquia entre normas constitucionais.<sup>228</sup> Como a Lei Fundamental só poderia ser pensada como unidade, não se poderia admitir norma de hierarquia superior e norma de hierarquia inferior no plano da Constituição.<sup>229</sup> O Tribunal ressaltou que isso nada tinha a ver com o significado peculiar de cada norma dentro do sistema constitucional ou sobre a sua mutabilidade ou nos termos do art. 79, III, da Lei Fundamental.<sup>230</sup>

Contraopondo-se a essa tese, admitiu o Tribunal Constitucional da Baviera a existência de normas constitucionais de diferentes hierarquias no texto de uma Constituição. Assim, seria possível aferir a compatibilidade entre norma constitucional inferior e uma norma superior.<sup>231</sup>

Não obstante o reconhecimento do significado peculiar de determinadas normas ou, se se quiser, da existência de “normas constitucionais de peso diverso, na conformidade dos temas mais ou menos

fundamentais para o sistema jurídico geral”,<sup>232</sup> problemática se revela a admissão de hierarquia de normas dentro da Constituição. Mesmo a classificação das normas constitucionais entre aquelas suscetíveis de revisão e aquelas gravadas com a cláusula de intangibilidade — que corresponde a uma concepção já desenvolvida por Carl Schmitt sob o império da Constituição de Weimar —,<sup>233</sup> não facilita a aceitação da tese da hierarquia entre normas constitucionais. Para Schmitt, a Constituição configurava a determinação consciente de um poder peculiar que havia assim decidido.<sup>234</sup> As emendas constitucionais haveriam de pressupor uma Constituição e seriam válidas em virtude desta Constituição. Nesse sentido, uma mudança da Constituição seria apenas possível “se preservasse a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo” (...wenn die Identität und Kontinuität der Verfassung als ein Ganzes gewährt bleibt).<sup>235</sup>

232. Maunz, *Theodor/Zippelius, Reinhold, Deutsches Staatsrecht*, p. 39.

233. Schmitt, *Verfassungslehre*, 6.ª ed. 1983, p. 21.

234. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 21.

235. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 103. Vale registrar tópico de seu pensamento: “I limiti del potere di revisione dalle costituzione risultano dal concetto esattamente inteso di revisione. Un potere di “modificare la costituzione” concesso con normativa legislativa costituzionale, significa che singole o più discipline legislative costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite. Il potere di revisione della costituzione contiene quindi solo il potere — ferma restando la costituzione nelle disposizioni legislative costituzionali — de apportare modifiche, aggiunte, completamenti, cancellazioni ecc., ma non il potere di dare una nuova costituzione, e nemmeno il potere di modificare, ampliare o sostituire il fondamento proprio di questa competenza alle revisioni della costituzione, overossia modificare l'art. 76 cost con il

226. BVerfGE 1, 14 (32).

227. BVerfGE 1, 14 (32-33).

228. BVerfGE 3, 225 (231-232).

229. BVerfGE 3, 225 (231-232).

230. BVerfGE 3, 225 (232).

231. Cf. Verw, *Rspr.* 2, n. 65, p. 273 s. (Ementa I, p. 279-280 s.); Ver, também, Verw, *Rspr.* 11, n. 218, p. 905 (Ementa I p. 909).

A concepção teórica que levou ao desenvolvimento do art. 79, III, da Lei Fundamental, permite a aferição da constitucionalidade de normas constitucionais com base nas cláusulas pétreas.<sup>236</sup> Deve-se notar, todavia, que a mudança da Constituição, nos termos do art. 79, I e II, não se limita a modificar um ou outro dispositivo, mas a alterar todo o

procedimento dell'art. 76 così che modifiche legislative costituzionali vengano fatte con un'ordinaria votazione di maggioranza del Reichstag" (Dottrina della costituzione, trad. de Antonio Caracciolo, Milano, 1984, p. 148). Adiante, explicitava Schmitt essa idéia: "la modifica della costituzione non è un'abolizione. Anche se rimane garantito il potere costituente, non potrebbe essere posta per mezzo dell'art. 76 cost. un'altra decisione politica in luogo delle decisioni politiche fondamentali, che formano la costituzione (a differenza della disciplina legislativa costituzionale), il diritto elettorale democratico non potrebbe essere sostituito secondo l'art. 76 con un sistema dei Soviet; gli elementi federalistici, che ancora oggi sono contenuti nella costituzione del Reich, non possono essere aboliti semplicemente ex art. 76 cost. in un modo tale per cui d'un sol colpo il Reich tedesco venga trasformato per mezzo di una "legge che modifica la costituzione" in uno Stato unitario. "E quindi impossibile non solo politicamente, ma anche dal punto di vista del diritto costituzionale cancellare la Baviera semplicemente "per mezzo dell'art. 76 cost." o contro la sua volontà dichiarare la Prussia Land del Reich. Nemmeno la posizione del presidente potrebbe essere trasformata con una "revisione" dell'art. I comma 1 o 41 const. in quella di un monarca. Le decisioni politiche fondamentali della costituzione sono materia del potere costituente del popolo tedesco e non spettano alla competenza delle istanze competenti per le revisioni e le modifiche legislative costituzionali. Modifiche simili producono un cambiamento della costituzione, non una sua revisione" (Dottrina della costituzione, p. 147).

236. Cf., a propósito, BVerfGE 12, 45; 30, I s. (Abhörurteil).

complexo normativo.<sup>237</sup> Depois da alteração, revelar-se-ia quase impossível distinguir entre normas constitucionais originárias e normas decorrentes de uma revisão.<sup>238</sup>

#### 4.5 O direito federal como parâmetro de controle

O direito estadual, tal como já mencionado, deve ter a sua compatibilidade aferida com o direito federal (defesa da ordem federal). Nos termos da expressão literal do § 76 da Lei do Bundesverfassungsgericht, há de se contemplar, igualmente, a possibilidade de aferição da legitimidade das normas federais secundárias com base em parâmetro estabelecido por leis federais formais. No entanto, deve-se concordar com a doutrina dominante que entende que a expressão "outras disposições do direito federal" constante do referido preceito refere-se, tão-somente, à aferição do direito estadual.<sup>239</sup>

237. Cf. Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 19; idem, Zu den Grenzen von Verfassungsänderungen nach dem Grundgesetz, Verw. Arch. 62 (1971), p. 291 (293); Schlink, Das Abhör-Urteil des BVerfGs, Der Staat, 12 (1973), p. 84 (88).

238. Schlink, Das Abhör-Urteil des BVerfGs, Der Staat, 12 (1973), p. 84 (88); Cf., também, Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, p. 19; idem, Zu den Grenzen von Verfassungsänderungen nach dem Grundgesetz, Verw. Arch. 62 (1971), p. 291 (293).

239. Schäffer, Das Verhältnis zwischen Bundes und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, JZ, 1951, 199 (201); Lechner, BVerfGG, § 76, Nota 3; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, § 76, Nota 3 (posição diversa é sustentada in § 78, Nota 3); Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, p. 292 (317); Meyer, W., in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 93, n. 46.

#### Bibliografia

ANSCHÜTZ, Gerhard, Die Verfassung des deutschen Reichs, Berlin, 2.<sup>a</sup> ed., 1930.

APELT, Willipalt, Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf verfassungsnormen? NJW, 1952, p. 1.

BABEL, Gisela, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, Berlin, 1965.

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

———. Verfassungswidrige Verfassungsnorm?, in: Bachof, Wege zum Rechtsstaat, Königstein, 1979, p. 3 s.

———. Bemerkungen zu verfassungswidrigen Verfassungsnormen, DÖV, 1961, p. 927.

———. Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, NJW 1952, p. 242 s.

BERICHT über den verfassungskonvent von Herrenchiemsee vom 10. bis 23.4.1948, Munique, 1948.

BERNHARDT, Rudolf, Bonner Kommentar, art. 31 (2.<sup>a</sup> tiragem), art. 31.

———. Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, organizado por Christian Starck, Tübingen, 1976, vol. II, p. 154.

BETTERMANN, Karl August, Die konkrete Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. I, 1976, p. 323.

DÖHRING, Karl Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in: der Bundesrepublik, VVDStL, Caderno 32, 1964, p. 7.

EHMKE, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL, Caderno 20 (1963), p. 53 s.

ENGELMANN, Klaus, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, Berlin, 1977.

ERICHSEN, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Munique, 1982.

———. Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Munique, 1979.

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

———. Bundesverfassungsgericht und Gemeinschaftsgewalt, in: Verw. Arch. 66, 1975, p. 176.

———. JK, 87, GG Art. 24, I/b.

EVERLING, Ulrich, Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht, DVBI 1985, p. 1.202.

FASTERATH, Ulrich, Anmerkung zum Beschluss des Zweiten Senats vom 25.7.1979, DVBI, 1981, p. 490.

FLAD, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.

FRIESENHAHN, Ernst, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, vol. II, 1932, p. 523 s.

———. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland (cit.: Verfassungsgerichtsbarkeit), Köln, Berlin, Bonn, Munique, 1963.

———. Verfassungsgerichtsbarkeit, Jura, 1986, p. 505 s.

GEIGER, Willi, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar (BVerfGG), Berlin, Frankfurt, 1952.

———. Einige Besonderheiten im verfassungsrechtlichen Prozess, Karlsruhe, 1981.

GOESSL, Manfred, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes (cit.: Organstreitigkeiten), Berlin, 1961.

GÖTZ, Heinrich, Die Zuständigkeiten für normative Entscheidung über schicksalsbestimmende Fragen in der BRD, NJW 1958, p. 1.020 s.

GUBELT, Manfred, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., art. 31, Munique, 1983.

GUSY, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985.

HAMMANN, Andreas, Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheid bei verfassungsrechtlich zweifelhafteu Steuergesetzen, NJW, 1959, p. 1.465 s.



- HÄBERLE, Peter, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess, Berlin, 1978, p. 93 s.
- HESSE, Konrad, Funktionelle Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ausgewählte Schriften, organizado por Peter Häberle und Alexander Hollerbach, Heidelberg, 1984, p. 311.
- HOLTKOTTEN, H., Bonner Kommentar (1.<sup>a</sup> tiragem), art. 126.
- HOLZER, Norbert, Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden, 1978.
- IPSEN, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.
- JERUSALEM, Franz W., Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen, 1930.
- KELSEN, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Caderno, 5, 1929, p. 30 s.
- KIMMINICH, Otto, Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung, in: Kaltenbrunner, Gerd-Klaus, Auf dem Weg zum Richterstaat, Heidelberg, 1979, p. 62.
- KOCH, Harald, Prozessführung im öffentlichen Interesse, Frankfurt am Main, 1983.
- LECHNER, Hans, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Munique, 3.<sup>a</sup> ed., 1973.
- LEIBHOLZ, Gerhard/Rupprecht, Reinhard, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Colônia, 1968.
- LORENZ, Dieter, Der Organstreit, vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, vol. I, p. 225 s.
- MANGEL, Bonner Kommentar (1.<sup>a</sup> tiragem), Art. 25.
- MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt, 1.<sup>a</sup> ed., 1953.
- MARCIC, René, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Viena, 1957.
- MAUNZ, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, art. 31.
- . Kommentar zum Grundgesetz, art. 93.
- MAUNZ, Theodor/Zippelius, Reinhold, Deutsches Staatsrecht, Munique, 26.<sup>a</sup> edição revista, 1985.
- MEIER, Gert, Anmerkung zum Beschluss vom 29.4.74, NJW, 1974, p. 1704.
- MENDE, H., Die Aufhebung des Gothaischen "Konfiskationsgesetzes" durch das Reichsgericht auf Grund des Art 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, AöR, NF 10, p. 247 s.
- MERK, Wilhelm, Verfassungsrechtsschutz, Stuttgart, 1935.
- MEYER, Wolfgang, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Munique, 1983, art. 93.
- MORSTEIN-MARX, Fritz, Art. 13, II der Reichsverfassung und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit, AöR 45 (1924), p. 218.
- VON MUTIUS, Albert, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura, 1987, p. 534 s.
- NAWIASKY, Hans, Positives und überpositives Recht, JZ 1954, p. 717.
- OBERNDORFER, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 193.
- PESTALOZZA, Christian, Verfassungsprozessrecht, 2.<sup>a</sup> ed., München, 1982.
- RENCK, Ludwig, Bundesrecht als Maßstabrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren? DÖV 1964, p. 1.
- . Probleme der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, NJW 1980, p. 1.022 s.
- . Dogmatik der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle BayVBl. 1979, p. 225.
- . Zur Verfassungsmäßigkeit von 76 BVerfGG, JZ, 1964, p. 250.
- RUPP, Hans Heinrich, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte, NJW, 1974, p. 2.153.
- SACHS, Michael, Normenkontrolle bei primärem Gemeinschaftsrecht? NJW, 1982, p. 465 s.
- SCHÄFFER, Slans, Zwischen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. I GG, NJW 1954, p. I s.
- . Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, JZ, 1951, p. 199 s.

- SCHLAICH, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, Munique, 1985.
- SCHLINK, Bernhard, Das Abhör-Urteil des BVerfGs, Der Staat, 12 (1973), p. 85.
- Schmitt, Carl, Verfassungslehre, Berlin, 6.<sup>a</sup> ed., 1983.
- SCHUMANN, Ekkehard, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidung, Berlin, 1963.
- SIGLOCH, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar zu 80.
- SÖHN, Hartmut, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, vol. I, p. 292 s.
- SPANNER, Hans, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Viena, 1960.
- STEPHAN, Bodo, Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlin, 1967.