

Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Prof. Dr. iur. Leonardo Martins, LL.M.
Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS)

Preliminares:

Sobre o propósito, métodos e estrutura da obra e agradecimentos

A presente coletânea, em língua portuguesa, de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão tem por escopo, não somente apresentar ao leitor lusófono a jurisprudência constitucional alemã, como também seus pressupostos jurídico-dogmáticos. Tais pressupostos se devem à própria atividade intensa do tribunal, que serve hoje, na Alemanha, sem dúvida, de fonte primária da ciência jurídico-constitucional dogmática.

Assim, o capítulo de introdução, de autoria do organizador, procura introduzir o leitor nos pressupostos processuais e materiais da jurisprudência desse tribunal constitucional. Para tanto, desiste da adaptação de figuras processuais à processualística brasileira ou lusófona, mesmo porque não raro não há correspondências, sobretudo entre o sistema processual constitucional brasileiro e o alemão.

A escolha das decisões se baseou, em grande parte, na coletânea de *Jürgen Schwabe*, em sua 7ª edição, publicada em 2000. Porém, algumas alterações foram perpetradas, como principalmente o acréscimo de algumas decisões novas e de poucas outras não contempladas por aquele autor. São 132 decisões distribuídas em 4 partes e 37 capítulos. Cada decisão se inicia com uma síntese da matéria, redigida pelo organizador e de sua responsabilidade, que reúne as informações relevantes sobre o processo originário, o tipo de processo, a síntese das razões de sua admissão ou não e do julgamento de seu mérito. Os capítulos da 1ª Parte, que trata de preliminares conceituais e dogmáticas, começam com uma pequena introdução, que é também da redação e responsabilidade do organizador. Ao cabo de alguns capítulos da parte especial, foram trazidas referências bibliográficas da literatura especializada, sobretudo da literatura alemã e do restante da

jurisprudência do TCF sobre o dispositivo constitucional apresentado no respectivo capítulo.

Procurou-se, em todas as traduções dos excertos selecionados, deixar clara ao leitor a estrutura da respectiva decisão, caracterizando-se as partes não reproduzidas com “(...)”, que designa parte de um parágrafo, um parágrafo completo, e, às vezes, vários parágrafos, no caso do texto excluído seguir até o fim do respectivo sub-tópico. Quando se trata de exclusão de todo um subtópico, isso foi caracterizado com a letra ou cifra relativa à parte do texto excluída, seguida igualmente de “(...)”. Note-se que se seguiu aproximadamente a lógica de uma “árvore de diretórios”, usada na informática: se o/s excerto/s excluído/s corresponde/m a um tópico hierarquicamente superior (normalmente: A., I.), então “(...)” designa todo/s o/s tópico/s superior/es, não contemplando os tópicos inferiores. Quanto mais o/s excerto/s utilizado/s fizer/em parte de um subtópico que seja cada vez específico (normalmente: 1., a), aa), (1), (a) etc.), mais específica também se torna a demonstração do/s sub-tópico/s excluído/s: ex.: “aa – cc (...)”. Com isso, o leitor não só pode compreender a estrutura da decisão, como também tem uma idéia bastante concreta de sua extensão e se familiariza com o *modus operandi* do TCF. Em geral, as estruturas das decisões são bastante coerentes, recebendo tão somente em casos isolados críticas da literatura especializada. A reprodução da estrutura foi perseguida com toda a conseqüência, porque ela demonstra também a acuidade dogmática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, neste mister, é exemplar.

* * * * *

Um outro propósito da obra é fomentar o estudo do direito constitucional alemão. Para tanto, a disposição para o aprendizado da língua alemã é fundamental. O leitor interessado entrará em contato, na presente obra, com os institutos em língua alemã. A obra tem, nesse sentido, o propósito de despertar o interesse de aprofundamento, a busca da confrontação autônoma com o original. Por isso também o leitor encontrará alguns termos de cuja tradução o organizador desistiu, como sobretudo “*Grundgesetz*”.

O texto das traduções foi acompanhado de notas de rodapé, que procuram explicitar alguns conceitos e sistematizar a compreensão do todo. Por isso, serão lá encontradas muitas referências ao capítulo de introdução. No mais, o texto procura, além da já referida não tradução de alguns termos, ser o mais fiel possível ao original: todas as intervenções

do organizador no texto original foram colocadas entre colchetes: “[]”. Textos entre parênteses, “()”, fazem parte do original.

A designação de dispositivos legais e constitucionais seguiu também a sistemática alemã, explicitada na nota preliminar às abreviaturas.

* * * *

O organizador agradece ao “Programa Estado de Derecho para Sudamérica”, da Fundação Konrad Adenauer (*Konrad Adenauer Stiftung*), na pessoa de seu diretor, Dr. *Jan Woischnik*, pelo convite para realizar essa obra e por tê-la viabilizado financeira e cordialmente. Agradeço, também, às competentes tradutoras, que apresentaram uma primeira versão de boa parte da tradução e, em especial, a *Vivianne Geraldtes Ferreira* e *Mariana Bigelli de Carvalho* que, nas últimas semanas, e apesar de seus muitos afazeres acadêmicos e profissionais, colaboraram com a leitura crítica de algumas sínteses e decisões e com a composição de parte da lista de abreviaturas. Meu aluno da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), *Fernando Gallina*, foi bastante generoso ao prestar, voluntariamente, consultoria no âmbito da TI. A ele meu muito obrigado. Ao ex-coordenador do curso de direito da UFMS, Prof. *Luis Antonio Safraider*, e à atual coordenadora, Prof. Dra. *Ynes da Silva Félix*, agradeço imensamente pela tolerância em face do meu pequeno engajamento em nossa faculdade, neste início de semestre. Destarte, eles muito colaboram, ainda que indiretamente. Finalmente, agradeço aos meus pais, *Luiz Luciano* e *Nair*, à minha querida *Daniela Jaime Smith*, e aos meus queridos amigos, que me perdoaram a ausência nestes últimos meses. Ao meu grande e fiel amigo, *Martin Kader*, advogado militante em Berlim, agradeço muito pelas muitas horas de discussão sobre o direito comparado e a práxis processual alemã.

I.

PARA ENTENDER A RESPONSABILIDADE E AUTORIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO NO SISTEMA CONCENTRADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

ROMAN HERZOG, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão (a seguir: TCF) e depois Presidente da República Federal da Alemanha, afirmou, no ano de 1993, que “o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da

Grundgesetz em 1949, por [seus] 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais”.

“Direito constitucional formado por decisões judiciais do tribunal constitucional?”, certamente se perguntará, perplexo, o leitor brasileiro. Não seria, na Alemanha, assim como no Brasil, a lei a fonte imediata do direito? Teriam os alemães adotado, depois da entrada em vigor da *Grundgesetz*, o sistema de fontes característico da *common law*?

A asserção de ROMAN HERZOG só pode ser compreendida em sua plenitude quando se conhece bem o sistema organizacional constitucional da *Grundgesetz* e sua interpretação pelo TCF:

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado, ou seja, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que uma tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, onde se adotou o assim denominado “sistema difuso”. Abaixo se verá que, na Alemanha, todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada, mas não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF.

Em segundo lugar, ainda que a *Grundgesetz* tenha conferido ao TCF, em seu Art. 92, literalmente *somente* o status de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada – e não por último a sua lei orgânica (§ 1 I BVerfGG) – conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. À idéia de “órgão constitucional” não está somente ligada à idéia de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mas de um órgão sobreposto no que tange à interpretação e aplicação de normas constitucionais, alguns outorgando-lhe até mesmo o polêmico status de “intérprete autêntico” da *Grundgesetz*¹.

¹ Essa tese, defendida por BÖCKENFÖRDE (1999: 12 s.), que além de reconhecido professor de direito público foi juiz do TCF, concede ao TCF quase um poder absoluto de conformação do direito constitucional e até de participação no processo constituinte (aperfeiçoamento do direito constitucional positivo!), sendo recusada mesmo entre aqueles adeptos de um TCF forte em face do legislador. Cf. a respeito BENDA / KLEIN (2001: 542 *et seq.*). Essa tese tem, como boa parte do pensamento jus-filosófico de Böckenförde, suas raízes em *Carl Schmitt*. Cf. SCHMITT (1931: 45).

O status de órgão constitucional em si resulta² da interpretação sistemática dos dispositivos específicos da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), quais sejam: Art. 92 GG c.c. § 1 I BVerfGG, que fazem a oposição do TCF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (Art. 92 GG) e a “todos os órgãos constitucionais” (§ 1 I BVerfGG). Assim, o TCF não seria tão somente *independente* em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é, mas também teria autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”³.

Em seu auto-entendimento, já firmado em 1952, o TCF seria, “segundo o teor e sentido da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF, também um órgão constitucional, municiado com a mais alta autoridade, chegando a um nível muito diferente de todos os demais tribunais e juízos”⁴. Apesar disso e do tom crítico ressoante na literatura especializada, segundo o qual o tribunal pretenderia realizar sua transmutação de “defensor” a “senhor” da Constituição⁵, cuja interpretação constitucional teria força vinculante, o TCF continua sendo um tribunal para o qual valem todos os princípios constitucionais processuais, como o da persuasão motivada, o da imparcialidade e o da inércia da atividade jurisdicional⁶. Neste ponto, revelam-se, graças ao caráter *sui generis* do TCF, problemas quanto aos limites formais e principalmente materiais da coisa julgada⁷. Fala-se, também com tom crítico, que o TCF tem a pretensão de ser o “senhor do processo”⁸, ou seja, de

² HILLGRUBER / COOS (2004: 4).

³ *Idem*.

⁴ Essa passagem, bastante citada na literatura especializada, faz parte da *Status-Denkschrift* (uma espécie de “paper” publicado pelo TCF, onde ele revela o referido auto-entendimento) e foi publicada na Revista Anuário de Direito Público: JöR 6 (1957), p. 144 *et seq.* Cf. a respeito: BENDA / KLEIN (2001: 45 s.). Nela, foram elencadas algumas conseqüências, hoje unanimemente derivadas dos dispositivos legais e constitucionais aplicáveis: Os membros do TCF (mais sobre eles abaixo) não seriam funcionários públicos; para eles não valem, portanto, nem as leis gerais do funcionalismo, nem todos os dispositivos da Lei dos Juizes Alemães; não se submetem ao Ministério da Justiça, sendo nomeados, promovidos e aposentados pelo presidente do TCF. O tribunal tem plena autonomia orçamentária, podendo apresentar suas pretensões diretamente ao parlamento, a despeito da previsão orçamentária do governo federal, etc.

⁵ Crítica exarada com toda conseqüência sobretudo por HILLGRUBER / COOS (2004: 5 *et seq.*), mas também, entre outros, por SCHLAICH/ KORIOTH (2004: 23 *et seq.*), com o sugestivo título de tópico “Órgão constitucional: um título para a superação dos limites da atividade jurisdicional?” (*ibid.*).

⁶ Alguns autores como SCHLAICH/ KORIOTH (2004: 21 *et seq.*), enfatizam-no. Outros, como *Häberle* e *Ebsen* (cf. todas as referências em SCHLAICH/ KORIOTH (2004: 27 s.)), preferem encarar o TCF como uma espécie de órgão regulador: o TCF se transformaria em um “*medium* de auto-regulação social”. Como bem notado por SCHLAICH/ KORIOTH (2004: 28), essa interpretação “pluralista” (*Haltern*) da jurisdição constitucional desconhece e sobrecarrega a instituição TCF. Também a caracterização como “Quarto Poder” (*Doehring* e *Roellecke*) deve ser recusada.

⁷ Cf. BENDA / KLEIN (2001: 75 *et seq.*, 537 *et seq.*, 550 *et seq.*). Cf. também no presente texto, abaixo, sob IV. 3. a).

⁸ HILLGRUBER / COOS (2004: 9 s.), citando expressamente BVerfGE 13, 54 (94); 36, 342 (357) e 60, 175 (213), onde a pretensão foi expressa com toda a clareza.

livre dispor, com base em seu regimento interno, dos diversos procedimentos. HILLGRUBER e GOOS lembram que, desde a decisão publicada em BVerfGE 60, 175 (213), o TCF se auto-intitula senhor do processo “nos limites de vínculos legais”⁹. O problema seria que o TCF avoca para si especificamente a competência de fechar lacunas deixadas pelos dispositivos processuais aplicáveis da *Grundgesetz*, da Lei Orgânica (BVerfGG) e do seu Regimento Interno (GeschO). Ao contrário do que acontece com o direito administrativo a partir do § 173 VwGO, a ZPO [Código de Processo Civil] não tem aplicação subsidiária¹⁰. Tal problema foi bastante intensificado com a tese da autonomia do direito processual constitucional como um todo, ligada por *Häberle* aos seus conceitos de “Constituição como processo público”, “Constituição do pluralismo” ou até de “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”¹¹. Muito mais grave do que os eventuais problemas processuais que possam surgir com essas lacunas, é a questão do relacionamento do TCF com o legislador. Antes de defini-lo, porém, há de se fixar, já nesse momento, que a um tal arcabouço normativo e assunção generosa de competências para a defesa da Constituição, a despeito das críticas jurídicas e político-sociais que não cessam¹², corresponde uma autoridade¹³, derivada de sua, em geral, clara e consistente jurisprudência. Não raro foram os casos polêmicos, alguns dos quais serão aqui apresentados. Não obstante, o TCF pronunciou-se até aqui sobre quase todos os problemas hermenêuticos que surgiram neste pouco mais de meio século de história. E foi principalmente ativo quando a instância política parecia querer “lavar as mãos”,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cf. a respeito: BENDA / KLEIN (2001: 75), que trabalham com o conceito de “autonomia processual” do TCF.

¹¹ Referências em BENDA / KLEIN (2001: 78 s.).

¹² Cf., por exemplo, a imediata reação de parlamentares à decisão sobre a execução de mandado de prisão europeu e a conseqüente extradição negada pelo TCF em face do Art. 16 II GG. Cf. M. GEBAUER, *Europäischer Haftbefehl verstößt gegen das Grundgesetz*, in: Spiegel Online, <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,365623,00.html>. Cf. a decisão 2 BvR 2236/04 de 18/07/2005, publicada em http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html (*Europäischer Haftbefehl*).

¹³ Vários autores, incluindo os mais críticos, fazem questão de frisar essa autoridade, conquistada junto aos demais órgãos constitucionais, tribunais, cientistas do direito e, principalmente, aos cidadãos. Segundo os mais críticos, como SCHLINK (1989: 161 *et seq.*), os professores de direito público se limitariam (o que segundo ele não se deveria saudar) a comentar e analisar as decisões do TCF, prevendo tendências. Para HILLGRUBER / COOS (2004: 19 s.), a autoridade se baseia na dignidade do tribunal, conseguida graças à sua distância e caráter sigiloso das sessões de julgamento (cf. abaixo: IV. 1.). SCHLAICH/ KORIOTH enxergam, pelo contrário, algo bastante positivo nessa autoridade: força normativa da Constituição e efetividade da proteção dos direitos fundamentais, uniformidade da jurisprudência etc. Encerram, porém, sua obra intitulada justamente *Bundesverfassungsgericht* (TCF) citando (*ibid.*, p. 384) a ex-presidente *Jutta Limbach* que, ao lado de render homenagens à história de sucesso do tribunal e destacar a relativamente grande confiança dos cidadãos no TCF (popularidade bem acima dos demais órgãos constitucionais), expressou a seguinte preocupação: “Não indica a grande e inabalável confiança na jurisdição constitucional talvez uma desconfiança política em face da democracia?”

transferindo questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa¹⁴.

Assim, mesmo em um sistema parlamentarista de governo, como é o alemão, muito se fala no relacionamento entre o legislador e o TCF, não somente no sentido de limitar o poder deste (de desconstituição do ato normativo) em face daquele, mas também devido à aludida transferência problemática do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do tribunal, como forma de “compensação de déficits de decisões parlamentares pelo TCF”¹⁵. Neste contexto, fala-se no risco do “Estado jurisdicional” (*Jurisdiktionsstaat*)¹⁶ e da “juridicização da política” (*Verrechtlichung, Juridifizierung oder Justizialisierung der Politik*)¹⁷, um problema típico de uma sociedade cujo sistema jurídico alcançou um tal grau de diferenciação (*Ausdifferenzierung des Rechtssystems*) que a ameaça aqui é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político e não o contrário, como acontece em boa parte dos Estados contemporâneos, mesmo em Estados desenvolvidos.

A conseqüência é talvez que o TCF tenha avocado, sim, muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento da cassação, mas da criação de pautas positivas¹⁸ da atividade legiferante. Nesse caso, o TCF eventualmente extrapola sua função constitucional, ainda que nem sempre por ato volitivo seu, mas, pelo contrário, em face das mencionadas expectativas formadas pela autoridade auferida nesse meio século de existência.

¹⁴ É o que ocorre quando nem a situação, nem a oposição querem assumir o ônus político-eleitoral de uma mudança legislativa impopular, mas necessária, como a legislação do direito de aposentadoria (cf. nota seguinte).

¹⁵ Cf., entre outros, SCHLAICH / KORIOTH (2004: 379 s.). É o que se observou nos últimos anos, por exemplo, no caso do direito à aposentadoria em face do controle baseado no parâmetro do Art. 14 I GG.

¹⁶ Um Estado onde os rumos sociais são definidos crucialmente pela instância jurídica, devendo a instância política se limitar a conformar aquilo que foi tradicionalmente, ou com base na autoridade moral (*autoritativ*), estabelecido pela instância jurídica.

¹⁷ HILLGRUBER / COOS (2004: 18) vêem a juridicização da política fundada na aludida auto-desautorização do legislativo em face de decisões políticas problemáticas.

¹⁸ Um caso extremo é a segunda decisão sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto. Cf. BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*) e abaixo: **Decisão 24**.

II.

FUNDAMENTOS PROCESSUAIS E ORGANIZACIONAIS

1. *Da competência*

A competência do TCF está definida, em termos gerais, no Art. 93 GG, cujo 2º parágrafo (Art. 93 II GG) abriu a possibilidade do “Tribunal Constitucional Federal decidir, além disso, em casos também a ele confiados por lei federal”. Outros dispositivos da *Grundgesetz* também definem competências específicas de julgamento (sobretudo: Art. 100 I, Art. 100 II e 21 II GG). O § 13 BVerfGG, sistematizou, em seus 15 números, todos os procedimentos julgados pelo TCF, de tal sorte que os procedimentos são citados, em regra, com a combinação, entre outros, dos dispositivos dos Art. 21 II, 93, 100 I ou 100 II GG com um dos números do § 13 BVerfGG. Assim, dos dispositivos em pauta resulta a competência do TCF, principalmente, para os seguintes procedimentos:

- Controle Abstrato das Normas (Art. 93 I, nº 2 e 2a GG c.c. § 13, nº 6 e 6a BVerfGG) [*abstraktes Normkontrollverfahren*]
- Controle Concreto das Normas (Art. 100 I GG c.c. § 13, nº 11 BVerfGG) [*konkretes Normkontrollverfahren*]
- Verificação Normativa (*Normverifikationsverfahren*)
- Reclamação Constitucional (Art. 93 I, nº 4a GG c.c. § 13, nº 8a BVerfGG) [*Verfassungsbeschwerde*]
- Lides entre Órgãos Estatais (*Organstreitverfahren*)
- Litígio entre a União e os Estados-membros (*Bund-Länderstreitverfahren*)
- Proibição de Partido Político (*Parteiverbotsverfahren*)

Os três primeiros procedimentos acima arrolados constituem-se em processo objetivo, ou seja, não há partes processuais propriamente ditas, ao passo que os três últimos desenvolvem-se na forma de processos contraditórios. A Reclamação Constitucional tem, neste ponto, caráter *sui generis*: em suas duas modalidades (diretamente contra ato normativo ou contra decisão judicial), ela não se desenvolve contraditoriamente e não há que se falar em “partes processuais” propriamente ditas. Por outro lado, resiste-se à idéia de que ela seja mais um instrumento de controle objetivo da

constitucionalidade de normas¹⁹, pois sua razão de ser residiria, segundo boa parte da literatura especializada, tão somente na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo o controle normativo, por sua vez, só mais uma consequência do exame da constitucionalidade do ato do Poder Público em face de um direito fundamental, cuja violação seu titular afirma pela Reclamação Constitucional. Todavia, a tendência da jurisprudência do TCF é a interpretação do § 13, n° 8a BVerfGG no sentido de aproveitar o ensejo oferecido por uma Reclamação Constitucional para realizar um controle objetivo da constitucionalidade das normas, de tal sorte que a grande quantidade de reclamações constitucionais contribua decisivamente para o desenvolvimento do direito constitucional positivo²⁰.

2. Da organização e escolha dos juízes

A organização do TCF foi definida pelos Art. 94 e §§ 1 *et seq.* BVerfGG.

O TCF é, como sua ex-presidente JUTTA LIMBACH certa vez formulou, um tribunal de gêmeos (*Zwillingsgericht*)²¹. É constituído por dois senados²², cada qual com oito juízes (§ 2 BVerfGG). Vale, neste contexto, o “princípio senatorial” (*Senatsprinzip*), ou seja: aquilo que um dos dois senados decidir vale como decisão do TCF. O Primeiro Senado decide, precipuamente, sobre direitos fundamentais. O Segundo Senado, por sua vez, decide, precipuamente, em matéria de organização estatal. Não obstante, o Segundo Senado adquiriu nas últimas décadas algumas competências do Primeiro Senado (para aliviar a sobrecarga do Primeiro Senado, sobretudo em matéria de direito de asilo político, direito dos estrangeiros e direitos de cidadania). No caso de uma divergência da jurisprudência de um Senado em relação à jurisprudência do outro, o pleno decide (§ 16 I BVerfGG). Todavia, “segundo uma regra ética, os juízes cuidam de não comentar ou criticar em público decisões do outro Senado”²³. Além dos Senados, existem câmaras (cada uma com três juízes: § 15a BVerfGG) periodicamente reconstituídas com juízes

¹⁹ Entre os críticos, cf. sobretudo SCHLINK (1984: 89 *et seq.*).

²⁰ Cf. PESTALOZZA (1991: 164).

²¹ Cf. LIMBACH (2001: 20).

²² Preferiu-se, aqui, a tradução de “Senat” como “Senado” e não “Turma” ou mesmo “Câmara”, porque a estrutura e organização desses órgãos jurisdicionais colegiados dos dois países são bem diversas entre si. Cf. a respeito MARTINS (2004: 205 *et seq.*).

²³ LIMBACH (2000: 21).

diferentes (uma espécie de sistema de “rodízio”), que podem decidir atualmente sozinhas (ao contrário do que ocorria até os anos oitenta) sobre a admissão e, dados alguns pressupostos, até sobre o deferimento de uma Reclamação Constitucional (§§ 93b 1; 93c 93d I e III BVerfGG).

O processo de escolha das juízas e dos juízes do TCF é bastante complexo. Quatro aspectos devem ser abaixo sucintamente apresentados:

- a) *Pressupostos subjetivos*: qualquer pessoa que possa ser eleita para a Câmara Federal (*Bundestag*) pode ser escolhida como juiz ou juíza do TCF, se ela completou o 40º aniversário e adquiriu a capacitação para a investidura de juiz por meio dos dois *examina* de Estado (conclusão única da formação jurídica na RFA). Além disso, os/as candidato/as não podem pertencer nem à Câmara Federal (*Bundestag*), nem ao Conselho (Senado) Federal (*Bundesrat*), ou ao Governo Federal ou a órgãos correspondentes nos Estados-membros. Excetuando-se uma cátedra jurídica alemã (ensino do direito em uma universidade alemã), todas as demais atividades profissionais são incompatíveis com a investidura de juiz do TCF (§ 3 BVerfGG).
- b) O *tempo de investidura* é de doze anos. Uma reeleição não é possível. Com a conclusão do 68º ano de vida, os juízes aposentam-se compulsoriamente (§ 4 BVerfGG).
- c) Quanto à *qualificação objetiva* (quotas) para ser juiz do TCF, note-se que três juízes de cada Senado são escolhidos entre os juízes federais dos demais tribunais federais (Art. 94 I 1 GG, § 2 III BVerfGG).
- d) No que tange ao *processo de eleição*, tem-se, em síntese, que a metade dos juízes é escolhida pela Câmara Federal (*Bundestag*), sendo a outra metade pelo Conselho (Senado) Federal – *Bundesrat* (Art. 94 I 2 GG, § 5 I BVerfGG). A Lei Orgânica do TCF (BVerfGG) fixou para a eleição a necessidade de uma maioria qualificada de 2/3 nos dois grêmios (§ 6 V e § 7 BVerfGG). A escolha do Conselho (Senado) Federal (*Bundesrat*) dá-se no seu Pleno; a escolha da Câmara Federal (*Bundestag*) dá-se de forma indireta por meio de comissão eletiva que se compõe de doze deputados, os quais, por sua vez, são escolhidos pelo Pleno do *Bundestag* segundo as regras do sistema proporcional de eleição.

3. Do processo

Preliminarmente, há de se lembrar, conforme já salientado, que grande parte do processo constitucional na Alemanha, movido exclusivamente junto ao TCF, tem caráter objetivo e não necessariamente contraditório.

Isto posto, o sistema do controle concentrado conhece três procedimentos centrais, que cobrem toda possibilidade de inconstitucionalidade cometida pelo Estado: o controle abstrato das normas, o seu controle concreto e a reclamação constitucional. Um quarto procedimento típico de processo constitucional objetivo é a verificação da constitucionalidade das normas, procedimento bastante coerente com o sistema concentrado alemão, que não tem nenhuma familiaridade com a bastante polêmica no Brasil “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, inserida na Constituição Federal brasileira pela EC 3/1993 (Art. 102, § 2º CF), alterada pela última vez pela EC 45/2004.

Porém, há de se lembrar que, além de realizar o controle normativo, o TCF decide também sobre contenciosos constitucionais em sentido estrito (entre órgãos constitucionais), defesa da Constituição e, no mais, sobre outras matérias de “difícil classificação”, como a reclamação eleitoral ou procedimento de exame de uma eleição e a apresentação de divergência²⁴.

a) Objeto e parâmetro de decisão nos processos de controle de constitucionalidade

O controle da constitucionalidade recai sobre um ato do poder público lato *sensu*, ou seja, ato de um órgão estatal, titular de uma das três funções estatais por excelência: da legiferante, executivo-administrativa ou jurisdicional. Objeto material (*Prüfungsgegenstand*) imediato são, em regra, o ato administrativo executório e as eventuais decisões judiciais que o confirmaram. A norma infraconstitucional que o embasou terá também sua constitucionalidade sempre questionada. Como a possibilidade de os titulares de direitos e garantias fundamentais ensejarem o procedimento da Reclamação Constitucional é – já em sede preliminar (requisito de sua admissibilidade), em regra (há, como se verá, uma exceção) – limitada pela necessidade do anterior esgotamento da via judicial ordinária,

²⁴ Cf. a sistematização de BENDA / KLEIN (2001: 145 s.).

revelando seu caráter subsidiário, torna-se primordial a tarefa de se fixar precisamente o objeto (imediat) do exame. Este, portanto, poderá ser:

- Somente o ato normativo (Controle Abstrato, Controle Concreto, Reclamação Constitucional Direta contra Ato Normativo);
- O ato administrativo e o ato normativo que o embasaram, além de eventuais decisões judiciais que os corroboraram (Reclamação Constitucional contra decisão judicial);
- Somente a interpretação e aplicação de norma que em si – “em tese” ou abstratamente considerada – não é inconstitucional por decisão judicial (Reclamação Constitucional contra decisão judicial).

O segundo elemento crucial a ser definido antes do início do exame é a fixação do parâmetro do controle (*Prüfungsmaßstab*), entendido como tal o dispositivo constitucional potencialmente violado pelo ato objeto do exame. É claro que pode haver mais de um parâmetro do controle, quando forem mais de um os dispositivos potencialmente violados.

A literatura constitucional alemã enfatiza essa determinação do parâmetro não somente em face de sua óbvia necessidade para a aferição de uma inconstitucionalidade (o ato é inconstitucional em face de, ou fere, qual/quais norma/s constitucional/is?), mas também em face do fenômeno da concorrência normativa, o qual não deve ser confundido com o problema da colisão normativa. Uma concorrência estará presente quando mais de uma norma disciplinar o mesmo caso²⁵. Em se tratando da (frequente) concorrência de direitos fundamentais, o mesmo titular pode se valer de mais de um direito fundamental para resistir a uma intervenção estatal em sua liberdade ou para fazer valer, concretamente, o direito a uma prestação estatal. A concorrência pode ser, segundo a lição de STERN²⁶, muito citada neste contexto, ideal (na acepção de real típica) ou aparente. A concorrência aparente será aquela que se dirime sobretudo pela regra *lex specialis derogat lex generalis*, ou seja, o direito fundamental que, em face da matéria julgada, for mais específico afastará a aplicação do direito fundamental mais genérico como parâmetro do exame.

No mais, a fixação do parâmetro é relevante para o juízo de admissibilidade da Reclamação Constitucional, pois nele se perquire, preliminarmente, se uma violação a um dispositivo específico é, em tese, possível. Ao realizar esse exame preliminar, o operador

²⁵ Cf. por exemplo STERN: (1994: 1365 *et seq.*).

²⁶ *Ibid.*

do direito encontra, não raro, principalmente porque os âmbitos ou áreas da liberdade individual protegidos se interseccionam, vários dispositivos constitucionais que “viriam à pauta”. Cabe a ele, portanto, já na fase preliminar, esclarecer se se trata de uma concorrência ideal ou meramente aparente, habilitando para o exame de mérito somente o parâmetro específico, no caso da concorrência aparente, ou ambos os parâmetros, no caso da concorrência ideal. Em se tratando de uma concorrência ideal, a intervenção estatal deverá também, e principalmente, ser justificada em face do direito fundamental com uma proteção eventualmente mais intensa (caso dos direitos fundamentais sem reserva ou outorgados sem limites específicos)²⁷.

b) Processo de controle abstrato das normas
(*abstraktes Normenkontrollverfahren*)

A função do controle abstrato das normas é expurgar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional antes que surja um conflito interindividual e/ou social que a concretize, ou seja, que seja por ela regido, exigindo sua aplicação. Fala-se, destarte, unanimemente em “integridade do ordenamento jurídico” e proteção da supremacia da Constituição e da superioridade hierárquica do direito federal em relação ao estadual²⁸. A provocação se dá, independentemente de um caso concreto, por certos órgãos estatais. O rol das “partes” legítimas é limitado a tais órgãos: o Art. 93 I, nº 2 GG atribui a legitimidade “ativa” para a propositura do controle abstrato tão somente ao Governo Federal, aos governos estaduais ou a um terço da Câmara Federal (*Bundestag*).

Objeto do controle abstrato pode ser todo o direito federal e estadual (incluindo neste último, a legislação das *Kommunen*)²⁹, em todos os seus graus hierárquicos. Assim, trata-se especificamente de:

- leis federais de emenda constitucional, com base no parâmetro do Art. 79 III GG³⁰;

²⁷ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2004: 78).

²⁸ Cf. HILLGRUBER / COOS (2004: 187), SACHS (2004: 50), BENDA / KLEIN (2001: 145 s.).

²⁹ Equivalentes, no plano administrativo, aos municípios brasileiros. Cf. BENDA / KLEIN (2001: 306).

³⁰ Cf., sobretudo, BVerfGE 30, 1 (abaixo: **Decisão 12.**); 84, 90 (120 *et seq.*); 94, 12 (33 *et seq.*) e 109, 279 (**Decisão 83.**). Uma opinião minoritária vislumbra a possibilidade de controlar também normas constitucionais originais ao conceber a tese do “direito constitucional inconstitucional”. O TCF acenou com essa possibilidade “teórica”, no início de sua jurisprudência, em: BVerfGE 1, 14 (32) [**Decisão 6.**]. Cf. a crítica em HILLGRUBER / COOS (2004: 190) e referência ao trabalho original de *Bachof* em SCHLAICH / KORIOTH (2004: 97, n. 54).

- regras gerais do direito internacional público que forem, segundo o Art. 25, 1 GG, parte integrante do direito federal;
- direito constitucional estadual;
- leis ordinárias federais e estaduais, ainda que só em sentido formal, como a lei orçamentária³¹;
- leis ratificadoras de tratados internacionais³²;
- decretos e regulamentos;
- regulamentos autônomos da Administração pública indireta;
- regimentos internos dos órgãos constitucionais³³.

Não importa se se trata de direito pré ou pós-constitucional³⁴, o que será relevante somente no controle concreto a ser visto a seguir. Como *parâmetros*, vêm à pauta somente a *Grundgesetz*, para o exame do direito federal, ou a *Grundgesetz* e o “restante do direito federal” (*sonstiges Bundesrecht*), para o direito estadual.³⁵ Problemática é a definição de parâmetro para as chamadas leis em sentido material (decretos e resoluções, também chamados direito federal infralegal – *untergesetzliches Bundesrecht*). Isso porque, segundo o Art. 93 I, nº 2, tal direito deveria ser controlado, tão somente, com base na *Grundgesetz*. Já, por sua vez, no § 76 I, nº 1 BVerfGG, lê-se “ou [com base] no restante do direito federal”. Certo é somente, como salientam bem SCHLAICH e KORIOTH, que “um decreto viola o Art. 80 GG se ele não estiver coberto [no âmbito do] pelo fundamento [legal formal] de autorização”³⁶. Por isso, eles acham que, no controle abstrato, só deve ser controlado se o decreto ou resolução foram postos nos limites da autorização legal, não podendo, ao contrário do que parece querer o § 76 I, nº 1 BVerfGG, controlá-lo em face de todo o direito federal.³⁷

³¹ Cf. BVerfGE 20, 56 (98) e 79, 311 (326).

³² Cf. BVerfGE 36, 1.

³³ Cf. BVerfGE 1, 144 (148).

³⁴ Cf. por todos SCHLAICH / KORIOTH (2004: 98). Outros objetos são também indicados, como as simples resoluções parlamentares por SCHLAICH / KORIOTH (2004: 97) ou até acordos trabalhistas coletivos (*Allgemeinverbindliche Tarifverträge*) com efeito vinculante, por HILLGRUBER / COOS (2004: 190), que fazem menção a BVerfGE 44, 322 (338 *et seq.*) e 55, 7 (20).

³⁵ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 100 s.).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Porém, o TCF, em nova decisão (BVerfGE 101, 1 [30 s.], à qual os autores citados na nota anterior fazem referência, distingue entre questão principal e prévia. O objetivo continua a ser proteger somente a *Grundgesetz* (único parâmetro), porém tem que se avaliar primeiro se se está diante de um objeto válido. Um decreto que se choca contra qualquer lei ordinária federal perde essa qualidade. Todavia, em geral, esse exame deve ser feito pelos chamados tribunais instancias (*Instanzgerichte*), ou seja, todos os demais tribunais, respectivamente competentes em razão da matéria.

Portanto, sugerem implicitamente uma interpretação conforme a Constituição do § 76 I, nº 1 BVerfGG, por meio de redução teleológica.

O Art. 93 I, nº 2 GG fala em “divergências de opinião” quanto à constitucionalidade de norma. Isso leva à correta conclusão de que não se trata de um processo contraditório³⁸. Assim, o TCF não está vinculado ao pedido de controle feito por um dos três órgãos indicados, podendo decidir sobre a constitucionalidade da norma que foi objeto do controle, mesmo havendo desistência do “autor” da propositura do controle abstrato³⁹. Não obstante, precisa, no início, da provocação daqueles entes, não podendo instaurar o processo *ex officio*⁴⁰.

Esse dado processual não tem como conseqüência afastar a grande disputa havida em todo processo de controle de constitucionalidade entre aqueles que, só formalmente falando, não têm interesse processual em agir. O interesse processual em agir torna-se, por assim dizer, objetivo, vez em que o interesse processual legítimo é o interesse público no esclarecimento da constitucionalidade da norma⁴¹. Entretanto, o que ocorre muitas vezes é que a minoria política apela ao TCF para fazer valer sua pretensão política, revestindo-a de caráter constitucional. Do outro lado, a maioria política, que aprovou a nova lei, defende-a, normalmente, da mesma maneira e com o mesmo vigor que aqueles que a atacam. Ambas as partes procuram dar às suas argumentações conotação puramente jurídico-constitucional, o que é, em princípio, legítimo⁴².

Dentre as decisões mais importantes do TCF, encontram-se algumas provocadas pelo controle abstrato. Elas são relativamente poucas em termos quantitativos absolutos e principalmente relativos (percentual no total de decisões do TCF). Porém, a maioria das decisões prolatadas em sede de controle abstrato resolveu questões constitucionais fundamentais⁴³. Comparando-se as estatísticas, percebe-se por que o TCF tem condições

³⁸ Cf., entre outros, LÖWER (1987: 740 s.).

³⁹ BVerfGE 25, 308 (309); 77, 345; 87, 152. Cf. também: SCHLAICH / KORIOTH (2004: 93), pressuposto é tão somente que haja interesse público no prosseguimento do procedimento até a final decisão.

⁴⁰ Tudo para salvaguardar o caráter de tribunal do TCF, que, via de regra, opera com a observância dos princípios processuais internacionalmente reconhecidos.

⁴¹ Cf. BVerfGE 6, 104 (110); 96, 133 (137); 101, 1 (30) e SCHLAICH / KORIOTH (2004: 99). No Brasil, sobre o assunto, cf. a monografia tão abrangente quanto profunda de TAVARES (2004: 1 *et seq.*)

⁴² HILLGRUBER / COOS (2004: 18 e 188): “De resto é legal e legítimo, do ponto de vista constitucional, que uma minoria parlamentar que é fraca no processo legislativo parlamentar tente transformar a derrota política sofrida em Berlim em uma vitória jurídica em Karlsruhe” (respectivas sedes do Parlamento e do TCF).

⁴³ Lembre-se, entre outras, somente de BVerfGE 39, 1 (Decisão 23.), 69, 1 (*Kriegsdienstverweigerung*) – recusa de prestação do serviço militar; 73, 118 (Decisão 55.); 72, 330; 86, 148 e 101, 158 (*Länderfinanzausgleich I, II, III*) – sobre a constitucionalidade da lei de compensação financeira entre os Estados-membros e novamente BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II* - Decisão 24.) sobre a política criminal em torno do aborto

de se esmerar ao prolatar decisões fundamentais. Basta lembrar que entre 1951 e 2002 foram julgados apenas 89 processos de controle abstrato. No ano de 1998, foram apenas 2 julgamentos desse tipo. Nos anos seguintes foram propostos, respectivamente: 4, 0, 2 e 6 (ano 2002) controles abstratos⁴⁴. Assim, decisões fundamentais, como aquela que julgou inconstitucional a lei que, praticamente, acabava com a proteção do nascituro por intermédio da descriminalização do aborto, em 1979⁴⁵, puderam ser elaboradas com o rigor necessário de fundamentação, apesar das muitas críticas sofridas⁴⁶. Apesar da caracterização teórico-processual, segundo a qual não há contraditório no processo em pauta (na verdade não há a necessidade jurídico-formal de contraditório, sendo assegurada a possibilidade jurídico-material), podem-se resumir os principais atos processuais como segue:

- Petição inicial: cabe aos três órgãos supra citados (Governo Federal, governos estaduais, um terço da Câmara Federal).
- Oportunidade de manifestação dos órgãos da Câmara Federal (*Bundestag*), do Conselho Federal (*Bundesrat*) e do Governo Federal (*Bundesregierung*).
- Audiência e debates públicos com respectivas alegações finais.
- Decisão do Tribunal Constitucional Federal.

c) Processo de controle concreto de normas
(*konkretes Normenkontrollverfahren*)

aa) *Preliminarmente*, há de se esclarecer um problema terminológico relevante envolvendo o adjetivo “concreto”, adstrito ao procedimento do controle normativo a ser ora estudado:

O controle de constitucionalidade pode ser concreto ou abstrato. O controle abstrato independe de um caso particular, sobre o qual se deve decidir. Todavia, a procedência dessa dicotomia pode ser questionada⁴⁷, pois, tanto no controle abstrato quanto no concreto, está-se diante do controle da consonância de normas com a

⁴⁴ Dados extraídos de SCHLAICH / KORIOTH (2004: 58).

⁴⁵ BVerfGE 39, 1 (*Scwangerschaftsabbruch I*). Cf. também abaixo: **Decisão 23**.

⁴⁶ Uma boa síntese oferecem PIEROTH / SCHLINK (2003: 96).

⁴⁷ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 91, 102 *et seq.*).

Constituição. A dicotomia não se justifica pela substância ou conteúdo das categorias, mas pela *motivação do controle*. Com efeito, no controle concreto a motivação deriva da relevância do esclarecimento sobre a validade da norma – colocada em dúvida pelo juiz ou tribunal do feito em face de uma suposta inconstitucionalidade – para a decisão sobre o caso particular, de tal maneira que a solução do caso dependa da resposta vinculante do TCF quanto à validade da norma que está sendo aplicada. No controle abstrato, por sua vez, não está presente, ao contrário, uma tal motivação, mas somente a dúvida sobre a inconstitucionalidade da norma, suscitada por um dos órgãos estatais para tanto legitimados.

O controle concreto é, destarte, um controle normativo, ensejado pela aplicação de norma abstrata ao caso particular pelo juiz ou tribunal do feito, que a considera inconstitucional. Como o juiz só tem a obrigação e competência de realizar o exame de constitucionalidade (*Prüfungskompetenz*), mas não tem a competência de rejeitar ou deixar de aplicar a norma ainda não declarada inconstitucional, de maneira vinculante, pelo TCF (*Verwerfungskompetenz*), ele tem o dever de suspender o processo, com o fim de apresentar a questão ao TCF para que este decida, não sobre o caso, mas sobre a constitucionalidade da norma aplicanda. O TCF é exclusivamente competente para denegar aplicabilidade a uma norma vigente.

Fundamental é a questão da provocação judicial do controle: assim como no caso do controle abstrato de normas, está-se diante, e aqui até ainda mais claramente, de um controle objetivo, onde não há partes processuais, mas tão somente um juiz (ou tribunal) “apresentante” da questão constitucional a ser decidida pelo TCF. As partes processuais (do processo originário) não podem requerer diretamente que o juiz apresente a questão à corte constitucional, pois estas somente alegam a inconstitucionalidade de uma norma para convencer o juiz do feito sobre ela. Mas só e justamente o convencimento judicial (materialmente falando, ensejado ou não pelas partes processuais) representa uma das duas condições essenciais da admissibilidade desse procedimento junto ao TCF, como abaixo se verá. Contudo, se houver interesse processual de agir (possível violação de direito fundamental da parte), e se os demais pressupostos processuais estiverem presentes, dentre os quais principalmente o esgotamento das instâncias judiciais (princípio da subsidiariedade), a parte poderá promover uma Reclamação Constitucional depois da decisão final irrecurável, se a decisão final, ao aplicar a norma supostamente inconstitucional, atingir direito fundamental seu. Como, no entanto, o direito do juiz ou tribunal do feito, de apresentar a questão ao TCF (*Vorlagerecht*) corresponde ao seu

dever de apresentar (*Vorlagepflicht*), a parte poderá alegar, também depois de esgotadas as instâncias ordinárias, além da suposta violação de outro direito fundamental (violação originária que deveria ter levado o juiz a suspender o processo e apresentar a questão ao TCF), violação do seu direito fundamental ao “juiz natural” (Art. 101 I 2 GG), que, nesse caso, corresponderia ao TCF⁴⁸. A parte processual poderá, portanto, sempre argumentar que a lei está ferindo seu direito fundamental, e, destarte, que ela é inconstitucional. Não obstante, somente se o juiz se convencer apresentará a questão ao TCF. Ele o fará de maneira totalmente desvinculada ou independente da argumentação ou mesmo de requerimento (que também não é processualmente previsto) da parte processual interessada.

bb) Dentre os *pressupostos processuais* desse controle, iniciado pela apresentação judicial (*Richtervorlage*), destaque-se:

(1) *Legitimidade para apresentar o controle*: no que tange à legitimidade para apresentar o controle concreto de constitucionalidade, tem-se que a questão de constitucionalidade pode ser apresentada ao TCF por qualquer juiz ou tribunal, observado, neste último caso, o correspondente regimento interno. Qualquer decisão - ou seja, até mesmo as decisões interlocutórias - pode ensejar a apresentação. No entanto, face ao princípio da subsidiariedade, dificilmente são apresentadas e admitidas questões constitucionais cujos esclarecimentos pressupõem uma decisão interlocutória⁴⁹.

(2) No que tange ao *objeto da decisão*, há de se referir que só podem ser examinadas pelo TCF leis em sentido formal, incluindo as emendas constitucionais, que podem representar o chamado direito constitucional inconstitucional⁵⁰. Todas as demais espécies legislativas, sobretudo decretos e regulamentos, não podem ser objeto do controle concreto de constitucionalidade do Art. 100 I GG, pois não existe em face deles o monopólio de competência para a rejeição da norma em face da verificada inconstitucionalidade, como no caso da lei em sentido formal. Destarte, alcança-se o escopo da norma do Art. 100 I GG: evitar que a decisão do órgão constitucionalmente legitimado para a criação da regra geral e abstrata seja desrespeitada por órgãos do Poder Judiciário⁵¹: leis em sentido

⁴⁸ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁹ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 107), que faz referência, neste mister, a BVerfGE 63, 1 (21 s.).

⁵⁰ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 108), BENDA / KLEIN (2001: 334 *et seq.*).

⁵¹ Cf., por todos, SACHS (2004: 65 s.).

material (decretos, regulamentos, portarias etc.), enquanto espécies normativas de autoria do Poder Executivo, podem ser rejeitadas em face de sua inconstitucionalidade por qualquer juiz, sem que haja invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário. É da competência genuína do Judiciário controlar ilimitadamente os atos da Administração Pública e governamentais. O controle do Legislativo, ao contrário, encontra certos limites constitucionais, que visam a preservar o princípio da legitimação democrática da fixação de regras gerais.

Questão polêmica é a possibilidade de se controlar o direito da União Europeia pela via do controle concreto. Uma decisão do TCF de 29 de maio de 1974 abriu caminho para a possibilidade desse controle, justamente no momento da aplicação do direito europeu. O TCF contornou o óbice da não admissibilidade com uma argumentação capciosa. A argumentação do TCF na decisão “Solange I”⁵² é no sentido de que a aplicação do direito europeu e não o próprio, a ser feita por autoridade administrativa ou judicial alemã, deve ser submetida, em virtude do Art. 1 III GG (que vincula irrestritamente todos os órgãos dos 3 poderes estatais alemães), ao pleno controle do TCF pelo procedimento previsto no ora discutido Art. 100 I GG. Porém, na decisão de 26 de outubro de 1986 (“Solange II”) houve uma mudança dessa jurisprudência: “enquanto as Comunidades Europeias (EG), principalmente a jurisprudência do Tribunal Europeu (EuGH), garantirem em geral uma proteção eficaz dos direitos fundamentais em face do poder estatal comunitário, que seja, em sua essência, equivalente à proteção de direito fundamental indispensável ordenada pela *Grundgesetz*, principalmente assegurando em geral o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não mais se exercitará a jurisdição sobre a aplicabilidade do derivado direito comunitário (...) no território [da RFA]”⁵³. Ou seja, até nova orientação (até uma eventual verificação de que o Tribunal Europeu não cumpriria “em geral” os aludidos padrões de proteção, irrelevante seria portanto a

⁵² BVerfGE 37, 271 (283 *et seq.*). O nome da decisão não se deve ao prenome feminino próprio da língua portuguesa Solange, mas sim à conjunção em alemão *solange*, em português: enquanto.

⁵³ BVerfGE 73, 339 (387). Apesar da crítica de SCHLAICH / KORIOTH (2004: 109), segundo a qual a jurisprudência do TCF é claudicante nesse caso, a mudança de orientação tem sua lógica histórica ligada ao desenvolvimento das instituições estatais europeias nas últimas décadas: Em “*solange I*” a fórmula era em suma: enquanto na comunidade europeia não for garantida proteção suficiente, a aplicação do direito europeu por tribunais e órgãos alemães será controlada. Já, na segunda decisão, a conjunção introduz ao pensamento inverso: enquanto as instituições europeias garantirem proteção equivalente à proteção interna ordenada pela *Grundgesetz*, o Judiciário alemão “não exercita mais” sua jurisdição. A maior crítica foi feita, no entanto, a essa fórmula, que é um tanto ambígua: pode um tribunal abdicar de sua competência jurisdicional ou teria o TCF reconhecido que o direito europeu não pode ser controlado com base no parâmetro da *Grundgesetz*? Essa ambigüidade ecoa também na decisão sobre o Tratado de Fundação da União Europeia” – BVerfGE 89, 155 (*Maastrichter Vertrag*).

“falência concreta, isolada” da proteção), daí: “enquanto” esse não for o caso, não serão admitidos controles concretos que tenham por objeto o direito europeu.

cc) Quanto às *condições da proposição do controle concreto*, têm-se duas:

(1) *Convencimento judicial sobre a inconstitucionalidade da lei aplicanda*: o Art. 100 I 1 GG é bem claro ao mencionar a primeira condição da apresentação judicial para o controle concreto de constitucionalidade. O juiz deve estar “convencido” da inconstitucionalidade da norma aplicanda no caso onde deve prolatar sua sentença de mérito. Mera dúvida ou divergência de opiniões, ao contrário do que ocorre nos demais procedimentos de controle normativo, não bastam. Ele deve demonstrar esse convencimento em sua peça de apresentação (*Richtervorlage*); deve demonstrar também que uma interpretação conforme a Constituição⁵⁴ não é possível. Trata-se de um primeiro grande obstáculo existente no juízo de admissibilidade para a admissão do controle concreto, pois é muito grande o ônus de argumentação constitucional que o juiz deve enfrentar. Essa condição tem duas funções: evitar que, a pretexto de considerar uma norma constitucional, o juiz suspenda levemente o processo, adiando a prestação jurisdicional à qual as partes têm direito, e evitar a sobrecarga do TCF com apresentações judiciais pouco pontuais. Não basta que o juiz traga e fundamente sua mera “opinião”. Mais do que isso, a convicção deve restar clara a partir de uma argumentação embasada na ciência e dogmática do direito constitucional. Muitas apresentações judiciais já não são admitidas pelo TCF por não atenderem a essa condição⁵⁵. A essa condição liga-se também a necessidade do tribunal primeiro tentar uma interpretação conforme a Constituição⁵⁶; e

(2) *Relevância da decisão*: A segunda grande condição que deve ser atendida é a relevância que a constitucionalidade da norma deve ter para a decisão do caso particular.

⁵⁴ Interpretação pela qual, em havendo mais de uma interpretação possível, escolhe-se a que mais se coaduna com a *Grundgesetz* como um todo e com os seus parâmetros específicos, trazidos à pauta no respectivo exame. Sobre o papel dessa figura, como uma das variantes de decisão do TCF, cf. abaixo com amplas referências bibliográficas: IV. 2.

⁵⁵ Cf. entre muitas outras: BVerfGE 1, 184 (189); 16, 188 (189 s.); 22, 323 (378 s.) 68, 337 (344 s.); 80, 54 (58 s.). Além de não bastar a mera dúvida, o tribunal apresentante não pode se basear na convicção de tribunal a ele superior, a não ser que o tribunal superior (instância de revisão), tenha confirmado, no mesmo feito, a constitucionalidade da norma, tendo o tribunal apresentante (inferior no caso) recebido, depois de julgada a revisão, os autos de volta para nova decisão sobre a aplicação da norma, sobre a qual reside sua convicção de inconstitucionalidade (de apelação = *Berufungsinstanz*). Nesse caso, o convencimento do tribunal inferior é irrelevante. Cf. BENDA / KLEIN (2001: 348 s.).

⁵⁶ BVerfGE 85, 329 (333 s.); 96, 315 (324). Cético a respeito: BENDA / KLEIN (2001: 350).

O Art. 100 I 1 GG determina que deve se tratar de uma norma de cuja validade a decisão dependa, de tal sorte que a declaração da inconstitucionalidade da norma aplicanda implique em decisão diversa daquela que se firmaria no caso da confirmação da constitucionalidade da norma⁵⁷. Por exemplo, em uma ação onde a norma aplicanda tratar de requisitos de um direito público subjetivo à prestação estatal ou de uma pretensão jurídica de direito privado, contestados em face de uma norma constitucional como o direito fundamental à igualdade (“mandamento de igualdade” consagrado no Art. 3 I GG), seu julgamento como procedente ou improcedente dependerá do julgamento sobre a constitucionalidade dos requisitos fixados na norma questionada. A produção da prova antecede, assim, a apresentação. Nem sempre, porém, a relação entre a norma cuja constitucionalidade é questionada e o desfecho (procedência ou improcedência do pedido do autor, condenação ou absolvição do réu etc.) é tão transparente assim. É obrigação do juiz ou tribunal apresentante demonstrar a relevância apontada, a partir de um exame hipotético que parte da validade da norma que ele acredita ser inconstitucional, só para testar se, no caso de validade, ele chegaria a conclusão diversa daquela decorrente da invalidade da norma supostamente decisiva.

O TCF concretizou essa obrigação determinando que a peça apresentante deve deixar claros os motivos pelos quais a norma em pauta é relevante para a decisão final do processo⁵⁸. Como o juiz ou tribunal apresentante chegaria, no caso de confirmação pelo TCF da validade da norma, a uma conclusão contrária àquela a que teria chegado no caso de verificação de sua invalidade, fecha-se o ciclo de interdependência das duas condições, pois a verificação da invalidade corresponde materialmente à convicção já demonstrada pelo cumprimento da primeira condição. O mesmo escopo que tem a primeira condição (principalmente o de evitar o adiamento injustificado da decisão final sobre o feito)⁵⁹ é mais intensamente perseguido pelo cumprimento da condição em pauta.

Para precisar um pouco mais o exemplo já supra mencionado: um controle concreto irrelevante para a decisão do feito é aquele no qual, para a concessão do benefício (subvenção, por exemplo) o autor do processo inicial não preencha os requisitos da lei. Se a inconstitucionalidade não for relativa aos requisitos, *ainda que a norma seja*

⁵⁷ BVerfGE 7, 171 (173); 37, 328 (334); 65, 265 (277); 66, 1 (16); 74, 182 (193); 79, 240 (243 s.).

⁵⁸ BVerfGE 79, 240 (243 s.); 85, 337 (343 s.); 86, 71 (76); 92, 277 (312); 97, 49 (60) e 99, 300 (312 s.).

⁵⁹ Cf. a subsunção feita pelo TCF desse escopo, sob a condição da relevância do exame para a decisão do caso concreto em: BVerfGE 78, 165 (178).

inconstitucional por qualquer outro motivo, a decisão seria de inadmissibilidade do controle concreto. A inconstitucionalidade dos requisitos só poderá ser, em um tal caso, verificada em sede de controle abstrato. Às vezes, o TCF, por não reconhecer em parte a presença dessa condição da relevância para a decisão do feito, restringe ou até amplia a questão apresentada para adaptá-la ao sistema processual constitucional⁶⁰. Porém, o TCF sempre parte, pelo menos quando do exame de admissibilidade do controle concreto, da interpretação pelo tribunal apresentante da norma infraconstitucional e até da norma constitucional que serve de parâmetro, desde que a interpretação do tribunal apresentante não seja notoriamente absurda ou contrária à sua jurisprudência consolidada. Essa interpretação do tribunal apresentante será decisiva até o momento do julgamento do mérito do controle, quando o TCF então, de maneira totalmente autônoma, enfrenta a interpretação do dispositivo constitucional potencialmente violado e da norma infraconstitucional, sempre em face de sua conformidade com a *Grundgesetz* e não de sua interpretação ordinária ou aplicabilidade no processo originário, que são da competência exclusiva do tribunal apresentante.

dd) Quanto aos *efeitos da decisão*, destaque-se que o TCF decide, segundo os §§ 82 I c.c. 78 e 31 II BVerfGG, sobre a conformidade ou não com a Constituição da norma que foi objeto da apresentação judicial. Uma vez constatada a discordância ou a inconstitucionalidade, o TCF declara a norma em pauta nula ou desiste desta declaração, declarando-a, por exemplo, tão somente “não compatível com a *Grundgesetz*”⁶¹. Depois da decisão, o juízo ou tribunal apresentante retoma o processo original (principal), decidindo-o autonomamente⁶². Ele está vinculado à decisão do TCF somente no que tange à validade da norma. Se se tratar de um caso envolvendo violação do mandamento ou princípio de igualdade (*Gleichheitsgebot, Gleichheitssatz*) pelo legislador, o juiz pode novamente suspender o processo e aguardar a promulgação da nova regra pelo legislador.

⁶⁰ BVerfGE 49, 260 (269); 56, 1 (13); 57, 139 (152 s.); 91, 1 (26). Cf., a esse respeito, a polêmica em torno de BVerfGE 67, 26, que não admitiu a Apresentação Judicial, porque, no processo originário, a ação não poderia ter sido admitida em virtude de questões processuais muito complexas. Cf., com mais referências: SCHLAICH / KORIOTH (2004: 117 *et seq.*), que aqui tendencialmente concordam com o TCF e BENDA / KLEIN (2001: 358 s.), que neste mister aderem ao coro dos críticos.

⁶¹ Cf. a dogmática das “variantes de decisão”, exposta abaixo, sob IV. 2.

⁶² O TCF é competente exclusivamente para a decisão sobre a constitucionalidade da norma. O decisão do caso *sub judice*, por sua vez, é da competência exclusiva dos chamados tribunais instanciais (todos os demais, da Justiça comum ou especial).

d) Processos de verificação e da qualificação de normas
(*Normverifikationsverfahren / Normqualifikationsverfahren*)

Os processos de verificação e da qualificação normativa têm como escopo o esclarecimento da vigência, dos efeitos específicos e/ou da qualificação hierárquica de uma norma não escrita do direito internacional público (verificação) ou de uma norma pré-constitucional (qualificação). Ambos servem, portanto, ao princípio da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*). Fundamentam-se no típico elemento da dúvida, tão característico dos processos objetivos, a qual surge, em grande parte, assim como no controle concreto, a partir do julgamento de uma lide por um tribunal. Uma exceção é a possibilidade de órgãos constitucionais também (além, portanto, dos tribunais) proporem a introdução de um processo de qualificação, o que o aproxima do controle abstrato supra descrito.

aa) No primeiro caso do *processo de verificação normativa*, previsto pelo Art. 100 II GG c.c. § 13 I, n° 12 e §§ 83 s. BVerfGG, tem-se a regulamentação processual do que foi fixado pelo Art. 25 GG, segundo o qual “as regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis [ordinárias]⁶³ e produzem diretamente direitos e obrigações para os habitantes do território nacional”. Trata-se de regras complementares. Em termos gerais, caberá a proposição de verificação normativa (legitimado para tanto é qualquer tribunal), quando o julgamento de uma dada lide ou demais procedimentos da jurisdição voluntária (o processo em pauta tem, portanto, assim como o controle concreto, natureza incidental) pressupuser a clareza sobre: i) existência, ii) a generalidade ou universalidade e iii) o alcance e os efeitos imediatos da regra, clareza esta que deverá ser alcançada por intermédio do presente procedimento.

i) Quanto à verificação da existência, ressalte-se, preliminarmente, que se trata de regra não escrita do direito internacional ou direito dos povos (*Völkerrecht*), e, assim, mais precisamente de direito consuetudinário internacional (*Völkergewohnheitsrecht*). O direito dos tratados internacionais entre Estados soberanos (*Völkervertragsrecht*) não pode,

⁶³ Embora ainda não tenham o status de norma constitucional, mas se localizam, na hierarquia das leis, entre a *Grundgesetz* e as leis ordinárias.

portanto, ser objeto desse processo de verificação normativa, devendo os próprios tribunais aplicá-lo a partir de sua transformação em direito interno pela Lei de ratificação (*Zustimmungsgesetz*), prevista pelo Art. 59 II GG. Em havendo concorrência, ou seja, em sendo a mesma matéria disciplinada tanto por direito consuetudinário internacional quanto por direito internacional, aplica-se o direito do tratado, por ser *lex specialis* em relação àquele, com a consequência de que, em sendo esse o caso, faltará objeto ao processo de verificação.

ii) A generalidade e universalidade referem-se à aceitação universal da regra objeto da verificação, o que normalmente suscita os maiores problemas. A aceitação não precisa se dar sequer por parte da República Federal da Alemanha, mas por expressiva maioria dos Estados⁶⁴, pois o Art. 25 GG e seu pendante processual do Art. 100 II GG visam assegurar que a República Federal cumpra suas obrigações internacionais, objetivamente existentes. Trata-se, em última instância, de um controle de constitucionalidade de atos da chefia de Estado (ou seja, de atos da Presidência Federal, no sistema parlamentarista alemão).

iii) Finalmente, a verificação do alcance e efeitos imediatos liga-se ao pressuposto da relevância da decisão sobre o pedido de verificação para o julgamento do processo originário. Uma vez que a existência da regra não escrita dificilmente poderá ter seu conteúdo (alcance, efeitos) nitidamente definido, esse estágio do exame refere-se, com certeza, ao exame do pressuposto de admissibilidade da relevância, que se dá de maneira semelhante ao controle concreto, embora não explicitamente exigido no Art. 100 II GG. Entretanto, aqui, ao contrário do que ocorre com o controle concreto normativo, basta a dúvida objetiva, que não precisa ser sequer do tribunal ou juízo apresentante, não sendo necessária sua convicção, como ocorre no controle concreto⁶⁵.

Sobre o conteúdo e efeitos da decisão do TCF prolatada no julgamento de um processo de verificação normativa, podem-se resumidamente apontar os seguintes aspectos:

O TCF verifica no dispositivo da decisão, segundo ordem explícita do § 83 I BVerfGG, *tão somente* se a regra geral internacional em pauta existe, se ela é parte integrante do direito federal alemão e se ela produz imediatamente direitos e obrigações para o indivíduo. É defeso ao TCF conformar mais detalhadamente a regra, fazendo as vezes de legislador. Esta decisão também gozará, em primeira linha⁶⁶, do efeito do Art. 31 I GG,

⁶⁴ BENDA / KLEIN (2001: 391 s.).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 394 *et seq.*

⁶⁶ SACHS (2004: 84).

o que significa que o tribunal ou juízo apresentante deverá decidir o processo originário com base na regra verificada. Ela encerra também o efeito de força de lei do Art. 31 II GG, vinculando todos, inclusive os órgãos constitucionais, entre eles o mais interessado: o Governo Federal.

bb) O *processo de qualificação normativa* tem por escopo o esclarecimento vinculante da questão de se saber se o direito vigente antes da promulgação da *Grundgesetz*, o assim chamado *Reichsrecht*, teria se tornado direito federal, sendo que, em se respondendo negativamente, o direito do antigo Reich seria classificado, então, como direito estadual. Seu lastro constitucional é o Art. 126 GG. Todavia, esse dispositivo constitucional determina, de maneira muito imprecisa, que sobre “diferenças de opinião a respeito da continuação da vigência de direito, enquanto direito federal, decide o Tribunal Constitucional Federal”. O sentido prático do processo é, portanto, determinar a abrangência (regional ou federal) do direito recepcionado pela *Grundgesetz*, o que traz evidentes conseqüências para a delimitação da competência legislativa dos respectivos Estados-membros eventualmente envolvidos. Como a *Grundgesetz* já completou 56 anos de vigência (a 23 de maio de 2005), o percentual de tais normas é bastante reduzido, daí a pouca incidência de julgamentos prolatados pelo TCF em um processo de qualificação normativa. O Contrato da Reunificação Alemã (*Einigungsvertrag*) ensejou uma grande discussão da literatura especializada sobre se o direito vigente na antiga República Democrática Alemã (DDR) poderia ser objeto de uma tal qualificação⁶⁷.

O processo de qualificação normativa (*Normqualifikationsverfahren*, chamada todavia por BENDA e KLEIN, que são os autores que até aqui mais se ocuparam desta matéria, de *Normqualifizierungsverfahren*) não serve para determinar se o direito vigente antes de 1949 (e, no caso polêmico do direito da antiga DDR, antes de 1990) continua vigente em face de uma possível revogação ou inconstitucionalidade. Em síntese, o processo serve tão somente à qualificação e não ao controle.

Em face do já mencionado caráter bastante vago do Art. 126 GG, restou ao legislador ordinário a tarefa de tornar essa competência do TCF “jurisdicionável”

⁶⁷ BENDA / KLEIN (2001: 377).

(*justiziabel*) , ou seja, passível de ser decidida judicialmente. O procedimento e os pressupostos de admissibilidade foram disciplinados pelos § 13, nº 14, §§ 86 – 89 BVerfGG. O § 86 BVerfGG previu dois procedimentos diversos: um introduzido por apresentação judicial (§ 86 II BVerfGG) e outro a partir do pedido de um órgão constitucional. Enquanto a primeira variante do processo tem um procedimento que se aproxima do controle concreto, a segunda aproxima-se do controle abstrato.

Outra diferença sensível do presente processo de qualificação normativa, segundo o § 86 II BVerfGG, ou seja, por apresentação judicial, é que o termo “lei”, que aparece no dispositivo, se refere a qualquer tipo de lei (também em sentido material), incluindo, portanto, regulamentos e decretos. Segundo a opinião dominante⁶⁸, a única limitação se dá em relação ao tempo da vigência da lei e não ao seu grau hierárquico. O fundamento apresentado é que uma interpretação literal do termo lei (lei formal) representaria uma restrição que não encontra respaldo, nem no Art. 126 GG, nem na interdependência entre os dois parágrafos do § 86 BVerfGG, que foi promulgado para conformar aquele dispositivo constitucional no plano legal. Por isso, uma interpretação conforme a Constituição aponta para uma proximidade maior entre o que acontece nesse procedimento e o que acontece com o possível objeto do controle abstrato (qualquer lei, inclusive lei material), e não com o objeto do controle concreto (restrito à lei formal).

Dentre os demais pressupostos do procedimento iniciado por *apresentação judicial*, destaque-se⁶⁹:

- i) Assim como no controle concreto do Art. 100 I GG, aqui também qualquer tribunal ou juízo de primeira instância é legitimado a apresentar a questão da qualificação normativa ao TCF;
- ii) A questão tem que ser polêmica, assim como no caso do processo de verificação normativa, o que decorre da mera dúvida sobre a vigência do próprio órgão jurisdicional ou do fato de sua opinião destoar frontalmente de uma outra opinião seriamente defendida na literatura ou jurisprudência⁷⁰;
- iii) A questão tem que ser relevante para o julgamento do processo originário.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 379. Opinião contrária defende: PESTALOZZA (1991: 233).

⁶⁹ Cf. a síntese em FLEURY (2004: 218).

⁷⁰ Pressuposto de admissibilidade muito menos rígido que a “convicção própria” exigida pelo procedimento do controle concreto. Cf. a exposição bastante pormenorizada de PESTALOZZA (1991: 231 *et seq.*).

Dentre os demais pressupostos do procedimento iniciado por petição inicial, subscrita por *órgão constitucional*, destaque-se:

- i) Legitimados são os seguintes órgãos constitucionais: Câmara de Deputados, Conselho (Senado) Federal, Governo Federal e os governos estaduais;
- ii) A questão tem que ser polêmica, semelhantemente ao que ocorre no controle abstrato;
- iii) A questão deve ser relevante para a decisão a ser tomada pelo órgão do Poder Executivo, ou seja, não vale para o caso de a Câmara ter apresentado o pedido de qualificação⁷¹.

O procedimento desenvolve-se, então, como segue: preliminarmente, o TCF esclarece se a norma ainda tem vigência a partir de qualquer parâmetro que seja hierarquicamente superior à norma qualificanda. Vencida essa etapa, o TCF declara a “qualidade” da norma como federal ou não. Problemas ocorrem, todavia, quando o TCF verifica, preliminarmente, que a norma não é mais vigente, declarando-a nula: embora um pré-exame seja necessário e segundo o TCF⁷² até obrigatório, não pode haver transmutação para um controle abstrato, pois o § 89 BVerfGG o veda⁷³. Essa transmutação corromperia também o sistema processual constitucional.

A decisão tem os mesmos efeitos dos demais processos prescritos no Art. 31 GG, em seus dois parágrafos.

- e) Procedimento da Reclamação Constitucional
(*Verfassungsbeschwerde*)
 - aa) Papel e alcance da Reclamação Constitucional

A Reclamação Constitucional é uma ação extraordinária. Dela pode se valer qualquer pessoa submetida ao poder público alemão para suspender medida estatal que represente uma violação de direito fundamental do qual seja titular. Competente originário e exclusivo para o julgamento da Reclamação Constitucional é, assim como no caso do controle objetivo de normas, o TCF.

⁷¹ Cf. FLEURY (2004: 218) e BENDA / KLEIN (2001: 380 s.).

⁷² BVerfGE 28, 119 (139).

⁷³ Cf. BENDA / KLEIN (2001: 384).

Enquanto ação extraordinária, a Reclamação Constitucional não se apresenta como um recurso⁷⁴ processual a mais, previsto pela jurisdição processual constitucional, tal qual ocorre com o Recurso Extraordinário brasileiro, próprio do seu sistema difuso de controle de constitucionalidade. Não se trata, portanto, de complemento extraordinário ao sistema processual ordinário de recursos, mas de ação constitucional específica, de instância única e subsidiária.

A equiparação da Reclamação Constitucional, prevista no § 90 I BVerfGG, ao Recurso Extraordinário previsto pelo Art. 102, III da Constituição da República Federativa do Brasil é improcedente também pelos seguintes motivos: o Recurso Extraordinário brasileiro está inserido, a despeito do qualificativo “extraordinário”, na sistemática recursal brasileira, sendo que seu principal pressuposto objetivo é a sucumbência, entendida como tal a frustração total ou relativa de uma expectativa da parte em relação à prestação jurisdicional. Trata-se, portanto, de uma desvantagem processual que encontra respaldo em alegada inconstitucionalidade da decisão do tribunal *a quo*. Basta pensar na possibilidade do recorrente ser órgão estatal (órgão do Ministério Público) que faz valer sua pretensão processual do provimento de um recurso que, com base em suposta inconstitucionalidade da decisão do tribunal *a quo*, persegue, entre outros, a imposição do cumprimento de uma regra de competência, imposição de pena no processo penal ou mesmo interesses públicos, difusos ou coletivos, cujas imposições em tese se chocam contra os direitos de liberdade assegurados por grande parte dos direitos fundamentais. Assim, o Recurso Extraordinário até serve ao controle de constitucionalidade de decisões judiciais, mas não pressupõe uma “violação de direito fundamental”, mas tão somente a sucumbência (além do chamado pré-questionamento). A Reclamação Constitucional do § 90 I BVerfGG, pelo contrário, jamais poderia ser “proposta” por órgão do Poder Público, no uso de suas atribuições e competências.

bb) Pressupostos, condições e procedimento de admissão (Annahmeverfahren)

(1) *Legitimidade processual ativa*: o § 90 I BVerfGG determina que “qualquer pessoa” pode propor a Reclamação Constitucional. Como esta tem por conteúdo a argüição de violação de direitos fundamentais, pressupõe-se, tão somente, que a legitimidade processual ativa seja restrita àqueles que podem ser titulares do direito

⁷⁴ Daí ser incorreta a comumente utilizada tradução para o português como “recurso constitucional”.

fundamental específico cuja violação se afirma. Existem direitos fundamentais que não se restringem a nenhuma categoria de pessoas (exemplo: liberdade de expressão do pensamento do Art. 5 I 1 GG) e direitos fundamentais restritos aos cidadãos alemães, como, entre poucos outros, a liberdade de reunião (Art. 8 I GG)⁷⁵. Neste último caso, a legitimidade ativa está restrita ao cidadão alemão. Pessoas jurídicas de direito privado podem propor Reclamação Constitucional, se a condição de titularidade do direito fundamental material prevista no Art. 19 III GG- segundo a qual “os direitos fundamentais valem também para pessoas jurídicas nacionais, quando eles, em face de sua natureza, puderem ser aplicados a tais pessoas (artificiais)”- estiver presente. Decisivo é que as ações ou comportamentos tutelados pelo direito fundamental também possam ser exercidos pela própria pessoa jurídica, de forma independente do exercício pelas pessoas dos sócios⁷⁶. Por exemplo: a liberdade de imprensa pode ser exercida por uma sociedade civil Ltda. que edite um jornal; liberdades como inviolabilidade do domicílio, direito à vida ou liberdade de consciência e de crença são, pelo contrário, direitos fundamentais de natureza pessoal, característica restrita à pessoa física, não podendo ser exercidos por pessoas artificiais, como são as pessoas jurídicas.

Por fim, pessoas jurídicas de direito público não podem propor a Reclamação Constitucional, salvo se a violação argüida for relativa a direito fundamental, cuja área de proteção específica implique numa relação sistemática com a pessoa jurídica de direito público em pauta, ou como o TCF formula: quando elas “defenderem direitos fundamentais em uma área nas qual elas são [devem ser] independentes do Estado”. Nesse caso, elas pertenceriam “diretamente ao âmbito da vida protegido pelos direitos fundamentais⁷⁷. É o caso da universidade pública, que pode argüir a violação da liberdade científica ou a empresa pública de radiodifusão e televisão, que podem se valer da liberdade de comunicação social⁷⁸.

⁷⁵ São direitos fundamentais, cuja titularidade a *Grundgesetz* reservou a cidadão alemão, além da mencionada liberdade de reunião, a liberdade profissional do Art. 12 I GG, a liberdade de associação geral e da criação de associações trabalhistas do Art. 9 I e III GG e a liberdade de locomoção do Art. 11 GG. Todos os demais direitos fundamentais foram outorgados igualmente a todos os submetidos ao poder estatal alemão, incluindo, portanto, também os estrangeiros, ainda que não domiciliados ou residentes na RFA.

⁷⁶ Cf. JARASS / PIEROTH (1997: 386 s.).

⁷⁷ Cf. BVerfGE 31, 314 (322) [abaixo: **Decisão 98**]; 39, 302 (314) e 61, 82 (103).

⁷⁸ SCHLAICH (2004: 132). Cf., com maiores referências bibliográficas e jurisprudenciais, incluindo da opinião discordante: PIEROTH / SCHLINK (2003: 39 s.).

(2) *Capacidade processual*: A capacidade processual, ou seja, a capacidade de promover a reclamação e demais atos processuais, constituindo ou não um mandatário (não há obrigatoriedade), ou seja, sem a necessidade de um tutor, curador ou assistente, não é disciplinada legalmente. Sua verificação dependerá exclusivamente do julgamento do grau de amadurecimento ou sanidade mental do impetrante (*Grundrechtsmündigkeit*). Assim, também menores podem propor uma Reclamação Constitucional, quando, por exemplo, houver uma violação, em tese, de um direito fundamental exercido concretamente pelo próprio menor. Como exemplo por excelência, cite-se o caso de crianças e adolescentes que componham e editem um jornal escolar. Eles podem argüir uma possível violação de seu direito fundamental à liberdade de imprensa.

(3) *Objeto*: Objeto da Reclamação Constitucional pode ser qualquer ato do poder público alemão, de qualquer dos três poderes, que viole um direito fundamental. Há uma correspondência com a definição constitucional do vínculo dos três poderes aos direitos fundamentais, tal qual previsto pelo Art. 1 III GG. A maior parte das Reclamações Constitucionais ataca decisões judiciais (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), mas uma Reclamação Constitucional pode, sob determinadas condições, atacar também a norma abstrata que infrinja diretamente, i.e., sem a necessidade de ato administrativo executório, um direito fundamental (*Rechtsatzverfassungsbeschwerde*). Não somente as ações, mas também as omissões estatais podem ser questionadas por meio da Reclamação Constitucional.

(4) *Condições da Reclamação Constitucional*: O § 90 I BVerfGG determina que a Reclamação Constitucional só se admite quando o reclamante argüir a violação de um de seus direitos fundamentais. Esta norma encerra, segundo a jurisprudência do TCF, algumas condições fundamentais. Segundo uma de suas decisões, “a admissibilidade de Reclamações Constitucionais pressupõe a afirmação do reclamante, da qual se depreenda que um de seus direitos fundamentais está sendo violado por ato do poder público. Isto significa que o ato do poder público tem que ser apto a atingir uma posição jurídica de direito fundamental, própria do reclamante, de maneira direta e atual”⁷⁹.

i) A primeira condição, segundo a definição do TCF, de natureza objetiva, refere-se à *possibilidade da violação* de direito fundamental. A possibilidade não deve poder ser excluída de plano, *ab initio*. Deve-se poder depreender das alegações feitas na peça da Reclamação Constitucional que, pelo menos em tese, uma violação de direito fundamental

⁷⁹ BVerfGE 53, 30 (48). Cf. abaixo, *Decisão 27*.

possa ter ocorrido. Assim, faz-se um exame preliminar, perscrutando se pode ter ocorrido uma intervenção estatal em uma área de proteção de direito fundamental. Essa possibilidade não está presente, por exemplo, naqueles casos onde se afirma violada a liberdade de reunião de pessoas armadas, vez em que, contra intervenções estatais nestas reuniões, o Art. 8 I GG não oferece um direito público subjetivo de resistência (*Abwehrrecht*)⁸⁰.

ii) Além da possibilidade de violação, que deve ser constatada a priori, o *prejuízo* à liberdade, decorrente da violação argüida, deve ser *próprio, atual e direto*. O pré-requisito “próprio” refere-se ao fato da reclamação só poder ser utilizada para a defesa de direito fundamental por seu titular. Com isso, a reclamação se diferencia claramente de uma ação popular. O pré-requisito “atual” diz respeito à necessidade do ato *já* ou *ainda* estar violando direito fundamental do reclamante. Finalmente, o pré-requisito “direto” não estará presente sempre que não for o ato atacado em si, no caso uma norma abstrata, que viola diretamente o direito fundamental do reclamante, mas o ato administrativo executante da norma atacada. Por isso, dificilmente o reclamante terá o seu direito fundamental atingido diretamente pela norma promulgada pelo legislador⁸¹. Ele poderá sê-lo, então, depois, no momento da execução, pelo ato administrativo. Como um tal ato administrativo pode ser atacado pela via jurisdicional ordinária, o TCF não tem admitido Reclamações Constitucionais contra eles.

iii) Além desses dois pré-requisitos preliminares, deve haver *necessidade da proteção*: a necessidade da proteção, enquanto condição da reclamação, estará presente quando verificado o esgotamento da possibilidade de proteção ordinária, observando-se o princípio da subsidiariedade da tutela jurisdicional constitucional. O § 90 II 1 BVerfGG c.c. Art. 94 II 2 GG exige o esgotamento das instâncias ordinárias para a admissão de uma Reclamação Constitucional, se aquelas forem previstas pela legislação ordinária⁸². Já a tutela jurisdicional pode ser pretendida perante a Administração. Também a possibilidade de se ajuizar uma ação rescisória faz com que o pré-requisito do esgotamento das instâncias ordinárias não esteja presente. Em suma: o reclamante deve se valer de todas as possibilidades processuais para o afastamento da violação afirmada. Além de não poder

⁸⁰ Chamado pelos autores brasileiros que recepcionaram o conceito de *Abwehrrecht* de “direito de defesa”.

⁸¹ Mas caso o seja, o reclamante poderá se valer da Reclamação Constitucional contra ato normativo (*Rechtssatzverfassungsbeschwerde*), sensivelmente mais rara que a Reclamação Constitucional contra decisão judicial (*Urteilsverfassungsbeschwerde*).

⁸² BVerfGE 59, 63 (82 s.); 63, 77 (78); 68, 376 (379 s.).

ter perdido nenhuma oportunidade de recorrer de, ou agravar, uma decisão interlocutória, o reclamante deve ter promovido processos nos quais ele, em tese, poderia ter afastado o ato violador por outros motivos que não os constitucionais⁸³. É o caso de uma regra que preveja exceções: o reclamante deve ter tentado fazer valer em juízo as exceções, ainda que a regra fira seu direito fundamental. Também em decisões prolatadas no âmbito do processo cautelar de procedimento sumário, pode-se alcançar a sucumbência específica, que significa o esgotamento das instâncias ordinárias, exigido como condição de admissibilidade da Reclamação Constitucional.

iv) O *princípio da subsidiariedade* representa mais um óbice que se liga à condição do esgotamento das instâncias ordinárias. A subsidiariedade se refere às possibilidades extras de resistência ao ato do poder público sem a atuação do TCF, como procurar se valer, no âmbito de um processo penal, de outros possíveis meios processuais (processuais civis, por exemplo), com os quais o reclamante se livre de malefícios provocados pela violação, que poderia, assim, pela via indireta, ser evitada⁸⁴.

Paralelamente a essa necessidade do esgotamento da via jurisdicional e ao princípio da subsidiariedade em sentido estrito, existe a possibilidade, prevista no § 90 II 2 BVerfGG, de o TCF decidir sobre uma Reclamação Constitucional antes mesmo de esgotadas as instâncias ordinárias. Segundo o teor desse dispositivo, o TCF poderá decidir, antes de esgotadas as instâncias ordinárias, se: 1º) a reclamação tiver significado geral⁸⁵ ou, se 2º) o reclamante estiver correndo risco de sofrer um prejuízo grande e irremediável se, antes, tiver que procurar a tutela jurisdicional ordinária⁸⁶.

v) *Forma e Prazo*: A Reclamação Constitucional deve ser apresentada na forma escrita e fundamentada. Na fundamentação, há de se demonstrar qual ato do poder público viola qual direito fundamental. A peça deve ser instruída com documentos

⁸³ Não obstante toda essa aparente rigidez, a menção a prazos não pode levar ao equívoco de que qualquer preclusão processual possa provocar a impossibilidade de um ato do poder público que viole direito fundamental, não ser mais afastado ao cabo de uma Reclamação Constitucional julgada procedente pelo TCF. A tempestividade formal da prática do ato processual tem que ser dele esperável ou exigível (*zumutbar*), também e justamente do ponto de vista material. Ele deve, por exemplo, em face de prazos processuais perdidos por motivo não culpável, requerer o “restabelecimento do status processual anterior” (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*). A possibilidade desse requerimento significa, no entanto, que a propositura da Reclamação deve esperar um eventual indeferimento. Cf. a respeito BVerfGE 77, 275.

⁸⁴ PIEROTH / SCHLINK (2003: 299 s.)

⁸⁵ Cf. BVerfGE 91, 93 (106).

⁸⁶ Cf. BVerfGE 9, 120 (121 *et seq.*). A presença desse tipo de prejuízo ou ônus sofrido pelo titular do direito (*schwerer Nachteil*) não pode ser, segundo o julgado citado, definida abstratamente, “mas se orienta pelas circunstâncias do caso concreto”.

comprobatórios. Não há a necessidade de representação advocatícia. O prazo para propor a Reclamação Constitucional contra decisão judicial é de um mês. No caso mais raro da reclamação contra ato normativo, o prazo é de 1 ano.

(5) *Juízo prévio de admissibilidade (Annahmeverfahren)*: Além do esgotamento da possibilidade de tutela jurisdicional ordinária, o Art. 94 II 2 GG determina que “uma lei ordinária pode prescrever um processo de admissibilidade para as Reclamações Constitucionais”. Esta autorização constitucional foi concretizada pelo § 93a BVerfGG, que determina as hipóteses nas quais o TCF tem a obrigação de admitir a Reclamação Constitucional. A reclamação não poderá ser rejeitada quando:

- 1°) a ela se ligar um significado constitucional e
- 2°) quando for necessária para a imposição dos direitos fundamentais.

Essas duas condições que fundamentam a obrigação de admissão da Reclamação Constitucional mostram que, além da função subjetiva da defesa de direitos individuais, consubstanciada na segunda hipótese supra, a Reclamação Constitucional exerce também um papel de provocador da defesa do direito constitucional objetivo, tal qual o fazem os processos de controle normativo abstrato e concreto acima estudados. Essa posição tem ensejado, como já supra aludido, críticas por parte de autores⁸⁷ que não desejam ver a reclamação sendo instrumentalizada para servir ao controle objetivo da constitucionalidade, em detrimento de sua função primordial de assegurar proteção às posições jurídicas individuais garantidas pela Constituição.

Todavia, trata-se de procedimento que visa aliviar a carga do TCF, vez em que as Reclamações Constitucionais representam a grande maioria do número de processos julgados por ele. Não obstante, não se trata de concessão de poder discricionário àquela corte, tal qual ocorre com a liberdade que tem a *Supreme Court* norte-americana, que pode livremente escolher os casos que julgará (*self restraint*)⁸⁸. Mesmo que a condição “importância objetiva do caso para a construção do direito constitucional objetivo” - tarefa que, de resto, num sistema concentrado de controle é da competência e responsabilidade exclusivas da corte constitucional - não esteja presente, se,

⁸⁷ SCHLINK (1984: 92 s.).

⁸⁸ Cf. a respeito BRUGGER (1987).

por exemplo, o TCF já tiver decidido anteriormente questão muito semelhante ou até idêntica, ele não pode deixar de admitir e decidir reclamação que afirme, de maneira substancial, uma violação que provoque grandes e/ou irremediáveis prejuízos ao reclamante. A esse aspecto se liga um dos dois requisitos do rompimento da necessidade do esgotamento da via jurisdicional ordinária estudados acima.

cc) Problema da delimitação da extensão da competência do TCF no julgamento de Reclamações Constitucionais contra decisão judicial (Urteilsverfassungsbeschwerde)

O TCF tem seu âmbito de competência limitado pela fórmula do assim chamado “direito constitucional específico” (*spezifisches Verfassungsrecht*). Segundo esse critério, o TCF não avalia se as decisões judiciais estão corretas em face do direito infraconstitucional. Segundo a jurisprudência do próprio TCF, ele controla apenas se a decisão judicial não viola direito constitucional específico, na medida em que procura verificar se o juízo ou tribunal, no momento da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, não fere o direito constitucional, sobretudo a proibição de arbítrio, derivada da garantia do direito fundamental à igualdade (Art. 3 I GG). O TCF poderia, em suma, “somente agir corretivamente quando a conclusão da interpretação pelo órgão jurisdicional ordinário ultrapassar os limites fixados pela *Grundgesetz*”⁸⁹.

Trata-se, neste ponto, da controversa questão da delimitação da competência do Tribunal Constitucional Federal em face dos tribunais ordinários (o TCF não é um órgão jurisdicional de super-revisão, no sentido de não se ocupar com a correção da aplicação do direito infraconstitucional)⁹⁰. Observe-se que a questão de direito material, relativa ao alcance ou influência do direito constitucional no direito infraconstitucional, é que suscitou tais problemas. Além disso, graças ao princípio da legalidade de atos do poder público, poder-se-ia alegar que qualquer erro de aplicação do direito infraconstitucional fere a Constituição. Toda ilegalidade de atos do poder público é de fato uma inconstitucionalidade, ainda que indireta. Todavia, afastar essa

⁸⁹ BVerfGE 65, 317 (322).

⁹⁰ A Revisão é, na sistemática alemã de recursos e instâncias, um recurso que se ocupa exclusivamente de questões jurídicas, movido perante um tribunal, que funciona como 3ª instância, ou seja, uma instância acima daquela que julga o recurso de *Berufung*, similar ao de apelação do sistema processual brasileiro.

inconstitucionalidade indireta é da competência exclusiva dos tribunais ordinários, em última instância dos tribunais superiores federais. Para a solução do problema, ou seja, para a concretização ou definição do direito constitucional específico, a literatura especializada⁹¹ tem sustentado que ele seria violado por decisão judicial quando, na decisão atacada:

- 1°) A norma constitucional fora totalmente ignorada, ou
- 2°) A norma constitucional fora erroneamente interpretada e aplicada.

Em relação aos direitos fundamentais, a decisão errada poderia partir da falsa compreensão da área de proteção⁹² ou de uma falsa justificação da intervenção estatal nela⁹³. Tirando-se esses casos, o TCF não tem admitido ou reformado sentenças dos tribunais superiores, ainda que essas sejam, eventualmente, ilegais.

A fórmula para se distinguir a ilegalidade da inconstitucionalidade tem sido tentada por vários autores. Uma das mais clássicas é no sentido de se verificar inconstitucionalidade em sentido estrito, somente “quando a decisão atacada determinar uma consequência jurídica que o legislador ordinário não pudesse promulgar como norma”⁹⁴. Assim, quando um funcionário público, por exemplo, sofreu uma sanção disciplinar porque fazia proselitismo para uma seita no seu tempo livre, julgou-se esta sanção como inconstitucional em função da fórmula citada: neste caso estaria presente uma violação de direito constitucional específico⁹⁵, porque uma lei que proibisse a propaganda religiosa por funcionário público estaria se chocando contra a liberdade de consciência e de crença.

Além deste critério, o direito constitucional específico (e não o mero direito infraconstitucional!) pode estar sendo violado no caso do desenvolvimento de figuras jurisprudenciais que desconsiderem o vínculo do juiz à lei, no caso de decisões judiciais claramente arbitrárias. Nestes casos, poder-se-ia verificar uma violação específica do Art. 3 I GG (igualdade) e do direito fundamental à “audiência judicial” ou contraditório do Art. 103 I GG. Por fim, em casos envolvendo possível grande intensidade⁹⁶ da intervenção estatal em direito fundamental, o TCF tem ampliado a sua competência de revisão das

⁹¹ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 304 *et seq.*).

⁹² Sobre a correta compreensão desta figura dogmática, abaixo, sob III. 2.

⁹³ Sobre esses conceitos, cf. com mais precisão: MARTINS (2003: 15 *et seq.*)

⁹⁴ Cf. SCHUMANN (1963: 207).

⁹⁵ Nestes termos, a decisão do Tribunal Administrativo Federal, publicada em BVerwGE 30, 19.

⁹⁶ Cf. a respeito em geral: SCHERZBERG (1989: 285).

decisões das instâncias ordinárias. É o que ocorre sobretudo com o julgamento de Reclamações Constitucionais nas quais se afirme violação do direito à liberdade de expressão do pensamento por decisões judiciais que, ignorando a eficácia horizontal⁹⁷ do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG, tenham chegado à aplicação da pena prevista para o crime de injúria.

f) Processo contencioso entre órgãos constitucionais
(*Organstreitverfahren*)

Na sistematização dos processos da competência do TCF feita por BENDA e KLEIN⁹⁸, os procedimentos a serem agora apresentados seriam contenciosos, em contraposição aos demais, que seriam todos mais ou menos objetivos. Porém, esse mesmo autor lembra, ao tratar do propósito do processo contencioso entre órgãos constitucionais, que, a despeito de o Art. 93 I, n° 1 GG falar em “litígios sobre a extensão de direitos e obrigações de um órgão superior federal ...”, não se trata de uma lide comum, firmada sobre “direitos subjetivos”. De fato, direitos subjetivos são caracterizados por sua disponibilidade e dispensabilidade. Os direitos e obrigações de que trata o Art. 93 I, n° 1 GG são, por sua vez, na realidade, competências estatais das quais seus titulares não dispõem, como um titular de um direito civil. Trata-se, portanto, de uma construção técnico-processual subjetiva (objeto processual definido subjetivamente) para o atendimento de um propósito processual objetivo. Por trás deste estaria a busca do “tornar jurídicos” conflitos constitucionais, solucionar conflitos entre as forças políticas que lideram o Estado sem o uso de instrumentos puros de poder⁹⁹. Assim, como alternativa à imposição da força do mais forte, o contencioso orgânico cumpre ao mesmo tempo a função de proteger a minoria política. Por fim, a própria Constituição resta protegida.

Dentre os pressupostos processuais e materiais para propor o contencioso orgânico, previsto pelo Art. 93 I, n° 1 c.c. § 13, n° 5 e §§ 63 – 67 BVerfGG, destaque-se:

⁹⁷ Em geral sobre a eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, incluindo sua recepção pelo direito constitucional brasileiro, cf. MARTINS (2004: 89 *et seq.*) e SARLET (2005: 371 *et seq.*)

⁹⁸ In: BENDA / KLEIN (2001: 145 s.).

⁹⁹ SACHS (2004: 89).

- i) *Legitimado a propor o processo contencioso* é um órgão constitucional federal (Presidente Federal, a Câmara Federal, o Conselho [Senado] Federal e o Governo Federal). A legitimidade passiva pode ter esses mesmos órgãos. A lista é taxativa, porque o § 63 BVerfGG dispõe que “somente” esses órgãos podem figurar no pólo ativo (*Antragsteller*) e no pólo passivo (*Antragsgegner*) da relação processual em pauta. Porém, o Art. 93 I, n° 2 GG, o permissivo constitucional, não é, segundo seu teor, tão restritivo, pois fala em “órgãos federais supremos” (*Oberste Bundesorgane*), conceito esse que não fora melhor definido pela própria *Grundgesetz*. Excluída está, neste ponto, portanto, a legitimidade de órgãos estatais ou federais que sejam subordinados a outros órgãos. SACHS¹⁰⁰ chama a atenção para o fato de que uma interpretação histórica do Art. 93 I, n° 1 GG revela também que devam se tratar, a despeito de o teor não fazer essa restrição, de órgãos “constitucionais” e, assim, órgãos previstos pela própria *Grundgesetz*. Segundo esse critério, seriam partes legítimas ativa ou passivamente, além dos quatro enumerados pelo § 63 BVerfGG, os seguintes órgãos constitucionais: o Congresso Federal (*Bundesversammlung*) – Art. 54 III a VI GG – e a Comissão Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuss*) – Art. 53a GG¹⁰¹.

O Art. 93 I, n° 1 GG também prevê a possibilidade de outros “envolvidos”, que “forem dotados com direitos próprios por esta *Grundgesetz* ou pelo Regimento Interno de um órgão federal supremo”. Destarte, é possível que uma parte do órgão federal supremo ou órgão constitucional figure em um dos pólos da relação processual, o que tem uma conotação muito prática, em face das muitas partes que compõem a Câmara Federal (polêmica, nesse contexto, é a subsunção dos partidos políticos).

- ii) *Objeto do processo* é a lide sobre se uma ação ou omissão da parte contrária se chocou contra uma norma da *Grundgesetz* (não pode basear-se somente em regimentos internos dos respectivos órgãos), da qual se depreende o direito (ao mesmo tempo: competência, dever) afirmado pelo autor. Outro requisito é a relevância jurídica da medida indevidamente tomada ou omitida pela

¹⁰⁰ Ibid., p. 89 *et seq.*

¹⁰¹ SACHS (2004: 90 s.).

- parte contrária, que deriva de sua atualidade e caráter definitivo. A esse pressuposto liga-se a necessidade da tutela específica (*Rechtsschutzbedürfnis*).
- iii) No que tange a outros elementos do *interesse processual de agir* (*Antragsbefugnis*), tem-se que aferir, em paralelo (analogia) à regra processual administrativa geral do § 42 II VwGO, se o autor afirmou uma lesão ou ameaça de lesão de um direito próprio seu atribuído diretamente pela *Grundgesetz*, e se ele também podia tê-lo afirmado e, assim, semelhantemente ao que ocorre no exame de admissibilidade da Reclamação Constitucional, se a possibilidade da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão não pode ser “excluída de plano”¹⁰². É o que se dá, por exemplo, quando um partido político alega uma lesão de seu direito firmado no Art. 21 GG por uma lei, que redistribui as zonas eleitorais¹⁰³, ou quando a Câmara Federal, figurando no pólo passivo, afirma o exercício de sua competência legislativa, mas o Executivo afirma, com fundamento, o desrespeito a reservas legais de direito fundamental.

Alguns problemas decorrem da possibilidade de substituição processual, a saber, que uma parte do órgão pleiteie, em nome próprio, um interesse de todo o órgão (*Prozessstandschaft*). O TCF nega a possibilidade de um único deputado ou mesmo comissão ser substituto processual, aceitando somente que as facções parlamentares sejam substitutas. Segundo essa jurisprudência, tal possibilidade restringe-se a partes consolidadas da Câmara Federal e tem por objetivo, nesse caso específico, e segundo a interpretação histórica do § 93 I, nº 1 GG, a proteção da minoria parlamentar organizada, ou seja, principalmente das facções. A minoria parlamentar só pode propor seu processo, entretanto, mesmo chocando-se contra a vontade do órgão como um todo (ou melhor a falta de vontade de defender seu direito), em face de outro órgão constitucional e não em face da própria Câmara Federal.

A decisão prolatada pelo TCF tem, segundo o § 67, 1 natureza declaratória: “o Tribunal Constitucional Federal verifica, em sua decisão, se a medida atacada ou a omissão da parte contrária se chocou contra um dispositivo da *Grundgesetz*”.

¹⁰² BVerfGE 104, 14 (19): “*von vornherein ausgeschlossen*”.

¹⁰³ BVerfGE 104, 14 (20 s.). Especificamente sobre o assunto da capacidade processual de partidos políticos no presente contexto: cf. STEIN (2002: 713 *et seq.*).

Conseqüentemente, o TCF não pode suspender a eficácia da medida atacada, nem declarar nula uma norma, ainda que sua promulgação tenha sido objeto do processo contencioso. O TCF limita-se, nesse caso, a verificar que a promulgação feriu “direito” constitucional do autor. Para a declaração de nulidade será necessária a proposição de uma das duas espécies de controle normativo acima estudados, com o atendimento de seus respectivos pressupostos.

g) Processos contenciosos federativos
(*Bund-Länder-, Bund-Land-, Zwischenländer- und
Binnenländerstreitverfahren*)

aa) Os contenciosos federativos, sobretudo entre a *União e os Estados-membros* (*Bund-Länderstreitverfahren*), têm tradicionalmente o sentido de resolver lides federativas a partir de um devido processo legal, evitando-se o uso da força e zelando pela ordem federativa. Na prática contemporânea, todavia, e assim mais precisamente na jurisprudência do TCF, diferentemente do que ocorreu nos seus dez primeiros anos¹⁰⁴, eles têm significado bastante reduzido, pois diferenças substanciais de entendimento sobre o alcance das competências legislativas podem ser solucionadas mediante o controle abstrato de normas que têm menos pressupostos processuais e cujo efeito da decisão pelo TCF é muito mais amplo. Não obstante, o contencioso entre União e Estados-membros ganhou novamente em relevo a partir do início da década de 1990, como conseqüência, talvez, do ingresso dos cinco Estados orientais, mas principalmente tendo em vista a execução de leis federais pelos Estados-membros em atendimento ao prescrito nos Art. 83 *et seq.* GG.¹⁰⁵

Esse tipo primeiro tipo de contencioso federativo tem fundamento nos Art. 93 I, nº 3, 84 IV GG c.c. § 13, nº 7, 68 – 70 BVerfGG. As legitimidades ativa e passiva não foram definidas de maneira clara pelo § 68 BVerfGG, que dispõe que, para a União, o

¹⁰⁴ Cf. por exemplo BVerfGE 1, 14 (**Decisão 6.**); 6, 309; 8, 122; 12, 205 (**Decisão 53.**) e 13, 54.

¹⁰⁵ Bem recentemente cf. BVerfGE 104, 249 sobre o direito de comando (*Weisungsrecht*) da União junto à Administração Delegada da União (*Bundesauftragsverwaltung*) aos Estados-membros. Cf. antes dessa nova leva a exposição de PESTALOZZA (1991: 130 *et seq.*) e a exposição esquemática em FLEURY (2004: 107 *et seq.*). cf. também HILLGRUBER / COOS (2004: 156 *et seq.*)

Governo Federal, e para um Estado-membro o respectivo governo estadual, serão partes ativa e passiva. Segundo esse teor, as partes não seriam aqueles entes da federação mais os referidos órgãos constitucionais. A interpretação dada pela literatura especializada é no sentido de considerar os governos estaduais e federal como substitutos processuais dos seus respectivos entes da federação¹⁰⁶.

O objeto do contencioso entre a União e os Estados-membros (§ 69 c.c. § 64 BVerfGG) só podem ser direitos e obrigações que decorram diretamente da *Grundgesetz*, incluindo-se os princípios constitucionais não escritos. O interesse processual de agir estará presente se o autor puder, de forma plausível, afirmar uma lesão ou ameaça iminente de lesão a direitos constitucionais próprios. Aqui ocorre, portanto, uma restrição do interesse processual de agir, quando comparado ao mesmo pressuposto do controle abstrato que se limita à “divergência de opinião” quanto à constitucionalidade de uma norma¹⁰⁷.

Exige-se, também para o caso específico da alegação feita pela União, de violação do dever de devidamente executar leis federais (direito de fiscalização federal), um procedimento prévio (*Mängelrügeverfahren*), movido junto ao Conselho (Senado) Federal (Art. 84 IV 2 GG)¹⁰⁸.

A decisão do TCF terá, como no contencioso entre órgãos constitucionais, natureza meramente declaratória.

bb) O Art. 93 I, nº 4 (1ª. alternativa: *Bund-Landstreitverfahren*) prevê, ainda, um processo adequado à solução de demais lides jurídico-administrativas entre a União e um Estado-membro, entre dois Estados-membros (Art. 93 I, nº 4, 2ª. alternativa: *Zwischenländerstreitverfahren*) e entre os Estados-membros e a União (Art. 93 I, nº 4, 3ª. alternativa: *Binnenländerstreitverfahren*), junto ao TCF “quando não existir outra via jurisdicional”. O procedimento, com todos os seus pressupostos, está previsto no Art. 93 I, nº 4 c.c. §§ 13, nº 8; 71 I; 72 I BVerfGG.

¹⁰⁶ BENDA / KLEIN (2001: 438 s.).

¹⁰⁷ PESTALOZZA (1991: 134 s.).

¹⁰⁸ Não necessário no caso da não execução de leis federais pelos Estados. Cf. a respeito, HILLGRUBER / COOS (2004: 177 s.).

h) Processos de defesa da Constituição: proibição de partido político, destituição de direito fundamental, denúncia contra o Presidente Federal ou juiz de direito

O modelo constitucional material da *wehrhafte Demokratie* (democracia que se defende)¹⁰⁹ tem seu contraponto processual constitucional nos quatro processos aqui elencados:

aa) O *processo para a proibição de partido político* tem seu fundamento constitucional no Art. 21 II 2 GG, sendo regulamentado pela combinação deste com o Art. 93 I, nº 5 GG c.c. § 13, nº 2 BVerfGG. Trata-se de um processo muito raramente introduzido. Somente dois partidos políticos foram proibidos nesses mais de 50 anos de jurisprudência do TCF, ambos ainda na década de 1950¹¹⁰.

A legitimidade ativa é da Câmara Federal, do Conselho Federal (*Bundesrat*) e do Governo Federal. Trata-se, porém, de um processo bastante difícil. A dificuldade consiste no modo de constatar a inconstitucionalidade de um partido. Porém, uma vez julgada procedente a proposição da proibição de partido por pelo menos dois terços do Senado competente do TCF, o partido que figurou no pólo passivo da relação processual perde toda a sua personalidade e capacidade jurídica *ex nunc*¹¹¹.

bb) Quanto ao *processo destituição de direito fundamental* (*Grundrechtsverwirkung*), o Art. 18 GG determina que, quem “abusar” de alguns direitos fundamentais, entre os quais principalmente os de comunicação social, de reunião, de associação profissional etc. para combater a ordem fundamental livre e democrática, perderá

¹⁰⁹ A tese implícita nesse modelo é de que a democracia pode ser destruída por processos em si democráticos, como a eleição de um partido totalitário. O fundamento histórico dessa preocupação na Alemanha é por demais óbvio, não carecendo aqui de maiores discussões.

¹¹⁰ Eles eram o SRP (*Sozialistische Reichspartei* – Partido Socialista do Reich) por decisão Urteil de 23 de outubro de 1952 (BVerfGE 2, 1) e o KPD (*Kommunistische Partei Deutschlands* – Partido Comunista da Alemanha) por decisão (Urteil) de 17 de agosto de 1956. Em 2001 foi proposto o processo de proibição do NPD (*Nationale Partei Deutschland*) que foi, no entanto, trancado por decisão (Beschluss) de 18/03/2003 (2 BvB 1/01, 2/01, 3/01). Cf. as decisões processuais que antecederam essa decisão publicadas em BVerfGE 103, 41; 104, 38; 104, 39; 104, 41; 104, 42; 104, 63 e 104, 214. Cf. também SCHLAICH / KORIOTH (2004: 232 s.)

¹¹¹ Cf. a descrição bem detalhada da legitimidade e efeitos da decisão de HILLGRUBER / COOS (2004: 257, 259 *et seq.*)

esses direitos fundamentais. Trata-se do pendão individual para a defesa constitucional, promovida em face de partidos políticos conforme o procedimento supra aludido. Propor a destituição de direito fundamental, podem a Câmara Federal, o Conselho Federal, o Governo Federal e qualquer governo estadual. Trata-se também de um processo muito raro, cuja procedência é igualmente difícil de ser verificada. A exemplo do que acontece com o processo de proibição de partido político, também aqui é necessária uma maioria qualificada de dois terços do Senado competente para o seu julgamento. Também aqui a decisão tem efeito *ex nunc*.

cc) No que tange ao *processo contra o “Presidente Federal”* (“*Bundespräsident*” em oposição aos “*Ministerpräsidenten*”, equivalentes aos governadores de Estado brasileiros), isto é, contra o Presidente Federal, inicia-se por uma denúncia (*Anklage*), que deve atender aos requisitos estabelecidos no Art. 61 I GG e no § 49 BVerfGG. Parte legítima para propor a denúncia são, respectivamente, a Câmara Federal e o Conselho Federal. As peças têm que ser assinadas por um quarto dos membros da Câmara Federal e um quarto dos votos no Conselho Federal (Art. 61 I 2 GG). Objeto do processo só pode ser uma violação dolosa da *Grundgesetz* ou de uma lei federal formal pelo Presidente, violação essa que tenha sido praticada no interregno do mandato. O processo desenvolve-se, então, segundo o procedimento previsto nos §§ 51 a 55 BVerfGG. Durante o processo, o presidente pode ter suspenso o exercício de suas competências (§ 53 BVerfGG). A decisão do TCF tem, segundo o Art. 61 II 1 GG e § 56 I BVerfGG, caráter, de um lado, declaratório: no dispositivo verifica-se ou não que o presidente feriu a *Grundgesetz* ou uma lei federal formal. Segundo o § 56 II BVerfGG, o TCF pode também (competência facultativa), após a verificação da violação, declarar a perda do mandato presidencial.

dd) Quanto ao *processo iniciado pela denúncia contra juiz de direito*, a parte legítima para a denúncia (*Richteranklage*) é somente a Câmara Federal, não sendo necessária, ao contrário do que ocorre com a denúncia contra o presidente, uma determinada parcela deste órgão constitucional. A diferença para o processo contra o presidente está no objeto da denúncia, que, além de violações à *Grundgesetz*, atinge também a violação da ordem constitucional de um Estado-membro. Quanto ao procedimento, o § 58 I BVerfGG faz referência ao processo contra o Presidente Federal, cujos dispositivos devem aqui ser aplicados *mutatis mutandis*. O TCF irá,

ao cabo do processo, em sua decisão, absolver ou condenar o juiz. As penas foram previstas pelo Art. 98 II GG e conformadas pela BVerfGG, quais sejam: a exoneração (Art. 98 II 2 GG c.c. § 59 II BVerfGG) para os casos de condenação por infração dolosa, ou a transferência ou aposentadoria compulsória (Art. 98 II 1 GG c.c. § 59 III BVerfGG), quando não estiver presente o dolo específico.

i) Demais procedimentos: Reclamação Eleitoral e Apresentação de Divergência Jurisprudencial

São previstos ainda nos Art. 41 II e III GG (c.c. § 18 WahlprüfG, § 13, nº 3, § 48 BVerfGG) e Art. 100 III GG (c.c. § 13, nº 13, § 85 BVerfGG) os outros procedimentos bastante específicos, respectivamente, de um lado, da Reclamação Eleitoral (*Wahlprüfungsbeschwerde*), movida por qualquer cidadão alemão que seja titular dos direitos políticos e candidato a membro da Câmara Federal, contra a deliberação da Câmara que o excluiu - no seu entender contrariando a eleição - da posse e, de outro, da Apresentação de Divergência Jurisprudencial (*Divergenzvorlage*).

j) Procedimento da medida liminar
(*Einstweilige Anordnung*)

Cabe, no procedimento da medida liminar, a mesma função de proteção cautelar encontrada em todas as instâncias: providenciar que, antes do esclarecimento final da situação jurídica litigiosa, não ocorram conseqüências irremediáveis¹¹². Também os pressupostos processuais são praticamente os mesmos do direito processual infraconstitucional (sobretudo do direito processual civil – ZPO; penal – StPO e administrativo – VwGO).

Um pedido de medida liminar estará fundamentado, devendo, portanto, ser concedida pelo TCF, segundo o § 32 I BVerfGG, quando ela for urgentemente “ordenada”, necessária para a prevenção de desvantagens gravosas, para se impedir uma iminente violência ou a partir de uma outra razão importante ligada ao bem geral.

O procedimento, assim como o possível objeto pressuposto de uma medida liminar, tem suas peculiaridades disciplinadas nos §§ 15 III e 32 BVerfGG, além de outras regras

¹¹² Cf. SACHS (2004: 163).

esparsas. Competente para o julgamento é normalmente o órgão competente para o julgamento do processo principal. Para o Senado, vale a regra especial do § 32 VII BVerfGG, a qual autoriza que a decisão, em casos especialmente urgentes, possa ter prolatada por apenas três juízes, desde que unanimemente.

Quanto aos efeitos da decisão, tem-se que eles são os mesmos de uma decisão prolatada em processo principal, com a diferença de que têm prazo de validade: em regra, de 6 meses (§ 32 VI 1 BVerfGG), ou de 1 mês, se prolatada unanimemente por apenas 3 juízes. Tais medidas podem, no entanto, ser repetidas mais de uma vez com a aprovação de dois terços dos votos do Senado competente (§ 32 VI 2 BVerfGG). Também quanto à coisa julgada material há peculiaridades (cf. abaixo, sob IV. 3. a).

III.

DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL APLICÁVEL

A análise do direito constitucional material aplicado pelo TCF pode seguir a estrutura básica de toda Constituição em sentido moderno, que se constitui, fundamentalmente, de duas partes, a saber: direito de organização estatal e direitos fundamentais. Essa dicotomia orienta, ou pelo menos orientou originalmente, a divisão das competências entre os dois senados do Tribunal Constitucional Federal¹¹³. Também orienta os cursos de graduação na disciplina de Direito Constitucional na Alemanha, os quais se ocupam, basicamente, com o direito constitucional material. Não poderia ser diferente aqui. A seguir, portanto, apresentam-se as linhas gerais destes dois grandes ramos do direito constitucional moderno, sob a ótica da jurisprudência do TCF e de sua discussão com a literatura jurídica especializada (conhecida no Brasil como “doutrina”).

A ordem seguida não foi a mesma da adotada pela *Grundgesetz* que, como se sabe, se inicia com a outorga dos direitos e garantias fundamentais. A presente sistemática tem motivação “didática”: o direito constitucional organizacional não tem tantos pressupostos teóricos, dogmáticos e metodológicos quanto a disciplina dos direitos fundamentais. É mais simples, portanto, começar por ele.

No mais, ressalte-se que ambos os ramos representam, em última instância, duas faces da definição normativa do Estado Livre e Constitucional de Direito (*freiheitlicher demokratischer Verfassungsstaat*): de um lado, a Constituição, ao definir e distribuir as

¹¹³ Cf. Supra: II. 2.

competências dos órgãos estatais, limita-as em face da liberdade do indivíduo; por outro lado, ela limita a competência estatal (inclusive legislativa!) em face de tal liberdade individual diretamente, por meio da outorga dos diversos direitos e garantias fundamentais. Em ambos os casos, trata-se, portanto, de assegurar a liberdade daquele que é submetido ao poder de império estatal. A liberdade constitui-se em “liberdade juridicamente ordenada”¹¹⁴ e representa a própria essência do direito constitucional.

1. *Direito de Organização Estatal*

As decisões do TCF que trataram especificamente de questões relacionadas ao direito de organização estatal são, em proporções numéricas, inferiores àquelas relacionadas ao controle de constitucionalidade de atos do poder público, sob os parâmetros oferecidos pelas normas de direito fundamental, a serem abaixo apresentados. As normas constitucionais de direito fundamental chegam também a dar mais margem a disputas hermenêuticas, causando dúvidas dogmáticas e metodológicas.

Porém, a *Grundgesetz* “fala” uma língua bastante clara¹¹⁵ nos dois casos. No caso do direito organizacional, muito pouco espaço deixou para disputas. Esse pouco espaço foi dado pelo Art. 20 GG, o primeiro artigo da parte organizacional, o dispositivo constitucional que define os princípios que regem a República Federativa da Alemanha. Estes são o princípio do Estado federativo (Art. 20 I GG), do Estado democrático (Art. 20 I e II GG), do Estado social (Art. 20 I GG) e do Estado de direito (Art. 20 III GG), sendo este último o único não explícito literalmente. Outros dispositivos bastante concretizados na jurisprudência do TCF são principalmente os dispositivos relativos à distribuição entre as competências legislativas da União e dos Estados-membros, sobretudo o Art. 74 GG, que trata de matérias da legislação concorrente.

¹¹⁴ Sobre o conceito de liberdade juridicamente ordenada, cf. a explanação monográfica exaustiva de POSCHER (2002).

¹¹⁵ Essa expressão é emprestada de SCHLINK (1984: 457 *et seq.*).

2. *Direitos Fundamentais*

A literatura especializada alemã em torno dos direitos fundamentais, com a qual a jurisprudência do TCF tem mantido um diálogo bastante frutífero neste seu mais de meio século de história, distingue sistematicamente entre “teoria” ou “teorias” (*Grundrechtstheorie(n)*) dos direitos fundamentais, de um lado, e dogmática dos direitos fundamentais (*Grundrechtsdogmatik*), de outro. A dogmática, por sua vez, é dividida em uma parte geral (*Allgemeine Grundrechtslehre*), entre nós muito mais conhecida como “teoria geral dos direitos fundamentais”, e uma parte especial, abaixo alcunhada de “sistema dos direitos fundamentais”. Na parte especial, os direitos fundamentais são analisados individualmente, mas principalmente em face de seus limites constitucionais e de sua relação com outras outorgas de direito fundamental.

a) “Teoria geral”: conceito, funções, vínculo, eficácia, limites etc.

O estudo da “teoria geral” alemã dos direitos fundamentais (*allgemeine Grundrechtslehre*) não poderia se dar, nos limites da presente apresentação e tendo em vista uma complexidade que somente com muita dedicação pode ser analisada, de outra maneira que não uma bastante sintética. Assim, a exposição a seguir limita-se a uma mera introdução a alguns conceitos e a categorias centrais da dogmática alemã dos direitos fundamentais.

Na busca de um conceito geral dos direitos fundamentais, os autores alemães discutem com duas correntes tradicionais. Segundo a primeira, da tradição francesa e anglo-saxã, os direitos fundamentais seriam direitos do indivíduo que pré-existiriam ao Estado¹¹⁶. Já a segunda corrente, própria da tradição germânica, afirma que os direitos fundamentais não pré-existem, mas só existiriam graças à outorga estatal¹¹⁷. No primeiro caso, os direitos fundamentais caberiam ao indivíduo pela sua simples condição de ser humano, que nasce dotado de aspectos inalienáveis de sua liberdade. No segundo caso, isso ocorreria somente graças à sua condição de membro do Estado¹¹⁸. Em ambos os casos, porém, a oposição indivíduo – Estado é bastante central. Em ambos os casos, a

¹¹⁶ PIEROTH / SCHLINK (2003: 13).

¹¹⁷ *Ibid.*, com uma importante referência ao conceito de *Horst Dreier* do “direito natural positivado”. Cf. a seguir no texto.

¹¹⁸ Também por isso, o titular do poder constituinte originário outorga direitos fundamentais a estrangeiros de acordo com sua conveniência político-constitucional. As únicas exceções também aqui são aquelas garantidas contra mudança pelo poder constituinte derivado reformador, no Art. 79 III GG.

auto-vinculação do poder estatal em face dos direitos fundamentais, sejam eles naturais ou outorgados pelo Estado, está no centro e representa seu sentido e significado. HORST DREIER fala, nesse sentido, e com propriedade, em “direito natural positivado” (*positiviertes Naturrecht*)¹¹⁹. Essa fórmula de combinação sustenta que pré-estatal nos direitos fundamentais é o fato de seu uso perante o Estado não precisar ser justificado, mas, ao contrário, que as intervenções do Estado na propriedade e liberdade exigem sempre uma justificação (*Rechtfertigung*)¹²⁰.

A retrospectiva do desenvolvimento dos direitos fundamentais na Alemanha, quando comparada à retrospectiva dos desenvolvimentos norte-americanos e francês, revela que somente o *alcance* do poder público submetido à exigência de justificação em face dos direitos fundamentais demorou mais tempo para atingir todo e qualquer ato do poder público, tornando-se pleno: “Enquanto a América do Norte e a França já mediam a [legitimidade da] própria criação do Estado (soberania popular) e a América do Norte também a [própria] legislação (Supremacia da Constituição), com base no parâmetro dos direitos fundamentais, a Alemanha submeteu àquele princípio [da necessária justificação de intervenções estatais], durante muito tempo, somente a Administração (Reserva da lei)”¹²¹.

Esse conceito dos direitos fundamentais foi desenvolvido com muita conseqüência pela jurisprudência do TCF, que reiteradamente definiu os direitos fundamentais como sendo “em primeira linha” direitos de resistência do indivíduo contra intervenções em sua liberdade (*Abwehrrechte gegen staatliche Grundrechtseingriffe*)¹²². Também repetidas vezes o Tribunal sustentou que todos os demais aspectos mais tarde reconhecidos, sintetizados, entre muitos outros, por BÖCKENFÖRDE¹²³ e HORST DREIER¹²⁴ em dois “conteúdos” ou dimensões, quais sejam: as jurídico-subjetivas e as jurídico-objetivas e as diversas funções delas derivadas, não afastaram, em absoluto - e neste sentido é principalmente a jurisprudência supra citada do TCF -, a essência dos direitos fundamentais como direitos individuais de resistência contra a intervenção do Estado na liberdade.

¹¹⁹ DREIER (2004: 65 s.)

¹²⁰ PIEROTH / SCHLINK (2003: 13). também *Verteilungsprinzip*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Essa definição tradicional, lançada em BVerfGE 7, 198 (204) – *Lüthurteil* (Decisão 8 e 67.), prosseguida em BVerfGE 20, 150 (154 et seq.); 21, 362 (369); 50, 290 (336 s.) (Decisão 44.); 61, 82 (101); 68, 193 (205).

¹²³ (1990: 1 et seq.)

¹²⁴ (1993: 41 et seq.)

Como principais desdobramentos da dimensão jurídico-subjetiva, têm-se, sobretudo, o já aventado e clássico direito de resistência contra intervenção estatal e, também, os direitos à prestação de tutela estatal.

aa) A *função ou dimensão subjetiva dos direitos fundamentais* é aquela que corresponde, primeiramente, ao *status negativus* da clássica lição do *status (Statuslehre)* de GEORG JELLINEK¹²⁵. Trata-se da dimensão chamada “clássica”, porque o seu conteúdo normativo se refere ao direito do titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Esta dimensão tem um correspondente teórico que é a teoria liberal dos direitos fundamentais. Fala-se também, neste contexto, em função “clássica”¹²⁶, quando o direito fundamental oferece ao titular a faculdade jurídica de resistência contra intervenção estatal.

Na relação jurídica de direito público havida entre o indivíduo e o Estado em razão das normas de direito fundamental, ao indivíduo é conferido um *status* de liberdade negativa (liberdade *de* alguma coisa, liberdade *contra* certos imperativos definidos pelo poder público); ao Estado é endereçada, por sua vez, uma obrigação negativa (também chamada de “competência negativa”), qual seja, a *obrigação de não fazer* alguma coisa, isto é, de não intervir na esfera individual protegida pela norma de direito fundamental, salvo se houver uma legitimação constitucional para tanto. Esse é o efeito, por excelência, desta dimensão dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, a dimensão subjetiva também aparece naqueles casos onde os direitos fundamentais embasam pretensões jurídicas próprias do *status positivus*, onde ao indivíduo é conferido um *status* de liberdade positiva (liberdade *para* alguma coisa), a qual pressupõe a ação estatal, tendo como efeito a proibição da omissão por parte do Estado. Fala-se, assim, de vários conteúdos, como, por exemplo, os direitos de participação e garantias processuais, onde a mais central é a pretensão à proteção de direitos pelo Judiciário, os direitos de tutela estatal contra agressões aos direitos fundamentais advindas de particulares (que correspondem ao dever estatal de tutela – *grundrechtliche Schutzpflichten*) e os direitos à prestação estatal específica de algo.

¹²⁵ (1919: 87, 94 *et seq.*).

¹²⁶ SCHLINK (1984: 457 *et seq.*).

bb) A *Função ou dimensão jurídico-objetiva* dos direitos fundamentais encerra outras funções, algumas também já tornadas “clássicas”, como as garantias de organização. Como “dimensão objetiva”, define-se a dimensão dos direitos fundamentais, cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito. Os direitos fundamentais seriam, quando observados por essa dimensão objetiva, critérios de controle da ação estatal, que devem ser observados, independentemente de possíveis intervenções e violações concretas. Não é, destarte, equivocado afirmar que tenha, em geral, um caráter preventivo. A escolha do termo “dimensão” por HORST DREIER¹²⁷ foi, nesse sentido, bem consciente, pois a dimensão objetiva não afasta, muito menos reduz, a importância da dimensão subjetiva. A terminologia da função, ao contrário, dá margem a uma possível hierarquização que não condiz com o conceito clássico (liberal) de direito fundamental¹²⁸.

Três aspectos ou funções são apontadas na literatura especializada¹²⁹ como pertencentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

- i) Primeiramente, o caráter de *normas de competência negativa*. Esse caráter não afeta, em absoluto, a natureza básica dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos. Ele somente significa que aquilo que está sendo dado ao indivíduo, em termos de liberdade para a ação e em termos de livre arbítrio, está sendo, objetivamente, retirado do Estado, em termos de atribuição de competência. Tal efeito ocorre independentemente do fato de o titular do

¹²⁷ (1993: 41 *et seq.*)

¹²⁸ Muito pior, porém, é a terminologia da “geração de direitos”, bastante recorrente no Brasil, que, a pretexto de apresentar a evolução histórica do significado dos direitos fundamentais, acaba desistindo de quaisquer contornos dogmáticos, sugerindo lingüisticamente, não só uma hierarquização entre as dimensões aqui abordadas, como também a substituição (tendo em vista a “evolução cronológica” que o termo geração pressupõe) de uma (no caso a dimensão subjetiva) pela outra, desta pela terceira e assim sucessivamente. Levada as últimas conseqüências, tem-se que os direitos fundamentais contemporâneos tutelam os mais diversos interesses transindividuais, difusos e coletivos, por vezes tão abstratos como o direito à paz ou à solidariedade. Esses acabam se perdendo na retórica do discurso jus-político e jus-filosófico, carecendo completamente de uma dogmática consistente. Cf. a mesma crítica a essa escolha terminológica com semelhantes fundamentos, precisamente referida por SARLET (2005: 53): “...processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.

¹²⁹ Há um sem-número de sistematizações e classificações da “dimensão objetiva” ou das dimensões objetivas (dimensões que têm o “caráter” ou “função jurídico-objetivos”) dos direitos fundamentais. Aqui se adotou a classificação de PIEROTH / SCHLINK (2003: 20 *et seq.*), que, todavia, adotaram a terminologia da “função jurídico-objetiva”.

direito exigi-lo em juízo. Por isso, o conceito ou caráter objetivo (dimensão objetiva) dos direitos fundamentais é relevante principalmente para o controle abstrato de normas, onde se controla a norma objetivamente e não a partir do ensejo de um caso particular. Não obstante, essa dimensão pode surgir também no bojo da interpretação e aplicação normativa. O controle abstrato de constitucionalidade de normas é dever do próprio Estado, que está vinculado a uma espécie de auto-controle em função dos direitos fundamentais. Trata-se, neste mister, de um “processo objetivo”¹³⁰, cujo objeto é o interesse público de se extirpar um estado normativo de inconstitucionalidade. Por outro lado, a minoria política, representada na Câmara Federal (*Bundestag*), é também, no entanto, parte legítima no controle abstrato de constitucionalidade.

- ii) Em segundo lugar, fala-se em dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando estes funcionam como *critério para a interpretação e configuração do direito infraconstitucional*. Trata-se dos *efeitos horizontal e de irradiação dos direitos fundamentais*, intimamente relacionados ao vínculo específico do Poder Judiciário aos direitos fundamentais¹³¹, pois a observância destes efeitos corresponde à obrigação estatal de interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional, sobretudo por intermédio das assim chamadas cláusulas gerais, como a boa fé no direito civil, de modo consoante aos direitos constitucionais. Além da assim chamada “interpretação conforme a Constituição”, existe a obrigação da “interpretação consoante os direitos fundamentais” (*grundrechtskonforme Auslegung*), como subespécie da interpretação conforme a Constituição¹³². Centro desta como daquela é a necessidade do poder público de, dentro de um universo de interpretações possíveis, escolher sempre aquela que melhor se coaduna às prescrições dos direitos fundamentais. É o que o Estado faz (deve fazer), em princípio, de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de provocação por parte do titular do direito. Neste caso, entretanto, a dimensão subjetiva também vem logo à tona, após a prolação da sentença pelo juiz que, ao interpretar o direito

¹³⁰ Cf. já acima, sob II. 3. e II. 3. b)

¹³¹ No âmbito da recepção brasileira, cf., a tão criteriosa quanto abrangente abordagem de SARLET (2005: 368 *et seq.*), com amplas referências bibliográficas. Cf. também MARTINS (2004: 89, 101 *et seq.*).

¹³² Cf. a respeito, com ampla discussão, MARTINS (2004: 89, 102 s.).

infraconstitucional, onde um direito fundamental for, ao menos, tangenciado, ignore os efeitos citados. Ao fazê-lo, o juiz intervém de forma potencialmente violadora nos direitos fundamentais envolvidos.

O efeito do direito fundamental é chamado “horizontal”, porque ele atingiria (vincularia), além do Estado (efeito vertical), também terceiros (particulares). No início dos anos 1950, a literatura constitucional alemã realizou intensos debates em torno desta questão do vínculo. A pergunta era se, em geral e de que modo (diretamente ou por intermédio de regras ou cláusulas gerais do direito civil), os direitos fundamentais vinculariam também os cidadãos entre si (a exemplo das relações jurídicas sinalagmáticas do direito civil). Dos debates que perduraram por décadas (até meados da década de 70), restou como vencedora a tese de que os direitos fundamentais vinculariam os particulares só *indiretamente*.

- iii) Finalmente, o assim chamado *dever estatal de tutela* (*staatliche Schutzpflichten*), derivado dos direitos fundamentais, tem sido visto, pela “opinião dominante” (*herrschende Meinung*), como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa opinião dominante na Alemanha merece, todavia, uma revisão.

Com efeito, o dever estatal de tutela refere-se ao dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental, ou seja, de proteger o seu exercício contra ameaças de violação provenientes de particulares. Trata-se, aparentemente, do êxito da tese segundo a qual, além do Estado, o particular também pode violar prescrições de direito fundamental. Há muitas vertentes e interpretações diferentes deste dever. Uma das tendências é aproximá-lo da dogmática da acima mencionada eficácia horizontal *direta* que fora deixada de lado desde a obra de NIPPERDEY, do início dos anos 1950.

A tese (vigente no direito constitucional alemão), que liga o dever estatal de tutela baseado nos direitos fundamentais à eficácia horizontal *direta*, parte do princípio de que o Estado é o obrigado, segundo o Art. 1 I 2 GG, a “observar” e a “proteger” a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana tem caráter geral e absoluto. Uma parte dos autores alemães vêem nos direitos fundamentais, catalogados a partir do Art. 2 GG, desdobramentos da dignidade da pessoa humana¹³³. Assim, o Estado teria, para com cada direito fundamental, os deveres de “observar” e de “proteger”. A observância

¹³³ Cf. a apresentação crítica dessa teoria em Dreier (2004: 226 *et seq.*)

refere-se à abstenção de comportamento lesivo próprio (pelo Estado, por seus órgãos), ou seja, refere-se à obrigação de não intervenção nas esferas individuais protegidas. A proteção refere-se, ao contrário, à ação a ser impetrada pelo Estado para a proteção ativa dos direitos fundamentais, em face das possíveis inobservâncias por particulares. O Estado é obrigado, pelo dever de tutela, derivado dos direitos fundamentais, a forçar a observância, a forçar a omissão de ação ameaçadora aos respectivos direitos fundamentais, proveniente de particulares. Ele o faz, sobretudo de forma preventiva, por meio do Poder Legislativo¹³⁴.

A dogmática do dever estatal de tutela foi desenvolvida originalmente pela jurisprudência do TCF alemão¹³⁵, sendo que a literatura especializada alemã até hoje tenta, vezes com maior, vezes com menor êxito, sistematizar e localizar, do ponto de vista dogmático, a matéria¹³⁶. Os contextos jurisprudenciais, onde o desenvolvimento se deu, são os mais variados, revelando gradações deste dever, que vão desde um dever de mera prevenção a riscos, passando por um dever de promoção da segurança, chegando a um dever absoluto de proibição de conduta a ser imposta pelo Estado¹³⁷. O dever de ação do Estado cumpre-se, como aludido, em primeira linha, pelo Legislativo, ou seja, o legislador é quem deve prestar algo para a proteção do direito fundamental em face dos particulares. Dentre os vários contextos jurisprudenciais, onde a dogmática do dever estatal de tutela foi desenvolvida, mencionem-se os seguintes:

O TCF introduziu a dogmática com a necessidade de se defender a vida nascitura contra ameaças a este bem jurídico representadas por um aborto¹³⁸, o qual poderia ser feito ou estimulado por particulares, como a própria gestante, ou pela via do meio social imediatamente próximo (família, médicos, amigos etc.). A defesa da vida, nesse contexto, corresponde ao dever mais amplo do Estado de proibir certa conduta privada, qual seja: a realização da interrupção do processo gestativo pelo aborto. O dever de proibir pode corresponder, às vezes, ao dever de sancionar criminalmente a lesão do direito¹³⁹. Quando

¹³⁴ Principalmente, porém, os demais órgãos do Executivo e Judiciário também devem buscar, em suas respectivas esferas de competência, concretizar um dado dever estatal de tutela.

¹³⁵ Cf. as decisões apresentadas abaixo, sob o § 9 (Decisões 23, 24 e 26 – 28.) e as explicações aduzidas à nota introdutória daquele capítulo.

¹³⁶ Uma boa proposta apresentam PIEROTH / SCHLINK (2003: 26 s.).

¹³⁷ Essa sistematização tripartite na qual *Pieroth* e *Schlink* se baseiam foi concebida por BUMKE (1998: 1 *et seq.*)

¹³⁸ BVerfGE 39, 1 (abaixo: Decisão 23.).

¹³⁹ Esse é o conteúdo mais problemático bastante criticado por diversos autores. Cf., já em 1975, o voto discordante da juíza da Juíza *Rupp. v. Brünneck* e do Juiz Dr. *Simon* sobre a Primeira Decisão do TCF sobre o Aborto (Decisão 24. *in fine*).

do cumprimento do dever de tutela por parte do Estado, a lesão ainda não ocorreu, o que denota o seu caráter geral preventivo, assim como o é o direito penal. O dever mais amplo do Estado corresponde, muitas vezes, à (necessidade da) intervenção mais intensa na liberdade daquele que ameaça o direito fundamental em pauta. Nesse estágio surgem os mais complicados casos de colisão entre direitos fundamentais, para os quais se busca ainda critérios racionais e constitucionalmente aprovados de solução.

Um segundo contexto jurisprudencial, onde os deveres em pauta foram tratados, é o relativo ao desenvolvimento tecnológico, que implica em perigos muitas vezes desconhecidos e riscos freqüentemente incontroláveis. A este contexto pertencem o desenvolvimento da energia atômica¹⁴⁰, da tecnologia eletromagnética¹⁴¹, os riscos à saúde provocados pela poluição sonora advinda do transporte aéreo¹⁴², os riscos ao meio-ambiente provocados por poluição química¹⁴³, o desenvolvimento da tecnologia da informação¹⁴⁴, que permite a criação de perfis, a alienação total da identidade por meio do arquivamento de dados pessoais e o controle do indivíduo por certos “banqueiros de dados”¹⁴⁵ etc. O dever de tutela corresponde aqui a um dever de garantia da segurança (por exemplo, no caso da defesa de dados) ou ao dever geral de prevenção a riscos (por exemplo, no caso da prevenção contra riscos do uso da energia atômica).

Outro contexto jurisprudencial é aquele que se refere à necessidade de intervenção direta do Estado nos conflitos havidos entre particulares. Tal dever só se configura, entretanto, quando o conflito privado se dá entre partes que são, materialmente falando, tão desiguais, que o exercício de um direito fundamental por uma delas, ou seja pelo titular de um direito fundamental, nenhuma chance tem em face da outra, não se podendo falar em paridade de armas ou igualdade de chances e condições (*Waffen- und Chancengleichheit*)¹⁴⁶. Por ser a parte contrária, via de regra, também um titular de direito fundamental, a intervenção do Estado – que se dá, neste caso, não somente via Legislativo, mas, sobretudo, via Judiciário – representa a solução – ou pelo menos a

¹⁴⁰ Cf. BVerfGE 53, 30 (Decisão 27) e 49, 89 (Decisão 113).

¹⁴¹ Cf. referências da mais nova jurisprudência do TCF sobre esses riscos e outros em PIEROTH / SCHLINK (2003: 25 s.).

¹⁴² BVerfGE 56, 54.

¹⁴³ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 25 s.).

¹⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (Decisão 20.).

¹⁴⁵ O problema da violação ao direito da personalidade envolvido entrou no debate político-jurídico acompanhado da expressão “*Der gläserne Mensch*”, “o homem de vidro”.

¹⁴⁶ Cf. a respeito do mandamento constitucional da análise da assimetria da situação conflituosa: BVerfGE 89, 214 (230 et seq.).

definição de seus critérios – de uma colisão entre direitos fundamentais. O problema é por demais complexo e, nos limites da presente exposição, pode ser somente tangenciado. O Estado pode e deve proteger, preventivamente, pelo Legislativo e, quando do conflito, pelo Judiciário, a sociedade civil ou comercial que, em face do economicamente mais forte, não tiver nenhuma chance de sobrevivência. É o que se dá pela legislação anti-monopólio e pela análise do Judiciário de possíveis abusos do poder econômico. Neste mister, o interesse público da disciplina da atividade econômica, com a conseqüente defesa do consumidor, harmoniza-se com o interesse privado do titular do direito de liberdade profissional empresarial, ameaçado pelo concorrente gigante.

Em face do exposto, resta claro que a dogmática do dever estatal de tutela com fulcro nos direitos fundamentais corresponde – apesar de apresentar-se sob este título aparentemente objetivo – à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais¹⁴⁷. De fato, do dever geral de tutela, que se baseia numa situação de ameaça de alguns direitos, perpetrada por particulares, nasce uma posição jurídico-subjetiva que provoca o mesmo efeito próprio da função clássica dos direitos fundamentais de oferecer resistência contra intervenção lesiva de outrem, no caso: proveniente de particulares e não do Estado, todavia sem vinculá-los diretamente. Trata-se da função de resistência ampliada àqueles casos nos quais os particulares passaram a ameaçar a liberdade tutelada¹⁴⁸. Esta função exige do Estado, em suma, que ele aja contra as seguintes situações de ameaça de um direito fundamental¹⁴⁹:

- Se a possível violação, que possa resultar do desenvolvimento da situação de ameaça, for irreparável. É o que ocorre, por exemplo, sobretudo no caso da ameaça ao direito à vida;
- Quando o desenvolvimento em si, que parte da simples ameaça chegando à possível violação, for incontrollável. É o que ocorre em muitos casos envolvendo a utilização da técnica, como por exemplo, junto ao efeito cascata que o levantamento e processamento de dados pessoais provoca. O seguinte questionamento revela a importância da verificação desta incontrollabilidade para a verificação da necessidade do cumprimento do dever estatal de

¹⁴⁷ A esta conclusão chegam também PIEROTH / SCHLINK (2003: 26).

¹⁴⁸ O vínculo imediato continua sendo somente do Estado, que tem o dever de legislar, sancionando ou criando outras medidas eficazes contra as ameaças provenientes de particulares. “Resiste-se” (apesar das dificuldades semânticas que essa figura metafórica provoca) imediatamente à omissão estatal e não à ameaça de terceiros.

¹⁴⁹ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 26 s).

promover a segurança: quem levantou os dados pessoais? Para quem os repassou? Quais combinações de dados estão sendo feitas? Com que objetivo? O titular do direito à intimidade, nestes casos, não pode nem sequer reagir, pois: reagiria contra quem? Quem sabe o quê sobre ele? A consequência é que seus passos começam a ser previsíveis e o direito fundamental à intimidade torna-se obsoleto, se o Estado não cumprir seu dever de tutela por meio de uma adequada legislação sobre dados pessoais.

- Finalmente, o Estado deve agir sempre que a ocorrência conjunta de vários fatores de conflito e de colisão, junto aos quais uma violação possa se concretizar, não possa ser autonomamente regulada pelos atingidos. É o que ocorre, por exemplo, em conflitos envolvendo órgãos da mídia, por causa do imenso e incontestável poder social que tais órgãos detêm.

Em todos esses casos, a proteção estatal repressiva, que viria depois de ocorrida a violação, seria por demais tardia. No terceiro caso supra citado (conflitos envolvendo órgãos da mídia), por exemplo, a necessidade de ação do Estado é evidente: todos têm o direito à liberdade de radiodifusão, segundo o Art. 5 I 2, 2ª alternativa GG. Titulares deste direito fundamental podem ser também sociedades civis, cujo objeto seja a veiculação de programas no rádio e na televisão. Além da questão da “função democrática” da liberdade de imprensa, a não regulamentação estatal causaria uma concorrência tão predatória que nenhum dos concorrentes poderia mais oferecer seus produtos de forma adequada (pense-se na limitação técnica relativa à limitação das frequências do rádio e TV analógicos), ou a formação de monopólios absolutos. O dever estatal de tutela do direito fundamental da liberdade de imprensa desempenha o papel de, nesse segundo caso, zelar pela igualdade de chances e condições.

No que tange ao *vínculo aos direitos fundamentais*, dois dispositivos da *Grundgesetz* não deixam nenhuma margem a dúvidas quanto ao vínculo de todos os órgãos dos três poderes estatais aos direitos fundamentais: o Art. 1 III GG dispõe, de forma lapidar, que “os direitos fundamentais vinculam Legislativo, Executivo e Judiciário como direito imediatamente vigente”. O Art. 20 III, 1º sub-período GG, ao definir implicitamente o princípio do Estado de direito como um dos princípios constituintes da República Federal da Alemanha, define taxativamente que “o Legislativo é vinculado à ordem constitucional”. No 2º sub-período do mesmo dispositivo, lê-se então: “o Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito”.

Uma vez esclarecida a questão do vínculo e das funções, resta saber como os direitos fundamentais são concretizados pelo TCF, ou seja, como se dá o exame de constitucionalidade de atos que supostamente os violam.

Para tanto, é preciso, primeiramente, lembrar que os direitos fundamentais foram outorgados na *Grundgesetz* com *limites normativos*. Abaixo, no tópico seguinte relativo ao sistema dos direitos fundamentais, há de se perseguir mais detidamente esse assunto. Por ora, saliente-se que alguns desses limites normativos resultam do *possível choque* entre o exercício de um direito fundamental e de um outro bem jurídico-constitucional¹⁵⁰. Outros limites são diretamente estatuídos pelo constituinte na forma de *reservas legais*¹⁵¹, das quais o legislador pode se valer para harmonizar o exercício de duas liberdades conflitantes ou, o mais freqüente, para possibilitar que o exercício de uma liberdade não comprometa a proteção de bens jurídicos coletivos relevantes. A criação das reservas legais, ao contrário do que aparenta, viabiliza a concretização dos direitos fundamentais, pois sem elas o legislador de qualquer forma teria, em muitos casos, que intervir, mesmo não estando formalmente autorizado para tanto, o que, de uma tal maneira, acabaria enfraquecendo sobremaneira a força normativa dos direitos fundamentais. Como caso mais gritante, imagine-se o caso da liberdade profissional outorgada sem reservas: qualquer regulamentação profissional se chocaria frontalmente contra o Art. 12 I GG, devendo, por isso, ser declarada inconstitucional. Os vultosos danos para diversos bem jurídicos coletivos, como a saúde pública, a boa administração da Justiça ou a segurança das edificações, etc. não precisariam ser aguardados por muito tempo...

Como a *Grundgesetz* vinculou explicitamente o legislador no Art. 1 III GG, o uso da reserva legal não pode submeter-se ao completo poder discricionário do legislador. Tal uso, enquanto limite da liberdade, deve sofrer, por sua vez, e também por força constitucional, mais precisamente do aludido Art. 1 III GG, limitações. A dialética entre limite e seu limite, sintetizada na expressão transformada em figura dogmática “limite do limite” (*Schrankenschranke*) é decorrência lógico-normativa e dogmática do vínculo do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, firmado no Art. 1 III GG. O chamado *princípio da proporcionalidade* é o critério amplamente desenvolvido e difundido pela

¹⁵⁰ A literatura constitucional classifica essa categoria de limite como direito constitucional de colisão (*kollidierendes Verfassungsrecht*). Relevante é frisar que “direito constitucional de colisão” só pode ser outro “direito” no sentido objetivo, ou seja, bem jurídico, que possa ser depreendido diretamente do direito constitucional vigente, ou seja, diretamente da Constituição. Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 72 *et seq.*).

¹⁵¹ Cf. sobre essa figura dogmática, bastante abrangente: MARTINS (2003: 28 *et seq.*).

literatura especializada e, principalmente, pela jurisprudência do TCF, para a justificação constitucional de quaisquer intervenções em direitos fundamentais¹⁵².

Tanto o parecer jurídico-constitucional, quanto a decisão do TCF, no que tange à fundamentação do seu mérito, desenvolve-se em um processo trifásico. As três fases são:

- 1) a análise do parâmetro do exame (*Prüfungsmaßstab*), mais precisamente de sua *área* (ou âmbito) *de proteção* (*Schutzbereich*);
- 2) a verificação do ato do poder público que representa uma *intervenção estatal* naquela área protegida e, finalmente,
- 3) a *justificação constitucional* que, por sua vez, se subdivide em: a) Definição e exame do limite constitucional utilizado para possível justificação da intervenção (reserva legal ou “direito constitucional de colisão”) e b) Justificação propriamente dita por intermédio da aplicação dos limites do Art. 19 I a III GG e do critério da proporcionalidade da intervenção.

A aplicação do critério da proporcionalidade como limite dos limites não se confunde com uma ponderação de bens, interesses ou valores jurídicos, mas representa a busca “do” meio necessário de intervenção, assim entendido o meio adequado de intervenção (adequado ao propósito da intervenção) que seja, em face da liberdade atingida, o menos gravoso. Aplicar o critério da proporcionalidade significa, portanto, interpretar e analisar o propósito perseguido pelo Estado e o meio de intervenção em si, no que tange às suas admissibilidades e à relação entre os dois. Esta deve poder ser caracterizada como uma relação de adequação e necessidade, no seus sentidos técnico-jurídicos¹⁵³.

- b) Sistema dos direitos fundamentais da *Grundgesetz* e sua interpretação pelo TCF

Estas três fases podem ser melhor entendidas quando inseridas no contexto do sistema dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*.

¹⁵² Só alguns exemplos: BVerfGE 7, 198 (205, 208 s.); 16, 194 (201 et seq.); 19, 342 (348); 30, 292 (316 et seq.); 35, 382 (400 s.); 38, 348 (368); 52, 1 (29 et seq.); 61, 126 (134); 67, 157 (173 et seq.); 69, 1 (35); 81, 156 (188 et seq.); 87, 287 (315 et seq.); 90, 145 (172 et seq.) [Decisão 22.]; 97, 228 (258 et seq.); 104, 357 (364) e 105, 61 (71).

¹⁵³ Estes foram amplamente apresentados em: MARTINS (2003: 33 *et seq.*).

aa) Das outorgas: em linhas gerais, tem-se o Art. 1 I GG consagrando, antes do início do rol de direitos fundamentais propriamente dito, a dignidade da pessoa humana como bem constitucional “intocável”, a cuja observância (não violação pelo Estado) e proteção (contra terceiros) o Estado, representado por todos os seus órgãos, se obriga. Antes, ainda, do início do rol, a *Grundgesetz* procede ao reconhecimento dos direitos humanos como normas não escritas de direito internacional público (Art. 1 II GG) e à definição do amplo vínculo dos órgãos dos três poderes aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG).

O rol de direitos fundamentais começa com a máxima segundo a qual todos têm o direito ao livre “desdobramento” (desenvolvimento) da personalidade (Art. 2 I GG). Trata-se de uma tutela subsidiária (*lex generalis*) da liberdade individual, consubstanciada nos chamados direitos da personalidade e na liberdade geral de ação. Seguem dois outros direitos no Art. 2 II 1 GG: o direito à vida e à incolumidade física e, finalmente, no Art. 2 II 2 GG (c.c. Art. 104 GG), o direito à liberdade (de locomoção) da pessoa, que impõe limites também ao eventual estado carcerário em que se encontre seu titular.

O Art. 3 GG trata dos direitos fundamentais de igualdade, também chamados sinteticamente de Mandamento (ou princípio) da igualdade (*Gleichheitsgebot*). Este se divide em igualdade geral (Art. 3 I GG), igualdade entre homem e mulher (Art. 3 II GG) e proibições especiais de critérios de diferenciação (Art. 3 III GG), como sexo, ascendência, raça, língua, pátria e origem, crença e convicções religiosas ou políticas.

O rol segue, outorgando, precipuamente, direitos fundamentais de liberdade em diversas áreas da vida social: consciência, crença e exercício religioso (Art. 4 I e II GG), expressão, comunicação social e reunião (Art. 5 I e 8 I GG), artística (Art. 5 III GG), científica (Art. 5 III), associação profissional (Art. 9 I e III GG), sigilo da comunicação interindividual e intimidade (inviolabilidade) domiciliar (Art. 10 I e 13 I GG); área econômica: atividade profissional e/ou empresarial e propriedade (Art. 12 I e 14 I e 15 GG); fixação e mudança de domicílio dentro do território nacional (Art. 11 GG) e liberdades decorrentes da nacionalidade – contra expatriação e extradição (Art. 16 GG).

Além dos direitos de liberdade, algumas garantias de natureza processual foram outorgadas no dispositivo final do rol (19 IV GG) e no Título IX. relativo ao Poder Judiciário (estes últimos são conhecidos como “direitos iguais aos direitos fundamentais”

– *grundrechtsgleiche Rechte*): Arts. 101 a 104 GG. O Art. 17 GG consagrou um direito de petição que, no entanto, é também um direito à prestação estatal¹⁵⁴.

Uma terceira categoria de direitos é a dos direitos fundamentais de garantias de institutos jurídicos: casamento, família e filiação (Art. 6 I a III GG), sistema escolar (Art. 7 GG), propriedade e direito de sucessão (Art. 14 I GG).

Finalmente, enquanto direito social, a *Grundgesetz* reconheceu explicitamente somente a proteção à maternidade (Art. 6 IV GG). Direito à prestação de caráter *sui generis* é o direito (fundamental) ao asilo (Art. 16a GG), cujo titular só pode ser o estrangeiro, perseguido político em seu país de origem.

bb) Das reservas legais e demais limites: Os limites podem ser, como assertado, de duas espécies: o direito constitucional de colisão e as reservas legais. Alguns limites especiais surgem da situação jurídica do titular, na maioria das vezes de caráter momentâneo, como aqueles decorrentes do serviço militar (Art. 17a GG) ou como no caso da grande peculiaridade da *Grundgesetz*, a perda de direitos fundamentais prevista no Art. 18 GG. Aqui interessa somente a segunda espécie, pois o direito constitucional de colisão só se torna atual no caso concreto, quando o exercício de um direito fundamental implicar na agressão de um outro bem jurídico constitucional e os demais (limites especiais), ou são quase auto-explicáveis (Art. 17a GG), ou já foram acima tratados (Art. 18 GG) quando do estudo do processo de proibição de partido político e do modelo da “democracia engajada” (*streitbare Demokratie*), mais conhecido ainda como “democracia que se defende” (*wehrhafte Demokratie*).

O sistema das reservas legais da *Grundgesetz* é bastante claro. À exceção da reserva implícita e muito ampla do Art. 2 I GG, segundo a qual o exercício do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade não poderia violar direito de terceiros ou se chocar contra a lei moral ou a ordem jurídica constitucional, como tal entendida todo dispositivo infraconstitucional que não se choque contra a *Grundgesetz*, as demais reservas legais são explícitas e podem ser classificadas em simples ou qualificadas.

Como reservas simples, entendidas como tais aquelas reservas que podem ser utilizadas livremente pelo legislador para a perseguição de quaisquer propósitos que não

¹⁵⁴ PIEROTH / SCHLINK (2003: 257).

se choquem a priori contra o ordenamento, valendo também uma ampla discricionariedade na escolha dos meios (limitada, no entanto, pela aplicação do critério da proporcionalidade), podem ser citadas:

- i) Art. 2 II 2 GG: “Estes direitos [vida, incolumidade física, liberdade <de locomoção> da pessoa] só podem ser restringidos com base numa lei”;
- ii) Art. 8 II GG: “... este direito [de reunião] pode ser restringido por lei ou com base numa lei”;
- iii) Art. 10 II 1 GG: “Limitações [ao sigilo de correspondência, postal e telefônico] só podem ser ordenadas com base em uma lei”;
- iv) Art. 12 I 2 GG: “O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em uma lei”.

Como reservas qualificadas, têm-se:

- i) Art. 5 II GG: “Estes direitos [liberdades de expressão e de comunicação social] têm seus limites [fixados] nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da [infância e] juventude e no direito à honra pessoal”. Trata-se de três reservas, *qualificadas*, primeiramente, *pelo tipo de lei* (lei geral, entendida como tal, segundo a opinião dominante, aquela lei que não se volta contra uma opinião em si, contra uma opinião específica, mas que, para a proteção de um bem jurídico, que no, caso particular, se choca com as liberdades outorgadas no Art. 5 I GG, acaba representando uma intervenção na área de proteção daquelas liberdades) e, assim, já vedando certos propósitos da lei interventora (“proselitismo” estatal, por exemplo). Em relação às duas reservas seguintes, elas são *qualificadas pelos propósitos* prescritos da proteção da juventude e da honra (ainda que nesse último caso se tenha também um caso de direito constitucional de colisão, uma vez que “honra pessoal” faz parte da tutela do Art. 2 I GG);
- ii) Art. 10 II 2: “Se a limitação servir à proteção da ordem democrática livre (...), então pode-se determinar que ela não seja comunicada ao atingido (...)”. Nesse caso, a qualificação é dupla, descrevendo o meio de intervenção para um propósito específico (conseqüentemente o poder discricionário do legislador fica ainda menor e o desempenho do critério da proporcionalidade também);
- iii) Art. 11 GG: “Este direito [de locomoção domiciliar] só pode ser limitado por lei ou com base em uma lei e apenas nos casos onde falta uma base suficiente de

- subsistência (...). Trata-se de uma reserva legal claramente qualificada por um propósito pré-determinado.
- iv) Art. 13 II a VII GG: “As buscas no domicílio só podem (...) também por meio dos órgãos previstos na lei e executadas somente na forma nela prescrita (...). Nos demais casos, intervenções e limitações somente podem ser efetuadas para a defesa perante um perigo comum ...”. Trata-se da mais extensa e detalhada reserva legal qualificada (pode-se falar também em “reservas legais qualificadas”, uma vez que se estende por 6 parágrafos) do rol dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*, que limita a inviolabilidade do domicílio.
- v) Art. 14 III 2 GG: “Ela [a desapropriação] só pode ocorrer por meio da lei ou com base em lei que regulamente o *modo* e o *quantum* da indenização”. Aqui a reserva se liga a uma situação que conecta um meio de intervenção a um propósito subentendido.

cc) Dos limites dos limites do Art. 19 I e II GG: O Art. 19 GG que fecha o rol dos direitos fundamentais contém três espécies de dispositivos: o já mencionado Art. 19 IV GG, que garante o acesso ao Poder Judiciário contra lesões de direitos praticadas pelo “Poder Público”, sendo esse entendido pela opinião dominante no seu sentido estrito, ou seja, compreendendo somente a Administração Pública; o Art. 19 III GG, que trata da titularidade de direitos fundamentais da pessoa jurídica; e os dois dispositivos, que constituem os assim chamados limites dos limites. São eles:

- i) Proibição da lei particular (Art. 19 I 1 GG): Segundo este dispositivo, leis que limitam os direitos fundamentais têm necessariamente que ter caráter geral.
- ii) Mandamento de menção expressa de direito fundamental restringido (Art. 19 I 2 GG): Segundo esse dispositivo, uma lei só pode ser considerada justificada constitucionalmente quando ela citar o direito fundamental restringido, mencionando-se seu artigo. Esse mandamento, que teria uma função de aviso e tomada de consciência da limitação a ser imposta pelo próprio legislador foi, no entanto, interpretado restritivamente pelo TCF, segundo ele para “não atrapalhar o legislador em seu trabalho desnecessariamente”¹⁵⁵. O TCF valeu-se do teor do

¹⁵⁵ BVerfGE 35, 185 (188).

Art. 19 I 1 GG, segundo o qual, “quando, conforme esta *Grundgesetz*, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base em lei”, para excluir da exigibilidade de menção expressa todos aqueles direitos fundamentais que não contenham reserva legal com esse teor. Foram excluídos, portanto, os direitos fundamentais dos Art. 2 I, 3, 5 II, 12 e 14 I e 14 III 2 GG, além, obviamente, das leis pré-constitucionais, assim como leis que recepcionam sem mudanças o teor destas e, sobretudo, dos direitos fundamentais outorgados sem reserva.

- iii) Garantia da inviolabilidade do conteúdo essencial (Art. 19 II): Segundo o teor do dispositivo, “em nenhum caso pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial”. Tendo em vista as dificuldades de definição da expressão “conteúdo essencial”, busca-se determinar em que hipótese ou hipóteses um tal “conteúdo essencial” restaria atingido, sem defini-lo explicitamente¹⁵⁶. A tese segundo a qual um tal conteúdo, por vezes também chamado de “núcleo essencial” (*Wesenskern*), será idêntico à dignidade da pessoa humana foi rejeitada por razões de ordem sistemática: em primeiro lugar, a cláusula pétrea do Art. 79 III GG tornaria o Art. 19 II GG supérfluo e, também, porque nem todos os direitos fundamentais teriam relação com a dignidade humana¹⁵⁷. A verificação da violação do conteúdo essencial é conseguida por duas teorias: a absoluta e a relativa. Antes, porém, questiona-se se o limite do limite “conteúdo essencial” visa assegurar que o direito fundamental em geral, ou seja, em seu caráter normativo objetivo, não seja esvaziado, perdendo plenamente sua eficácia, ou alcançaria somente a posição jurídico-subjetiva. Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial somente poderia ser determinado caso a caso. Segundo a teoria absoluta, haveria uma substância dos direitos fundamentais que não poderia ser relativizada pela ponderação com bens jurídicos colidentes, como admitido pelos adeptos da teoria relativa. Há quatro combinações teóricas que não podem, porém, nos limites da presente exposição ser todas discutidas, a saber: uma objetiva-relativa, uma objetiva-absoluta, uma subjetiva-relativa e uma subjetiva-absoluta¹⁵⁸, dependendo de com qual dos dois “conteúdos” (dimensões) principais de direitos fundamentais se trabalha, se com o objetivo ou o subjetivo. Ressaltem-se somente dois problemas principais.

¹⁵⁶ A esse respeito LUHMANN (1965: 59 s.) afirmou, com notória intenção polêmica, que “a essência da essência é desconhecida”.

¹⁵⁷ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 70).

¹⁵⁸ Cf. com amplas referências bibliográficas e discussão: DREIER (2004: 1548 et seq.)

- O primeiro da teoria absoluta: segundo o Art. 2 II 3 GG, o direito à vida pode ser restringido com base na lei. Mas retirar a vida não significa tirá-la sem resto, atingindo claramente o conteúdo essencial absoluto? A saída foi buscada aqui no respeito do direito à vida em geral (teoria objetiva-absoluta). Mas o que adianta àquele que foi atingido o respeito do direito fundamental à vida em geral, ou seja, que a norma continue válida? A teoria relativa, principalmente em sua versão objetiva, acaba redundando em exame de proporcionalidade em sentido estrito, que não é passível de controle racional. O problema não teve solução satisfatória, nem na literatura, nem na jurisprudência do TCF, que evita até mesmo a menção do dispositivo. Preferível é, porém, na dúvida, buscar definir o conteúdo essencial em face da liberdade do atingido (teoria subjetiva), sem ceder às tentações de ponderação (opção pela teoria absoluta). O direito à vida, outorgado com reserva legal, permanece sendo a grande exceção.
- iv) Além desses expressos, são considerados também limites dos limites o princípio de Estado de direito, da clareza de hipótese legal e consequência jurídica (*Bestimmtheitsgebot*), e o princípio da proporcionalidade.

3. O problema da constitucionalização do ordenamento jurídico

O problema da constitucionalização é um problema típico do sistema concentrado alemão. Trata-se de um fenômeno de desaparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Foram os esforços pela otimização da vigência das normas constitucionais, principalmente as normas que garantem os direitos fundamentais, que o criaram.

As causas do “fenômeno da constitucionalização”¹⁵⁹ estão intimamente relacionadas ao desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no pós-guerra e à atuação decisiva do TCF, no sentido de ampliar sua proteção. A constitucionalização do ordenamento jurídico tem consequências imediatas para as relações jurídicas privadas. O direito das obrigações, por exemplo, ao sofrer a influência (*Ausstrahlungswirkung*) dos critérios e parâmetros constitucionais, acaba tendo que ser reinterpretado, justamente “à luz” da Constituição. Cláusulas e institutos privados, como o da autonomia da vontade,

¹⁵⁹ Estudado com profundidade por SCHUPPERT / BUMKE (2000: 72 *et seq.*).

ou o princípio “*pacta sunt servanda*” acabam sendo muito enfraquecidos, na medida em que o juiz, ao analisar o contrato, tem que avaliar a sua constitucionalidade, sob pena de, em não o fazendo, possivelmente violar direitos fundamentais. Outra consequência relevante é o já muito criticado aumento do poder do Judiciário, mais precisamente da corte especializada na aplicação do “direito constitucional específico”, no caso, o TCF.

Portanto, não há que se saudar o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico¹⁶⁰. A clara delimitação entre o direito privado e o direito constitucional é bastante relevante, não somente para a preservação da autonomia e da diferenciação sistêmica entre os dois ramos jurídicos, mas para que se preserve suas respectivas forças normativas. Com efeito, deste modo, preserva-se a força normativa do direito privado para cumprir seu papel de regulamentar as relações jurídicas privadas, com base nas decisões políticas firmadas pelo legislador ao cabo do processo legislativo, que conta, para isso, tanto com a adequação funcional constitucional, quanto com a sua legitimidade democrática, por um lado, e a força normativa do direito constitucional para servir de parâmetro de controle da instância política legislativa, em face dos preceitos mais fundamentais da sociedade política firmados no texto constitucional, por outro. A força normativa da Constituição reside em sua capacidade de ser uma plataforma normativo-reflexiva. Para tanto, a autonomia do direito privado (e conseqüentemente a do próprio legislador, que está por trás do direito privado) é essencial. “Constitucionalizar” todo o ordenamento é, portanto, juridicizar a política, comprometendo toda sua autonomia sistêmica, vale dizer, o cumprimento de sua função prevista justamente na Constituição. Comprometer essa diferença significa, paradoxalmente, comprometer a própria razão de ser do direito constitucional, consubstanciada no seu caráter reflexivo, supra aludido¹⁶¹.

IV. A DECISÃO

As decisões do TCF prolatadas nos processos de controle normativo supra analisados têm força de lei, segundo o § 31 II 1 BVerfGG. O mesmo ocorre quando, ao cabo do julgamento de uma Reclamação Constitucional, uma norma for declarada compatível ou incompatível com a *Grundgesetz*, ou até mesmo nula (§ 31 II 2 BVerfGG).

¹⁶⁰ Como se faz, por exemplo, no Brasil, em boa parte sem consciência real do problema, de forma assaz acritica.

¹⁶¹ Bastante aprofundado por POSCHER (2002).

Todavia, ela tem a forma de uma decisão judicial que se ocupa, como apresentado, de um conteúdo bastante específico. Essa natureza pode ser reconhecida na estrutura de cada decisão do TCF, seja ela um *Urteil*, que segue a uma audiência pública, onde posicionamentos quanto ao julgamento da constitucionalidade do objeto atacado são sustentados oralmente, ou em uma *Beschluss*, onde a audiência não ocorre.

Após a apresentação da estrutura típica de toda decisão do TCF (sob 1.), expõem-se os diferentes dispositivos possíveis de uma decisão prolatada em processo de controle normativo, sistematizados pela literatura especializada em torno das assim chamadas “variantes de decisão” (sob 2.), para finalmente tratar dos efeitos comuns a todas as decisões do TCF (sob 3.).

1. Estrutura

À estrutura de uma decisão do TCF pertencem um corpo principal e necessário, ou decisão propriamente dita, e dois acessórios acidentais:

a) Acessórios não necessários e não pertencentes à decisão principal são, preliminarmente, as ementas (*Leitsätze*) e os votos dissidentes (*Sondervoten* ou *abweichende Meinungen*), publicados depois da assinatura da decisão por todos aqueles juízes que participaram do julgamento, incluindo os dissidentes.

aa) Na prática, quase toda decisão começa com pelo menos uma ou várias ementas (*Leitsätze*). Estas não são entendidas como “súmulas”, muito menos como “súmulas vinculantes”, mesmo porque não perdem sua relação com o caso decidido, ainda que soem abstratamente. Porém, parecem encerrar uma autoridade óbvia, decorrente da síntese da fundamentação do tribunal. Não obstante, para elas não há regras, não são obrigatórias. Assim, formalmente falando, só o dispositivo ou “fórmula decisória” (*Entscheidungsformel*) contém as máximas vinculantes dos demais órgãos constitucionais e de todos os demais órgãos estatais. As ementas servem tão somente à introdução do público ao conteúdo da decisão.

bb) Os votos dissidentes (*Sondervoten*), denominação processual do que, na jurisprudência do TCF é denominado opiniões divergentes (*abweichende Meinungen*), também não pertencem à decisão propriamente dita. Eles também só foram introduzidos na reforma da BVerfGG de 21 de dezembro de 1970, com

a redação do novo § 30 II 1 BVerfGG. O § 30 II 2 BVerfGG também possibilitou a publicação da relação entre votos vencidos e vencedores. Ambas são faculdades disponíveis do respectivo Senado, que segundo o § 30 I BVerfGG discute e decide em sessão secreta. O voto dissidente pode ser relativo à opinião em si da maioria no Senado que fundamentou a decisão (*dissenting opinion*) ou tão somente à sua fundamentação ou até a partes dela, havendo concordância com a conclusão (*concurring opinion*). Trata-se de um instituto jurídico estranho à tradição jurisdicional alemã até o final da década de 1960, quando começaram as discussões político-jurídicas que redundaram na introdução do § 30 II BVerfGG. Ele tem seus críticos, céticos em face de um possível enfraquecimento de decisões do TCF acarretado por uma tal exposição de dissenso interno. Entre os seus defensores, os argumentos trazidos variam de um certo “orgulho democrático” – e a convicção da contribuição dos votos dissidentes para a evolução positiva da jurisprudência do tribunal: “Eles podem, finalmente, ter a intenção de apontar a jurisprudência do tribunal para uma outra direção, chamando a atenção do público para esta possibilidade, assim como para contradições internas e rompimentos na jurisprudência passada (isso deveria ser o verdadeiro sentido do voto dissidente)” –, até a sóbria opinião de que eles pouco marcaram a jurisprudência do TCF. Seu uso continua, porém, até hoje bastante vivo, apesar de uma pequena redução nas décadas de 1980 e 1990¹⁶². Todavia, foram publicadas, sim, algumas opiniões divergentes- a começar com a primeira decisão publicada do 30º volume da BVerfGE- sempre lembradas pela literatura e, por vezes, pela própria jurisprudência do TCF, e que provocaram mudanças pontuais na jurisprudência do TCF.

b) A decisão propriamente dita compõe-se das seguintes partes e elementos:

aa) Primeiras caracterizações formais: expressão “*Bundesverfassungsgericht*” (TCF) à esquerda, na primeira linha. Logo abaixo, segue o número dos autos. Este compõe-se do número de registro e do número de entrada. O número de registro indica o

¹⁶² As estatísticas mostram (a respeito, cf. SCHLAICH / KORIOTH, *ibid.*, p. 42 que, após a fase inicial do entusiasmo da década de 1970, onde o percentual de decisões de Senado sobre as quais se publicava conjuntamente uma opinião divergente chegava a 11,6%, caiu para 4,6 %, no final da década de 1980, retomando seu crescimento a partir da segunda metade da década de 1990.

órgão responsável pela decisão (1 ou 2 para o respectivo Senado do TCF ou P para o Pleno) e o tipo de procedimento (“Bv” seguido das letras “A” até “U”).

bb) Segue a expressão alocada no centro (como em forma de título e grafada em caixa alta), logo abaixo da águia de asas abertas (*Adler*), símbolo nacional da República Federal da Alemanha: “EM NOME DO POVO” (*IM NAMEN DES VOLKES*)¹⁶³.

cc) Em seguida vem, no cabeçalho, a identificação das “partes” e seus representantes, logo após a introdução “No processo de ...”, por vezes já nomeando o objeto como, por exemplo “... sobre o exame da questão se o § “x” da lei “y” é compatível com a *Grundgesetz*. Fecha-se o cabeçalho com a identificação do órgão do TCF (um dos dois senados, câmara de senado ou o pleno) e dos juízes que participaram do julgamento, com seus nomes apostados depois do presidente na ordem de antiguidade no tribunal.

dd) Logo após, indica-se a data da decisão e, se for o caso (ou seja, tratar-se de *Urteil* e não de simples *Beschluss*), a indicação da data da audiência.

ee) Finalmente, é definida a fórmula (dispositivo) da decisão (*Entscheidungsformel*) que fixa os limites da coisa julgada, incluindo as modalidades e seus respectivos efeitos a serem abaixo discutidos.

ff) A partir de então, sob a epígrafe “razões” ou “motivos” (*Gründe*), segue¹⁶⁴ a fundamentação da decisão, a qual tem uma estrutura própria, que poderá ser bem complexa, dependendo da matéria decidida. A primeira divisão se dá, em geral¹⁶⁵, pela caracterização por letras do alfabeto grafadas em maiúsculo. “A.” contém, na grande maioria dos julgados, a descrição do processo original (*Ausgangsverfahren*), ou seja, do processo de conhecimento ordinário, movido junto aos tribunais especializados em razão da matéria (*Fachgerichte*), que normalmente antecede o julgamento da maior parte das decisões do TCF prolatadas no julgamento de

¹⁶³ Título este prescrito pelo § 25 IV BVerfGG: “As decisões do Tribunal Constitucional Federal são prolatadas ‘em nome do povo’”.

¹⁶⁴ O § 24, 2 BVerfGG dispensa a obrigatoriedade de uma fundação no caso do autor já ter sido cientificado de problemas contra a admissibilidade ou procedência da sua petição. Bastante crítico a esse respeito LÜCKE (1987: 181 *et seq.* e 201 *et seq.*). Cf. também PESTALOZZA (1991: 282, n. rodapé 38a).

¹⁶⁵ Isso pode variar bastante. Decisões antigas e menos complexas começavam com a primeira subdivisão em algarismos romanos (I., II., III. etc.). Não há regras para a disposição dessas letras e cifras de estruturação das razões. Abaixo, porém, apresenta-se uma estrutura bastante complexa, que caracteriza aquelas decisões igualmente mais complexas.

Reclamações Constitucionais contra decisões judiciais (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), ou no julgamento de apresentações judiciais (controle concreto de normas) do Art. 100 I GG, além dos processos, bem menos ocorrentes, de verificação e qualificação normativa. “A.” contém normalmente, também, amplas referências à petição do reclamante (ou do órgão jurisdicional apresentante) e às manifestações (*Stellungnahmen*) dos diversos órgãos estatais e da sociedade civil, que aproveitam sua oportunidade de “falar no processo”. Interessante notar é que o TCF apresenta tanto a petição inicial do reclamante quanto as referidas manifestações, com a máxima fidelidade ao texto original. Ele o denota com a conjugação de todos os verbos no modo subjuntivo (*Konjunktiv I*: presente do subjuntivo), que, em alemão, serve para indicar o discurso indireto. Também sob “A.” ocorrem eventuais relatos sobre o processo legislativo ou antecedentes históricos dos dispositivos legais atacados. No caso da Reclamação Constitucional direta contra ato normativo ou dos procedimentos do controle normativo objetivo, sob “A.” encontram-se, então, discussões predominantemente nesse sentido. Sob “B.” ocorre freqüentemente o exame de admissibilidade, sempre iniciado com a conclusão no início (*Urteilstil*)¹⁶⁶ expressa, por exemplo (no caso da Reclamação Constitucional), pela sentença: “a Reclamação Constitucional é / não é admitida” (*Die Verfassungsbeschwerde ist / ist nicht zulässig*)¹⁶⁷. O TCF deixa, por vezes, no entanto, de fazê-lo quando considera óbvia a presença de todos os pressupostos de admissibilidade do procedimento em pauta. Sob “C.” ele normalmente passa ao julgamento do mérito. Novamente, a primeira manifestação tem caráter sentencial, por exemplo: “a Reclamação Constitucional é / não é procedente (fundamentada)” (*Die Verfassungsbeschwerde ist / ist nicht begründet*). Tanto “B.” quanto “C.” são normalmente subdivididas em muitos capítulos, seções, sub-seções, etc. O aprofundamento das subdivisões depende da complexidade da matéria. Às vezes,

¹⁶⁶ Que se distingue fundamentalmente do estilo de parecer (*Gutachtenstil*), de cunho científico, que parte de hipóteses, testa-as, para refutá-las ou comprová-las. O exame das hipóteses no estilo de parecer deve ser, além disso, exaustivo (todas as hipóteses possíveis devem ser analisadas). No estilo de decisão (*Urteilstil*) todas as hipóteses não aprovadas serão ignoradas. Por isso, o parecer pressupõe (até cronologicamente) a decisão.

¹⁶⁷ Fosse a Reclamação Constitucional um recurso, essa sentença corresponderia, no jargão judicial brasileiro a “Conhece-se da Reclamação Constitucional”. Em tendo ela uma natureza jurídico-processual mais próxima da ação, conforme já supra sustentado, uma tradução possível da máxima seria: “Os pressupostos processuais e as condições da Reclamação Constitucional estão presentes”. Optou-se na tradução das decisões pela fórmula mais simples “a ... é admitida”.

o TCF opta por dividir o julgamento do mérito por outras partes caracterizadas por letras (D. E. F. etc.), de acordo com a mudança do parâmetro (dispositivos) dos exames; mais comum, no entanto, é que esses ocupem o capítulos I., II., III., etc., que representarão as primeiras subdivisões das “partes” caracterizadas com as letras maiúsculas¹⁶⁸. Passado o julgamento do mérito, eventuais regras sobre a execução ou pagamento de custas e honorários são fixadas nas partes “D.” e, quando necessário, “E.”

gg) Logo após o término das razões, o TCF pode (§ 30 II 2 BVerfGG) anunciar a relação dos votos na decisão (*Stimmenverhältnis*). Por exemplo, dentro de um Senado: unânime, 7:1, 6:2, 5:3 ou 4:4; *mutadis mutandis*, vale o mesmo para as decisões do Pleno). O TFC faz uso freqüente desta faculdade, publicando, inclusive, quando houve dissenso relativo a partes específicas da fundamentação¹⁶⁹. É o que denotam frases como: “em sede de conclusão, unânime ...”. O que é, como visto, facultativo no caso da decisão prolatada por maioria, é obrigatório no caso de empate, caso no qual uma violação da *Grundgesetz*, segundo a regra do § 15 III 3 BVerfGG, não pôde ser verificada. Nesse caso, devem ser publicadas as “razões fundamentais” (*tragende Gründe*) da decisão e também a outra concepção, contrária a ela.

hh) Ao cabo das razões, fechando o “corpo” principal da decisão, tanto das unânimes, como das por maioria, são apostadas as assinaturas de todos os juízes do Senado ou da Câmara que participaram do julgamento (eventualmente também do Pleno), incluindo os juízes com votos discordantes.

c) Depois, podem seguir os votos discordantes que, dependendo de sua respectiva complexidade, serão subdivididos em vários capítulos, seções, etc. Todavia, normalmente se começa com os algarismos romanos como primeiro grau de divisão e não com as letras maiúsculas reservadas às razões do voto da maioria responsável pela “decisão do Senado” e, conseqüentemente, do TCF.

¹⁶⁸ Tanto as letras quanto os algarismos romanos são apostados no centro da página. As demais subdivisões [1., a), aa), (1), (a), (ã) etc. - cf. exemplo no texto: sob Excurso 2, ao final deste tópico] o são no início dos parágrafos.

¹⁶⁹ SCHLAICH / KORIOTH (2004: 37 s.).

Excurso 1: No mais, existem, como salientado, duas formas do TCF prolatar sua decisão por *Beschluss* ou por *Urteil*. Trata-se de uma diferença meramente formal: *Urteil* é prolatada quando houve uma audiência pública, com sustentações orais das partes (ainda que em alguns processos não haja pólo passivo – *Antragsgegner* – propriamente dito (Controle Abstrato, Reclamação Constitucional), ou nenhuma parte, como no Controle Concreto, além possivelmente de vários outros órgãos estatais ou entidades da sociedade civil convidadas a participar da audiência pelo TCF. O § 27a BVerfGG permite que terceiros especialistas possam ser ouvidos. Já com base no § 26 I 1 BVerfGG, devem ser ouvidos especialistas e associações de classe. Nas decisões mais polêmicas (do ponto de vista jurídico e sobretudo político), o número de terceiros ouvidos é temerariamente grande¹⁷⁰. No caso de decisão por *Beschluss*, não houve uma tal audiência porque a parte interessada, no caso, o autor do processo específico (basicamente o reclamante ou o órgão que propôs o controle abstrato, o processo de verificação normativa etc.) não se valeu dessa oportunidade, ou porque o TCF a dispensou, por considerá-la absolutamente supérflua para a formação de sua convicção¹⁷¹.

¹⁷⁰ Moderadamente críticos a respeito se expressaram SCHLAICH / KORIOTH (2004: 48 s.).

¹⁷¹ Note-se que as categorias de decisão *Urteil* e *Beschluss* assumem, na jurisdição ordinária, contornos diversos do ora aludido. Como efeito, uma *Beschluss* é uma decisão judicial simplificada, que, dependendo do caso, até dispensa fundamentação. A decisão *Urteil* é a decisão judicial, que atende a pressupostos mais rigorosos (uma terceira espécie de decisão judicial é a *Verfügung* – a medida judicial). Em comum, as duas têm os mínimos pressupostos da classificação da lide no cabeçalho, o dispositivo e as assinaturas. *Beschlüsse* podem ser impugnadas pelo “remédio” da Reclamação (*Beschwerde*) ordinária. Mas, dependendo de seu conteúdo, podem se tornar definitivas, o que as afasta do recurso brasileiro de agravo, que cabe somente contra decisões interlocutórias. Em todo caso, as traduções mais literais “*Urteil*” por “sentença” e “*Beschluss*” por “acórdão” são totalmente incorretas, tendo em vista que, pelo menos no sistema jurisdicional brasileiro, sentença é uma decisão judicial de primeira instância e acórdão uma decisão judicial de segunda instância ou superior. Por isso, optou-se na presente obra pela tradução como “decisão” seguida da explicitação em alemão *Urteil* ou *Beschluss*, principalmente porque não há figuras correspondentes no direito processual brasileiro.

Excurso 2: Exemplo da estrutura de uma decisão do TCF – *Lauschgriff-Urteil*¹⁷²:

Gründe:	Rdnr. (notas à margem nº)
A. MATÉRIA DO PROCESSO ORIGINÁRIO [DE CONHECIMENTO]	1 – 83
I.	2 – 13
1.	2 – 4
2.	5 – 13
a)	6 – 9
b)	10 – 13
3.	14 – 49
II.	50 – 65
1.	50 – 56
a)	51
b)	52 – 56
2.	57 – 65
a)	58
b)	59 – 65
III.	66 – 82
1.	67 – 72
a)	68 – 69
b)	70 – 72
2.	73 – 77
a)	74
b)	75 – 77
3.	78
4.	79
5.	80
6.	81
7.	82
IV.	83
B. ADMISSIBILIDADE DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS	84 – 101
I.	85 – 86
II.	87 – 89
III.	90 – 101
1.	91 – 92
2.	93 – 101
a)	94 – 97
b)	98 – 101

¹⁷² BVerfGE 109, 279 (abaixo: **Decisão 83.**). As “notas à margem” foram publicadas eletronicamente em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html.

C. FUNDAMENTAÇÃO (MÉRITO) DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS	102 – 353
I. Constitucionalidade da Emenda Constitucional	103 – 156
1.	104 – 105
2.	106 – 107
3.	108 – 156
a)	109 – 112
b)	113 – 152
aa)	115 – 121
(1)	116 – 118
(2)	119 – 120
(3)	121 – 123
bb)	122 – 123
cc)	124 – 134
(1)	125 – 128
(2)	129 – 134
(a)	130
(b)	131 – 133
(c)	134
dd)	135 – 152
(1)	136
(2)	137
(3)	138
(4)	139 – 140
(a)	141 – 144
(α)	142 – 143
(β)	144
(b)	145 – 148
(5)	149 – 150
(6)	151 – 152
c)	153 – 156
II. Exame da autorização legal (reserva legal) para a intervenção ...	157 – 268
1. Parâmetro (Área de proteção do Art. 13 I e III GG)	158 – 163
a)	159 – 161
b)	162
c)	163
2. Intervenção	164 – 167
a)	165 – 166
b)	167
3. Justificação constitucional	168 – 268
a) Núcleo do desenvolvimento espacial da personalidade	169 – 196
aa)	170 – 178
(1)	171 – 172
(2)	173
(a)	174

(b)	175 – 178
bb)	179
cc)	180 – 196
(1)	181 – 187
(a)	182 – 185
(b)	186 – 187
(2)	188
(a)	189
(b)	190 – 194
(c)	195
(d)	196
b) Proporcionalidade da intervenção	197 – 268
aa) Propósito	198 – 200
bb) Adequação	201 –
(1)	203 – 207
(2)	208 – 214
(a)	209 – 211
(b)	212 – 214
cc) Necessidade	215 – 224
(1)	216 – 218
(2)	219 – 224
(a)	221
(b)	222 – 224
dd) Requisitos especiais da juridicidade	225 – 241
(1) Relevância do crime	227 – 235
(a)	228 – 229
(b)	230
(c)	231 – 232
(d)	233
(e)	234 – 235
(2) Catálogo de crimes	236 – 241
(a)	237 – 238
(b)	239 – 241
ee) Proporcionalidade em sentido estrito	242 – 268
(1)	243
(2)	244 – 249
(a)	245 – 247
(b)	248 – 249
(3)	250 – 251
(4)	252 – 268
(a)	253 – 259
(α)	254 – 257
(β)	258
(γ)	259

	(b)	260 – 268
	(α)	261
	(β)	262 – 265
	(γ)	266
	(δ)	267 – 268
III.	269 – 287
1.	270 – 272
2.	273 – 280
a)	274 – 278
aa)	275
bb)	276 – 278
b)	279 – 280
3.	281 – 284
4.	285 – 287
IV.	288 – 318
1.	289 – 307
a)	290 – 292
b)	293 – 297
c)	298 – 303
aa)	299
bb)	300 – 303
(1)	301
(2)	302 – 303
d)	304 – 307
2.	308 – 318
a)	309 – 315
aa)	310
bb)	311 – 315
b)	316 – 318
V.	319 – 322
VI.	323 – 327
1.	324 – 325
2.	326 – 327
VII.	328 – 347
1.	329 – 331
2.	332 – 345
a)	333 – 334
b)	335 – 345
aa)	337
bb)	338 – 345
(1)	339 – 341
(2)	342 – 345
3.	346 – 347
VIII.	348 – 351

IX.	352 – 353
D.	354

(ass.) *Papier, Jaeger, Haas,*
Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt,
Hoffmann-Riem, Bryde

Voto discordante
Das juízas Jaeger e Hohmann-Dennhardt
na decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 3 de março de 2004

- 1 BVR 2378/98 -
- 1 BVR 1084/99 -

355

I.	356 – 358
1.	356
2.	357 – 358
II.	359 – 363
1.	360
2.	361 – 363
III.	364 – 373
1.	365 – 370
a)	366
b)	367 – 370
c)	368 – 370
2.	371 – 373

(ass.) *Jaeger, Hohmann-Dennhardt*

2. Variantes de dispositivo

A decisão do Tribunal Constitucional Federal não se reduz à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma, objeto do controle. Originalmente, a declaração de inconstitucionalidade era sempre acompanhada da

declaração de nulidade segundo a fórmula (dispositivo da decisão): “A norma X é inconstitucional e por isso nula” (*Norm X ist verfassungswidrig und daher nichtig*). Essa decisão tem, segundo a opinião majoritária, uma eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. *Erga omnes* significa, também de acordo com o § 31 I BVerfGG, que todos os demais tribunais (estes somente no que tange à matéria constitucional *stricto sensu*) e os demais órgãos estatais, incluindo os “órgãos constitucionais” (Presidência Federal, Governo Federal, Câmara Federal e Conselho [Senado] Federal) são vinculados às decisões do Tribunal Constitucional Federal. Além disso, a já mencionada força de lei das decisões prolatadas nos procedimentos do controle normativo, fixada pelo § 31 II BVerfGG, reforça o sentido do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, que implica na suspensão de ato normativo reconhecido como inconstitucional.

Assim, as decisões do TCF têm um alcance pleno, de um lado, revogando atos administrativos executórios, inclusive os atos dos demais “órgãos constitucionais” e decisões judiciais que se revelem inconstitucionais (§ 31 I BVerfGE), e leis formais (§ 31 II BVerfGE) de outro. Para suavizar o problema de intervenção institucional na atividade legislativa pelo órgão jurisdicional constitucional (a declaração de inconstitucionalidade significa, com efeito, uma espécie de exercício negativo da função legislativa), o TCF, valendo-se de sua autonomia, desenvolveu outros tipos de decisão, com efeitos diversos. Assim, ao lado da possível declaração de nulidade, encontramos a declaração de “mera incompatibilidade” com a *Grundgesetz* de uma norma inconstitucional, a declaração de “norma ainda constitucional” e a decisão pela “interpretação conforme a Constituição”. A seguir, procede-se à exposição de cada um destes “tipos de decisão”:

a) *Declaração de nulidade (Nichtigerklärung)*: o TCF declara uma lei (em sentido formal ou material) como nula se estiver convencido de que ela viola a Constituição. É o que prevêm os §§ 78, 82 I e 95 III 1 BVerfGG. A decisão é publicada, então, no mesmo órgão de imprensa onde as novas leis promulgadas são. A decisão tem “força de lei”, conforme prescreve o § 31 II BVerfGG.

Leis inconstitucionais são absolutamente nulas. O TCF formulou, certa vez, que a lei inconstitucional “é discordante da Constituição e por isso nula”¹⁷³. Segundo a

¹⁷³ BVerfGE 61, 149 (151).

tradição constitucional alemã¹⁷⁴, a lei inconstitucional é *ex tunc* e *ipso iure* inválida. Esse efeito não foi expressamente positivado em nenhuma norma constitucional ou da BVerfGG. Ele também não é necessariamente ligado ao sistema concentrado de constitucionalidade. Na Áustria, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof* – VfGH) tem efeito *ex nunc*. Segundo *Kelsen*, que inspirou esta posição austríaca, a própria Constituição teria pressuposto a validade de normas inconstitucionais, se a mesma contivesse prescrições sobre a anulação de normas inconstitucionais, como é o caso da grande maioria das constituições modernas de tipo ocidental democrático. As normas chamadas “inconstitucionais” seriam ainda constitucionais, com a diferença de serem normas anuláveis, dentro de um procedimento especial¹⁷⁵.

Apesar de críticas feitas à tese alemã da nulidade absoluta, desde a promulgação da *Grundgesetz*, em 1949, a tese da nulidade absoluta continua dominante. Não obstante, o TCF tem declarado com mais frequência a nulidade parcial de estatutos legais, efetivando com isso, em boa parte das decisões, uma redução do teor da norma parcialmente inconstitucional¹⁷⁶. A declaração de nulidade parcial quantitativa se dá pela menção específica aos dispositivos da lei parcialmente inconstitucional declarados nulos. Ao lado da declaração de nulidade parcial quantitativa, que tem por efeito “riscar” partes do texto normativo, existe a declaração de nulidade parcial qualitativa, aquela que se refere à nulidade restrita a constelações específicas de aplicação da norma, também chamada de “nulidade parcial qualitativa sem redução de texto”¹⁷⁷ e, comumente, iniciada com a condicional “*soweit*” (na extensão em que, desde que).

O efeito *ex tunc* tem pouca relevância prática em função de regra estabelecida pelo § 79 BVerfGG, que visa a proteção da coisa julgada. Uma das exceções é a admissibilidade de uma revisão criminal de sentença condenatória que tenha se baseado em lei declarada

¹⁷⁴ Cf. IPSEN (1980: 24 et seq.). e MAUNZ (1994: Art. 93, Nota 34).

¹⁷⁵ KELSEN (1960: 278).

¹⁷⁶ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 277).

¹⁷⁷ Isso tem ensejado dispositivos de decisões muito complexos, de difícil inteligência. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 278)., trazem à pauta dois dispositivos de sentença do TCF, publicados em BVerfGE 67, 348 (349) e 71, 137, segundo eles não mais “sustentáveis” ou mesmo, na segunda decisão mencionada, “catastrófico”. Cf. também a crítica de SACHS (1979: 391). O problema é que, para se chegar à redução qualitativa, o TCF apela para mais de uma oração subordinada adverbial condicional (condicionantes em cascata).

posteriormente inconstitucional. A tese da nulidade absoluta se aproxima, graças ao § 79 BVerfGG, bastante da tese da anulabilidade¹⁷⁸.

b) *Declaração de (mera) incompatibilidade*. Nos casos onde o TCF se limita a declarar a norma inconstitucional apenas como “incompatível com a Constituição” (*Unvereinbarerklärung*), não ocorre o efeito *ex tunc*, pois o TCF deixa de pronunciá-lo, na medida em que omite intencionalmente a declaração de nulidade¹⁷⁹.

A motivação deste tipo de declaração remete o operador que analisa a jurisprudência do TCF a problemas envolvendo o choque da lei contra o princípio constitucional da igualdade, revestido do caráter de norma de direito fundamental (Art. 3 GG). Com efeito, no caso do choque da lei contra o princípio ou direito fundamental à igualdade (igualdade material, ou seja, igualdade pela e na lei), a inconstitucionalidade da lei há de ser distinguida conceitualmente de sua nulidade. Ao contrário da eficácia do efeito cassatório de uma lei inconstitucional em face de um dos demais direitos fundamentais de liberdade (*Freiheitsrechte*) ou mesmo de outros tipos de direitos fundamentais (como as garantias de instituição, por exemplo), a suspensão de regra violadora da igualdade (material) encerra em si, em face das diversas opções existentes para se restaurar o estado constitucional, um momento de conformação, momento este típico da função legislativa estatal, e que é vedado ao órgão jurisdicional constitucional. Com efeito, as regras que violam a igualdade material excluem determinada pessoa ou grupo de pessoas de uma determinada vantagem ou sobrecarregam os diferentes sujeitos de direito de modo respectivamente diferente¹⁸⁰. A restauração do estado de constitucionalidade seria, no primeiro caso, somente possível se: 1°) a vantagem fosse estendida àqueles que antes não foram beneficiados pela regra; 2°) os beneficiados perdessem o benefício; ou 3°) uma terceira regra fosse criada¹⁸¹. Tudo isso é conformação legislativa. No segundo caso (das sobrecargas distribuídas desigualmente), a cassação já faz sentido. No entanto, corre-se o risco da vontade do legislador ser desrespeitada, na medida em que não se sabe se o

¹⁷⁸ SCHLAICH / KORIOTH (2004: 276, 280 *et seq.*).

¹⁷⁹ Sobre a delimitação entre a declaração de nulidade e demais variantes na jurisprudência do TCF, cf. bastante analítico: MENDES (1991: 150 *et seq.*, 156 *et seq.*).

¹⁸⁰ Cf. a respeito por todos MENDES (1991: 155 s.).

¹⁸¹ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 116 *et seq.*)

restante da lei seria mantido nos mesmos moldes, tais quais estabelecidos originalmente pelo legislador, sem a parte julgada então inconstitucional. Quando se está diante de uma regra que fere o direito à igualdade, a ação da corte constitucional deve ser cuidadosa, pois o direito à igualdade, por sua natureza, é ambivalente e relativo. Falando em termos teórico-normativos, pode não se tratar de inconstitucionalidade de uma única regra, que atribua vantagem ao grupo A e não ao grupo B, mas da relação entre duas regras: uma que atribua a vantagem ao grupo A e outra que não atribua ao grupo B. IPSEN caracterizou tal fenômeno como “relação normativa inconstitucional”¹⁸².

Uma vez que o TCF não pode invadir a esfera de competência dos órgãos originalmente competentes para a função legislativa do Estado, ele se limita a declarar a lei que viola o princípio da igualdade material como dissonante ou discordante da Constituição.

A partir daí, o TCF determina, no dispositivo da decisão, se a lei deve continuar ou não sendo aplicada até o legislador criar nova regra que não fira o princípio da igualdade. Não raro, o TCF tem fixado prazos para o legislador agir. Passado o prazo, ele pode autorizar a não aplicação da regra inconstitucional não reformada¹⁸³.

Em todo caso, a declaração de mera discordância permite que a norma continue existindo, ao contrário do que ocorre no caso da declaração de nulidade. Problemática e ainda não totalmente resolvida é a questão das lacunas, que surgem com a não aplicabilidade da norma inconstitucional. Tais lacunas podem também representar um estado de inconstitucionalidade, pois o legislador pode, por omissão, ferir a *Grundgesetz*. Por isso, por motivos da manutenção da certeza e segurança jurídicas, muitas vezes o TCF permite a aplicação provisória da lei. Por outro lado, se houver um mandamento constitucional explícito de tutela de direito que tenha sido ferido pela regra que excluía de vantagens um determinado grupo, o TCF pode estender a vantagem àquele grupo que fora excluído de maneira inconstitucional, sem que esteja, com isso, extrapolando os limites de sua competência. O mesmo ocorre naqueles casos em que a sistemática do projeto legal não permite que o grupo excluído o tivesse sido¹⁸⁴.

¹⁸² Cf. IPSEN (1980: 109 e 213).

¹⁸³ BENDA / KLEIN (2001: 527) informam, mediante a indicação dos exemplos em BVerfGE 33, 303 (305, 348); 61, 319 (321); 100, 104 (136 s.), que esse prazo varia de “9 meses a 4 anos”.

¹⁸⁴ Sobre estas duas possibilidades: PIEROTH / SCHLINK (2003: 117 s.).

c) *Declaração de norma “ainda” constitucional*: A terceira variante de declaração sobre a constitucionalidade de lei pelo TCF é a declaração de norma “ainda constitucional” (*noch verfassungsmäßig*), também chamada de decisão de apelo (ao legislador). Esse tipo de decisão surgiu naqueles casos onde, em função de mudanças muito rápidas nas estruturas sociais e econômicas, o legislador ainda não pôde se atualizar¹⁸⁵. Trata-se de uma decisão que, considerando a legitimidade democrática e a competência constitucional do legislador para a criação de regra geral e abstrata, ao constatar a existência de uma regra obsoleta, não a declara nula, mas declara-a como “ainda” constitucional, com a ressalva do apelo para a sua atualização. Trata-se de um tipo de decisão ou variante de dispositivo, assim como o da declaração de mera discordância, ainda não prevista legalmente, mas logicamente consistente, na medida em que, se a regra em pauta puder ser considerada inconstitucional, ela o será somente no contexto social atual, ou seja, a declaração de nulidade que é *ex tunc* seria lógico-materialmente incorreta.

Como consequência deste tipo de decisão, tem-se a criação da obrigação de aperfeiçoamento, imposta ao legislador. Tal obrigação é derivada da necessidade de se corrigir falsos prognósticos legislativos, em função das mudanças observadas na realidade empírica. A assim chamada “legislação atômica” (aquela relativa à energia e ao lixo atômico) é um exemplo claro do campo de atuação deste tipo de decisão. Cabe ao Estado o dever de tutela de certos direitos fundamentais, como nesse caso, sobretudo, o da incolumidade física (Art. 2 II GG), que deve ser cumprido a princípio (e de forma preventiva!) pelos órgãos constitucionais da função legislativa¹⁸⁶. O legislador tem a prevalência na escolha dos meios e margem de ação quando da definição de um prognóstico (poder discricionário legislativo)¹⁸⁷. Cabe ao TCF, por sua vez, verificar se um padrão mínimo de proteção fora alcançado pela escolha do legislador.

¹⁸⁵ Cf. BENDA / KLEIN (2001: 529 s.). Esses autores diferenciam ainda uma quinta variante a que chamam “decisões de aviso e anúncio”, que sinalizam uma mudança na jurisprudência, a ser perpetrada cuidadosamente e não de maneira abrupta, em observância ao princípio da confiança (*Vertrauensschutz*), derivado do princípio do Estado de direito. Cf. BVerfGE 22, 439 (358 s.) e sua utilização no voto dissidente do Juiz *Rottmann* em BVerfGE 44, 125 (181, 196) (**Decisão 108**).

¹⁸⁶ Cf. já supra: III. 2. a).

¹⁸⁷ Essa é a opinião amplamente majoritária na literatura jurídica especializada. A tentativa do próprio TCF, que encontra respaldo em autores como *Canaris* de tentar criar uma espécie de medida paralela à proibição de excesso, a proibição de defeito (*Untermassverbot*) restou infundada. Cf. a respeito fundamentalmente DIETLEIN (1992).

d) *Interpretação conforme a constituição*: A decisão pela “interpretação de leis conforme a Constituição” (*verfassungskonforme Auslegung*) persegue o escopo de poupar a decisão legislativa, evitando a declaração de sua inconstitucionalidade ou até de nulidade da regra fixada pelo legislador, na medida em que, em havendo mais de uma interpretação possível, há de se dar prevalência àquela que for mais correspondente às normas constitucionais¹⁸⁸.

A interpretação conforme a Constituição “salva”, por assim dizer, a regra da declaração de nulidade por parte do TCF. Trata-se de uma interpretação que, para alguns, passa a fazer parte do conteúdo normativo da norma infraconstitucional interpretada, mesmo porque ela faz parte do dispositivo da decisão que é publicada na imprensa oficial pelo Ministério da Justiça (“força de lei”). Por isso, a interpretação conforme a Constituição tem sido, por vezes, criticada como uma forma dissimulada de “legislação judicial”¹⁸⁹.

3. Efeitos

Além do efeito da irrevogabilidade (*Unwiderruflichkeit*) da decisão por parte do próprio órgão que a prolatou, comum a toda decisão judicial, que alguns autores classificam como parte do efeito da coisa julgada e outros, como BENDA E KLEIN¹⁹⁰, a excepcionam daquele, todas as decisões do TCF têm, primeiramente, o efeito da coisa julgada, reconhecido pela própria jurisprudência do TCF¹⁹¹ – mas não na lei específica: a BVerfGG. Além desse, têm os dois efeitos expressamente previstos pela lei orgânica do tribunal (BVerfGG), em seu § 31, quais sejam: o vínculo de todos os demais órgãos estatais e a força de lei.

a) Coisa julgada

O efeito da coisa julgada, embora, como já mencionado, não esteja previsto expressamente pela lei orgânica (BVerfGG), foi admitido pela jurisprudência do próprio

¹⁸⁸ BENDA / KLEIN (2001: 531 s.).

¹⁸⁹ Cf. MENDES, (1996).

¹⁹⁰ In: BENDA / KLEIN (2001: 534).

¹⁹¹ Cf. BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (86 s.); 69, 92 (103); 104, 151 (196); SCHLAICH / KORIOTH (2004: 333).

TCF, não encontrando, em geral¹⁹², objeções na literatura jurídica, objeções estas que, entretanto, se concentram, em grande parte, nos processos de controle normativo¹⁹³.

Todavia, as decisões do TCF, como as decisões de todo tribunal, não poderiam deixar de ter os efeitos em geral reconhecidos às decisões judiciais. A coisa julgada é, sem dúvida, o principal deles. Contribuir para a concretização da segurança jurídica (na medida em que, em se esgotando as possibilidades recursais ou em não se existindo recursos, a decisão deve se tornar, em um determinado momento, indelevelmente definitiva) é, como se sabe, o escopo do reconhecimento do efeito da coisa julgada. O problema é que as decisões do TCF, com seu caráter muitas vezes *sui generis* de processo objetivo, revelam, em alguns casos, como a seguir se verá, sérias dificuldades.

No que tange à coisa julgada formal, os problemas a serem tratados ainda não surgem, tendo em vista o fato do TCF ser última instância, e em comento com o supra mencionado princípio da irrevogabilidade, não caberem obviamente quaisquer espécies de recurso. Um caso excepcional é a revogação de medidas liminares (§ 32 III e IV BVerfGG). A decisão de um Senado não pode ser impugnada perante o outro Senado ou mesmo perante o Pleno. O TCF excluiu esta possibilidade já no início de sua jurisprudência¹⁹⁴. Também no processo de admissão da Reclamação Constitucional, segundo o § 93 d I 2 c.c. § 93 b I BVerfGG (ou seja, desta vez com previsão legal), uma decisão unânime da câmara (composta por três juízes) pela recusa da admissão ou imediato deferimento, sob os pressupostos no § 93 c I 1 BVerfGG, é irrecurável.

Ao contrário do que ocorre com a coisa julgada formal, a coisa jurídica material revela problemas em face de sua natureza, de seus limites subjetivos, objetivos e sobretudo temporais, além de implicar em peculiaridades, no que tange ao seu rompimento permitido.

A coisa julgada material de decisões constitucionais tem uma natureza parcialmente divergente da natureza da coisa julgada material de decisões judiciais ordinárias. Em comum elas têm que a mesma ação, sobre a qual existe decisão transitada em julgado, não poderá ser mais proposta. Além disso, em outros processos, a conclusão da decisão

¹⁹² Entre as poucas exceções, está KRIELE (1976: 294 *et seq.*), que se ocupou intensamente, em sua tese de livre docência, da relação entre direito e política, no capítulo citado, em face da jurisprudência do TCF.

¹⁹³ Tais objeções, que dizem respeito à competência legislativa negativa do TCF, hão de ser tratadas, porém, sob o efeito da força de lei. Ainda que se possa falar em coisa julgada em processo normativo, esse efeito é totalmente abrangido pelo efeito da força de lei, previsto inclusive legalmente, restando aqui prejudicada a discussão das objeções. Neste sentido, também: SCHLAICH / KORIOETH (2004: 334 s.).

¹⁹⁴ Cf. BVerfGE 1, 89 (90 s.); 7, 17 s.; BENDA / KLEIN (2001: 535).

transitada em julgado tem que ser obrigatoriamente considerada correta, sendo vedado ao órgão jurisdicional entrar no mérito da decisão. A coisa julgada material gera um vínculo, independentemente de sua correção. Para amenizar o problema da consolidação incorreta de uma aplicação normativa por órgão jurisdicional, sem comprometer a segurança jurídica, que a coisa julgada material visa servir, criaram-se mecanismos legais e jurisprudenciais para lidar com um tal conflito de objetivos. A ação rescisória (*Wiederaufnahmeverfahren*), como se sabe, é o principal deles. Esse conflito se agrava quando se atém às peculiaridades da jurisdição constitucional do sistema concentrado alemão, que, como visto, diz respeito a procedimentos de diversas naturezas, alguns deles implicando no relacionamento entre órgãos constitucionais, na relação entre maioria e minoria política no parlamento, além de no controle normativo. Destarte, a análise dos limites subjetivos, objetivos e temporais tem que considerar a peculiaridade de cada procedimento movido perante o TCF.

Quanto aos limites objetivos, tem-se como determinante o respectivo objeto da decisão, explicitamente denominado no dispositivo da decisão (*Entscheidungsformel* ou *Entscheidungstenor*), muitas vezes ainda restringido, como visto, por aquela conjunção muito utilizada nos dispositivos das decisões do TCF “*soweit*” (na extensão em que, na medida em que, conquanto que). Esse limite se liga às variantes supra citadas de decisão da mera incompatibilidade com a *Grundgesetz*, da decisão de compatibilidade precária (ainda compatível) e, principalmente, com a interpretação conforme a Constituição, a qual fixa a forma constitucional da interpretação da norma objeto do exame e não a norma em si. Polêmica é a extensão dos efeitos da coisa julgada material aos argumentos constantes nas razões da decisão (*Entscheidungsgründe*), principalmente no caso do dispositivo fazer expressa menção a elas (“*nach Maßgabe der Gründe*” – “na medida das razões” ou “*nach Maßgabe der in den Gründen genannten Kriterien*” – “segundo a medida dos critérios denominados nas razões”, entre outros). KLAUS VOGEL¹⁹⁵ defendeu a tese de que a coisa julgada recairia sobre a “norma decisória concreta”, abrangendo assim, além do específico objeto da decisão, também as teses jurídicas que se encontram por trás dela. Não obstante, tanto a jurisprudência do TCF, quanto a opinião dominante na literatura especializada¹⁹⁶, admitem a participação, na coisa julgada, de elementos constantes nas razões somente quando estes forem necessários para o esclarecimento do

¹⁹⁵ VOGEL (1976: 593, 598)

¹⁹⁶ Cf. BENDA / KLEIN (2001: 536).

sentido do dispositivo, sobretudo quando neste constar apenas que o pedido foi indeferido de plano ou não (“... *wird verworfen*” ou “... *wird zurückgewiesen*”).

Os limites subjetivos da coisa julgada em decisões do TCF revelam ainda mais peculiaridades, quando comparados aos limites subjetivos da coisa julgada em decisões dos demais tribunais. O princípio geral da efeito *inter partes* nem sempre ocorrerá. Em regra, existe, como visto, nos processos movidos junto ao TCF, somente o autor, nem sempre partes no sentido estrito. É o que ocorre principalmente nos processos do controle normativo, como já dito, processos “objetivos”. Nesse caso, o efeito é claramente *erga omnes*. No extremo oposto estão as Reclamações Constitucionais, essas sim, que, ao pressupor uma violação individual de direito fundamental, provocam uma decisão com efeito *inter partes*. Problemática é a definição dos limites subjetivos de lides entre órgãos estatais, principalmente quando há substituição processual. Nesse caso, a coisa julgada não deve, excepcionalmente, estender-se ao titular do direito, quando, por exemplo, uma facção política no parlamento move uma ação contra outro órgão constitucional para fazer valer o direito da Câmara Federal, titular do direito afirmado por excelência. Em uma decisão recente, o TCF firmou o entendimento de que “a legal legitimidade processual ativa das facções para a imposição de direitos da Câmara Federal serve à proteção da minoria parlamentar; este propósito não abrange o vínculo do órgão principal também com a coisa julgada”¹⁹⁷.

Finalmente, os limites temporais reservam as dificuldades mais sérias de definição. Segundo a unânime lição da jurisprudência do TCF¹⁹⁸ e da literatura especializada, os limites temporais da coisa julgada “constituem-se do fato de que a decisão transitada em julgado do tribunal somente será normativa enquanto não mudarem os pressupostos fáticos e jurídicos existentes no momento da decisão”¹⁹⁹. Em havendo, portanto, mudanças da situação fática ou jurídica, revogar-se-ia, segundo essa definição, o vínculo à coisa julgada material.

Esses limites são relevantes especial e especificamente para a coisa julgada ao cabo de processos de controle normativo, principalmente quando a constitucionalidade da norma tiver sido confirmada pelo TCF. Não poderia mais uma norma cuja constitucionalidade tenha sido confirmada pelo TCF em sede do controle abstrato,

¹⁹⁷ BVerfGE 104, 151 (197). Cf. também SCHLAICH / KORIOTH (2004: 334, n. 89) e já antes da referida decisão BENDA / KLEIN (2001: 536).

¹⁹⁸ Cf. a definição que lançou os fundamentos desta dogmática: em BVerfGE 33, 199 (203).

¹⁹⁹ Cf. por todos: SACHS (2004: 169).

concreto ou mesmo de Reclamação Constitucional, ser questionada quanto à sua constitucionalidade? A resposta unânime na jurisprudência e na literatura especializada alemã, em face da definição supra, é negativa. Também no caso de emenda constitucional que insira dispositivo relevante para coisa julgada de decisão anterior, a constitucionalidade poderá ser rediscutida em novo processo. No controle concreto, especificamente, essa questão ganha mais um contorno prático no juízo de admissibilidade de Apresentações Judiciais, previstas no Art. 100 I GG, de normas cuja constitucionalidade já fora confirmada em um outro processo de controle concreto. Aqui vale o mesmo pressuposto da mudança das condições fáticas²⁰⁰. Questionável é se uma mudança do entendimento jurídico leva à admissão da nova Apresentação Judicial. O TCF deixou isso em aberto²⁰¹.

No caso da norma ter sido declarada inconstitucional, ela definitivamente não poderá mais ser objeto de nenhum processo judicial. Ainda polêmica é a tese defendida pelo Segundo Senado do TCF de que há uma proibição de repetição da norma declarada inconstitucional pelo legislador, ou seja, da proibição da promulgação de norma de igual conteúdo à norma declarada inconstitucional. Mas essa proibição de reedição ou repromulgação normativa, endereçada a todos os órgãos legiferantes, diz respeito, em geral, principalmente ao efeito do vínculo de todos os órgãos estatais e também, especificamente, ao efeito da força de lei, a serem a seguir estudados.

b) Vínculo de todos os órgãos estatais (§ 31 I BVerfGG)

Segundo o § 31 I BVerfGG, as decisões do TCF vinculam os (demais) órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os tribunais e órgãos da Administração pública. Trata-se, sem dúvida, da mais polêmica norma da Lei Orgânica do TCF. A determinação de seu alcance dividiu não somente os cientistas dogmáticos do direito constitucional alemão, como também, como muito raramente ocorreu em seus mais de 50 anos de história, o próprio TCF com a famosa divergência entre o Primeiro e o Segundo Senado, surgida depois de uma decisão de 1987, que rompeu com a jurisprudência até então consolidada, no sentido de o legislador estar vinculado às decisões

²⁰⁰ Cf. além da já citada BVerfGE 33, 199 (203 s.) e também: BVerfGE 82, 198 (205) e 86, 341.

²⁰¹ Cf. SCHLAICH / KORIOTH (2004: 335, n. 92), com referências a BVerfGE 65, 179 (181) e 70, 242 (249), decisões de inadmissibilidade em face do não-enfrentamento pelo tribunal apresentante da decisão do TCF, que confirmou a constitucionalidade da norma então questionada.

do TCF, o que acarretaria uma proibição de repetir uma norma declarada inconstitucional. Isso, porém, representa apenas uma das conseqüências desse abrangente vínculo dos órgãos constitucionais às decisões. Antes de apresentar essa divergência, necessário se faz, porém, precisar o objeto, os destinatários e as demais conseqüências jurídicas desse vínculo.

aa) Quanto ao *objeto*, tem-se que só podem ser objeto do vínculo decisões de mérito e não decisões puramente processuais. Assim, não são vinculantes as concepções jurídicas desenvolvidas na fundamentação (razões) de uma decisão de indeferimento de plano da inicial por motivos processuais. Decisões das Câmaras (*Kammerbeschlüsse*) prolatadas em sede de Reclamação Constitucional vinculam os demais órgãos constitucionais, quando forem decisões de procedência. Em face de decisões das Câmaras, prolatadas em sede do processo de admissão da Reclamação Constitucional segundo o § 93 b 1 BVerfGG, que denegarem a admissão, o vínculo não existe, pois, ou se trata de uma decisão embasada em razões processuais, ou de um julgamento sumário do mérito, que torna a tese do vínculo pouco plausível.

Finalmente, decisões prolatadas em sede de controle normativo têm também, além do efeito da força de lei do § 31 II BVerfGG, o efeito de vincular os demais órgãos, conforme previsto no § 31 I BVerfGG, porque esse vai além daquele. Mas a força de lei é, de fato, *lex specialis* em relação ao vínculo do legislador. Significado autônomo, o vínculo dos demais órgãos à decisão prolatada em controle normativo ganha em face das bastante discutidas e polêmicas “razões fundamentais” (*tragende Gründe*). Ao contrário dos dois demais efeitos (coisa julgada e força de lei), deduzidos exclusivamente do teor da parte dispositiva (*Entscheidungsformel*) da decisão, o efeito do vínculo às “decisões” avançou, segundo a jurisprudência do próprio TCF, estendendo-se às razões fundamentais, definidas como tais aquelas que não podem ser dispensadas sem que se comprometa o sentido da decisão. Essa interpretação do TCF ganhou, na literatura especializada, porém, mais repulsa do que concordância. BENDA e KLEIN sistematizaram a crítica em dois pontos principais²⁰²: a dificuldade de se distinguir entre as razões fundamentais e aquelas

²⁰² (2001: 546 *et seq.*).

acessórias, comumente alcunhadas com a expressão latina *obiter dicta*, e o perigo de uma canonização de tais razões, que levaria a um recrudescimento e petrificação do direito constitucional.

No que tange à primeira objeção, SCHLAICH / KORIOTH criticam fundamentalmente a tentativa, relativamente recente, do TCF, de definir, de maneira bastante sucinta, uma razão fundamental, distinguindo-a de um mero *obiter dictum*. Trata-se de buscar, nas razões, as bases argumentativas estritamente necessárias que constituem a *ratio decidendi*. Uma tentativa do Tribunal Federal Administrativo (BVerwG)²⁰³, de identificar as razões fundamentais como sendo as ementas (*Leitsätze*) publicadas pelo TCF antes do início da decisão propriamente dita, e que teriam o simples escopo de sintetizar a decisão para o opinião pública, ou seja, um escopo não vinculante por excelência, foi firmemente criticada pela literatura especializada²⁰⁴. As ementas, assim a opinião unânime, não vinculam. Elas representariam, no máximo, os primeiros ou preliminares indícios das razões fundamentais. Para se chegar às razões fundamentais, vinculantes para aqueles que querem enxergar, em face do legislador, um sentido autônomo do § 31 I BVerfGG, que vá além da força de lei, limitada necessariamente ao dispositivo da decisão, seria necessário uma espécie de busca ou reconstrução de um processo de argumentação lógica, ainda que a “corrente de deduções constitucionais” fosse constituída, também, necessariamente por avaliações axiológicas²⁰⁵. O TCF quis, em pelo menos duas decisões, excluir das razões fundamentais vinculantes aquelas passagens de uma decisão que se ocuparem somente com a interpretação de leis ordinárias, com o chamado “direito comum” ou infraconstitucional (*einfaches Recht*), pois o TCF seria o intérprete principal, justa e tão somente, do direito constitucional. Aqui valem aqueles mesmos problemas supra aludidos sobre a dificuldade de delimitação entre o direito constitucional específico (*spezifisches Verfassungsrecht*) e o direito infraconstitucional, sobretudo junto ao julgamento de Reclamações Constitucionais que se ocupam de violações de direitos fundamentais, consubstanciadas na interpretação e aplicação do direito comum e, no caso, também da interpretação conforme a Constituição, que é interpretação por excelência também de direito infraconstitucional. Não obstante toda a dificuldade em se definir quais seriam as razões fundamentais que vinculariam todos os demais órgãos constitucionais, incluindo o legislador, o TCF não pode declarar arbitrariamente, por

²⁰³ Cf. BVerwGE 73, 263; 77, 258.

²⁰⁴ Com amplas referências: SCHLAICH / KORIOTH (2004: 342 s.)

²⁰⁵ BENDA / KLEIN (2001: 546).

exemplo, todas as argumentações por ele trazidas em uma determinada decisão, como fundamentais e vinculantes²⁰⁶. Fazendo isso, ele ultrapassa claramente a delimitação de sua competência. Por essa razão, BENDA e KLEIN afirmam que o TCF deveria omitir, pelo menos em um primeiro momento, a definição do que seja fundamental em suas razões, deixando aos destinatários do vínculo a avaliação do alcance do mesmo. “Em todo caso, elas [as indicações correspondentes, a definição pelo TCF de quais seriam as razões fundamentais] não fazem certamente parte das razões fundamentais”, não sendo, portanto, vinculantes.

A segunda objeção do risco de canonização das razões fundamentais das decisões e conseqüente petrificação do direito constitucional foi respondida por BENDA e KLEIN, com base em uma interpretação genética da BVerfGG. Segundo sua argumentação, embasada nos materiais legislativos citados, “... a clara vontade do legislador foi vincular os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros às decisões jurisdicionais constitucionais além do caso individual concreto”. Eles teriam que, assim a exposição de motivos do projeto de lei apresentado pelo Governo Federal e por ele citado, “observar futuramente, junto às suas medidas, a decisão, enquanto o TCF não mudasse sua jurisprudência”. O conteúdo do dispositivo constitucional verificado pelo TCF deveria ser vinculante em face de todos os órgãos estatais, além do ensejo concreto, para todos os ensejos da mesma natureza. Para tanto, a inclusão das razões fundamentais no vínculo seria imprescindível. Segundo a mais nova jurisprudência do TCF, o vínculo do legislador é menos intenso, sua margem de ação sempre é bem maior que a dos órgãos jurisdicionais ordinários e da Administração, mas ele também existe. Um risco de canonização não existiria segundo BENDA e KLEIN, porque a limitação aos casos similares, de uma parte, e às razões fundamentais, de outra parte, deixariam uma ampla margem de questionamento jurídico-constitucional futuro. Acresça-se a isso o fato de o TCF não participar do vínculo às suas próprias decisões (passadas) como supra verificado. Os críticos dessa tese indicam o fato de o TCF como tribunal ter que ser provocado para decidir, e deixam transparecer uma certa dificuldade do legislador de voltar-se contra uma decisão do TCF²⁰⁷. No

²⁰⁶ Como o fez em BVerfGE 36, 1 [36] (*Grundlagenvertrag*). Trata-se de uma decisão do início da década de 1970, envolvendo o controle de constitucionalidade de tratado internacional (*Grundlagenvertrag*), firmado entre as antigas RDA e RFA. Esse procedimento de declarar todas as razões de decisão como “necessários, ou seja, como parte das razões fundamentais para a decisão no sentido da jurisprudência do TCF” (*ibid.*) e, portanto, vinculantes, não se repetiu mais na jurisprudência do TCF. Cf. a crítica pontual em SCHLAICH / KORIOTH (2004: 342).

²⁰⁷ BENDA / KLEIN (2001: 551 s.).

mais, a interpretação genética perpetrada por BENDA e KLEIN é combatida com a tese de que o legislador estaria vinculado apenas à ordem constitucional e não à legislação ordinária. Esse ponto será retomado abaixo (sob cc)).

bb) Quanto aos destinatários, tem-se, primeiramente, que o próprio TCF não se considera vinculado à sua própria jurisprudência. Um tal entendimento levaria, sim, a uma petrificação do direito constitucional. Por isso, o TCF parece reconhecer uma nulidade parcial do § 31 I BVerfGG, sanada por redução teleológica de seu teor (paradoxalmente pela adição do adjetivo “demais” antes de “órgãos”), conseguida a partir de uma interpretação conforme a Constituição. Por conseguinte, todos os demais órgãos jurisdicionais e da Administração direta ou indireta são sem dúvida vinculados. Novamente polêmico, também aqui, é o vínculo do legislador em face das conseqüências do vínculo, entre as quais, as implicações futuras, nomeadamente a proibição de repetição de norma declarada inconstitucional pelo TCF.

cc) Como principais conseqüências podem ser aduzidas a obrigação de cumprimento ou resposta dos destinatários, a inadmissibilidade de uma repetição de proposta de controle normativo e a proibição de re-edição ou re-promulgação de norma declarada inconstitucional.

No que tange à primeira conseqüência mencionada, os órgãos estatais devem imediatamente tomar todas as providências no sentido de sanar amplamente o estado de inconstitucionalidade. Uma vez verificada uma violação, esta e os seus efeitos presentes, passados e futuros deverão ser afastados definitivamente, exceto se o TCF, como no caso das variantes de dispositivo da norma incompatível com a Grundgesetz, mas ainda válida até determinado prazo, ou da “norma ainda constitucional”, dispuser de maneira diversa. Mesmo aqui o legislador tem que agir no sentido de iniciar o quanto antes o processo legislativo com vistas à promulgação de uma norma que seja compatível com a *Grundgesetz*. “Ao lado do mandamento de restabelecimento completo do direito constitucional, aparece a obrigação de se pautar pelas verificações do TCF na extensão ... discutida [vínculo às razões fundamentais], de deixar de fazer o que foi caracterizado como inconstitucional e de se movimentar nos limites do que foi reconhecido como constitucional”²⁰⁸.

²⁰⁸ Essa é a clara conclusão de BENDA / KLEIN (2001: 549).

Quanto à segunda conseqüência, especialmente no caso de decisões que confirmem a constitucionalidade de dispositivos, como já tratado acima quando do estudo dos limites temporais da coisa julgada, os órgãos jurisdicionais têm que partir do reconhecimento da constitucionalidade pelo TCF. Por isso, em regra o TCF parte da inadmissibilidade da proposição de um novo controle. O problema é a classificação do efeito que vem à pauta aqui: a coisa julgada material, a força de lei ou o presente vínculo de todos os demais órgãos estatais. Como o efeito do vínculo é o efeito que exige uma determinada postura de seus destinatários, principalmente em relação ao futuro, nada fala contra sua colocação aqui. Como o controle só será admitido em caso de transformação de natureza fática ou jurídica, o que, como visto acima, demarca o limite temporal por excelência da coisa julgada material, essa exigência significa aqui a necessidade concreta de, em se partindo da decisão anterior, argumentar mais profundamente sobre as supostas transformações. Por se tratar de um ônus argumentativo maior, o efeito mais adequado a esse contexto é o vínculo dos demais órgãos jurisdicionais às decisões do TCF; o efeito decorrente do § 31 I BVerfGG, portanto.

O efeito mais combatido de todos pelos críticos é sem dúvida o efeito de proibição da repetição (*Wiederholungsverbot*) de norma de igual ou semelhante conteúdo endereçada ao legislador parlamentar, salvo, como no caso da supra exposta inadmissibilidade de controle normativo, se houver sensível transformação fática. Se o bom senso ou pelo menos uma “primeira vista” levam a crer que o legislador não teria quaisquer fundamentos para promulgar novamente lei que fora declarada inconstitucional pelo TCF, como até mesmo SCHLAICH / KORIOTH- que fazem parte do coro dos críticos - admitem, os críticos sustentam, com coerência, que o legislador estaria submetido somente à ordem constitucional e não à legislação ordinária, para cuja alteração justamente ele é competente- daí não poder ser vinculado, pelo menos no que tange aos efeitos futuros (os efeitos passados são ínsitos à própria noção de controle de constitucionalidade), ao vínculo estabelecimento por ele mesmo no § 31 I BVerfGG. O alcance futuro do vínculo do legislador (proibição da repetição de norma declarada inconstitucional) significaria também outorgar ao TCF o monopólio da interpretação constitucional, o que contrariaria o espírito da *Grundgesetz*, que até prevê a fidelidade entre os órgãos constitucionais (*Verfassungsorgantreue*), mas não o referido monopólio.

A questão quase não tem implicações práticas, dada a obediência espontânea do legislador alemão, que, em toda regra, acata as decisões do TCF e da autoridade institucional adquirida por ele, conforme já salientado acima. Porém, dogmaticamente falando, ela é bastante central e sempre discutida com muito engajamento.

A jurisprudência do TCF, já em seu primeiro ano, deixou bastante claro que uma decisão sua que declara a inconstitucionalidade de lei vincularia com suas “razões fundamentais” “todos os órgãos constitucionais da União, de acordo com o § 31 I BVerfGG, de tal sorte que uma lei federal com o mesmo conteúdo não poderá ser mais uma vez discutida, aprovada e publicada pelo Presidente Federal”²⁰⁹. Mas a própria jurisprudência do TCF deu especial motivação para a disputa doutrinária quando o Primeiro Senado decidiu, em 1987, sem um concreto ensejo para tanto, ou seja em sede de *obiter dictum*, que o legislador não estaria impedido de “aprovar uma nova regulamentação de igual ou semelhante conteúdo”. Nem a coisa julgada nem o vínculo previsto no § 31 I BVerfGG poderiam enfraquecer o reconhecimento de que o legislador estaria vinculado somente à ordem constitucional e somente isso seria coerente com sua liberdade e responsabilidade de conformação. Nas palavras do TCF:

“...essa avaliação corresponde à especial responsabilidade do legislador, legitimado democraticamente para realizar a adequação do ordenamento jurídico aos dinâmicos desafios sociais e às alteradas concepções de ordem. Ela leva em conta ao mesmo tempo os limites funcionais e institucionais da proteção jurídica de natureza constitucional, mais precisamente a circunstância de que o TCF deve medir atos do Poder Legislativo com base na própria Constituição e não em [seus] prejulgados, não podendo corrigir sua jurisprudência a partir de sua própria iniciativa; ela evita assim um congelamento do desenvolvimento jurídico incompatível com a democracia do Estado de direito e social, sem comprometer as tarefas e competências do TCF em face da interpretação jurídica vinculante da Constituição e da garantia de uma efetiva proteção jurídica de natureza constitucional”.

Essa jurisprudência ficou restrita ao Primeiro Senado e não foi aprofundada no sentido de se aproximar dos críticos da proibição de repetição de norma inconstitucional.

Também a menção ao § 95 I 2 BVerfGG como elemento indicador de que o vínculo do Art. 31 I BVerfGG não poderia implicar na proibição de repetição, não convence, porque ele se aplica somente à Reclamação Constitucional. O argumento da *lex posterior* é frágil, porque ele só vale para leis vigentes, que então podem ser revogadas pelo legislador, não se aplicando ao presente contexto. Quanto ao risco de “congelamento” do desenvolvimento jurídico, ele é infundado, porque, ao contrário do que os críticos

²⁰⁹ BVerfGE 1, 14 (37) [Decisão 6.]. Cf. também sua utilização em BVerfGE 69, 112 (115).

temem, uma regra declarada inconstitucional faz com que o legislador tenha que buscar novas alternativas, sobretudo quando se pensa em leis interventoras na liberdade individual. Sobretudo nesse caso, dificilmente uma lei inconstitucional se tornaria constitucional com a transformação da situação fática. O mais corriqueiro é o oposto: o avanço da tecnologia faz com que as intervenções na liberdade devam se valer dos meios cada vez menos onerosos para os titulares de direito fundamental. Esse temor é, portanto, infundado.

c) Força de lei (§ 31 II BVerfGG)

Se a coisa julgada material tem seus limites subjetivos bem definidos, alcançando em regra somente aqueles que participaram do processo, o vínculo de todos os órgãos estatais representa uma ampliação dos efeitos da coisa julgada, e a força de lei representaria²¹⁰ a generalização *erga omnes* ou *inter omnes*, dependendo da perspectiva do que foi decidido. Isso seria correto, não fosse a diferença qualitativa entre os vínculos dos órgãos constitucionais e o vínculo decorrente da coisa julgada, intermediada pela força de lei, que alcança a todos.

Embora a própria *Grundgesetz* no Art. 94 II GG tenha autorizado o legislador a estatuir esse dispositivo, a expressão “força de lei” e a obrigação do Ministério Federal da Justiça de publicar oficialmente essas decisões não fazem com que elas deixem de ser decisões judiciais e se transformem em leis. Não há, dizem, uma igualdade de hierarquia entre leis parlamentares e leis decorrentes de decisões judiciais da instância controladora: o que há é uma necessidade lógica de se generalizar, tornar *inter omnes*, os efeitos de algumas decisões judiciais prolatadas em sede de: a) controle abstrato, b) controle concreto, c) verificação normativa, d) qualificação normativa, e) Reclamações Judiciais diretas ou indiretas contra ato normativo. Pressuposto fundamental, porém, é que a decisão do TCF tenha sido de mérito e tenha, em seu dispositivo, declarado a norma questionada como constitucional, inconstitucional etc.

²¹⁰ Neste sentido: PESTALOZZA (1991: 334 s.).

BIBLIOGRAFIA

- BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*. 2a. ed. Heidelberg: Müller, 2001.
- DREIER, Horst, in: Horst Dreier (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. 2ª ed. Tomo I (Art. 1 – 19). Tübingen. Mohr Siebeck, 2004.
- FLEURY, Roland. *Verfassungsprozessrecht*. 6ª ed., Neuwied (entre outras): Luchterhand, 2004.
- GERSDORF, Hubertus. *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*. 2a. ed. Heidelberg: Müller, 2004.
- HEIMANN, Hans Markus; KIRCHHOF, Gregor; WALDHOFF, Christian. *Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht*. Munique: Beck, 2004.
- HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 2004.
- IPSEN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980.
- JARASS, Hans Dieter; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 4ª. edição. Munique, 1997.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Viena, 1960.
- LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Beck, 2001.
- LÖWER, W. *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*. In: Handbuch des Staatsrechts, Vol. 2, 1987, p. 737 *et seq.*
- LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung*, 1987.
- MARTINS, Leonardo. “Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas”. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*. Ano 5, Nº 2, 2004, p. 89 – 127.
- _____. “Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros”. *Cadernos de Direito da UNIMEP*. Volume 3, nº 5, 2003, p. 15 – 45.
- _____. *Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha: Uma breve visão panorâmica*. In: Hollensteiner, Stephan (Org.). Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Lumen Juris, 2004.
- MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; HERZOG, Roman; SCHOLZ, Rupert; LERCHE, Peter; PAPIER, Hans-Jürgen; RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *Grundgesetz. Kommentar*, 7ª edição. Munique, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. S. Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2a. ed. rev. ampl. São Paulo: IBDC/CB Editor, 1999.

- _____. *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*. 3a. ed. Munique: Beck, 1991.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 19ª. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003.
- POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- ROBBERS, Gerhard. *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*. München: C. H. Beck, 1996.
- SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: Verlage Recht und Wirtschaft, 2004.
- SACHS, Michael. "Teilnichtigklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das BVerfG". DVBl. 1979, p. 391 *et seq.*
- SCHERZBERG, A. *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*. Berlin: Duncker & Humblot 1989.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 6ª. edição. München: Beck, 2004.
- SCHLINK, Bernhard. "Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren". NJW 1984, p. 89 *et seq.*
- _____. "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit". In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tomo 2, Mohr Siebeck: Tübingen, 2001.
- _____. "Freiheit durch Eingriffsabwehr – Zur Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion". EuGRZ 1984, p. 457 – 468.
- _____. "Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit". *Der Staat* 28 (1989), p. 161 *et seq.*
- SCHUMANN, E. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
- STEIN, Klaus. "Die Parteifähigkeit der Untergliederungen politischer Parteien im verfassungsgerichtlichen Bundesorganstreitverfahren". DÖV 2002, 713 *et seq.*