# CONHECER PARA RECONHECER

## PREFÁCIO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - Direito Americano, Alemão e Brasileiro - 2012

Segunda-Feira, 18 de Janeiro de 2021 09:23:39

Eduardo Schenato Piñeiro

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## Direito Americano, Alemão e Brasileiro

Sergio Antonio Fabris Editor

.

**PREFÁCIO**

**AUTOR:** Luís Afonso Heck

**LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**AUTOR:** Eduardo Schenato Piñeiro

**ORIENTADOR:** Luís Afonso Heck

**PUBLICADO EM:** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 326 páginas, 2012

**DISPONÍVEL EM:** https://fabriseditor.com.br/?secao=produto&idLivro=10821

**ANEXOS:** Prefácio / Sumário / Bibliografia

# PREFÁCIO

O controle normativo difuso deixa associar-se ao âmbito do controle normativo geral.[1] Questões que, então, aqui se colocam, apresentam-se igualmente lá. Citadas podem ser: competência, efeito da decisão e proteção da constituição. Se se tem a existência simultânea do controle normativo difuso e concentrado em um ordenamento jurídico, como é o caso brasileiro, então, mais além, essas questões requerem uma conjugação para o funcionar total correto do controle normativo.

A questão da competência coloca, entre outras coisas, a de exame e a de rejeição.[2] Bem entendido, rejeição da norma e não dos efeitos da norma ao caso concreto somente.[3] No controle normativo

---

1 - Pode falar-se em tipos de controle normativo. Assim: controle normativo principal e incidental, controle normativo abstrato e concreto, controle normativo difuso e concentrado e controle normativo especial e integrado. Eu acredito que o par conceitual controle normativo difuso e concentrado expressa ainda melhor a situação jurídico-constitucional do controle de normas brasileiro. Para esses tipos, ver Maurer, Hartmut. Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, página 245 e seguinte, número de margem 69 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

2 - A realização da competência do exame e da rejeição pode ser fixada em passos. Assim: 1. tem de haver uma dúvida; 2. essa dúvida, existente na norma, deve ser tirada com autoridade (judicialmente); 3. depois, produz-se um confronto entre a norma superior e a inferior; 4. o resultado desse confronto irá mostrar a compatibilidade ou incompatibilidade entre as normas respectivas; 5. diante disso, então, pode ser comprovada a constitucionalidade (ou legalidade) ou inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma inferior. A competência para o exame vai até o número 4. O número 5 compreende a competência para a rejeição.

3 - Ver infra, número 2.

difuso, cujo modelo está nos Estados Unidos da América, elas situam-se nos tribunais,[4] no controle normativo concentrado, cujo modelo situa-se na Áustria, no tribunal constitucional.[5] Mas a competência para a rejeição pode, no caso de uma conjugação,[6] estar concentrada no tribunal constitucional federal.[7]

Quando se passa para o âmbito do efeito da decisão, outra vez, alguns pontos devem ser realçados. Assim:

1. nulidade ou nulificabilidade?[8] Por nulidade entende-se habitualmente uma decisão declaratória[9] com efeito ex tunc.[10] Nuli-

---

4 - Ver para isso, Barbosa, Ruy. A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida editora, s. d., página 239, nota de pé-de-página 325.

5 - Ver para isso, Kelsen, Hans. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. In: The Journal of Politics. Vol. 4, No. 2 (May, 1942), p. 186 f. Versão brasileira: O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das constituições austríaca e americana). In: Kelsen, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 304 e seguinte. Para os artigos 137-148, da lei constitucional-federal austríaca, aí mencionados por Kelsen, ver Heck, Luís Afonso. Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006, página 119 e seguintes.

6 - A lei fundamental conjugou o controle normativo abstrato e o concreto. Ver para isso Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998, página 494 e seguintes, número de margem 680 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

7 - Ver para isso, Heck, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1995, página 133 e nota de pé-de-página 250.

8 - Ver para isso, pormenorizadamente, Heck, Luís Afonso. Jurisdição constitucional: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, página 33 e seguintes. Para os Estados Unidos da América: Stephens, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. Syracuse Law Review, 1998, Vol. 48, p. 1515. Para a Alemanha: Maurer, H., (nota 1), página 250 e seguintes, número de margem 83 e seguintes. Comparar infra, nota de pé-de-página 16 e 17.

9 - Mas ela pode ter um significado constitutivo. Segundo Maurer: "Como a nulidade produz-se ipso iure [pelo mesmo direito], a declaração de nulidade é somente um ato declaratório que, todavia, obtém um significado constitutivo determinado pelo fato de agora a nulidade da lei estar fixada vinculativo-juridicamente e, com isso, determinante" (nota 1), página 250, número de margem 84.

10 - A nulidade em Kelsen significa: a) é a falta de caráter jurídico do ato; b) qualquer cidadão ou autoridade pode considerá-lo como inválido; c) pode ser caso-limite da nulificabilidade (nulificação com força retroativa até a data de sua fixação). Ver Heck, L. A., (nota 8), página 35, nota de pé-de-página 33.

ficabilidade, em Kelsen, quer dizer uma decisão constitutiva com efeito, em geral, ex nunc;[11]

2. âmbito material. A cassação do ato antijurídico pode limitar-se ao caso concreto ou estender-se a todos os casos em que deveria ser aplicado. Permanece a cassação limitada ao caso concreto, então a falta de unidade normativa da constituição e a incerteza jurídica da prestação da justiça,[12] que cabe ao estado,[13] disso resultante,[14] faz-se sentir, aguda e dolorosamente, aos que procuram essa prestação estatal;

3. âmbito temporal. Nulidade habitualmente equivale a ex tunc, ou seja, a cassação alcança o ato antijurídico desde a sua publicação.[15] Nulificabilidade deixa diferenciar: o efeito da decisão

---

11 - Ver Heck, L. A., (nota 8), página 35, nota de pé-de-página 33.

12 - Deve ser chamada a atenção sobre isto: a prestação é jurídica e não administrativa. Ela, todavia, parece estar sendo interpretada entre nós neste sentido, isto é, administrativamente.

13 - Estado entendido em sua totalidade e não em um de seus poderes, ou seja, o judiciário.

14 - O prejuízo que nisso experimentam o preceito da certeza jurídica e o preceito da proteção à confiança, como derivados do princípio do estado de direito (artigo 1, caput, da constituição federal), aplicáveis, portanto, como critério normativo para aferição da constitucionalidade de atos jurídicos estatais (lei, ato administrativo e sentença) (ver para isso, Heck, L. A., (nota 7), página 186 e seguintes), fundamenta jurídico-constitucionalmente, de lege ferenda [da lei a ser feita], uma conjugação do modelo difuso e concentrado no Brasil.

15 – Aqui reside a dificuldade da proposta de Ipsen, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Eizelakt. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, que adota a teoria da nulidade habitual como ponto de partida. Não é claro nem como, do outro lado das regulações do direito positivo, seja possível comprovar diferenças entre norma e ato particular (S. 176), nem como fazer isso no plano da teoria do direito, a cavaleiro da dogmática do direito (S. 177). Mais além, é duvidosa essa firmação: "Desde o desmascaramento do positivismo jurídico-estatal faz parte do modelo de publicações sobre jurisdição constitucional acentuar a dimensão política do direito constitucional" (S. 194). Seja somente lembrado: Kelsen, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural. In: Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 51 e seguintes. Tradução: Luís Afonse Heck. Mesmo autor. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. In: mesma obra, página 25 e seguintes. Tradução: Waldir Alves. No Brasil, o senhor Mendes não só representa teoricamente a proposta de Ipsen em seus escritos, mas também a aplica em sua prática judicial. Ver para aqueles, Mendes, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, página 16 e seguintes; mesmo autor. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, página 188 e seguintes; mesmo autor. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007,

que cassa o ato antijurídico pode ter efeito para o passado ou para o futuro. Ou seja, ele pode ter efeito retroativo, ex tunc, ou efeito prospectivo, ex nunc.

Uma olhada para a proteção da constituição indica uma alternativa: ou um modelo difuso dotado com stare decisis[16] ou um modelo concentrado, ou conjugado, com competência centralizada para a rejeição.[17] Rejeição do ato antijurídico com seus efeitos pelo tribunal constitucional, jurídica, portanto. Torna-se aqui atual kelsenianamente tanto a ideia do legislador negativo[18] como a do papel da constituição.[19] Mais além, a ausência de unidade normativa, que se mostra na carência da constituição de uma proteção jurídica, não pode ser justificada com uma modificação da constituição e também não substituída.[20] Isso (iria) apresenta(r) uma perspectiva política que não se deixa sustentar jurídico-constitucionalmente. O uso do poder constituinte é, aqui, malogrado. Ele mostra simplesmente a não-aceitação normativa, isto é, deôntica, da constituição existente (a cada vez).

O trabalho de Eduardo Schenato Piñeiro situa-se no âmbito e nas conexões dessas questões. Ele foi apresentado como dissertação de mestrado na faculdade de direito da UFRGS. Sua aprovação deu-se com nota 10. Da banca examinadora participaram: Luís Afonso Heck, Maria Cláudia Mercio Cachapuz, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Véra Maria Jacob de Fradera. O mérito deste trabalho reside, sobretudo:

a) na pré-compreensão das fontes;[21]

---

página 1199 e seguintes; 1215 e seguinte. Para este, ver Heck, L. A., (nota 8), página 53, 57, nota de pé-de-página 48.

16 - Como é o caso dos Estados Unidos da América. Com esse pressuposto, isto é, essa dotação, a nulidade habitual pode desempenhar um papel de proteção jurídica à constituição.

17 - Nesse caso, tanto em um como em outro (ver para este, Maurer, H., (nota 1), página 250 e seguinte, número de margem 84), a nulificabilidade, na prática, tem-se mostrado mais adequada no desempenho do papel de proteção jurídica à constituição.

18 - Ver para isso, Heck, L. A., (nota 8), página 13, nota de pé-de-página 11.

19 - Ver para isso, Heck, L. A., (nota 8), página 48 e seguintes, nota de pé-de-página 47 e página 35, nota de pé-de-página 33. Comparar com notas de pé-de-página 24, infra.

20 - Comparar supra, nota de pé-de-página 13.

21 - Isso pode ser realçado jurídico-comparativamente. Assim, uma vez: "De modo nenhum se deve, portanto, deixar obstruir a vista por conceitos de sistema do direito

b) na presença de sistemática;[22]
c) em ter, nisso, posto legislação e jurisprudência como parte,[23] não como mero pretexto.[24]

*Luís Afonso Heck*
Prof. da UFRGS

Porto Alegre, verão de 2011

---

nacional próprio; pois o ponto crucial de cada comparação de direito é sempre o problema objetivo concreto" (Zweigert, Konrad, Kötz, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 1996, S. 33); outra vez: "O lado "negativo" do princípio da funcionalidade indica, portanto, que na comparação de direito tem de se libertar radicalmente dos seus pré-juízos dogmático-jurídicos próprios. Como parece o lado "positivo": em quais âmbitos do direito estrangeiro tem de se adentrar para encontrar a correspondência da solução do problema próprio?" (mesmos autores, mesma obra, S. 34, aspas no original). É, ainda, instrutivo para todos, sobretudo para o dador de leis, ler Kelsen, H., (nota 5). Com isso, poderia ser impedido, ao menos, o "falso início" ("proton pseudos", grego: "o primeiro como mentira": o início de uma cadeia de conclusões é já uma proposição falsa).

22 - "Sistemática: ordenação de declarações sobre um determinado âmbito de objetos ou de tais objetos mesmos segundo um ponto de vista dirigente ou segundo determinadas relações" (Schülerduden Philosophie. 3. Auf., Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich: Dudenverlag, 2009. Verbete Systematik, S. 409).

23 - Isso significa, por um lado, que o direito é levado a sério como direito positivo e, por outro, que a interpretação desse direito, pelo órgão competente, é examinada na perspectiva do direito discursivo. Para aquilo, ver Kelsen, Hans. O que é positivismo jurídico? In: Heck, L. A., (nota 15), página 85 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck; para isto, Alexy, Robert. Constitucionalismo discursivo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011, página 10. Tradução: Luís Afonso Heck.

24 - Como, entre nós, é habitual. Pretexto para, em falas e escritos, poder manifestar, então, apenas a opinião (pessoal) sobre a coisa, em geral, no interesse próprio, não o conhecimento necessário na coisa (ver para isto, Gadamer, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. Bd. 1. 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 299, 383 f. Versão brasileira: Verdade e método. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, página 390, 492 e seguinte. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini). Em geral, então, ao direito natural é dado o papel de critério de aferição situado acima do posto, do objetivo (suprapositivo, supraobjetivo), portanto, do âmbito científico. Com isso, contudo, desta vez, é simplesmente ignorado, não só o princípio democrático – isto é, o caráter normativo da vontade geral, no sentido de Rousseau –, presente no artigo 1, caput, da constituição federal, mas também o fundamento da dignidade humana – isto é, kantianamente entendida, ou seja, a pessoa como fim e não como meio –, igualmente presente no artigo 1, inciso III, da constituição federal.



AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

## MARCADORES

Direito constitucional | Prefácios |