JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - 2008

TEORIA DA NULIDADE VERSUS TEORIA DA NULIFICABILIDADE DAS LEIS

Quinta-Feira, 17 de Setembro de 2020 15:13:38

Luís Afonso Heck

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

teoria da nulidade

versus

teoria da nulificabilidade das leis

livraria DO ADVOGADO editora

.

LIVRO

AUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008, 88 páginas

DISPONÍVEL EM:

https://www.livrariadoadvogado.com.br/jurisdicao-constitucional-p35076/

Anexos: 10

A existência normativa da constituição carece, sem dúvida, de proteção contra violações. Essa existência, porém, *juridicamente* está protegida quando o ato que a viola, e os seus efeitos, pode ser nulificado. Este livro trabalha, nesse sentido, não só a questão da nulidade/nulificabilidade, mas também as questões com isso conexas, isto é, a quem cabe a guarda da constituição e a vinculatividade das decisões nesse âmbito.

H448j Heck, Luís Afonso

Jurisdição constitucional: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis / Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

88 p.; 14 cm.

ISBN 978-85-7348-519-6

1. Jurisdição constitucional. 2. Nulidade. 3. Tribunal constitucional. I. Título.

CDU – 342.4

Índices para o catálogo sistemático:
Jurisdição constitucional
Tribunal constitucional

(Bibliotecária responsável: Marta Roberto, CRB-10/652)

LUÍS AFONSO HECK

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis

livraria DO ADVOGADO editora

Porto Alegre, 2008

© Luís Afonso Heck, 2008

Capa, projeto gráfico e diagramação
Livraria do Advogado Editora

Revisão
Rosane Marques Borba

Direitos desta edição reservados por
Livraria do Advogado Editora Ltda.
Rua Riachuelo, 1338
90010-273 Porto Alegre RS
Fone/fax: 0800-51-7522
editora@livrariadoadvogado.com.br
www.doadvogado.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Este livro teve origem no trabalho que foi apresentado no Congresso Internacional de Direito Constitucional, realizado em Goiânia nos dias 10 a 12 de maio de 2006. As referências, que se encontram atualmente no livro de Robert Alexy, intitulado *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Tradução: Luís Afonso Heck e no livro de Hartmut Maurer, intitulado *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Tradução: Luís Afonso Heck, foram, ao tempo do congresso, feitas em separado.

Sumário

I. Colocação da questão 9

II. O guarda da constituição 11

III. A nulificabilidade 33
1. Jurisdição constitucional 34
2. A nulidade 41
3. A nulificabilidade 44

IV. Vinculatividade 71
1. Efeito vinculativo 71
2. § 31, alínea 1, da lei do tribunal constitucional federal 72
3. Fundamentos apoiadores: vinculam também segundo o § 31, alínea 1, da lei do tribunal constitucional federal? 74
4. A força de lei das decisões do tribunal constitucional federal segundo o § 31, alínea 2, da lei do tribunal constitucional federal 78
5. Rompimento da coisa julgada 80

V. Conclusão 83

Bibliografia 85

I. Colocação da questão

A constituição federal de 1988 deu, no artigo 102, *caput*, ao supremo tribunal federal a tarefa de guardar a constituição. Se se pergunta[1] sobre essa expressão, então a resposta indica para uma discussão entre Carl Schmitt[2] e Hans Kelsen,[3] situada no início dos anos 30 do século pas-

[1] A pergunta está colocada no sentido de Gadamer. Segundo ele, na essência da questão reside que ela tem um sentido. Sentido é, porém, sentido de direção. O sentido da questão é, portanto, a direção na qual a resposta somente se pode realizar, se ela quer ser resposta cheia de sentido, conforme o sentido. Com a pergunta o interrogado é posto em um determinado sentido (Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 368. Versão portuguesa: *Verdade e método I*. 7 ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2005, página 473. Tradução: Flávio Paulo Meurer). Essa pergunta diferencia-se tanto da pergunta retórica, que não só é sem perguntador, mas também sem perguntado (mesmo autor e obra, S. 369, página 474), como da pergunta oblíqua. O oblíquo de uma questão consiste nisto, que a questão não observa um sentido de direção real e, por isso, não possibilita uma resposta (mesmo autor e obra, S. 370, página 475).

[2] Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl., Berlin: Dunker und Humblot, 1996. A primeira edição é de 1931. Versão portuguesa: *O guarda da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução: Geraldo de Carvalho.

[3] Kelsen, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: *Die Justiz*, Band VI (1930/31), Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rotschild, S. 576 ff. Versão portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição?, in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 237 e seguintes. Tradução: Alexandre Krug.

sado. O desenvolvimento, no âmbito da jurisdição constitucional, depois do segundo pós-guerra, vai ao encontro da idéia de Kelsen.[4] Parece, nesse sentido, então, justificado fazer, primeiro, um breve esboço, dotado com referências, dos pontos de vista do escrito do último autor mencionado, que estão em conexão imediata com o tema desta palestra, enunciado pelo seu título.

[4] Ver infra, nota 27.

II. O guarda da constituição

Após situar o fundamento do pensamento de Schmitt, ancorado na idéia do monarca como órgão supremo do exercício do poder estatal e, mesmo assim, neutro e, portanto, capaz de controlar sozinho a constitucionalidade do exercício do poder estatal, na doutrina de um dos ideólogos mais antigos e empregados da monarquia constitucional, a de Benjamin Constant,[5] é mostrada a sua finalidade, ou seja, passar a tese ideológica do poder neutro do monarca constitucional[6] para o chefe de estado de uma república

[5] Kelsen, H. (nota 3), S. 578, 580; página 242, 243.

[6] A perspectiva da hermenêutica também parece falar em favor de Kelsen: "Nós designamos acima a pertença à tradição como uma condição do entender científico-espiritual. Façamos agora a prova ao nós examinarmos como se apresenta esse elemento estrutural do entender no caso da hermenêutica jurídica e teológica. Pelo visto, não se trata de uma condição limitativa do entender, mas de uma condição, que o possibilita. A pertença do intérprete a um texto é como a pertença do ponto visual à perspectiva dada em uma imagem. Não se trata disto, que se deve procurar e ocupar esse ponto visual como um lugar, mas que, aquele que entende, não escolhe arbitrariamente o seu ponto de vista, mas encontra o seu lugar dado. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule de modo igual todas as partes da comunidade jurídica. Onde isso não é o caso, onde, por exemplo, como no absolutismo, a vontade do soberano absoluto está acima da lei, não pode haver nenhuma hermenêutica, uma vez que um soberano pode explicar suas palavras também contra as regras da interpretação comum. Porque lá a tarefa, sim, de modo algum, está colocada, interpretar a lei de modo que no sentido jurídico da lei o caso concreto é decidido justamente. A vontade, não vinculada pela lei, do monarca pode, pelo contrário, produzir aquilo que lhe parece *justo*,

Bibliografia

Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

——. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

——. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

——. Vício no exercício do poder discricionário, in: *Revista dos Tribunais*, volume 779, 2000, página 11 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck. Título original: Ermessensfehler.

——. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, in: Robert Alexy. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 71 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

Barbosa, Rui. *A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlantida editora s.d.

Duden Deutsches Universalwörterbuch. 2. Auf., Mannheim/Wien/Zürich: Dudenverlag, 1989.

Friedrich, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en europa y america)*. México: Fondo de Cultura Economica, 1946. Tradução: Vicente Herrero. Título original: Constitutional Goverment and Democracy.

Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990. Versão portuguesa: *Verdade e método I*. 7 ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2005. Tradução: Flávio Paulo Meurer.

Guetzévitch, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. Tradução: Candido Motta Filho. Título original: Les nouvelles tendances du droit constitutionnel.

Habermas, Jürgen. Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral, in: mesmo autor, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, S. 11 ff. Versão portu-

guesa: *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, página 11 e seguintes. Tradução: Paulo Astor Saethe e George Sperber.

Häberle, Peter. Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Badura, Peter und Dreier, Horst (herausgegeben). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Erster Band, Tübingen: Mohr, 2001. S. 311 ff.

Heck, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. 1994, página 115 e seguintes.

——. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1995.

——. O controle normativo no direito constitucional brasileiro, in: *Revista dos Tribunais*, volume 800, junho de 2002, página 57 e seguintes.

——. Apresentação, in: Cachapuz, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006, página 11 e seguintes.

——. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

Heckmann, Dirk. *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998. Tradução: Luís Afonso Heck. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublick Deutschland.

Ipsen, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1980.

Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1923.

——. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, Heft 5, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. S. 30 ff. Versão portuguesa: A jurisdição constitucional, in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: Maria Ermantina Galvão.

——. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: *Die Justiz*, Band VI (1930/31), Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rotschild, S. 576 ff. Versão portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição?, in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 237 e seguintes. Tradução: Alexandre Krug.

——. 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), page 183 ff. Versão portuguesa: O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana), in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

——. Zur Theorie der Interpretation, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968. S. 1363 ff.

——. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke, 1983. Versão portuguesa: *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução: João Baptista Machado.

Klein, Eckart, in: Benda, Ernst/Klein, Eckart. *Verfassungsprozeßrecht*. 2. Aufl., Heidelberg: Müller Verlag, 2001.

Köbler, Gerhard/Pohl, Heidrun, *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*. München: Beck, 1991.

Kriele, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

Krings, Hermann; Stegmüller, Wolfgang; Baumgartner, Hans Michael. Método, in: *Estudos Jurídicos*, vol. 32, n. 84, jan./abr. 1999, página 5 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck. Título original: Methode.

Lechner, Hans. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar*. 4. Aufl., München: Beck, 1996.

Maurer, Hartmut. *Staatsrecht I*, 4. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2005.

——. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006. Tradução: Luís Afonso Heck. Título original: Allgemeines Verwaltungsrecht.

——. Garantia de continuidade e proteção à confiança, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 59 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

——. Jurisdição constitucional, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 217 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

——. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 281 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

Moniz de Aragão, E. D. *Comentários ao código de processo civil*. vol. II, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, parte geral, tomos IV e V.

Popper, Karl R. *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*. Bd. 2. Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen. 7. Aufl., Tübingen, Mohr, 1992. Tradução: Paul K. Feyerabend. Título original: The Open Society and Ist Enemies. Versão portuguesa: *A sociedade aberta e seus inimigos*, v. 2, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974. Tradução: Milton Amado.

Prechtl, Peter. Artikel Dezision, Dezisionismus, in: *Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen/Hrsg.* von Peter Prechtl und Franz-Peter-Burkard. 2. Aufl., Stuttgart; Weimar: Metzler, 1999.

Quine, Willard Van Ormann. *Grundzüge der Logik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969. Tradução: Dirk Siefkes. Título original: Methods of Logic.

Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 6. Aufl., München: 2004.

Schmitt, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 2. Aufl., Berlin: Dunckler und Humblot, 1993.

——. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl., Berlin: Dunker und Humblot, 1996. Versão portuguesa: *O guarda da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução: Geraldo de Carvalho.

——. Die Tyrannei der Werte, in: *Säkularisation und Utopie, Festschrift für Ernst Forsthoff*. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967. S. 37 ff.

Wahrig, Gerhard. *Deutsches Wörterbuch*. München: Mosaik Verlag, 1986.

Luis Afonso Heck nasceu na cidade de Arroio do Meio, RS, em 18.11.1960. Graduou-se em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais em 1988. Ingressou no curso de doutorado, área de concentração Direito Constitucional, da Universidade Federal de Minas Gerais em 1989, cumprindo os créditos no tempo mínimo de dois anos, sob orientação do Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho.

Permaneceu na Alemanha, do semestre de verão de 1992 até o semestre de inverno de 1994 sob a orientação do Prof. Dr. Konrad Hesse, juiz aposentado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em pesquisa, elaboração e conclusão da sua tese de doutorado, defendida em 1995 na Universidade Federal de Minas Gerais, publicada sob o título "O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã".

Lecionou na Fundação Universidade de Itaúna, Universidade Federal de Ouro Preto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Universidade Luterana do Brasil. Em 2002 prestou concurso para professor adjunto, área de concentração Direito do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

teoria da nulidade
- ***versus***
teoria da nulificabilidade das leis

Jurisdição contitucional deixa colocar, por um lado, a questão do *quem* deve ser o guarda da constituição; por outro, a questão do *como* deve ser exercida essa guarda. A constituição federal de 1988 decidiu a questão sobre o *quem*, isto é, deu a tarefa de guardar a constituição ao supremo tribunal federal. No âmbito da questão sobre o *como*, que não está decidida inequivocamente, desempenha um papel fundamental não somente o caráter, mas também o efeito da decisão do guarda da constituição, ou seja, constitutivo ou declaratório, ex tunc ou ex nunc. Nessa conexão, pode dizer-se que o sucesso do *quem* depende essencialmente da adequação do *como*.

livraria DO ADVOGADO *editora*

Rua Riachuelo, 1338
90010-273 - Porto Alegre - RS
Fone/Fax: 0800-51-7522
editora@livrariadoadvogado.com.br

Visite nosso *site*
www.doadvogado.com.br

ISBN 978-85-7348-519-6

AUTORES VINCULADOS

MARCADORES

Jurisdição constitucional |