

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DISPOSITIVA*

ALEXANDER GRASER**

RESUMO: O artigo discute um tema de direito constitucional, baseado nas experiências da jurisprudência dos Estados Unidos e da Alemanha. Ele lida com regras jurídicas geradas pela interpretação judicial da constituição. Em ambos sistemas, tais regras são difíceis de modificar. A legislatura pode revisá-las apenas se seguir os procedimentos de emenda constitucional. O artigo explora as opções para aumentar a revisibilidade da adjudicação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência Constitucional; Dispositividade; Common Law.

ABSTRACT: This article discusses an issue of constitutional law, based on the experiences of US and German jurisprudence. It deals with the rules of law which are generated by the judicial interpretation of the constitution. In both systems, such rules are difficult to change. The legislature can revise them only if it follows the procedures of constitutional amendment. The article explores the options how to increase the revisability of constitutional adjudication.

KEYWORDS: Constitutional Jurisprudence; Dispositivity; Common Law.

SUMÁRIO: I. Falível, mas definitiva: a questão-chave da Jurisprudência; II. A Ideia de Constitutional Common Law; III. Constitutional Common Law como modelo para o desenvolvimento jurídico nacional?; IV. Observação Final; Referências.

SUMMARY: I. Fallible, but definitive: the key issue of Jurisprudence; II. The Idea of Constitutional Common Law; III. Constitutional Common Law as a model for the national legal development?; IV. Final remark; References.

I. FALÍVEL, MAS DEFINITIVA: A QUESTÃO-CHAVE DA JURISPRUDÊNCIA

Errar é humano. Juízes são humanos. Deste modo, os juízes podem... – um pensamento desagradável! Mas o que podemos fazer? Enquanto não for possível se obter para a carreira da magistratura alemã um Hércules, protótipo do juiz sobre-humano¹ de Ronald Dworkin, as perspectivas de uma solução para este problema são muito baixas. Certamente, o Judiciário está se esforçando, seriamente, para solucionar o problema.

Artigo recebido em 1º.03.2010. Artigo aceito para publicação em 6.01.2011 mediante convite.

* Tradução de Italo R. Fuhrmann e Souza e Daniel Piñeiro Rodriguez, Mestrandos em Direito do Programa de Pós-Graduação da PUCRS, e revisão da tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Doutor em Direito pela Universidade de Munique e Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS.

** Professor de Direito Público Comparado e Política Social da Hertie School of Governance, Berlim.

¹ Cf. *Ronald Dworkin*, *Hard Cases*: Harvard Law Review 88 (1975), p. 1057 e ss.

Ao invés de juízes individuais, outorga-se a decisão para órgãos colegiados, ao invés de meros Tribunais, efetivas vias recursais. Isso deveria ajudar. Quatro olhos enxergam mais do que dois. O contraponto, contido na afirmação “dez alemães... (naturalmente)... (são)...mais burros...do que cinco”², foi, até onde se sabe, defendido unicamente por *Heiner Müller*, que não era, definitivamente, um jurista. Não obstante, parece que, também entre os juristas, o cinismo tem a última palavra. De modo incontestado, insistem que mesmo instâncias decisórias definitivas eventualmente erram, e neste caso com força de coisa julgada.

Este diagnóstico não deve, ainda, gerar abalos, mas sim, pelo menos, diferenciações. Porque mesmo neste contexto, última instância não é o mesmo que última instância. O céu azul proverbial há um bom tempo não envolve mais em todos os casos as últimas instâncias estaduais ou mesmo os Tribunais Federais. Trata-se de muito mais do que, por assim dizer, a última instância de todas, papel assumido cada vez mais pelo Tribunal Constitucional Federal, que, evidentemente, não almeja ser uma “super instância de revisão”³, e, em alguns casos, pelo Tribunal de Justiça Europeu e, por vezes, também pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Qual deles será a última das últimas instâncias, ainda está, como se sabe, em aberto⁴.

Correspondendo a este escalonamento diferencia-se, também, o quão “definitivas” são as respectivas decisões. Não se está falando apenas na “força jurídica” em sentido técnico, mas também na (reconhecidamente trivial) constatação de que as decisões de última instância podem ser novamente revisadas em certas circunstâncias. Isto também é válido para aqueles efeitos (remotos) de decisões judiciais que vão além da disputa entre as partes.

O jurista pensa, com isso, imediatamente na diferenciação entre, de um lado, efeitos apenas *inter partes*, ou seja, as sentenças que vinculam as partes do processo, que constituem a regra, e, de outro, decisões que geram efeitos *erga omnes*, ou seja, que valem para todos – um privilégio raro –, outorgado, por exemplo, pelo § 31 da Lei do Tribunal Constitucional Federal a alguns tipos de decisões do referido Tribunal. Nós não deveríamos, contudo, perder de vista esta distinção técnica, já que também as decisões dos meros Tribunais (Federais) podem gerar efeitos jurídicos similares aos das leis⁵. Poderíamos pensar tão somente no Tribunal Federal do Trabalho, o qual é caracterizado como sendo um legislador substituto no âmbito do contencioso trabalhista⁶. Mas também para além deste caso especial, vale que a interpretação de

² *Heiner Müller*, *Wochenpost*, n° 8 do ano de 1992.

³ *Horst Dreier* já fala neste ponto de uma “censura estereotipada” pelo Tribunal, in: *Horst Dreier* (Org.), *Grundgesetz – Kommentar*, Art. 2, § 1, número de margem 29.

⁴ Para uma relação atual do ponto em comento, conferir *Jutta Limbach*, *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur*: *EuGRZ* 2000, p. 417 e ss., especialmente em relação ao conflito do Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, cf. *Günter Hirsch*, *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*: *NJW* 2000, p. 1817 e ss.

⁵ Afirmando a qualidade normativa da jurisprudência, cf. *Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, 1999, p. 38., p 132 e ss.; mais pormenorizado e com outras comprovações a esta pergunta cf. a baixo III.1.

⁶ Com comprovações a este e a outros neologismos similares, cf. *Hartmut Bauer*, in: *Dreier* (Nota de rodapé 3), art. 9, número de margem 89.

normas abertas por parte dos Tribunais de última instância tem um efeito similar ao da legislação.

Neste ponto, não há diferença entre o Tribunal Constitucional Federal e as “últimas instâncias ordinárias”. Contudo, onde estes realmente se diferenciam é no que diz com a superação de suas decisões pelo legislador. Enquanto um único rabisco do legislador pode macular, por exemplo, grande parte da jurisprudência trabalhista do Tribunal Federal do Trabalho, em relação ao Tribunal Constitucional Federal as coisas se dão de modo diverso. Pelo fato deste ser o intérprete da Constituição, suas sentenças não podem, na prática, via de regra⁷, mesmo para o futuro, ser corrigidas por uma simples lei, mas apenas por meio de emenda constitucional, ressalvados os casos das “cláusulas pétreas”, no sentido do art.79, § 3º, da Lei Fundamental (doravante LF).

Com efeito, poder-se-ia objetar que esta é uma consequência inevitável, embora desagradável, da decisão fundamental de transformar um Tribunal Constitucional em “guardião da Constituição”. Na verdade, esta decisão não está, de modo algum, “dada por Deus”, como ilustra o exemplo do Reino Unido. Contudo, na medida em que assim foi decidido, parece, de fato, que os rumos estão definidos. Pois se um Tribunal deve realizar efetivamente esta tarefa de controle, se este também, exemplificativamente, deve proteger, de forma eficaz, os indivíduos contra lesões de direitos fundamentais causadas pelo poder estatal, é natural que também a tal Tribunal seja concedida a última palavra em relação aos demais poderes a serem contidos⁸. Em todo o caso, desde *Marbury v. Madison*⁹, os Tribunais assim o tem reiteradamente afirmado. Mas, mesmo se nós aceitarmos substancialmente tais regras do jogo, fica a pergunta se por vezes não erramos o alvo, atribuindo mais definitividade do que necessária às decisões da jurisdição constitucional.

II. A IDEIA DO CONSTITUTIONAL COMMON LAW

Esta pergunta também foi posta nos EUA, de modo especialmente claro num artigo publicado em 1975 sob o título “Constitutional Common Law”¹⁰. *Henry Monaghan*, o autor, empreendeu a tentativa de introduzir o conceito de *constitutional common law* na teoria constitucional norte-americana. O pensamento fundamental era, nas suas próprias palavras “... that a surprising amount of what passes as [1] authoritative constitutional ‘interpretation’ is best understood as something of a quite different order – [2] a substructure of substantive, procedural, and remedial rules drawing their inspiration and authority from, but not required by, various constitutional

⁷ Sujeito à mudança em virtude das circunstâncias factuais ou da jurisprudência, mais pormenorizado a esta limitação em seguida a baixo III.1.

⁸ *Erhard Denninger*, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: Brunkhorst/Niesen (Orgs.), Das Recht der Republik, 1999, p. 288 (303), qualificando-o até mesmo por “a base em geral da jurisdição constitucional”.

⁹ U.S. (1 Cranch) 137 (1803); cf. a esta paradigmática decisão, na qual a Suprema Corte estabeleceu a sua competência para o controle da constitucionalidade das leis, *Winfried Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, p. 7 e ss.

¹⁰ Harvard Law Review 89 (1976), p. 1 e ss.

provisions; in short, a constitutional common law subject to amendment, modification or even reversal by Congress”¹¹⁻¹².

1. *A ambição normativa de Monaghan*. Do exposto resulta claro porque Monaghan utilizou o conceito da *common law* para a jurisprudência constitucional. Para ele, trata-se de estabelecer um paralelismo com a noção clássica da *common law*, desenvolvida sem fundamento legal pela jurisprudência. Realçar a qualidade criativa da jurisprudência¹³ era, na ocasião, algo especialmente pertinente, considerando que a Suprema Corte, naquela época, de modo incontestado, em termos retrospectivos, acabara de completar duas décadas de “ativismo judicial”¹⁴. O próprio Monaghan esteve, declaradamente, ao lado dos críticos, e assim ele concluiu suas observações com a esperança de que mesmo que a Suprema Corte não se deixe convencer a não reconhecer princípios constitucionais até então desconhecidos, isto, pelo menos, deveria ocorrer em um quadro “...in which constitutional common law gives Congress a role in fixing the consequences”¹⁵⁻¹⁶. Precisamente nos casos de especial criatividade na construção jurisprudencial, deveria ser o legislador, segundo Monaghan, e não o Tribunal Constitucional, a ter a última palavra, exatamente como no caso da clássica *common law*, que igualmente está à disposição do legislador.

A esperança de Monaghan, até hoje, não se realizou nos EUA, e tampouco se afirmou seu conceito de *constitutional common law*. Um possível motivo poderia ser identificado no fato de que ele não teve êxito em mostrar onde estaria a linha divisória entre a interpretação constitucional vinculativa (“authoritative constitutional interpretation”) e uma criação jurídica constitucionalmente inspirada não vinculativa (“substructure of... rules drawing their inspiration and authority from, but not required

¹¹ Ibidem., p. 2 e ss; Parênteses de A.G.

¹² Tradução livre: “que uma quantidade surpreendente do que passa como [1] uma ‘interpretação’ constitucional autoritária é melhor entendida como algo de uma ordem bastante diferente – [2] uma subestrutura de regras remediais, procedimentais e substantivas, obtendo sua inspiração e autoridade, mas não as exigindo, das várias disposições constitucionais; em suma, uma *common law* sujeita à emenda, modificação e até mesmo reversão pelo Congresso”. [Nota dos tradutores].

¹³ No sentido da criação judicial do Direito.

¹⁴ Como o início da Era do *judicial activism* é de se citar a decisão *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), na qual a Suprema Corte, amparada por um novo modo de leitura do princípio da igualdade, declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas; pormenorizada a história e o contexto desta decisão *Brugger* (Nota de rodapé 9), p. 12 e ss. Nos anos subsequentes, especialmente ao longo do tempo em que o Chief Justice Warren ficou na presidência do Tribunal (até 1969), existiram diversas outras decisões revolucionárias; um panorama geral oferece *Winfried Brugger, Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika: JöR NF 42* (1994), p. 571 e ss. (com outras comprovações). Uma boa impressão sobre como a jurisprudência da Suprema Corte era percebida antigamente foi divulgada no final dos anos 1960 através da publicação do livro de *Alpheus Mason/William Beany, The Supreme Court in a Free Society – A survey of American Constitutional Law focussing on the Supreme Court as a participant in the political process. With a new chapter on the Warren Court*, New York 1968. Literalmente, está assim disposto (p. 321 e ss): “The Warren Court (some call it the “Warren Revolution”), now entering its fourteenth year, continues unabated its myth-schattering precedent-breaking course... Under Earl Warren... the Supreme Court has become a creative force in American life.”

¹⁵ Ibidem., p. 45.

¹⁶ Tradução livre: “na qual a *common law* atribui ao Congresso a função de fixar as consequências”. [Nota dos tradutores].

by, various constitutional provisions¹⁷”). Sem esta linha divisória, contudo, ou o direito constitucional da *common law* não existiria, ou existiria apenas ele; ou seja, a última palavra seria sempre ou do Tribunal Constitucional ou do legislador, portanto, sem que a almejada diferenciação fosse possível.

Poderíamos esperar que o próprio Tribunal desenvolveria tais fronteiras. No entanto, essa seria uma questão sensível para um Tribunal Constitucional. Isto porque tão logo este declare uma sentença como mera “criação jurídica constitucionalmente inspirada”, de forma a colocá-la à disposição do legislador ordinário, o mesmo Tribunal automaticamente estaria exposto à crítica de ter extrapolado o papel que o ideal clássico da separação de poderes lhe confere. Perdida estaria a pose inocente da “bouche (...) de la loi”¹⁸, e o Tribunal, por conseguinte, de forma muito mais sóbria, apareceria como instituição evidentemente guiada por textos, mas ao final politicamente. Certamente, não seria uma melhora em termos de aceitação.

2. *Ambição analítica de Monaghan*. Frente ao fracasso da proposta de Monaghan que, em retrospectiva, de forma alguma foi surpreendente, fica a dúvida do porquê poderia valer a pena investigar, ainda hoje, os seus pensamentos, no âmbito de uma tradição jurídica completamente diversa e depois de transcorrido mais de um quarto de século. Todavia, assim não estaríamos fazendo justiça a Monaghan. Seu estudo não tinha apenas componentes de reformas normativas até agora referidos que, por si só, se revelam pouco realistas, mas também componentes analítico-descritivos, que conferem, claramente, mais plausibilidade ao seu argumento. Exatamente como clarifica a passagem citada no início, ele não queria introduzir uma construção completamente nova através de seu conceito de *constitutional common law*, mas reivindicava, em verdade, avançar em relação ao existente. Ele efetivamente pode citar exemplos do direito constitucional norte-americano, que poderiam ser caracterizados como exemplos de um *constitutional common law*.

a) O exemplo provavelmente mais significativo consiste na figura da assim designada “*dormant commerce clause*”¹⁹. Ela regula o conflito entre os interesses dos Estados da Federação na autonomia regional de regulação e os interesses da União em um comércio supra-regional sem limitações. Com isso, ela determina o tamanho da integração econômica dentro do sistema federal dos EUA. Em sua formulação geral, ela significa²⁰ que as normas dos Estados da Federação, que geram encargos para o comércio supra-regional, apenas são consistentes, a) se servirem a uma finalidade regional legítima; b) se seus efeitos forem apenas casuais no comércio supra-regional;

¹⁷ Tradução livre: “subestrutura de... regras que adquirem sua inspiração e autoridade, embora não as exijam, das várias disposições constitucionais”. [Nota dos tradutores].

¹⁸ Cf. a clássica posição de *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 1976, p. 221 (XI Livro, Capítulo 6): “Sem dúvida, os juízes da nação são... simplesmente a boca que pronuncia o texto da lei...”.

¹⁹ Para uma apresentação minuciosa, cf. *Laurence Tribe*, *American Constitutional Law*, Vol. I, 3ª ed., New York 2000, p. 1029 e ss. (§ 6-2).

²⁰ Cf. com a atual formulação válida dos critérios *Pike v. Bruce Church*, 937 U.S. 137, 142 (1970): “Where the statute regulates even-handedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits”.

e c) se elas, aferidas com base na finalidade almejada, não onerarem de modo excessivo tal comércio.

Isto deveria soar bem confiável aos ouvidos europeus, pois em princípio o Tribunal de Justiça Europeu não soluciona o problema de forma diferente²¹. Mas a partir de uma percepção mais atenta, percebe-se uma peculiaridade da solução norte-americana. Os critérios acima falam apenas das normas dos Estados membros. Isto não é nenhum acaso. De fato, a *dormant commerce clause* não vale para a União. Isto não tem, apenas, como consequência que as normas federais não estão, em princípio, sujeitadas às limitações acima referidas. Outra consequência é que a própria União pode editar uma norma restritiva do comércio regional, mesmo se antes a Suprema Corte tenha declarado como inconstitucional uma norma de mesmo teor dos Estados membros. O legislador (federal), neste caso, se sobrepõe ao Tribunal Constitucional – um exemplo de *constitutional common law*.

No entanto, também, a Suprema Corte reivindica, em geral, para si a competência de interpretar a Constituição, o regramento de mais alta hierarquia normativa, tendo, por isso – salvo uma mudança constitucional – a última palavra. Daí surge a pergunta de como se deu o reconhecimento desta exceção. Para que isto seja entendido, precisamos nos debruçar, mais detidamente, sobre o fundamento constitucional textual da figura jurídica da *dormant commerce clause*.

b) Diferentemente do Tribunal de Justiça Europeu no caso das liberdades fundamentais do EGV²², a Corte Suprema não desenvolveu as regras sobre integração econômica a partir de garantias jurídicas subjetivas. Ele não encontraria fundamento explícito para isso na Constituição norte-americana. Em caráter substitutivo, a Suprema Corte ampara a sua jurisprudência da *dormant commerce clause* na *commerce clause*, uma das normas de competência inseridas na Constituição Norte-Americana²³. Ela assegura à União a competência para editar regras que disciplinam o comércio entre os Estados da Federação ou com o exterior. É verdade que não se vislumbra neste preceito, se se trata de uma competência – de acordo com a terminologia alemã – para uma legislação excludente ou concorrente. Contudo, o conceito de *commerce* é interpretado, há mais de meio século, de modo tão amplo, que quase todo e qualquer tema de caráter ainda que remotamente econômico, passa a ser enquadrado na sua esfera de aplicação. Por isso, em termos práticos, apenas era possível partir de uma competência concorrente. Do contrário, os Estados da Federação restariam, literalmente, condenados à inatividade. Todavia, o conceito alemão de competência concorrente não se ajusta perfeitamente, na medida em que nos EUA, ao contrário do que ocorre entre nós, com o fato de que a União possa remover os acordos dos Estados da Federação, os quais ele entenda por demasiadamente onerosos, através de uma lei federal prioritária. Ademais, isso deveria ser possível – como visto – através

²¹ Para uma explicação diferenciada em perspectiva comparada, cf. *Donald Kommers/Michel Waelbroeck*, Legal Integration and the Free Movement of Goods. The American and European Experience, in: Cappelletti/Secombe/Weiler (Orgs.), *Integration Through Law*, vol. I, Livro 3, Berlin/New York 1986, p. 165.

²² Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Tratado da Comunidade Europeia). [Nota dos tradutores].

²³ “The Congress shall have Power... To regulate Commerce... among several States”; Article I, sec. 8, sub 3.

dos Tribunais, enquanto o legislador federal não tiver exercido a sua competência (por isso, mais do que necessário, “*dormant commerce clause*”). Frente a este contexto dogmático, o reconhecimento da provisoriedade de tais decisões do Tribunal constitucional foi automático. Pois, não teria sido sustentável estender, também ao legislador federal, as restrições imanentes da jurisprudência pela *dormant commerce clause*. Seu fundamento exclusivo é, definitivamente, de que se trata de uma norma de competência em defesa da União.

O que Monaghan alcançou com a sua ideia de *constitutional common law*? Com a sua proposta normativa, de limitar (ainda mais) a definitividade das decisões da Justiça Constitucional, não lhe foi atribuído, até agora, nenhum êxito, provavelmente em virtude da ausência de realização prática de sua reivindicação geral. Seu mérito está, todavia, no fato de ter interpretado algumas figuras dogmáticas do direito constitucional norte-americano à luz deste conceito. Por outro lado, a longo prazo, poderia extrair-se da sua ideia fundamental, mesmo que pontualmente, outras chances de realização, notadamente quando surgem constelações de problemas semelhantes às quais já se reconhece a qualidade de *constitutional common law*²⁴.

III. CONSTITUTIONAL COMMON LAW COMO MODELO PARA O DESENVOLVIMENTO JURÍDICO NACIONAL?

Qual utilidade pode ter esta incursão pelo direito constitucional norte-americano para a discussão alemã? À primeira vista, o ceticismo parece ser o mais indicado. O pensamento da *constitutional common law* já era extravagante e de pouco potencial de concretização nos EUA, e isto considerando que ele, pelo menos conceitualmente, guarda relação com a tradição daquela ordem jurídica. Na Alemanha, necessariamente, as perspectivas parecem piores, visto que, numa primeira mirada, se trata de instituto estranho. Mas esta primeira impressão é traiçoeira.

1. *Distinções sistemáticas entre o direito norte-americano e o direito alemão?*
A transposição dos pensamentos de Monaghan poderia parecer problemática justamente e sobretudo porque a noção de *common law*, que está na base de um desenvolvimento gradual do direito por meio de decisões judiciais, não goza, na Alemanha, do mesmo reconhecimento que nos EUA. Especialmente, não se atribui, na Alemanha, o mesmo efeito formal de vinculação aos precedentes²⁵. Neste sentido, o Tribunal Constitucional Federal decidiu expressamente que uma norma já declarada inconstitucional pelo Tribunal não seria tida, automaticamente, como inconstitucional, após sua reedição, com o mesmo conteúdo, pelo legislador²⁶. Isto resulta, dentre outros

²⁴ Desta forma, um autor, recentemente, já empreendeu a tentativa de extrair do conceito de Monaghan uma nova solução para uma pergunta jurídica atual e altamente discutida. Entretanto, esta tentativa também não se mostrou exitosa, pois a Suprema Corte decidiu de forma diversa a questão; cf. a nova proposta de solução *Todd Zubler, The Right to Migrate and Welfare Reform. Time for Shapiro v. Thompson to Take a Hike: Valparaiso University Law Review* 31 (1997), p. 893 e ss.; para a decisão divergente da Suprema Corte, *Sachen Saenz v. Roe and Doe*, 119 S.Ct. 1518 (1999).

²⁵ É debatida, há tempo, na Alemanha, a qualidade normativa das decisões judiciais. Uma visão geral sobre esta controvérsia, com inúmeros outros exemplos, encontra-se, por exemplo, em *Hasso Hofmann, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, 1998, p. 31 e ss.

²⁶ Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal 77, 84.

motivos, do fato de que o Tribunal deve “medir os atos do Poder Legislativo com base na Constituição e não com base nos precedentes do Tribunal Constitucional”²⁷. Isto, de fato, soa como se o pensamento da *constitutional common law* fosse inaplicável na Alemanha. Isto porque onde os precedentes não têm nenhum significado, também não existe direito judicial, cuja dispositividade poderia ser questionada. Isto vale da mesma forma para a jurisprudência constitucional – apesar do § 3º da Lei do Tribunal Constitucional Federal, como acentuou, expressamente, o Tribunal Constitucional Federal²⁸ –, contudo, não em relação ao legislador.

Mas por mais que esta argumentação seja evidente em termos formais, ela é insuficiente para a pergunta sobre as reais distinções entre o direito norte-americano e o direito alemão. Com efeito, naturalmente, também nos EUA, a criação jurisprudencial precisa ceder, se assim quiser o legislador. Ao revés, na Alemanha igualmente as decisões dos mais altos Tribunais, ainda que não precedentes formalmente vinculantes, produzem um efeito de guiar as ações dos Tribunais inferiores assim como dos sujeitos de direito. Também no caso especial da jurisprudência constitucional, os diversos pontos de partida teóricos não têm implicações fáticas relevantes. Evidentemente, também na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a consistência e a continuidade são objetivos centrais, tanto que reversões são excepcionais e as decisões até então proferidas, em todo o caso, obtêm um significado de quase-precedentes. E da mesma forma a Suprema Corte não iria, também, ter como inadmissível, por toda a eternidade, uma lei rejeitada uma vez, já que situações sociais modificadas podem forçar a uma nova apreciação jurídica, e mesmo porque também a Suprema Corte, por vezes, modifica sua jurisprudência²⁹. Ambos os argumentos contra uma vinculação eterna também podem ser encontrados, significativamente, na decisão anteriormente citada do Tribunal Constitucional Federal³⁰.

Do exposto, é possível resumir, em primeiro lugar, que, apesar das diferenças incontestáveis no plano do *pensamento* jurídico entre os EUA e a Alemanha, mostram-se³¹ tantos pontos em comum que mesmo a pergunta pelas possibilidades de transposição da ideia da *constitutional common law* para o direito alemão torna-se razoável. Além disso, esta pergunta, em parte, também já está respondida. A jurisprudência constitucional é, como se mostrou, de qualquer maneira dispositiva, tanto aqui como lá, ainda que apenas no sentido restritivo, de maneira que ao legislador não é, e nem poderia ser, vedada a tentativa de ter renovada sua sorte e a espera por

²⁷ Ibidem., p. 104.

²⁸ Ibidem., p. 103.

²⁹ Evidentemente, aconteceram muitas reversões em mais de 200 anos de história da Suprema Corte. Um exemplo especial e impressionante é – também devido ao debate aberto sobre os limites da *stare decisis doctrine* – a decisão em *Boys Markets v. Retail Clerks Union*, 398 U.S. 235 (1970), na qual foi renunciada a decisão publicada apenas oito anos antes *Sinclair Refining Company v. Atkinson*, 370 U.S. 195 (1962). Caso pudéssemos resumir as considerações em uma única frase, dificilmente conseguiríamos superar o aforismo do *Justice Frankfurter*, o qual foi citado no voto favorável do *Justice Stevens*, em *Boys Markets*: “Wisdom too often never comes, and so one ought not to reject it merely because it comes late”.

³⁰ Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal 77, 84 (104).

³¹ Também *Hofmann* (Nota de Rodapé 22), p. 31, constata que “o enorme significado prático jurídico de tal ‘decisão judicial’ ou – talvez terminologicamente menos provocativo e com isso mais facilmente digerível – tal ‘precedente judicial’ também vale, há tempos, sem dúvida, para o ordenamento jurídico continental”.

uma mudança da jurisprudência. Seguramente, esta resposta não pode ser completa. Isto porque dispositividade conhece graus, e Monaghan tratou o tema, à evidência, de uma forma clara e extensa. Também aqui uma mirada sobre o direito alemão não se mostra improdutiva.

2. *Constitutional Common Law no direito constitucional alemão?* Isto ficará claro se passarmos os olhos, mais uma vez, sobre a função da jurisprudência sobre a *dormant commerce clause*, embora fora do contexto concreto do direito norte-americano. Esta figura jurídica gera uma reivindicabilidade escalonada de decisões da Suprema Corte, dependendo de qual Poder Público será controlado. Nada obstante, a Suprema Corte assegura a si a última palavra (salvo uma mudança na jurisprudência), também perante o legislador federal. No entanto, ela apenas se pronuncia caso seja necessário – ou seja, geralmente não é, se ela apenas controlar uma lei de Estado da Federação.

a) A mesma forma de dispositividade conhece também o direito constitucional alemão, ainda que, aqui, o escalonamento não ocorra em termos de uma relação vertical, da divisão de poder no estado federal, mas em uma relação horizontal, ou seja, entre Legislativo e Executivo. O discurso parte da figura da reserva parlamentar, como prevê a teoria da essencialidade³². Relativamente à dispositividade, o efeito é o mesmo. Intervenções em direitos fundamentais, que o Executivo não poderia realizar por sua própria força (também por decreto), podem ainda ser admissíveis mesmo após sua rejeição pelo Tribunal Constitucional, se mais adiante o próprio Legislativo as reiteram. O exemplo que segue deve mostrar o quanto esta provisoriedade pode ser vantajosa, inclusive para o Tribunal Constitucional Federal. Trata-se da decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a ação de greve de funcionários públicos³³.

b) Nesta decisão estava em causa se, no caso de uma greve no serviço público, os funcionários poderiam ser obrigados a preencher os postos dos grevistas, atuando quase como anti-grevistas. O texto constitucional e a jurisprudência evidentemente não davam uma resposta inequívoca. Isto ficava ainda mais evidente, pois o Tribunal do Trabalho Federal³⁴ e o Tribunal Administrativo Federal³⁵ tinham decidido esta mesma questão, antes do Tribunal Constitucional Federal ter de se ocupar dela, valendo-se de argumentações jurídico-constitucionais completamente distintas entre si. Não se tratava de uma saída fácil para o Tribunal, ainda mais em relação a um âmbito tão politicamente sensível como é o direito coletivo do trabalho. O interesse público deveria prevalecer pela manutenção do funcionamento da Administração ou a liberdade pessoal do funcionário público, eventualmente também por meio da especial manifestação de sua liberdade negativa de coalizão³⁶. E o que estariam a impor os chamados

³² Cf. *Hartmut Bauer*, in: Dreier (Nota de rodapé 3), art. 80, número de margem 19; *Helmuth Schulze-Fielitz*, *ibidem.*, art. 20 (Estado de Direito), número de margem 103 e ss.

³³ Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal 88, 103.

³⁴ BAGE 49, 303 (Coletânea de decisões do Tribunal do Trabalho Federal 49, 303), contestada e anulada perante o Tribunal Constitucional Federal no processo anteriormente citado.

³⁵ BVerwGE 69, 208 (Coletânea das decisões do Tribunal Administrativo Federal 69, 208).

³⁶ Esta forma as considerações centrais da decisão do Tribunal Administrativo Federal, na qual, num juízo de ponderação, prevaleceram os interesses dos funcionários públicos.

“*black boxes*” do direito coletivo do trabalho, no caso, os princípios da “paridade de armas” e do dever de neutralidade do Estado³⁷?

Mas, diferentemente da decisão anterior, o Tribunal Constitucional Federal não determinou a linha divisória entre estes princípios constitucionais colidentes para, com isso, estabelecê-la de maneira eterna. Antes pelo contrário, ele apenas fixou que a ação de greve dos funcionários públicos não seria necessariamente ilegal, de modo a figurar sempre como inconstitucional, mas, contudo, torna-se imprescindível, em certa medida, uma expressa regulamentação legal. À primeira vista, pode parecer como se com isso o Tribunal Constitucional Federal tivesse repassado ao legislador o problema (*Schwarzer Peter*)³⁸. Mas não é melhor que uma questão de tal forma controversa não seja decidida de uma vez por todas, mas que, pelo contrário, ela possa ser corrigida mediante uma simples maioria legislativa?

Também no direito constitucional alemão podemos rastrear um *constitutional common law* ou, em todo o caso melhor no contexto nacional alemão, o que aqui chamamos de jurisprudência constitucional dispositiva. Ele não é, também, um sistema estranho na Alemanha. Com base nessa premissa, talvez pareça menos despropositado do que antes se, na sequência, conjecturarmos outras possibilidades de aplicação deste conceito para o direito nacional.

3. *Outras chances de propagação da jurisprudência constitucional dispositiva na Alemanha.* Nos EUA, a idéia da *constitutional common law*, até agora, encontrou pouca propagação, talvez – como disse – porque a proposta de Monaghan tinha o defeito de, praticamente, mal se deixar transpor para a jurisprudência constitucional. Os exemplos de direito constitucional dispositivo no direito norte-americano e alemão, os quais, anteriormente, foram tratados com um pouco mais de profundidade, sustentam esta suposição. Com efeito, para os dois sistemas, de forma comparada, ainda não se configurou como problemática esta demarcação entre interpretação constitucional vinculativa e inspirada criação jurídica constitucional não-vinculativa. Precisa não é apenas a distinção de acordo com a instância controlada (legislador estadual ou federal, Parlamento ou Executivo). Em ambos os casos citados como exemplo os Tribunais também pouparam-se da declaração expressa de que a interpretação constitucional é aberta, suscetível de erros e, portanto, eventualmente carente de revisão. A limitação pronunciada pelos Tribunais cuja aplicação vale apenas para as instâncias controladas de nível inferior resulta do direito material, e não da circunstância de que o Tribunal Constitucional, no caso de uma correção posterior pelo legislador parlamentar ou federal de hierarquia superior, se curvaria em função de sua maior sabedoria. Caso esta assertiva fosse verdadeira, dela decorreriam indicações de onde poderiam ser deduzidas outras áreas de aplicação para a jurisprudência constitucional dispositiva na Alemanha.

³⁷ Estas foram as considerações centrais da decisão do Tribunal do Trabalho Federal. Com estas considerações coletivas, o Tribunal do Trabalho Federal chegou à mesma conclusão da admissibilidade da ação de greve dos funcionários públicos.

³⁸ Jogo de cartas que deu origem, na Alemanha, ao ditado popular “jemandem den Schwarzen Peter zuschieben”, corresponde ao conhecido “mico preto” no Brasil, ou seja, quando alguém precisa fazer algo desagradável e passa esta responsabilidade para outra pessoa. [Nota dos tradutores].

a) Especialmente familiar seria a tentativa de transpor o modelo da *dormant commerce clause* para a Alemanha. Isto porque em face de suas similaridades estruturais com a teoria da essencialidade, o reconhecimento da dispositividade deveria, neste caso, ser fácil. O Tribunal poderia, também aqui, atuar, simplesmente, como uma instância situada entre dois órgãos estatais.

Isto soa prometedor. Nada obstante, a tentativa já poderia fracassar pelo fato de que a relação União-Estados na Alemanha, no que diz com a integração econômica, tem claramente menos potencial conflitivo do que nos EUA. De fato, quando brigamos, na Alemanha, sobre medidas dos Estados que poderiam contrariar o desenvolvimento da integração econômica da Federação? Mesmo se uma transferência da *dormant commerce clause* para o direito alemão desse certo, a sua relevância prática, comparando com o modelo norte-americano, possivelmente seria muito baixa. Entretanto, também aqui esta pergunta não é completamente sem sentido, como justifica o seguinte exemplo em relação ao art. 11, § 1, e art. 33, § 1, ambos da LF³⁹.

b) Quem vive na Baviera e tem filhos menores pode gozar de um benefício familiar suplementar do Estado. Trata-se de um auxílio educacional concedido pelo Estado da Federação que, uma vez transcorrido o período de concessão do auxílio-educação da União, poderá ser renovado para o ano subsequente, desde que verificados os pressupostos semelhantes, mas com leve diminuição em seu valor⁴⁰. No entanto, para a concessão do benefício, o destinatário deverá estar domiciliado na Baviera há pelo menos 12 meses.⁴¹

Nada obstante, podemos discutir se tal concessão não seria um ato condenável, que provoca isolamento e exclusão, ou se tal benefício representaria uma tentativa legítima de reservar uma prestação adicional do Estado àqueles que demonstrem certa estabilidade na fixação de sua residência.⁴² Não apenas moralmente, mas também na perspectiva constitucional é questionável a exigência temporal de permanência no domicílio. Várias normas constitucionais poderiam ser ofendidas, tendo em vista o disposto no art. 33, § 1, da LF⁴³, e até o art. 3, § 3, da LF.⁴⁴ Paralelamente, há quem

³⁹ De modo pormenorizado, *Alexander Graser*, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? – Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika*, 2001, p. 338 e ss.

⁴⁰ Atualmente, o valor máximo é de 500 DM mensais; Cf. Art. 5, § 1, inciso I, da Lei de Auxílio-educação do Estado da Baviera.

⁴¹ Cf. Art. 1, § 1, nº 1, da Lei de Auxílio-educação da Baviera.

⁴² Para uma discussão mais elaborada das possíveis críticas e justificativas de tais desigualdades consultar *Graser* (Nota de rodapé 35), p. 27 e ss., 44 e ss.

⁴³ Lá está claro que “todo alemão tem os mesmos direitos e deveres de cidadão em todos os Estados”. Em uma interpretação unânime, esta norma contém uma proibição de diferenciação por pertencer a um determinado Estado; cf. *Ulrich Battis* in: *Sachs*, *Grundgesetz*, Kommentar, número de margem 17 ao art. 33, § 1; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, *Grundrechte*, Staatsrecht II, 15º ed. 1999, número de margem. 471. No entanto, impera a discussão sobre o alcance dessa regra, especialmente no que diz com a ideia de direitos e deveres “dos cidadãos”, bem como sobre de que maneira subsistiria a proibição discriminação entre “pertencentes a um determinado Estado”.

⁴⁴ Neste particular, interessaria a característica “pátria”, pois, com ela, de acordo com a posição dominante, estaria sendo referido o local de origem; Cf. mais recentemente *Ulrike Pfütze*, *Die Verfassungsmässigkeit von Landeskinderklauseln – Eine Untersuchung zu Art. 33 Abs. 1 GG unter besonderer berücksichtigung*

sustente também ser relevante o disposto no art. 11, da LF⁴⁵. Na verdade, conforme o entendimento atual desta norma, isto ficaria muito distante.⁴⁶ Em sentido favorável, todavia, há que referir as conjecturas em relação à exigência do tempo de residência, tendo em vista o direito à livre determinação do domicílio, que com aquela poderia ser incompatível, tal como decorre da perspectiva do direito europeu.

Isto conduziria, portanto, exatamente ao debate acerca das normas individuais.⁴⁷ O que está claro, de qualquer forma, é que a avaliação das regras citadas não pode ser considerada inequívoca. Naturalmente, a situação seria distinta se o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha houvesse decidido, algum dia, sobre a exigência temporal de permanência no domicílio na Baviera. Assim, restaria preenchida a lacuna legal, a sua solução indubitavelmente serviria como base para todas as regras desta natureza, extraídas do texto constitucional e, provavelmente, seria também a oportunidade política de bem ponderar suas conclusões. Mas e se, anos mais tarde, surgir um amplo consenso político que, dali em diante, se firme em sentido oposto ao anterior – uma conclusão bem ponderada que tenha sido derivada originalmente da Constituição?

Uma reversão nessa situação exigiria, como regra, uma emenda constitucional. Apenas seria diferente caso o Tribunal Constitucional Federal procedesse a sua decisão com base no modelo *dormant commerce clause*, atribuindo a competência do julgamento acerca da matéria ao legislador federal. Graças a esta lacuna jurídica, que até o momento pende sem resposta, surge uma solução possível e que, sob certo ângulo, apresenta uma significativa compatibilidade textual. O artigo 33, § 1, da LF deveria ser lido de forma a vincular apenas os Estados, e não toda a Federação. Tendo em vista sua posição sistemática na Lei Fundamental⁴⁸, tal tipo de interpretação restritiva não pode ser descartada. A partir desta compreensão restritiva dos destinatários da norma, algumas das preocupações que hoje se opõe a uma interpretação mais ampla – e ao seu respectivo campo de aplicação *objetivo* – seriam atenuadas.⁴⁹ Por fim, poderia o legislador compensar as restrições demasiadamente rígidas feitas pelos Estados. Ele estaria livre para, frente aos Estados, ser mais liberal que o Tribunal

der verfassungshistorischen Entwicklung und veranschaulicht in Anwendungsbeispielen, 1998, p. 144 m. N. Não obstante, pode-se questionar se o Art. 3 Abs. 3 GG se enquadra neste caso. Em oposição, fala-se que a característica “pátria” deve ser compreendida, sobretudo neste contexto, no sentido de se evitar um prejuízo aos refugiados alemães; assim, por exemplo, *Pieroth/Schlink* (Nota de rodapé 39), número de margem 446. Para outros é no mínimo duvidoso que a expressão “pátria” possa ser estendida até este ponto, de forma que, ao final, possa se igualar à ideia de domicílio ou de residência. Mas isso seria necessário no caso do auxílio-educação.

⁴⁵ Assim representa, por exemplo, *Ingolf Pernice* in: Dreier (Nota de rodapé 3), Art. 11, número de margem 16, sustentando que a liberdade de residência proibiria “... qualquer obstáculo, direto ou indireto, à mudança de domicílio, como por meio de discriminação do recém mudado...”.

⁴⁶ O fundamento é que a opinião dominante, tendo em vista a extrema delimitação da justificação de intervenção do Art. 11 § 2, da LF, recomenda, também, um conceito de intervenção muito estrito ao Art. 11, § 1, da LF, como, por exemplo, em. *Krüger* in: Sachs (Nota de rodapé 39), art. 11, número de margem 20; também *Pieroth/Schlink* (Nota de rodapé 39), número de margem 801.

⁴⁷ Detalhes sobre o conflito *Graser* (Nota de rodapé 35), p. 341 e ss.

⁴⁸ Seção II, “A Federação e os Estados”.

⁴⁹ Particularmente decisivo, para os tempos mais recentes, sobre tudo *Gertrude Lübbe-Wolf* in: Dreier (Nota de rodapé 3), art. 33, número de margem 27 e ss., sendo a favor da redução, praticamente à insignificância, do art. 33, § 1, da LF.

Constitucional Federal através da aplicação do artigo 33, §1, da LF, admitindo que encontrassem uma regulação própria por lei ordinária.⁵⁰ Por este conceito não estaria o legislador completamente livre de um controle de constitucionalidade. Pelo contrário, o artigo 11 da Constituição alemã se refere a muito mais do que a interpretação até então adotada, protegendo também os indivíduos de limitações mais amplas advindas do legislador federal.

A interpretação aqui sustentada do art. 11 deveria então, de qualquer modo, ser preferível quando se compartilha da ideia inicial das considerações feitas, sustentando-se então, em princípio, ser desejável o aumento da revisibilidade das decisões sociais de controle. Como dito inicialmente, o alcance prático desta discussão é limitado. Até o momento, existem poucos casos para o Tribunal Constitucional Federal decidir, e ainda não há qualquer pronunciamento de violação contra o art. 33, §1, da LF.⁵¹

4. *Jurisprudência dispositiva na UE?* De maior significado prático poderia ser a utilização, no direito europeu e com base na *dormant commerce clause*, da concepção de jurisprudência superior dispositiva. Discutem-se, diuturnamente, as consequências de uma regulamentação regional – indo desde as taxas de pedágio nas auto-estradas até a proibição de assar pão à noite/*Nachtbackverbot*⁵² – para as relações econômicas e comerciais supra-regionais.

a) Todavia, o que primeiro salta aos olhos é o fato de que, no direito europeu, impera uma outra terminologia. Assim, soaria no mínimo estranho falar em uma jurisprudência *constitucional* ou em um *constitutional common law*, pois o Tribunal de Justiça Europeu não costuma ser designado como um Tribunal *Constitucional*. Isto também leva à pergunta sobre a existência de algumas diferenças relevantes em termos substanciais. Haveria a possibilidade de transposição direta das considerações feitas sobre o direito constitucional norte-americano e alemão para o contexto supranacional?

À primeira vista, a resposta tende a ser afirmativa. Com efeito, trata-se também aqui da possibilidade de revisão de um pronunciamento jurisprudencial de última instância, de tal sorte que quanto a este aspecto o Tribunal de Justiça Europeu não tem outra função senão a mesma que qualquer outro tribunal superior. Se o quadro normativo interpretado pelo Tribunal se chama Constituição, não deveria fazer diferença enquanto ele ocupar a posição mais alta na hierarquia das normas.

⁵⁰ Próximo a isto, especialmente também quanto a situações de competências jurídicas, *Graser* (Nota de rodapé 35).

⁵¹ Recentemente, *Pfütze* (Nota de rodapé 40), p. 199. Isto não significa que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha nunca tenha tido a oportunidade de aplicar o art. 33, §1º, da LF. Um exemplo disto é o da *NC-Urteil* (BVerfGE 33, 303). Esta decisão tornou-se mais conhecida por estar ligada ao questionamento sobre um direito constitucional de igual acesso a prestações estatais (“Direito Fundamental como direito à participação”). Além disso, havia uma regulamentação regional na Baviera que dava legitimidade à preferência de “crianças nativas” para a concessão de bolsas de estudos. (As passagens relevantes das leis atacadas estão reproduzidas na Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha 33, 303 [312f.]). Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal sustentava sua decisão no artigo 12, da LF, sem citar uma única vez o artigo 33, §1 LF; Cf. especialmente, Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal nº 33, 303 (351 e ss.). Por todos, *Graser* (Nota de rodapé 35), p. 341.

⁵² Trata-se da lei que regula a jornada de trabalho do padeiro na Alemanha. [Nota dos tradutores].

Ainda assim, surgem algumas dúvidas quando se procede a um exame mais acurado. Não é em vão que o direito europeu tem suas próprias regras. Onde um Tribunal funciona como “motor de integração”⁵³ e suas técnicas interpretativas são correspondentemente dinâmicas⁵⁴, ali também surge o problema da possibilidade de revisão. Por um lado, o Tribunal possivelmente pode consertar os casos com maior facilidade do que seria possível no contexto nacional. Por outro lado, a natureza eminentemente política da jurisprudência constitucional implica possivelmente maior necessidade de correção.

Também é necessário ter cautela frente a analogias precipitadas. Por isso, em seguida, será indicado, com base em apenas um exemplo, como que a dispositividade das decisões judiciais poderia aparecer no âmbito da divisão vertical do Poder Público na Europa. Se isto seria preciso e qual seu grau de urgência, no entanto, continua em suspenso.

b) No início dos anos noventa, o Tribunal de Justiça Europeu ocupou-se com dois julgamentos acerca da legalidade do recolhimento de despesas portuárias relacionadas à importação de mercadorias de países membros da União Europeia no Departamento Ultramarino francês.⁵⁵⁻⁵⁶ No primeiro caso,⁵⁷ ele concluiu que essa contribuição afrontava uma proibição do direito primário de alfândega e de equivalência de encargos. A configuração jurídica que serviu de base para a segunda decisão⁵⁸, no entanto, diferencia-se daquela tendo em vista que o Conselho da (atual) União Europeia havia decidido, atento à delicada situação econômica da região ultramar, que a França poderia manter essa cobrança por mais um curto período de transição.⁵⁹ Essa decisão já era conhecida no primeiro dos dois processos, mas não trouxe nenhum desdobramento para a decisão anterior, pois a situação fática subjacente à primeira decisão era mais antiga que a deliberação do Conselho.

Assim, quando da segunda decisão, se estava diante da pergunta se a autorização do Conselho salvaria a medida, anteriormente questionada pelo Tribunal de Justiça

⁵³ Cf. Sobre este conceito, entre tantos, v. *Torsten Stein*, Richterrecht wie anderswo auch? Die Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften als Integrationsmotor; in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986; para uma nova análise do papel do Tribunal Europeu, cf. *Joseph Weiler*, The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, in: Joseph Weiler. The Constitution of Europe – “Do the new Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration, Cambridge 1999, p. 188 e ss.

⁵⁴ A dinâmica é assegurada especialmente pela máxima do “efeito útil” (effet utile); para um panorama geral sobre o método de interpretação do Tribunal Europeu, cf. *Thomas Oppermann*, Europarecht, 2ª ed. 1999, número de margem 680 e ss.

⁵⁵ *Übersee-Departement Réunion* [Nota dos tradutores].

⁵⁶ Para uma análise mais detalhada das duas decisões (para ter a referência, cf. as próximas duas notas de rodapé), entretanto sob outra perspectiva, cf. *Alexander Graser*, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung? – Zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lancry; EuR, 1998, p. 571.

⁵⁷ Sentença do Tribunal Europeu de 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, I-4625 e ss., *Administration des Domanes et des Droits Indirects v. Léopold Legros u. a.*

⁵⁸ Sentença do Tribunal Europeu de 9.08.1994 em conexão com as lides cC-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93; C-411/93; Slg. I-3957 e ss.; *René Lancry SA u.a.v. Direction Générale des Douanes*.

⁵⁹ Council Decision 89/688/EEC. Detalhes sobre este regulamento também estão disponíveis no voto de *Generalanwalt Tesauo* in: *Lancry* (Nota de rodapé 52), I – 3960 e ss.

Europeu, como sendo exclusiva do país-membro. Para isso, a primeira decisão do Tribunal precisaria ser dispositiva para o Conselho. Tal ponto de vista teria sido mais conveniente, pois, de regra, não haveria motivo para que tal medida fosse proibida, se o Conselho a considera correta. A pecha de protecionismo, que a torna suspeita enquanto medida emanada de um Estado-membro, em todo o caso, não a inquiria mais, pelo menos era essa a ideia central sugerida, que também serve de base para a *dormant commerce clause*.

Mas o Tribunal de Justiça Europeu posicionou-se de outra forma; a autorização dada pelo Conselho em nada interfere. Poderíamos caracterizar este resultado, pelos motivos indicados, como infeliz. No entanto, não se deve fazer qualquer tipo de censura ao Tribunal. Em verdade, o direito primário não excluiu expressamente uma autorização do Conselho no caso concreto, mas se opunha a isto de forma relativamente clara. Com efeito, para outros casos o texto do tratado previa expressamente a possibilidade de uma autorização, de modo que o raciocínio inverso no qual o Tribunal Europeu se ampara se revela muito plausível.⁶⁰

O caso, portanto, não dá ensejo a críticas ao Tribunal de Justiça Europeia, mas leva a reconhecer a necessidade de repensar o direito primário escrito europeu quanto a esta questão. Talvez fosse razoável que, para a realização da integração econômica, o TJE interviesse apenas como controlador dos Estados-membros e que suas decisões pudessem ser substituídas, no plano europeu, por regras – em geral diferenciadas –, de direito secundário. No exato sentido do entendimento de Monaghan, também aqui a subestrutura normativa que o Tribunal desenvolve a partir das regras abstratas do direito primário, poderia ser revista.

5. *Passos adiante?* As formas de manifestação até aqui versadas - sejam elas já existentes ou propostas – de uma jurisprudência (-constitucional) dispositiva apontam duas similaridades. Em primeiro lugar, que os limites da definitividade – ou ainda: uma intensificação da revisibilidade – das decisões judiciais, decorrem do direito material. Segundo, que elas se aproveitam de divisões internas existentes dentro do Poder Legislativo – nos planos vertical e horizontal. Evidentemente não é por acaso que elas compartilham de tais características. Afinal, foram precisamente essas características que acabaram, nas etapas precedentes, sendo apresentadas como sendo as “forças” das formas já existentes de direito judicial constitucional dispositivo para, num segundo momento, servirem de critérios para o desenvolvimento de propostas com vistas à difusão do direito judicial constitucional dispositivo.

Seguramente podem ser feitas mais algumas propostas neste sentido⁶¹, bem como poderiam ser encontrados outros exemplos já existentes de tal dispositividade. Todavia, parece evidente que mediante tal estratégia não seria possível assegurar a afirmação do direito judicial constitucional dispositivo. Quais seriam as alternativas?

⁶⁰ A configuração jurídica está descrita minuciosamente nos fundamentos da sentença, cf. *Lancry* (Nota de rodapé 52), § 33 e ss.

⁶¹ Para isso, Cf. *Graser* (Nota de rodapé 35) p. 356 e ss. Com a tentativa de construir também dispositividade, de um lado no âmbito da divisão do Poder Legislativo entre Federação ou Estado e, do outro, num plano geral.

a) Uma opção radical seria a de simplesmente abandonar as características identificadas como critérios e reivindicar, de modo independente, maior dispositividade para a jurisprudência constitucional. O problema com tal perspectiva já foi objeto de menção⁶², quando se trata de avaliar as razões pelas quais a ambição reformista de Monaghan resultou frustrada. Também segundo esta acepção, far-se-ia necessária uma linha divisória entre direito judicial constitucional dispositivo e vinculativo. Pelo que, todavia, há de se guiar o Tribunal ao declarar algumas decisões como vinculantes e outras como dispositivas? O grau de convicção a respeito da (própria!) solução não parece ser um critério adequado, e mesmo se, ao revés, a jurisprudência quisesse adotar o critério do nível de abertura da situação jurídica, estaria em dificuldades, visto que assim estaria a renunciar abertamente à ficção de uma atividade diretora de natureza apolítica. Enquanto a jurisprudência tenta (como provavelmente precisa) conservar essa fachada – sempre a desmoronar⁶³ – de mera aplicação do direito, faz-se necessário, como ponto de partida para dispositividade, solidez dogmática, como, por exemplo, a trazida pelos dois critérios antes descritos. Talvez seja importante não desistir totalmente, de antemão, desses critérios, mas sim, passo a passo.

b) Assim, desde logo vamos reafirmar que a dispositividade deve ser instituída ao longo das divisões existentes no âmbito do poder legislativo, renunciando à ideia de que essa diferenciação precisa também refletir no âmbito do direito material. Imaginemos que no caso do exemplo supracitado do auxílio educação,⁶⁴ a Lei Fundamental não teria sido menos receptiva para a diferenciação proposta. Imaginemos que nem o artigo 3º ou o artigo 33, § 1, da LF, fossem aplicáveis, e que a jurisprudência devesse considerar somente a garantia de liberdade econômica do artigo 11, da LF. O que o Tribunal Constitucional poderia fazer para assegurar validade à dispositividade proposta, de modo a autorizar para um legislador a edição de regramentos que antes havia negado ao outro legislador?

Uma possibilidade seria, para justificar esta vinculação diferenciada, que Poderes distintos pudessem reivindicar uma – chamemos assim – autoridade distinta. No entanto, não se estaria ganhando muito com isso frente à opção mais radical. Pois, ao depender do nível de autoridade do prolator do ato normativo, fica implícito o reconhecimento de que o direito positivo é vago e que o Tribunal é, portanto, uma instância política. Aqui também restaria no mínimo estremecida a fachada de aplicadora apolítica do Direito.

Por outro lado, o direito constitucional alemão afere o significado da autoridade de uma instituição legislativa sempre no contexto do *processo* no qual o controle de constitucionalidade de uma norma será verificado. Assim, como é sabido, de acordo com o artigo 100, §1, LF, apenas leis elaboradas pelo Parlamento devem ser submetidas ao crivo do Tribunal Constitucional, enquanto normas do Poder Executivo

⁶² Cf. nota de rodapé 57.

⁶³ Cf. a retrospectiva de *Deminger* sobre os posicionamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão nos últimos cinquenta anos, (nota de rodapé nº 8). O autor observa (p. 293) que a consciência da função política do Tribunal Constitucional Federal Alemão “...fora mais viva, dentro ou fora dos muros de sua própria história, em sua fase de desenvolvimento inicial do que nos dias atuais”.

⁶⁴ Cf. acima III. 2 b.

podem ser julgadas inconstitucionais por outros Tribunais, de instância inferior. O fundamento disso é a maior autoridade do legislador parlamentar, cuja avaliação (implicitamente contida no ato legislativo) no que diz com a conformidade com a constituição deve ser mais respeitada do que a avaliação de um legislador que não o parlamentar.⁶⁵ Dessa forma, não se estaria afastando excessivamente do *status quo* caso a autoridade de um poder legislativo fosse utilizada como critério para a dispositividade de uma decisão prolatada pela jurisdição constitucional.

Contudo, ainda há, dentro da constelação de possibilidades consideradas, uma segunda alternativa de ação para o Tribunal. Ele poderia tentar embasar a dispositividade dentro da própria norma, mediante o desenvolvimento de critérios dogmáticos para uma vinculatividade distinta. Também com isso ele poderia partir do que já existe. Com efeito, na esfera dos direitos fundamentais e sua garantia, há muito tempo – e sem recurso à noção de dispositividade – se busca diferenciar esferas de proteção de diversa intensidade. Conceitos como de núcleo essencial⁶⁶, conteúdo em dignidade da pessoa humana⁶⁷ e conteúdo nuclear⁶⁸ falam por si mesmos. Há quem também parta da ideia de que, da distinção entre função objetiva e subjetiva da proteção dos direitos fundamentais, possa ser deduzida uma separação em esferas correspondentes.⁶⁹ Na medida em que essa classificação se revela consistente, poderia também dar bons resultados instituir a dispositividade no âmbito dessa diferenciação e, com isso, lhe assegurar uma sólida base em termos de critérios dogmáticos. Confessadamente, portanto, mal haveria diferença entre as reais formas do fenômeno da jurisprudência constitucional dispositiva e a solução ora discutida. Em ambos os casos a dispositividade estaria ligada a uma existente repartição interna do poder legislativo e seria decorrente do direito material. A única diferença é que a dispositividade seria fundada no âmbito interno da norma e, portanto, sem uma base textual clara.

Por fim, também seria possível abandonar a premissa de que a dispositividade deve partir de uma divisão existente dentro do Poder Legislativo. O Tribunal precisaria então tomar uma decisão frente ao Poder Legislativo, cujo conteúdo fosse, posteriormente, em parte dispositivo para o legislador. À primeira vista isto soa bastante estranho. Por que não deveria o Tribunal desde logo deixar de lado a parte dispositiva? Seria possível pensar, em caráter ilustrativo, na circunstância de que na hipótese de cassação, pelo poder judiciário, de uma norma determinada, surge a necessidade de uma regra de transição, que, posteriormente, será passível de substituição pelo legislador. Nesses casos, se revela de mais difícil justificação que o Tribunal possa criar uma regra de transição do que o fato de tal decisão ser dispositiva.

⁶⁵ Assim se sustenta em *Joachim Wieland*, in: Dreier (Nota de rodapé 3), Art. 100, número de margem 10.

⁶⁶ Mesmo termo utilizado no artigo 19, § 2, LF.

⁶⁷ Sobre o conceito de dignidade humana e também sobre sua relação com “conteúdo essencial”, no sentido do Artigo 19, § 2, LF, cf. *Horst Dreier*: in: Horst Dreier. (Nota de rodapé 3), artigo 1, §1 número de margem 97.

⁶⁸ Para as garantias similares dos direitos fundamentais da autonomia administrativa municipal, indicação habitual, Cf. *Horst Dreier* in: Horst Dreier. (Nota de rodapé 3) art. 28, número de margem 116.

⁶⁹ Representado – e em parte apoiando – isto, *Bernd Jeand’Heur*, Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: JZ 1995, p. 161 (164), com outras demonstrações para o estado da discussão; para uma explicação pormenorizada, cf. também *Graser* (Nota de rodapé 35), p. 317 e ss.

O reconhecimento da possibilidade de uma jurisprudência constitucional dispositiva poderia contribuir no sentido de que tais regras de transição (em geral oportunas) estabelecidas pelo Tribunal seriam mais fáceis de justificar e, portanto, poderiam ser mais freqüentes.

IV. OBSERVAÇÃO FINAL

Por serem os legisladores falíveis, precisa-se de tribunais constitucionais. Por estes também não serem infalíveis, faz-se necessário que suas decisões sejam, de tempo em tempo, igualmente passíveis de revisão.⁷⁰ Garantir as duas coisas é impossível. No entanto, talvez o Direito possa estabelecer um melhor equilíbrio do que o até agora alcançado.⁷¹ Um instrumento para tanto poderia ser retirar de algumas das decisões do Tribunal Constitucional o seu caráter definitivo, tornando-as passíveis de revisão.

Os exemplos anteriormente discutidos de jurisprudência constitucional dispositiva mostraram como a revisibilidade das decisões do Tribunal Constitucional, no ordenamento vigente, foi esporadicamente realizada e como isto poderia, porventura, ser intensificado. Seu campo de aplicação é propositalmente pequeno, enquanto se quer conservar a fachada de uma atividade de controle apolítico por parte do Tribunal Constitucional. Mesmo assim, no entanto, todos os espaços oferecidos devem ser aproveitados, pois só se pode aprender com os erros quando eles não são irreversíveis. Também para o “guardião da Constituição” deve valer a máxima de que suas decisões devem ser tão definitivas quanto necessário, e tão passíveis de revisão quanto possível.

Todavia, o ponto de vista aqui delineado é passível de limitação em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, existem outros instrumentos para atenuar as consequências das falhas da jurisprudência constitucional, como é o caso da anteriormente mencionada “possibilidade de *overruling* das próprias decisões”.⁷² Evidentemente, tal alternativa não pode e nem deve substituir outros meios, mas sim complementá-los.

Por outro lado, a revisibilidade não é o único critério a ser considerado quando se trata da distribuição de papéis entre o Legislador e a Jurisdição Constitucional. Decisivas são também a legitimação, assim como a capacidade de reconhecimento e de ação de ambos os poderes. Quem reclama mais dispositividade automaticamente (pelo menos de forma aproximada⁷³) defende uma limitação do papel atual da

⁷⁰ Em sentido semelhante *Denninger* (Nota de rodapé 8), p. 304: “No caso dos ‘Guardiões da Constituição’ deve se manter viva a consciência de que eles devem medir um direito falho a partir de um direito um pouco menos falho, mediante recurso a uma igualmente falha capacidade de aferição”. Quão viva essa consciência realmente é está documentado no artigo citado (Nota de rodapé 4) de *Limbach*. Lá consta, na p. 418, sobre o Tribunal Federal: “...que também podem errar as instâncias que, por conta da coisa julgada, têm a última palavra”.

⁷¹ Em sentido semelhante *Denninger* (Nota de rodapé 8), p. 303: “O direito constitucional também (...) é falível. Por isso é preciso, na sua realização, na Praxis da interpretação constitucional e na concretização, haver otimização, a qual diminui o perigo de erros no campo do direito constitucional.”

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Uma limitação pode residir no fato de que, por vezes, o Poder Judiciário desempenha um papel mais ativo caso o ônus da definitividade não fosse tão significativo. Um exemplo possível foi acima citado, a saber o caso das regras de transição impostas pelo Tribunal, que talvez fossem utilizadas com maior freqüência caso tivessem caráter dispositivo.

Jurisdição em relação ao legislador. Mesmo assim, tal pleito não deveria ser interpretado equivocadamente como uma mera variante das conhecidas e usuais críticas no que diz com uma suposta extrapolação do poder dos juízes. A revisibilidade possui uma dimensão autônoma.

REFERÊNCIAS

- BATTIS, Ulrich. in: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. C.H Beck Verlag: München.
- BAUER, Hartmut. in: DREIER, Horst (Org.), *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.
- BRUGGER, Winfried. *Einführung in das öffentliche Recht der USA*. C.H Beck Verlag: München, 1993.
- _____. Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika: *JöR NF 42* (1994).
- DENNINGER, Erhard. Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: Brunkhorst/Niesen (Orgs.). *Das Recht der Republik*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1999.
- DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.
- DWORKIN, Ronald. Hard Cases: *Harvard Law Review* 88 (1975).
- GRASER, Alexander. *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? – Eine verfassungs – und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika*. Duncker & Humblot: Berlin, 2001.
- _____. Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung? – Zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lancry: *EuR*, 1998.
- HIRSCH, Günter. Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht: *NJW*, 2000.
- HOFMANN, Hasso. *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*. Duncker & Humblot: Berlin, 1998.
- JEAND’HEUR, Bernd. Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: *JZ* 1995.
- KOMMERS, Donald; WAELBROECK, Michel. Legal Integration and the Free Movement of Goods. The American and European Experience, in: CAPPELLETTI;SECCOMBE;WEILER (Orgs.). *Integration Through Law*, vol. I, Livro 3, Berlin/New York, 1986.
- KRÜGER, Hartmut. in: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. C.H Beck Verlag: München.
- LIMBACH, Jutta. Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur: *EuGRZ* 2000.
- LÜBBE-WOLF, Gertrude in: DREIER, Horst. (Org.), *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.
- MASON, Alpheus; BEANY, Willian. *The Supreme Court in a Free Society – A survey of American Constitutional Law focussing on the Supreme Court as a participant in the political process. With a new chapter on the Warren Court*. New York, 1968.
- MONTESQUIEU, Charles de. *Vom Geist der Gesetze*, 1976.
- MÜLLER, Heiner. *Wochenpost*, nº 8, 1992.
- OPPERMANN, Thomas. *Europarecht*, 2ª ed. C.H Beck Verlag: München, 1999.

PERNICE, Ingolf. in: DREIER, Horst. (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.

PFÜTZE, Ulrike. *Die Verfassungsmässigkeit von Landeskinderklauseln – Eine Untersuchung zu Art. 33 Abs. 1 GG unter besonderer Berücksichtigung der verfassungshistorischen Entwicklung und veranschaulicht na Anwendungsbeispielen*. Peter Lang: Frankfurt/M, 1998.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. 15^a ed. C.F Müller Verlag: Heidelberg, 1999.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. C.H Beck Verlag: München, 1999.

SCHULZE-FIELITZ, Helmut. in: DREIER, Horst. (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.

STEIN, Torsten. *Richterrecht wie anderswo auch? Die Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften als Integrationsmotor*; in: *FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, Vol. I, 3^a ed., New York, 2000.

WEILER, Joseph. The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, in: WEILER, Joseph. *The Constitution of Europe – “Do the new Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.

WIELAND, Joachim, in: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Mohr Siebeck: Tübingen.

ZUBLER, Todd. The Right to Migrate and Welfare Reform. Time for Shapiro v. Thompson to Take a Hike: *Valparaiso University Law Review* 31 (1997).