

A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional*

REINHARD GAIER¹

Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) desde 2004, Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Dresden, Professor honorário da Universidade Leibniz de Hannover.

Submissão: 11.03.2013

Decisão Editorial: 08.04.2013

A regra geral preceitua que um Tribunal só pode funcionar efetivamente no interesse do cidadão que lhe procura se as suas decisões também puderem ser executadas.

Se uma sentença se esgota na simples declaração de uma relação jurídica ou na mera pronúncia de um comando condenatório, sem que a decisão possa ser cumprida, mesmo contra a vontade da parte, a atividade judicial resta incompleta. A parte vencedora frequentemente não tem mais do que um pedaço de papel nas mãos e fica, em última análise, dependente da boa vontade da parte contrária para obter o seu direito.

Se um Tribunal puder dar ao jurisdicionado, que busca proteção jurídica, apenas uma tutela de tal modo limitada, sofrerá ele um sensível prejuízo na sua autoridade. Um Tribunal assim impotente e sem força mostra-se ao jurisdicionado como um torso inútil, incapaz de permitir que o Direito prevaleça. Na melhor das hipóteses, produz a ilusão de uma fachada de Estado de Direito; e nem os cidadãos, tampouco os órgãos estatais, levam a sério uma justiça que não possa fazer valer as suas decisões.

Para um Tribunal Constitucional isso vale – *cum grano salis* – da mesma maneira.

Os seus acórdãos não devem apenas declarar ou elucidar a situação jurídica do caso concreto. Pode-se até conferir alguma importância a uma sentença puramente declaratória, porque se sustenta na expressiva autoridade de um Tri-

* Palestra proferida no *Seminário Internacional Brasil-Alemanha Pontes de Miranda*, em outubro de 2010, em Recife/PE. Tradução: Dr. Márcio Flavio Mafra Leal (Konvikstrasse, 10b. 79098 Freiburg, BW. Alemanha).

¹ Bundesverfassungsgericht, I. Senat. Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe. Alemanha.

bunal Superior e no prestígio pessoal dos Ministros envolvidos, mas, em última análise, nada mais é do que um parecer de Direito Constitucional.

Entretanto, se o cumprimento de uma decisão do Tribunal Constitucional estiver relegado ao alvedrio de outros Poderes do Estado, este perderá rapidamente a sua autoridade. Se o seu poder não passar além de meras recomendações, incorrerá na suspeita, como em uma aldeia Potemkin, de apenas servir para tranquilizar o soberano.

Na Alemanha, o legislador disciplinou a execução em sentido estrito, no âmbito do Tribunal Constitucional Federal em um único e escasso preceito. O § 35 da Lei Orgânica do TCF (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) preceitua que, a respeito das suas respectivas decisões, o próprio Tribunal pode determinar quem deve executá-las. Além disso, pode, ainda, segundo esse preceito, regular também o “modo” da execução no caso concreto.

O Tribunal Constitucional Federal utilizou-se bem cedo dessa autorização contida na referida cláusula aberta, a fim de reivindicar para si um amplo poder executório. Já, em 1957, enfatizou não só a sua posição destacada como o órgão constitucional superior, como também pronunciou que, pelo § 35 da Lei Orgânica do Tribunal, à Corte é conferida “toda competência necessária para implementar as suas decisões”.

O Tribunal reclama o direito de tomar, por si mesmo, quaisquer providências necessárias para proporcionar aos seus acórdãos a “plena validade”. Ao mesmo tempo, ampliou o conceito de “execução”, ao ponto de estarem aí compreendidas todas as medidas que se afigurarem imprescindíveis para obter as condições fáticas necessárias à realização de suas decisões. Com essa deliberação, criou-se, por assim dizer, a *Magna Charta* do direito de execução constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal afasta-se, com isso, na execução de seus acórdãos, da dependência de outros Poderes do Estado e atribui para si uma autonomia abrangente. Nenhum outro poder estatal, mesmo outro órgão constitucional, deve impedir, inibir ou simplesmente poder influenciar a execução de acórdãos da Corte. Desde que tome por imprescindível o apoio de outros órgãos estatais, estes podem ser acionados como meros órgãos de execução sob ordem do Tribunal e sem competência decisória própria.

Além disso, a Corte pôde fortalecer a força executória de suas decisões em razão do “dogma da nulidade”. É próprio, na tradição do Direito de Estado na Alemanha, que uma norma que viole direito superior seja nula *ipso iure* e *ex tunc*, de onde se deriva a nulidade de leis inconstitucionais.

A decisão proveniente do Tribunal Constitucional Federal que rejeite a norma não tem, assim, efeito constitutivo, nem tem eficácia cassatória, tampouco reformadora; profere-se, na verdade, apenas uma declaração e afasta-se a eventual aparência de validade jurídica da lei. Portanto, se uma norma for de-

clarada nula ou incompatível com a Constituição, não se requer, para a eficácia imediata dessa decisão, qualquer medida executória específica, pois a partir daí se afasta simplesmente a aplicação da norma respectiva, especialmente pelos Tribunais.

Em quase todos os casos mais importantes as decisões do Tribunal Constitucional são, de certa forma, *self executing*; a elas se atribui, conforme o objeto, efeito constitutivo, embora nelas se pronunciem apenas declarações. O Tribunal não se dá por satisfeito com isso, pois considera expressamente executáveis as suas decisões declaratórias. Isso se compreende em razão do conceito amplo de execução, mas nada tem a ver com a implementação direta dos acórdãos constitucionais.

Em última análise, trata-se da responsabilidade da Corte pelas consequências de decisões impugnadoras de normas, isto é, da adaptação do acórdão à realidade existente. O Tribunal utiliza-se, nesse caso, da competência de moldar as amplas consequências de suas decisões mediante deliberações de aplicação ulterior de leis inconstitucionais ou por regras transitórias formuladas por ele próprio, para mitigar e suavizar os seus efeitos.

Voltemo-nos para os detalhes:

O fundamento da execução é a existência de decisões judiciais transitadas em julgado, isto é, irrecorríveis e autoritativas. A coisa julgada é considerada como um dos institutos processuais universais: ela é também reivindicada pelo Tribunal Constitucional Federal para os seus próprios acórdãos.

Além disso, no § 31 da Lei Orgânica do TCF há duas regras importantes, específicas para os processos na jurisdição constitucional: trata-se do efeito vinculante (*Bindungswirkung*) e da força de lei (*Gesetzeskraft*) dos acórdãos da Corte Maior. Ambas as regras conferem um amplo caráter cogente aos acórdãos do Tribunal Constitucional Federal e contribuem significativamente para o seu poder executório.

Em primeiro lugar, o efeito vinculante.

De acordo com o § 31, inciso 1, da Lei Orgânica do TCF, as entidades constitucionalmente previstas da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridades estão vinculados pelas decisões do Tribunal Constitucional Federal. O efeito vinculante não é mera extensão da coisa julgada, mas possui efeitos específicos.

Assim, o efeito vinculante compreende, em termos materiais, conforme a – embora controversa – jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não apenas o dispositivo da decisão, mas também os fundamentos determinantes do acórdão.

Em termos pessoais, a decisão tem eficácia para além das partes e atinge o conjunto de órgãos constitucionais, Tribunais e autoridades. Nesse aspecto,

incide, portanto, um efeito vinculante *erga omnes*, que se aplica, porém, somente a entidades estatais, não se incluindo terceiros particulares.

O efeito vinculante obriga as entidades estatais a seguir os acórdãos do Tribunal Constitucional Federal, a alinhar o seu comportamento futuro conforme a decisão, e a aplicar o acórdão nas decisões no âmbito de suas competências.

O significado do efeito vinculante, disciplinado no § 31, inciso 1, da Lei Orgânica do TCF é, entretanto, controverso em relação ao legislador. Trata-se da questão de saber se este – após o Tribunal Constitucional Federal ter declarado uma norma inconstitucional – esbarra em uma “proibição de repetição da norma” (*Normwiederholungsverbot*), ou seja, se ele é proibido de promulgar uma nova lei com conteúdo idêntico ou semelhante.

Aqui imperam mais de vinte anos de desacordo entre os dois Senados² do Tribunal: enquanto o Segundo Senado, aludindo ao texto legal, já muito cedo asseverou a proibição de repetição de norma, o Primeiro Senado rejeitou a tese em acórdãos posteriores.

O argumento fundamental do Primeiro Senado assenta-se no respeito à liberdade e competência de conformação do legislador legitimado democraticamente. A ele compete a responsabilidade específica de adaptar a ordem jurídica à evolução das necessidades sociais e de modificar concepções regulatórias – e essa responsabilidade ele pode cumprir, em princípio, mediante a promulgação de novas leis de conteúdo idêntico.

Deve-se acrescentar ainda: a vinculação do legislador levaria a uma petrificação do desenvolvimento do direito, porque o Tribunal Constitucional Federal não poderia, por iniciativa própria, corrigir a sua jurisprudência. Os acórdãos, uma vez decididos, estariam com esse entendimento eternamente fixado e não deixariam ao legislador nenhuma margem para as necessárias adaptações às evoluções sociais e econômicas em uma sociedade moderna, livre e dinâmica.

É evidente o receio de que, sem a proibição de repetição de norma, abrir-se-ia a possibilidade de o legislador driblar qualquer acórdão da Corte Constitucional. No entanto, os fatores supramencionados autorizam buscar uma solução não em favor da estrita vinculação do legislador, mas da resposta flexível.

Na hipótese de uma repetição da norma, o Primeiro Senado solicita ao legislador que não ignore os fundamentos de inconstitucionalidade da lei original declarados no acórdão pelo Tribunal Constitucional Federal. Assim, exigem-se razões excepcionais para a repetição da norma, que podem resultar principalmente de uma alteração substancial da situação fática ou jurídica, que tenha sido determinante no julgamento de inconstitucionalidade da norma, ou

2 N. do T.: Senado é o nome que se dá às Câmaras ou Turmas do Tribunal Constitucional Federal.

mudança de entendimento nos votos que deram suporte ao acórdão. Ausentes tais razões, o Tribunal Constitucional Federal não se vê obrigado a rediscutir questões constitucionais já decididas e não se conhece do reexame material, sob o argumento de se tratar de repetição de norma já declarada inconstitucional.

Essa decisão baseia-se no princípio não escrito da lealdade constitucional³, que o Tribunal reconhece na jurisdição, e cujo conteúdo assevera que as instituições constitucionais estão comprometidas a se respeitar mutuamente e devem se abster de afronta recíproca. Nesse contexto concreto, isso significa que ao legislador é constitucionalmente vedado questionar a autoridade do Tribunal, pois ele reeditou norma logo após ter sido ela julgada inconstitucional.

O significado prático da diferença de opinião entre ambos os Senados não deve, porém, ser superestimada. Mesmo o Segundo Senado pode colocar a proibição de repetição de norma por ele preconizada sob a reserva da *clausula rebus sic stantibus*, tanto que a modificação de circunstâncias fáticas, bem como novos argumentos jurídicos, podem sempre servir de justificativa para o legislador reeditar uma regra.

Com o efeito vinculante tão somente, isso nem sempre acontece: os mais importantes acórdãos da Corte obtêm efeito *erga omnes* pleno mediante a obrigatoriedade geral advinda da força de lei (*Gesetzeskraft*), de acordo com o § 31, inciso 2, da Lei Orgânica do TCF. A força de lei provê uma forma mais eficaz de se cumprirem as decisões do Tribunal Constitucional, pois dela surge diretamente direito vigente.

A regra aplica-se a processos nos quais o Tribunal examina a constitucionalidade de leis no sentido mais amplo, de modo particular nos processos de controle abstrato e concreto de normas e nos recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*), que se voltam direta ou incidentalmente contra qualquer legislação. Se, em tais processos, for declarada a compatibilidade ou incompatibilidade de uma lei com a Constituição ou a nulidade dessa lei, o dispositivo do acórdão será publicado pelo Ministério da Justiça no Diário Oficial da União. Essa publicação tem apenas efeito declaratório, pois também os acórdãos do Tribunal sobre a incompatibilidade ou nulidade de uma lei têm eficácia apenas declaratória em razão do “dogma da nulidade”.

Com base nas normas mais importantes sobre a competência do Tribunal, decorre, no entanto, que essas declarações – em todo caso, em relação às leis formais pós-constitucionais – podem ser proferidas apenas pelo Tribunal Constitucional Federal e, até que sobrevenha uma declaração assim, as normas devem ser seguidas por todos.

3 N. do T.: No original *Grundsatz der Organtreu*, ao pé da letra seria “princípio da lealdade dos órgãos constitucionais”.

O pronunciamento de nulidade de uma lei inconstitucional era originalmente a única consequência jurídica disciplinada normativamente e deve, ainda hoje, constituir a regra geral. O Tribunal Constitucional Federal, porém, logo reconheceu que a espada afiada da nulidade nem sempre se mostrava uma resposta adequada.

Primeiro, o Tribunal desenvolveu a declaração de incompatibilidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) fora do Direito Processual escrito, mas, nesse ínterim, também consagrada pelo legislador. Da declaração de incompatibilidade resulta, do mesmo modo, conforme o § 31, inciso 2, da Lei Orgânica do TCF, a força de lei e, por conseguinte, a norma atacada não pode mais ser aplicada.

Até aqui não há nenhuma diferença em relação à declaração de nulidade. A principal vantagem é que, diferentemente da declaração de nulidade, não se apreciam diretamente apenas fatos, mas pode o Tribunal Constitucional Federal atrelar ao julgado ordens de natureza executória à declaração de incompatibilidade, na forma de regras de transição, com fundamento no § 35 da Lei Orgânica do TCF.

Em quais casos o Tribunal decide, não pela nulidade, mas só pela declaração de incompatibilidade da lei frente à Constituição? A declaração de incompatibilidade pode ser proferida no intuito de conferir ao legislador uma margem e um tempo de reflexão para uma nova lei.

Existem, portanto, basicamente dois conjuntos de casos, nos quais essa variante decisória se aplica:

1. Quando se deve deixar ao legislador diferentes possibilidades de afastar a violação da Constituição, em especial nas ofensas ao princípio da isonomia (art. 3 da GG); e
2. Quando se impõe, no interesse do bem-estar social, uma transição mais suave de uma situação inconstitucional para outra, conforme a Lei Maior, especialmente se no caso de uma nulidade sobrevier uma situação ainda menos compatível do que a atual.

Nesse sentido, primeiro ponderam-se, para fins executórios, as determinações sobre a prorrogação de vigência, com ou sem modificações, da lei considerada em si inconstitucional.

Assim, o Tribunal admitiu recentemente, por exemplo, a continuidade da aplicação de preceitos inconstitucionais a respeito do imposto sobre herança (*Erbschaftssteuer*), para assegurar um planejamento financeiro e orçamentário previsível. Havia diversas opções para o legislador relativas a uma nova lei sobre imposto sobre herança compatíveis com a Constituição.

Uma prorrogação de vigência com modificações foi determinada, por exemplo, em relação às leis estaduais sobre a proibição do fumo em restaurantes, que, com muitas exceções, foram regulamentadas para a pequena gastro-

nomia, ou, ainda, no caso das normas sobre o monopólio estatal a respeito de loterias esportivas, que deveriam ser aplicadas com mais coerência. Em ambos os casos, cuidava-se especialmente de transições abrandadas: mediante a prorrogação da vigência, deveria se assegurar que, entre a transição e o advento da nova legislação, pudessem ser evitados riscos pelo fumo de tabaco ou pelo vício do jogo.

Se o Tribunal Constitucional Federal não puder, ainda, tolerar uma prorrogação da regra inconstitucional, mesmo com modificações, ele mesmo formula então uma regra própria de transição ou de caráter geral, com fundamento no § 35 da Lei Orgânica do TCF.

No seu acórdão sobre a criminalização do aborto, o Tribunal foi tão longe que formulou até uma lei de transição completa, com deveres detalhados de orientação à mulher grávida como condição para um aborto isento de crime.

Por fim, pode o Tribunal Constitucional Federal, em caso de uma declaração de incompatibilidade, prescindir completamente da técnica de ordenar a prorrogação da lei inconstitucional. Embora nesse caso considere dispensável uma regra de transição, para se diferenciar dos efeitos de uma declaração de nulidade, uma decisão de incompatibilidade só tem sentido se o Tribunal fixar um prazo para o legislador elaborar uma nova lei conforme a Constituição. Nesse ínterim, até a entrada em vigor da nova lei, permanece, assim, inaplicável a norma inconstitucional e prosseguem suspensos os processos judiciais pendentes.

Uma vez tendo declarado uma norma legal incompatível com a Constituição, o Tribunal frequentemente fixa também um prazo ao legislador, dentro do qual se deve criar uma nova regra conforme a Constituição. Não se encontra aqui uma regra constitucional ou infraconstitucional expressa que imponha isso; o Tribunal está legitimado para tais exigências, em razão e no contexto de sua competência para examinar a constitucionalidade de leis.

O próprio Tribunal fala ocasionalmente de uma “decisão de solicitação” (*Appellentscheidung*). Descreve-se melhor o conteúdo de tais requisições como diretivas ou incumbências legislativas. O legislador, em regra geral, as cumpre e no prazo, mesmo se a matéria for politicamente muito controversa.

Assim, o Tribunal fixou um prazo ao legislador para uma nova regra, até 31 de dezembro de 2008, segundo a qual preceitos basilares a respeito do direito do imposto sobre herança foram declarados como incompatíveis, determinando, contudo, a prorrogação desta validade. A reforma legal que daí se fez necessária foi concluída ainda no prazo, em 24 de dezembro de 2008, e, em 31 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União.

Caso o legislador não cumpra a solicitação de nova lei, pode o Tribunal adotar medidas executórias conforme o § 35 da Lei Orgânica do TCF. Isso aconteceu, por exemplo, após o Tribunal ter solicitado ao legislador duas vezes, sem sucesso, que aumentasse o valor dos adicionais de alimentos dos funcio-

nários públicos com três ou mais crianças. Em um terceiro acórdão, o Tribunal fixou um último prazo e, para o caso de este não ser cumprido, reconheceria um dos montantes correspondente a determinada pretensão de pagamento. A questão não foi, felizmente, tão longe, pois como reação a esse novo acórdão promulgou-se, no prazo, uma lei sobre o aumento do adicional de alimentos e o seu pagamento suplementar.

O fato de o Tribunal Constitucional Federal poder fazer uso das opções de execução do § 35 da Lei Orgânica do TCF, na omissão do legislador, não significa que ele *tenha* obrigatoriamente de fazê-lo. No caso ilustrado dos adicionais de alimentos, tratava-se de um direito do cidadão de prestação contra o Estado fundado na Constituição.

Aqui o Tribunal não deve ser omissor na hipótese de não cumprimento de seus acórdãos, pois, de outra forma, denegaria ao jurisdicionado a tutela jurídica efetiva.

Desde que o Tribunal – como é a regra nos recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*) – atue para rechaçar ingerências estatais no direito constitucional e, por essa razão, declare incompatível uma lei, há um conjunto de casos em que o atendimento de um apelo por legislação não é do interesse do autor do recurso constitucional, tampouco é imperativo para preservar a autoridade do Tribunal.

Assim era o estado de coisas no caso das leis de imposto sobre o patrimônio. O Tribunal havia declarado, em meados de 1995, as regras de cálculo, que subjaziam ao cômputo desse imposto, incompatíveis com a Constituição. Ao legislador incumbiu-se uma nova lei até 31 de dezembro de 1996 e determinou-se “até aquele momento” a aplicação do direito até então vigente.

Após esse acórdão, discutiu-se nas esferas políticas a extinção completa do imposto sobre o patrimônio; o Governo queria renunciar a esse tributo, mas não encontrou no Conselho Federal (*Bundesrat*) a maioria necessária. Por isso, o Parlamento, que era dominado pelo partido do Governo, permaneceu simplesmente omissor.

O Governo atingiu o seu objetivo, pois, assim que o prazo determinado pelo Tribunal Constitucional Federal de prorrogação de validade da norma venceu, no fim de 1996, faltou base jurídica para a exigência do imposto sobre o patrimônio, que, a partir daí, não foi mais cobrado na Alemanha.

O Tribunal também permaneceu omissor no período posterior e não tomou nenhuma iniciativa para o cumprimento das diretivas legislativas por ele próprio determinadas. E isso se deu corretamente, pois as medidas executivas ordenadas não correspondiam ao interesse dos recorrentes, que, no fim, estavam liberados de qualquer imposto sobre o patrimônio; ao legislador restou só o estabelecimento de uma situação conforme a Constituição, e essa situação foi alcançada pela renúncia total desse tipo de tributo.

O caso do imposto sobre o patrimônio mostra que, com a ordem de prorrogação de vigência, o Tribunal Constitucional Federal toma o cuidado de advertir para as consequências jurídicas que possam ocorrer caso o legislador não cumpra a exortação de produzir legislação compatível ou deixe de cumpri-la dentro do prazo. O Tribunal havia determinado expressamente a continuidade da aplicação da Lei do Imposto sobre Patrimônio até “no máximo 31 de dezembro de 1996”. Não surgiu a nova regra; logo, tornou-se indubitável que, após o vencimento desse prazo, os preceitos respectivos da lei não seriam mais aplicados, e esse imposto não poderia mais ser exigido.

Na decisão sobre a incompatibilidade das normas da Lei sobre o Imposto de Herança o Tribunal determinou, no entanto, a continuidade da aplicação do direito então vigente “até a promulgação de uma nova lei” e fixou um prazo para essa nova legislação: até, mais tardar, 31 de dezembro de 2008. Se o legislador permanecesse omissivo, seria possível a aplicação do direito sobre herança anterior, mesmo depois de vencido o prazo.

Neste caso, tanto no interesses dos contribuintes sobrecarregados, quanto para preservação da autoridade do Tribunal, seriam necessárias medidas executórias adicionais após certo tempo, conforme o § 35 da Lei Orgânica do TCF, para que se fizesse cumprir a solicitação de produção de nova lei (*Normsetzungsauftrag*). Em caso de urgência, o Tribunal poderia determinar um limite de vigência da lei e, pela ameaça de perda de receita tributária, exercer pressão sobre o legislador. Não haveria aqui necessidade de qualquer pedido específico, pois as medidas executórias poderiam ser tomadas pelo Tribunal, de ofício, em razão de sua suposta autonomia para tal.

Esse pequeno panorama sobre as possibilidades de o Tribunal Constitucional Federal dar executoriedade às suas próprias decisões mostra que ele, nos quase sessenta anos de suas funções, criou um forte instrumentário para isso e ele não está entregue à boa vontade de outros poderes do Estado. Dessa forma, poderá o Tribunal garantir aos jurisdicionados uma tutela jurídica efetiva, que lhe incumbiu a Constituição.