

Cinqüenta Anos
de Jurisprudência do
Tribunal Constitucional
Federal Alemão

Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Coletânea original:
JÜRGEN SCHWABE

Organização e introdução
LEONARDO MARTINS

Tradução:
Beatriz Hennig
Leonardo Martins
Mariana Bigelli de Carvalho
Tereza Maria de Castro
Vivianne Geraldine Ferreira

Prefácio:
Jan Woischnik



Konrad
Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Organizador

Leonardo Martins

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Corrector

Paulo A. Baptista

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 337.301 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7942-1-8

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

La presente publicación se distribuye exclusivamente en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Abreviaturas

Nota Preliminar 1:

Os dispositivos da *Grundgesetz* (A “Lei Fundamental”, que representa a Constituição alemã) e das leis citadas na presente obra, seguiram o modo de citação usado na literatura jurídica especializada (doutrina) e na jurisprudência da Alemanha, de acordo com o modelo inerente aos seguintes exemplos:

Art. 14 III 2 GG	Artikel 14, Absatz 3, Satz 2 Grundgesetz (ou Art. 14, Abs. 3, Satz 2 GG) Artigo 14, parágrafo 3º, Período 2º da Grundgesetz
Art. 5 I 1, 2º sub-período GG	Artikel 5, Absatz 1, Satz 1, 2. Halbsatz Grundgesetz (ou Art. 5, Abs. 1, Satz 1, 2. HbS. GG) = Artigo 5, parágrafo 3º, Período 2º da Grundgesetz
Art. 93 I, nº 4a GG	Artikel 93, Absatz I, Nummer 4ª Grundgesetz (ou Art. 93, Abs. 1, Nr. 4a GG) = Artigo 93, parágrafo 1º, número 4a da Grundgesetz
§ 30 II 2 BVerfGG	§ 30, Absatz 2, Satz 2 BVerfGG (ou § 30, Abs. 2, Satz 2 BVerfGG) = § 30, parágrafo 2º, Período 2º da BVerfGG

Nota Preliminar 2:

As siglas **1 BvA** até **1 BvT** e **2 BvA** até **2 BvT** designam dados sobre o processo movido junto ao TCF. O número indica qual dos dois Senados do TCF prolatou a decisão e a letra indica o tipo de processo.

a. F.	alte Fassung – Redação anterior (revogada)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz – Lei de fomento ao trabalho
AFP	Archiv für Presserecht – Arquivo do Direito de Imprensa (Revista Jurídica)
AktG	Aktiengesetz – Lei das sociedades anônimas
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts – Revista Arquivo do Direito Público
ApothekenG	Apothekengesetz – Lei para o setor farmacêutico
Ass.	Assinatura
AsylVfG / AsylVG	Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz) - Lei do processo de asilo
AtomG / AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) – Lei do uso pacífico da energia nuclear e proteção contra seus riscos
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz) – Lei da entrada e permanência de estrangeiros no território federal (Lei de estrangeiros)
BAG	Bundesarbeitsgericht – Tribunal Federal do Trabalho
Bay VfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof – Tribunal Constitucional da Baviera
BayApothekenG	Bayerisches Apothekengesetz-Lei do setor farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht – Supremo Tribunal Estadual da Baviera
BBG	Bundesbeamten-gesetz – Lei dos servidores públicos federais
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) – Lei federal para a indenização de vítimas da perseguição nacional-socialista
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz – Lei de constituição da empresa.
BFH	Bundesfinanzhof – Tribunal Financeiro Federal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil
BGBI	Bundesgesetzblätter – Diário (oficial) das Leis Federais
BGH	Bundesgerichtshof – Tribunal Federal

BGH NJW	Jurisprudência do Tribunal Federal publicada na NJW (à NJW)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen – Decisões do Tribunal Federal em matéria criminal
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen – Decisões do Tribunal Federal em matéria civil
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege – Lei de proteção da natureza e cuidado da paisagem
BRDrucks.	Bundesratdrucksachen - Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do <i>Bundesrat (Conselho Federal – Senado)</i>
BSHG	Bundessozialhilfegesetz – Lei da ajuda social sederal
<i>BstatG</i>	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistikgesetz) – Lei de estatística para propósitos federais (Lei de estatística federal)
BTDrucks	Bundestagdrucksachen - Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do <i>Bundestag</i>
BtMG	Betäubungsmittelgesetz – Lei de entorpecentes
BVerfG	Bundesverfassungsgericht - Tribunal Constitucional Federal
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht - Tribunal Administrativo Federal
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung – Decisões do Tribunal Administrativo Federal, Coletânea Oficial
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) – Lei dos interesses de desterrados e refugiados
BWaldG	Bundeswaldgesetz – Lei florestal federal
c. c.	Combinado com
CDU	Christlich Demokratische Union – União Democrático-Cristã (Partido Político)
cf.	Confira
CSU	Christlich Soziale Union – União Social-Cristã (Partido Político)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung – Jornal dos Juizes Alemães
DSchPflG	Denkmalschutzpflegegesetz - Lei de proteção e manutenção do patrimônio arquitetônico histórico e cultural de <i>Rheinland-Pfalz</i>
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt – Jornal da Administração Alemã (Revista Jurídica)
e. V.	eingetragener Verein – Associação Registrada

EinzelHG	Einzelhandelsgesetz - Lei do setor econômico varejista
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention - Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (Convenção Europeia para os Direitos Humanos) de 4 de novembro de 1950
EStG	Einkommensteuergesetz - Lei do imposto de renda
FDP	Freie Demokratische Partei – Partido Democrático Livre
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz) – Lei de limitação do sigilo de correspondência, postal e telefônico (Lei para o Art. 10 GG)
GewO	Gewerbeordnung - Código do Setor Industrial
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention – Convenção relativa ao status jurídico dos refugiados (Convenção de Genebra sobre Refugiados), de 28 de julho de 1951
GG	Grundgesetz – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Lei das sociedades limitadas
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz - Lei de alienação imobiliária
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Direito da Proteção Jurídica Industrial e Autoral
GVBl	Gesetz- und Ordnungsblatt – Diário (Oficial) de Leis e Decretos.
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz – Lei de organização judiciária
HdwO	Handwerkordnung - Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício
IRG	Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Lei da cooperação jurídica internacional em matéria criminal
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart – Anuário do Direito Público (1º vol., 1907-25 vol., 1938)
JZ	Juristenzeitung – Jornal dos Juristas (revista jurídica quinzenal)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz) – Lei de trânsito de alimentos, produtos tabagísticos, cosméticos e demais objetos de necessidade
LVG	Landesverwaltungsgericht – Tribunal Estadual Administrativo
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz - Lei de co-gestão dos empregados na empresa

<i>n. F.</i>	Neue Fassung – <i>Nova Redação</i>
NJW	Neue Juristische Wochenschrift – Nova Revista Semanal Jurídica
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Nova Revista para o Direito Penal
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Nova Revista para o Direito Administrativo
<i>op. cit.</i>	Opere citato
OVG	Oberverwaltungsgericht – Superior Tribunal Administrativo
p.	Página
p. ex.	Por exemplo
PatG	Patentgesetz – Lei de Patentes
PBefG	Personenbeförderungsgesetz – Lei do transporte de pessoas de 21 de março de 1961
RdA	Recht der Arbeit – Direito do Trabalho (revista jurídica)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Civil
RVO	Rechtsverordnung – Decreto
S.	Seite(n), Satz – página(s), período
SGB III	Sozialgesetzbuch - Código de Direito Social
SO	Sachverständigenordnung - Código dos Peritos
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands – Partido Social-Democrata Alemão
StGB	Strafgesetzbuch – Código Penal
StPO	Strafprozessordnung - Código de Processo Penal
StREG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen – Lei de indenização para Medidas de Persecução Penal
StVG	Straßenverkehrsgesetz – Lei de trânsito viário
StVollZG	Strafvollzugsgesetz – Lei de execuções penais
TCF	Tribunal Constitucional Federal
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) - Lei sobre o direito autoral e direitos de proteção relacionados (lei do direito autoral)
VersG	Versammlungsgesetz – Lei de reunião
VersR	Versicherungsrecht – Direito da Seguridade
VGH	Verwaltungsgerichtshof – Tribunal Administrativo
VStG	Vermögenssteuergesetz – Lei do imposto sobre o patrimônio
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung-Código Jurisdicional Administrativo
WHG	Wasserhaushaltsgesetz - Lei de gestão de águas
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung - Zeitschrift für Recht und Verwaltung der wissenschaftlichen Hochschulen und der wissenschaftspflegerischen und -fördernden Organisationen und Stiftungen – Direito da Ciência, Administração da Ciência, Fomento da Ciência – Revista de Direito e Administração das Universidades e Organizações e Fundações de Fomento Científico
ZPO	Zivilprozessordnung - Código de Processo Civil
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik – Revista para Política Jurídica

Sumário

ABREVIATURAS	7
PREFÁCIO	
JAN WOISCHNIK	27
INTRODUÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	
LEONARDO MARTINS	33

1ª Parte:

PRELIMINARES CONCEITUAIS E DOGMÁTICAS

§ 1. Quanto à interpretação	129
§ 2. Quanto ao exame da interpretação e aplicação do direito ordinário pelo Tribunal Constitucional Federal	141
§ 3. Quanto aos efeitos da inconstitucionalidade de normas	151
§ 4. Quanto à ordem econômica constitucional	155
§ 5. Quanto à eficácia dos direitos fundamentais em relações especiais de sujeição do titular à autoridade investida de poder público	161
§ 6. Quanto à titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas (Art. 19 III GG)	169

2ª Parte:

DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL I

(Direitos Fundamentais – Art. 1 – 19 GG)

§ 7.	Dignidade da pessoa humana (Art. 1 I GG)	177
§ 8.	Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)	187
§ 9.	Direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa (Art. 2 II GG)	265
§ 10.	Mandamento de igualdade: igualdade de aplicação da lei e por intermédio da lei (Art. 3 GG)	319
§ 11.	Liberdade de crença, consciência e confessional; Recusa da prestação do serviço militar de guerra (Art. 4 GG)	349
§ 12.	Liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (Art. 5 I GG)	379
§ 13.	Liberdade artística (Art. 5 III GG)	495
§ 14.	Proteção do casamento e da família (Art. 6 GG)	501
§ 15.	Direitos fundamentais escolares e liberdade de estabelecimento escolar privado (Art. 7 GG)	513
§ 16.	Liberdade de reunião (Art. 8 I GG)	523
§ 17.	Liberdade (geral) de associação e de criação de associações profissionais (Art. 9 GG)	557
§ 18.	Sigilo da correspondência, postal e da comunicação telefônica (Art. 10 GG)	589
§ 19.	Liberdade de locomoção (Art. 11 GG)	591
§ 20.	Liberdade profissional (Art. 12 GG)	593
§ 21.	Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)	673
§ 22.	Garantia do instituto da propriedade privada e direito fundamental à propriedade (Art. 14 e 15 GG)	719
§ 23.	Proteção contra a retirada da cidadania e extradição, e direito ao asilo político (Art. 16 e 16a GG)	781
§ 24.	Direito de petição (Art. 17 GG)	799
§ 25.	Garantia da via judicial (Art. 19 IV GG)	801

3ª Parte:

DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL II

(Direito de Organização do Estado)

§ 26.	Princípios constitucionais do Estado I: Ordem federativa (Art. 20 I GG).....	821
§ 27.	Princípios constitucionais do Estado II: Estado social (Art. 20 I GG)	827
§ 28.	Princípios constitucionais do Estado III: Estado democrático (Art. 20 I e II GG)	837
§ 29.	Princípios constitucionais do Estado IV: Estado de direito (Art. 20 II 2 e III GG)	845
§ 30.	Direitos adquiridos do funcionalismo público (Art. 33 V GG)	875

4ª Parte:

**DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL
E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS**

§ 31.	Controle concreto da constitucionalidade das normas (Art. 100 I GG)	893
§ 32.	Direito ao juiz legal (Art. 101 I 2 GG)	899
§ 33.	Extinção da pena capital (Art. 102 GG)	907
§ 34.	Direito ao contraditório em processo judicial (Art. 103 I GG)	913
§ 35.	<i>Nulla poena sine lege</i> e proibição da retroatividade das leis penais (Art. 103 II GG)	925
§ 36.	<i>Ne bis in idem</i> (Art. 103 III GG)	941
§ 37.	Garantias do preso (Art. 104 GG)	945

ANEXOS

I.	Excertos da <i>Grundgesetz</i> (GG) e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG)	953
II.	Quadro sinótico das Decisões apresentadas	977
1.	Ordem dos assuntos e aplicação dos dispositivos constitucionais	977
2.	Ordem cronológica	982
III.	Index Remissivo Conceitual	987
IV.	Bibliografia	991

Índice

ABREVIATURAS	7
PREFÁCIO	
JAN WOISCHNIK	27
INTRODUÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	
LEONARDO MARTINS	33
I. Para entender a responsabilidade e autoridade do Tribunal Constitucional Federal Alemão no sistema concentrado do controle de constitucionalidade	35
II. Fundamentos processuais e organizacionais	40
1. Da competência	40
2. Da organização e escolha dos juízes	41
3. Do processo	43
a) Objeto e parâmetro de decisão nos processos de controle de constitucionalidade	43
b) Processo de controle abstrato das normas (<i>abstraktes Normenkontrollverfahren</i>)	45
c) Processo de controle concreto das normas (<i>konkretes Normenkontrollverfahren</i>)	48
d) Processos de verificação e qualificação das normas (<i>Normverifikationsverfahren / Normqualifikationsverfahren</i>)	55

e)	Reclamação Constitucional (<i>Verfassungsbeschwerde</i>)	59
aa)	Papel e alcance da Reclamação Constitucional	59
bb)	Pressupostos, condições e procedimento de admissão (<i>Annahmeverfahren</i>)	60
cc)	Problema da delimitação da extensão da competência do TCF no julgamento de Reclamações Constitucionais contra decisão judicial (<i>Urteilsverfassungsbeschwerde</i>)	66
f)	Processos contenciosos entre órgãos constitucionais (<i>Organstreitverfahren</i>)	68
g)	Processos contenciosos federativos (<i>Bund-Länder-, Bund-Land-, Zwischenländer- und Binnenländerstreitverfahren</i>)	71
h)	Processos de Defesa da Constituição: proibição de partido político, destituição de direito fundamental, denúncia contra o Presidente Federal ou juiz de direito	73
i)	Demais procedimentos: Reclamação eleitoral e apresentação de divergência jurisprudencial	75
j)	Procedimento da medida liminar (<i>Einstweilige Anordnung</i>)	75
III.	Direito constitucional material aplicável	76
1.	Direito de organização estatal	77
2.	Direitos fundamentais	78
a)	"Teoria geral": conceito, funções, vínculo, eficácia, limites, etc.	78
b)	Sistema dos direitos fundamentais da <i>Grundgesetz</i> e sua interpretação pelo TCF	89
3.	O problema da constitucionalização do ordenamento jurídico	95
IV.	A decisão	96
1.	Estrutura	97
2.	Variantes de dispositivo	107
3.	Efeitos	113
a)	Coisa julgada	113
b)	Vínculo de todos os órgãos estatais (§ 31 I BVerfGG)	117
c)	Força de lei (§ 31 II BVerfGG)	124
BIBLIOGRAFIA	125

1ª Parte:

PRELIMINARES CONCEITUAIS E DOGMÁTICAS

§ 1.	Quanto à interpretação	129
1.	BVerfGE 11, 126 (Nachkonstitutioneller Bestätigungswille)	130
2.	BVerfGE 8, 28 (Besoldungsrecht)	133
3.	BVerfGE 40, 88 (Führerschein)	136
§ 2.	Quanto ao exame da interpretação e aplicação do direito ordinário pelo Tribunal Constitucional Federal	141
4.	BVerfGE 18, 85 (Spezifisches Verfassungsrecht)	142
5.	BVerfGE 43, 130 (Flugblatt)	145
§ 3.	Quanto aos efeitos da inconstitucionalidade de normas	151
6.	BVerfGE 1, 14 (Südweststaat)	152
7.	BVerfGE 21, 12 (Allphasenumsatzsteuer)	153
§ 4.	Quanto à ordem econômica constitucional	155
8.	BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz)	156
§ 5.	Quanto à eficácia dos direitos fundamentais em relações especiais de sujeição do titular à autoridade investida de poder público .	161
9.	BVerfGE 33, 1 (Strafgefängene)	162
§ 6.	Quanto à titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas (Art. 19 III GG)	169
10.	BVerfGE 21, 362 (Sozialversicherungsträger)	170
11.	BVerfGE 31, 314 (2. Rundfunkentscheidung)	173

2ª Parte:

DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL I

(Direitos Fundamentais – Art. 1 – 19 GG)

§ 7.	Dignidade da pessoa humana (Art. 1 I GG)	177
12.	BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil)	179
13.	BVerfGE 45, 187 (Lebenslange Freiheitsstrafe)	182
§ 8.	Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)	187
14.	BVerfGE 6, 32 (Elfes)	190

15.	BVerfGE 34, 238 (Tonband)	195
16.	BVerfGE 99, 185 (Scientology)	198
17.	BVerfGE 96, 56 (Vaterschaftsauskunft)	207
18.	BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus)	215
19.	BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde)	218
20.	BVerfGE 65, 1 (Volkszählung)	233
21.	BVerfGE 38, 281 (Arbeitnehmerkammern)	245
22.	BVerfGE 90, 145 (Cannabis)	248
§ 9.	Direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa	
	(Art. 2 II GG)	265
23.	BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I)	266
24.	BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II)	273
25.	BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme)	294
26.	BVerfGE 52, 214 (Vollstreckungsschutz)	296
27.	BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich)	299
28.	BVerfGE 77, 170 (Lagerung chemischer Waffen)	307
29.	BVerfGE 19, 342 (Wencker)	309
30.	BVerfGE 20, 45 (Kommando 1005)	315
§ 10.	Mandamento de igualdade: Igualdade de aplicação da lei	
	e por intermédio da lei (Art. 3 GG)	319
31.	BVerfGE 26, 302 (Einkommensteuergesetz)	321
32.	BVerfGE 10, 234 (Platow-Amnestie)	323
33.	BVerfGE 9, 338 (Hebammenaltersgrenze)	325
34.	BVerfGE 39, 196 (Beamtenpension)	329
35.	BVerfGE 48, 327 (Familiennamen)	332
36.	BVerfGE 84, 9 (Ehenamen)	335
37.	BVerfGE 52, 369 (Hausarbeitstag)	336
38.	BVerfGE 39, 334 (Extremistenbeschluss)	340
39.	BVerfGE 8, 28 (Besoldungsrecht)	344
§ 11.	Liberdade de crença, consciência e confessional;	
	recusa da prestação do serviço militar de guerra (Art. 4 GG)	349
40.	BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter)	349
41.	BVerfGE 24, 236 (Aktion Rumpelkammer)	355
42.	BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen)	359
43.	BVerfGE 93, 1 (Kruzifix)	366

§ 12. Liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (Art. 5 I GG)	379
44. BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil)	381
45. BVerfGE 12, 113 (Schmid-Spiegel)	395
46. BVerfGE 25, 256 (Blinkfuer)	400
47. BVerfGE 44, 197 (Solidaritätsadresse)	409
48. BVerfGE 93, 266 ("Soldaten sind Mörder")	414
49. BVerfGE 90, 27 (Parabolantenne)	427
50. BVerfGE 20, 162 (Spiegel-Urteil)	438
51. BVerfGE 102, 347 (Benetton / Schockwerbung)	451
52. BVerfGE 52, 283 (Tendenzbetrieb)	461
53. BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung)	471
54. BVerfGE 57, 295 (3. Rundfunkentscheidung)	475
55. BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkentscheidung)	484
56. BVerfGE 35, 202 (Lebach)	486
§ 13. Liberdade artística (Art. 5 III GG)	495
57. BVerfGE 30, 173 (Mephisto)	495
§ 14. Proteção do casamento e da família (Art. 6 GG)	501
58. BVerfGE 6, 55 (Steuersplitting)	502
59. BVerfGE 47, 46 (Sexualkundeunterricht)	505
§ 15. Direitos fundamentais escolares e liberdade de estabelecimento escolar privado (Art. 7 GG)	513
60. BVerfGE 52, 223 (Schulgebet)	514
§ 16. Liberdade de reunião (Art. 8 I GG)	523
61. BVerfGE 69, 315 (Brokdorf)	523
62. BVerfGE 92, 1 (Sitzblockaden II)	543
63. BVerfGE 85, 69 (Eilversammlung)	552
§ 17. Liberdade (geral) de associação e de criação de associações profissionais (Art. 9 GG)	557
64. BVerfGE 19, 303 (Dortmunder Hauptbahnhof)	557
65. BVerfGE 42, 133 (Wahlwerbung)	563
66. BVerfGE 28, 295 (Mitgliederwerbung I)	566
67. BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz)	567
68. BVerfGE 84, 212 (Aussperrung)	574
69. BVerfGE 92, 365 (Kurzarbeitergeld)	582

§ 18. Sigilo da correspondência, postal e da comunicação telefônica (Art. 10 GG)	589
§ 19. Liberdade de locomoção (Art. 11 GG)	591
§ 20. Liberdade profissional (Art. 12 GG)	593
70. BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil)	593
71. BVerfGE 41, 378 (Rechtsberatungsgesetz)	616
72. BVerfGE 39, 210 (Mühlenstrukturgesetz)	618
73. BVerfGE 11, 30 (Kassenarzi-Urteil)	620
74. BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung)	623
75. BVerfGE 19, 330 (Sachkundenachweis)	633
76. BVerfGE 86, 28 (Sachverständigenbestellung)	638
77. BVerfGE 53, 135 (Puffreisschokolade)	646
78. BVerfGE 95, 173 (Tabakwarnhinweise)	649
79. BVerfGE 33, 303 (Numerus Clausus)	656
80. BVerfGE 98, 169 (Arbeitspflicht)	667
§ 21. Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)	673
81. BVerfGE 32, 54 (Betriebsbetretungsrecht)	676
82. BVerfGE 51, 97 (Zwangsvollstreckung I)	683
83. BVerfGE 109, 279 (Lauschangriff)	688
§ 22. Garantia do instituto da propriedade privada e direito fundamental à propriedade (Art. 14 e 15 GG)	719
84. BVerfGE 38, 348 (Zweckentfremdung von Wohnraum)	721
85. BVerfGE 14, 263 (Feldmühle-Urteil)	725
86. BVerfGE 21, 73 (Grundstückverkehrsgesetz)	729
87. BVerfGE 25, 112 (Niedersächsisches Gesetz)	734
88. BVerfGE 31, 229 (Schulbuchprivileg)	738
89. BVerfGE 46, 325 (Zwangsversteigerung)	743
90. BVerfGE 52, 1 (Kleingarten)	745
91. BVerfGE 58, 300 (Nassauskiesung)	755
92. BVerfGE 68, 361 (Eigenbedarf I)	760
93. BVerfGE 100, 226 (Denkmalschutz)	765
94. BVerfGE 93, 121 (Einheitswerte II)	775

§ 23. Proteção contra a retirada da cidadania e extradição, e direito ao asilo político (Art. 16 e 16a GG)	781
95. BVerfGE 74, 51 (Nachfluchtatbestände)	783
96. BVerfGE 80, 315 (Tamilen)	787
97. BVerfGE 81, 142 (Terroristische Betätigung im Exil)	789
98. BVerfGE 94, 49 (Sichere Drittstaaten)	793
§ 24. Direito de petição (Art. 17 GG)	799
§ 25. Garantia da via judicial (Art. 19 IV GG)	801
99. BVerfGE 10, 264 (Vorschuss für Gerichtskosten)	801
100. BVerfGE 24, 33 (AKU-Urteil)	803
101. BVerfGE 35, 382 (Ausländerausweisung)	805
102. BVerfGE 37, 150 (Sofortiger Strafvollzug)	812
103. BVerfGE 84, 34 (Gerichtliche Prüfungskontrolle)	813

3ª Parte:

DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL II

(Direito de Organização do Estado)

§ 26. Princípios constitucionais do Estado I:	
Ordem federativa (Art. 20 I GG)	821
104. BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung)	821
§ 27. Princípios constitucionais do Estado II:	
Estado social (Art. 20 I GG)	827
105. BVerfGE 40, 121 (Waisenrente II)	827
106. BVerfGE 59, 231 (Freie Mitarbeiter)	829
107. BVerfGE 100, 271 (Lohnabstandsklausel)	831
§ 28. Princípios constitucionais do Estado III:	
Estado democrático (Art. 20 I e II GG)	837
108. BVerfGE 44, 125 (Öffentlichkeitsarbeit)	837

§ 29. Princípios constitucionais do Estado IV:	
Estado de direito (Art. 20 II 2 e III GG)	845
109. BVerfGE 8, 274 (Preisgesetz)	845
110. BVerfGE 9, 137 (Einfuhrgenehmigung)	848
111. BVerfGE 17, 306 (Mitfahrzentrale)	852
112. BVerfGE 48, 210 (Ausländische Einkünfte)	855
113. BVerfGE 49, 89 (Kalkar I)	859
114. BVerfGE 34, 269 (Soraya)	865
115. BVerfGE 30, 367 (Bundesentschädigungsgesetz)	869
§ 30. Direitos adquiridos do funcionalismo	
público (Art. 33 V GG)	875
116. BVerfGE 8, 1 (Teuerungszulage)	875
117. BVerfGE 44, 249 (Alimentationsprinzip)	880
118. BVerfGE 39, 334 (Extremistenbeschluss)	885
4ª Parte:	
DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL	
E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS	
§ 31. Controle concreto da constitucionalidade das normas	
(Art. 100 I GG)	893
119. BVerfGE 1, 184 (Normenkontrolle I)	893
120. BVerfGE 2, 124 (Normenkontrolle II)	897
§ 32. Direito ao juiz legal (Art. 101 I 2 GG)	
121. BVerfGE 4, 412 (Gesetzlicher Richter)	899
122. BVerfGE 42, 237 (Vorlagepflicht)	903
§ 33. Extinção da pena capital (Art. 102 GG)	
123. BVerfGE 18, 112 (Auslieferung I)	907
§ 34. Direito ao contraditório em processo	
judicial (Art. 103 I GG)	913
124. BVerfGE 9, 89 (Gehör bei Haftbefehl)	913
125. BVerfGE 41, 246 (Baader-Meinhof)	917
126. BVerfGE 25, 158 (Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen)	920

§ 35. <i>Nulla poena sine lege</i> e proibição da retroatividade das leis penais (Art. 103 II GG)	925
127. BVerfGE 14, 174 (Gesetzgebundenheit im Strafrecht)	925
128. BVerfGE 32, 346 (Strafbestimmungen in Gemeindesatzungen)	929
129. BVerfGE 26, 41 (Grober Unfug)	931
130. BVerfGE 25, 269 (Verfolgungsverjährung)	934
§ 36. <i>Ne bis in idem</i> (Art. 103 III GG)	941
131. BVerfGE 23, 191 (Dienstflucht)	941
§ 37. Garantias do preso (Art. 104 GG)	945
132. BVerfGE 10, 302 (Vormundschaft)	945
ANEXOS	951
I. Excertos da <i>Grundgesetz</i> (GG) e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG)	953
II. Quadro sinótico das Decisões apresentadas	977
1. Ordem de assuntos e aplicação dos dispositivos constitucionais	977
2. Ordem cronológica	982
III. Index Remissivo Conceitual	987
IV. Bibliografia	991

Prefácio

A idéia deste livro surgiu de inúmeras conversas que mantive, como Diretor do *Programa Estado de Direito* da Fundação Konrad Adenauer, com juizes e professores de diferentes países sul-americanos, que enfatizaram o quanto seria importante dispor de uma coletânea das principais decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Custou-me acreditar que ainda não existia uma tradução deste tipo.

As sentenças aqui traduzidas e publicadas foram colhidas no livro “*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*” (Decisões do Tribunal Constitucional Federal), de autoria do constitucionalista hamburguês Prof. Dr. Jürgen Schwabe, que é professor efetivo da Universidade de Hamburgo desde 1979. Trata-se de uma compilação dos trechos mais importantes das principais sentenças proferidas por este tribunal nos últimos 50 anos. Seu trabalho não somente é de leitura obrigatória nas faculdades de direito da Alemanha como se encontra invariavelmente em toda boa biblioteca jurídica. Schwabe limita-se às mais importantes das mais ou menos 116.000 sentenças e decisões do Tribunal Constitucional Federal existentes até agora, oferecendo, assim, um instrumento irrenunciável a quem pretende situar-se na intensa produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão. O Professor Leonardo Martins, da Universidade Federal do Mato Grosso do sul (UFMS), organizou a presente obra, acrescentando à coletânea original do Professor Jürgen Schwabe, além de algumas decisões e demais excertos por aquele não contemplados, um capítulo bastante minucioso de introdução aos aspectos jurídico-processuais e jurídico-materiais da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, sínteses da respectiva matéria das 132 decisões por ele trabalhadas, notas de

introdução a vários capítulos e notas explicativas de diversos excertos, além de ampla referência doutrinária e sistematização da jurisprudência. Para a tradução, formou uma equipe composta por ele e por Beatriz Henning, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira.

Por ocasião do quinquagésimo aniversário do Tribunal Constitucional Federal, a publicação tem por objeto facilitar o trabalho de juízes federais, magistrados da Justiça comum e funcionários do Poder Judiciário, professores de direito, pesquisadores e estudantes do Brasil, graças ao acesso às decisões desse compêndio, já que, como observei, elas são citadas de modo recorrente, embora ainda não exista uma tradução completa para a língua portuguesa.

Indubitavelmente, a jurisprudência alemã não pode ser aplicada em uma relação 1:1 nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos. Neste diapasão, deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida. Não obstante, acredito que, em muitas ocasiões, a jurisprudência alemã, com sua profundidade dogmática e sua riqueza de detalhes, possa constituir ao menos um auxílio na interpretação das normas constitucionais estrangeiras.

Nossas constituições baseiam-se, em grande medida, nos mesmos princípios, e garantem os mesmos direitos; em alguns casos, até no seu teor são idênticas. Isto porque as constituições latino-americanas foram, de modo geral, concebidas consoante o modelo das constituições européias e norte-americana. Entretanto, na realização dos direitos fundamentais não foi atingido em todos os lugares idêntico padrão. O traslado das liberdades e direitos garantidos para a realidade social requer uma instituição independente, cuja função seja a de vigiar esse processo. Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão teve 50 anos para desenvolver sua jurisprudência constitucional, nos países latino-americanos os tribunais constitucionais e as salas constitucionais são criações relativamente recentes – ou ainda por realizar-se.

A função da jurisdição constitucional não é apenas a de exercer intervenção restritiva e reguladora, mas de vincular os direitos fundamentais ao permanente processo de transformação social. Devido ao crescente número de inovações técnicas e científicas, afloram sempre inéditas, e até então inimagináveis, questões éticas. Aqui se assinala que a função de um defensor da constituição, institucionalizado por meio do Estado, é, antes de mais nada, a de interpretação. Tenta-se analisar à luz da Constituição os novos desenvolvimentos e integrar as concepções existentes aos novos processos sociais. Em

forma breve: os artigos constitucionais formulados concisamente requerem uma concretização. Na Alemanha, esta função tem sido cumprida de forma decisiva pelo Tribunal Constitucional Federal com sede em *Karlsruhe (Baden-Württemberg)*, reconhecido hodiernamente como verdadeiro “defensor da Constituição”. Em seus mais de cinquenta anos de existência, essa instituição tornou-se, em solo alemão, o fundamento básico de uma democracia e de um Estado de Direito estáveis.

A que circunstâncias se deve, então, que o Tribunal Constitucional Federal alemão cumpra este importante papel? Eu diria que, primeiramente, à hierarquia de sua posição no Estado e, em seguida, à sua organização e estrutura. Segundo a Lei Fundamental, isto é, a Constituição alemã, o Tribunal Constitucional Federal é um órgão constitucional (“*Verfassungsorgan*”) equiparado ao governo federal, ao parlamento federal, à câmara federal dos Estados ou ao presidente federal. Os juizes constitucionais têm a última palavra em todas as questões concernentes à interpretação da Lei Fundamental. Decidem com força constitucional como se deve responder a uma questão constitucional em caso de opiniões divergentes e de conflitos de competência entre os órgãos constitucionais. Nesta medida, o Tribunal Constitucional Federal, como órgão máximo de solução de controvérsias, encontra-se acima de todas as instâncias estatais. Dispõe de poder de controle constitucional ilimitado perante os três órgãos do poder estatal. Suas decisões vinculam os três poderes, são inimpugnáveis e possuem, nos casos particulares, força de lei objetiva.

A organização do Tribunal é de todo compatível com essa posição. Compõe-se de duas salas, cada uma com oito juizes. Estes são escolhidos pelo parlamento federal e pela câmara federal dos Estados por maioria de dois terços, para um período de doze anos, excluída a possibilidade de reeleição. Em matéria administrativa, o Tribunal Constitucional Federal não está submetido à supervisão de um ministério, mas se auto-administra e decide sobre o montante de seu orçamento, que é inserido no orçamento nacional. Está separado em todos os aspectos dos demais órgãos constitucionais; tem os mesmos direitos que eles e dispõe de independência constitucional ilimitada. Somente como órgão constitucional autônomo, formal e institucionalmente, é possível que o Tribunal Constitucional Federal possa zelar pela conservação e pelo respeito do ordenamento constitucional alemão pelos outros poderes estatais, especialmente o legislativo.

A função do Tribunal Constitucional é a concretização da Constituição por meio de sua interpretação. Deste modo, sua tarefa é desenvolvida, não apenas no campo do conhecimento do direito, mas também no da criação. Daí decorre que no centro de sua jurisprudência se encontre a proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal determina

as diferentes funções de um direito fundamental, e dá sempre prevalência àquela interpretação que expressa com maior vigor a efetividade jurídica da norma respectiva.

O Tribunal Constitucional Federal tem entendido e estruturado os direitos fundamentais, não apenas como um direito de defesa subjetivo determinado do cidadão perante o poder público, mas também como uma ordem objetiva de valores. Esta ordem reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humanas como o fim supremo do direito, e permeia jurídica e objetivamente a totalidade do ordenamento legal. Daí que o Tribunal Constitucional Federal não somente tenha interpretado, estruturado e ocasionalmente ampliado os direitos fundamentais em sua forma individual, mas também estruturado a totalidade do sistema de direitos fundamentais em um complexo fechado de valores e garantias.

Todas as instituições estatais estão obrigadas a respeitar a Lei Fundamental alemã. Em caso de controvérsia, pode-se recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Cabe a este, juntamente com a solução das controvérsias de caráter legal e organizacional, sobretudo a proteção constitucional do cidadão.

Toda pessoa que sentir que seus direitos fundamentais foram violados pelo poder público pode interpor uma Reclamação Constitucional. Este pode ser dirigido contra a medida de uma autoridade, contra uma sentença de um tribunal ou contra uma lei. Todavia, nem todas as petições elevadas anualmente – cerca de 5.000, em média – são recebidas para a decisão dos juízes constitucionais. É pressuposto de sua admissibilidade que a petição traga implícito um significado constitucional fundamental, quer porque a violação do direito fundamental invocada tenha peso significativo, quer porque o recorrente se veja ameaçado por prejuízos expressivos. Estes quesitos só foram cumpridos, até o momento, por 2,5% das petições. Em minha opinião, a fortaleza e o reconhecimento do Tribunal Constitucional Federal baseiam-se também no fato de que não se pronuncia sobre qualquer petição mas, ao contrário, mantém uma seleção bastante criteriosa.

É preciso diferenciar a decisão sobre a aceitação da petição, da admissibilidade da Reclamação Constitucional. Esta representa o segundo obstáculo antes que o juiz constitucional se ocupe diretamente do assunto. A Reclamação Constitucional geralmente é admissível somente depois de o recorrente ter recorrido aos tribunais competentes sem qualquer sucesso. Deve ser impetrado por escrito e estar fundamentado. Não se requer procurador judicial. As custas processuais são suportadas pelo Estado.

Os efeitos políticos do Tribunal Constitucional Federal se tornam evidentes quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei, decidem-se os conflitos de competência entre o executivo e o legislativo, ou se dissolve um partido político inconstitucional (o

que tem ocorrido muito raramente nos últimos 50 anos). Mas também a tarefa interpretativa do juiz constitucional influi inevitavelmente na esfera política. A respeito, pergunta-se qual a legitimidade do tribunal na vida do ordenamento político e, portanto, para intervir, regulando a tarefa do legislador democrático.

A competência do tribunal se esclarece na própria idéia do sistema constitucional alemão, fundado na absoluta prevalência da Constituição. O juiz constitucional está afastado da luta política diária. Sua independência, garantida pessoal e materialmente na Lei Fundamental, oferece-lhe garantias e o torna imune perante os processos políticos, a respeito dos quais tem o direito de se pronunciar. Na Alemanha, a decisão a respeito da realização ótima do bem comum se mantém sempre como tema político.

Por outra parte, uma instituição que está dotada de competência tão ampla deve sempre levar em conta os limites do próprio poder de decisão. O princípio da separação de poderes requer moderação no uso do poder. Neste sentido, o Tribunal está pensado com base na autolimitação judiciária e no respeito aos demais órgãos constitucionais. Segundo as peculiaridades do campo temático, as possibilidades de conhecimento e a importância do respectivo bem jurídico exigem reserva. Isto é válido especialmente no caso de decisões prognósticas, de decisões sobre a condição necessária e no caso do controle de atos do legislativo e do executivo no âmbito da política externa e econômica. Além disso, o Tribunal não pode intervir por iniciativa própria, mas somente sob petição. Desta forma, está limitado à reação e ao controle.

Devo especial agradecimento ao Prof. Dr. Jürgen Schwabe, que generosamente permitiu ao *Programa Estado de Direito* da Fundação Konrad Adenauer a tradução de seu trabalho para o português para que fosse acessível aos leitores brasileiros. Por seu trabalho de organização agradeço ao Professor Leonardo Martins; pela tradução à sua competente equipe composta por ele e por Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Espero que a coletânea que estou apresentando seja útil.

Dr. iur. JAN WOISCHNIK
*Diretor do Programa Estado de Direito
para a América do Sul
Fundación Konrad Adenauer
Montevideo, Uruguay*

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 Gerales 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 Européia 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 Européia” – 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, nº 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 editorem 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, n° 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 consequência 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 prolatação 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 pétreia 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 sumt 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 conseqüência 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 freqüência 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 exclua 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 re-promulgação 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 / KORIOETH (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.*

PRIMEIRA PARTE

Preliminares Conceituais e Dogmáticas

§ 1.

Quanto à interpretação

NOTA INTRODUTÓRIA

As três decisões reproduzidas neste capítulo referem-se a clássicos problemas envolvendo a interpretação de normas constitucionais. O TCF trata das peculiaridades da interpretação de normas constitucionais quando comparada à interpretação de normas infraconstitucionais, definindo certos parâmetros para o controle destas em face daquelas (controle de constitucionalidade).

Os problemas das três decisões são, no entanto, bastante distintos entre si: enquanto o problema da primeira decisão é a necessidade de se demonstrar que o legislador recepcionou a norma pré-constitucional para que essa possa ser objeto do controle concreto, a segunda trata do principal limite à interpretação conforme a Constituição e sua consequência processual. Além, portanto, de estabelecer diretrizes gerais da interpretação normativa, tais decisões se ocupam também das condições de admissibilidade do controle concreto, sobretudo do seu possível objeto. Já a terceira decisão, que se tornou polêmica, como já visto no capítulo de introdução (IV. 3. b)), trata da extensão da interpretação vinculante do direito infraconstitucional em face da *Grundgesetz* pelo TCF.

1. BVERFG 11, 126

(NACHKONSTITUTIONELLER BESTÄTIGUNGSWILLE)

Controle concreto

17/05/1960

MATÉRIA:

Trata-se de excertos de uma decisão (*Beschluss*) prolatada em um processo de controle concreto a partir de uma Apresentação do Tribunal Estadual de *Waldshut*, que questionava a constitucionalidade do § 401 do antigo Código Tributário (*Abgabenordnung*), de 22 de maio de 1931 (anterior à *Grundgesetz*, que seria promulgada somente em maio de 1949). Esse dispositivo previa penas para a sonegação do imposto de importação, consideradas pelo tribunal representante como inconstitucionais, tendo em vista, entre outros, o princípio do Estado de direito e da proporcionalidade entre gravidade da ação e pena.

A apresentação não foi admitida, porque se tratava, segundo o TCF, ao contrário da tese defendida pelo tribunal representante, de direito pré-constitucional que não pode ser objeto do controle concreto²¹¹. O centro da questão girou em torno da interpretação da presença ou não da **vontade de homologação pós-constitucional** (*Nachkonstitutioneller Bestätigungswille*), ou seja, se o legislador quis reeditar a norma pré-constitucional, porque já avaliara sua validade em face do texto constitucional, que posteriormente entrou em vigor, tornando-a, então, apta ao controle concreto (concentrado na competência do TCF) ou se, pelo contrário, não o fez, com a consequência de que, para o seu controle, o próprio tribunal representante é competente (*lex posteriori derogat lex anteriori*).

No final do excerto aqui reproduzido e traduzido (sob **B. I. 2.**), o TCF nomeia alguns critérios objetivos para aferir a chamada “vontade de homologação” de direito pré-constitucional pelo legislador.

Uma norma anterior à Constituição somente será recepcionada segundo a vontade do legislador pós-constitucional quando for possível deduzir objetivamente a vontade de homologação a partir do conteúdo da própria lei ou também – em caso de alterações da lei – da precisa relação objetiva entre as normas inalteradas e as alteradas.

²¹¹ Cf., no capítulo de introdução, sob **II. 3. c)**.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 17 de maio de 1960

– 2 BvL 11/59, 11/60 –

(…)

RAZÕES

A. I. – II.

(…)

B.

As apresentações não são admitidas.

I.

1. Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, as normas que foram publicadas antes da entrada em vigor da *Grundgesetz*, em 24 de maio de 1949 (as chamadas leis pré-constitucionais), não estão por princípio sujeitas ao exame previsto no Art. 100 I 1 GG (cf. BVerfGE 2, 124 [128 *et seq.*]; 3, 45 [48]; 4, 331 [341]; 10, 129 [131]).

Uma exceção a esse princípio se aplica, segundo uma decisão do Tribunal Constitucional Federal de 17 de janeiro de 1957, àquelas normas pré-constitucionais que o legislador aceitou recepcionar após a *Grundgesetz* ter entrado em vigor (BVerfGE 6, 55 [65], 7, 282 [290], 8, 210 [213 *et seq.*], 9, 39 [46]; 10, 129 [132]; 10, 185 [191]).

Contra a fundamentação dessa decisão foram, em parte, apresentadas objeções.

Cf. Vangerow, StuWi. 1957, 262; Klein, DÖV 1957, 567; Sievers, DRiZ 1957, 78; Hildegard Krüger in: Krüger/Breetzke/Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, 1958, p. 106 et seq.; Oswald, DVBl. 1958, 563; Forsthoff in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, p. 57; Herholz, DÖV 1959, 371.

Alguns autores consideram que o Judiciário atribuiria importância à vontade dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, ainda que essa mesma vontade não estivesse expressa na lei. Contudo, tal concepção não é defendida na decisão de 17 de janeiro de 1957. Ela contradiria também os princípios reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Federal sobre finalidade e métodos da interpretação da lei.

Enquanto a teoria “subjetiva” parte da vontade histórica do “legislador” = autor da lei, dos seus motivos em seu contexto histórico, na teoria “objetiva”, que encontrou reconhecimento cada vez mais forte na jurisprudência e na literatura especializada, o

objeto da interpretação é a própria lei, ou seja, a vontade do legislador objetivada na lei. “O Estado não fala por meio das opiniões pessoais dos participantes do processo de elaboração da lei, mas somente pela própria lei. A vontade do legislador coincide com a vontade da lei” (*Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 4ª edição, 1950, p. 210 *et seq.*).

A esse objetivo de interpretação opera a hermenêutica, com base no texto da norma (interpretação gramatical), no seu contexto (interpretação sistemática), na sua finalidade (interpretação teleológica), nos materiais legais²¹² [interpretação genética] e nos antecedentes normativos (interpretação histórica).

Para compreender a vontade objetiva do legislador são permitidos todos esses métodos de interpretação. Eles não se excluem mutuamente, mas se complementam. Isso vale também para a utilização dos materiais legais, quando estes possibilitem tirar conclusões sobre o conteúdo objetivo da lei. Obviamente, os “debates que precedem a promulgação de uma lei podem ser utilizados para a interpretação desta sempre com um certo cuidado, via de regra apenas como apoio” (RGZ 128, 111). Eles não devem induzir à equiparação das idéias das instâncias legisladoras ao conteúdo objetivo da lei (por exemplo, cf. já RGZ 27, 411, Bayer VerfGH NF Vol. 3 II 1950, p. 15 [124]). A vontade do legislador pode ser considerada na interpretação da lei apenas quando ela foi expressa na própria lei de forma suficientemente definida (cf. p.ex. BGH LM n° 3 sobre § 133 BGB).

O Tribunal Constitucional Federal já declarou, em sua decisão de 21 de maio de 1952 (BVerfGE 1, 299 [312]), que para a interpretação de uma norma é decisiva a vontade do legislador, nela objetivada e expressa na forma como resulta do texto do dispositivo legal e do contexto, e que a história da elaboração de uma norma só tem importância para sua interpretação “quando confirma ou elimina dúvidas sobre a exatidão de uma interpretação, surgida depois da aplicação dos demais métodos hermenêuticos, dúvidas essas que não puderam ser eliminadas por aqueles”. Em sua decisão de 15 de dezembro de 1959 (BVerfGE 10, 234 [244]), o Tribunal ratificou novamente esses princípios.

2. A “vontade do legislador” é a vontade objetivada na lei. Uma norma pré-constitucional só é recepcionada na vontade do legislador pós-constitucional quando se pode deduzir objetivamente uma vontade de homologação a partir do conteúdo da própria lei, ou também – em casos de alterações de lei – a partir da precisa relação objetiva entre

²¹² Registro dos debates e deliberações parlamentares (histórico do processo legislativo específico = interpretação genética). A interpretação histórica, por sua vez, como mostra o texto, parte dos antecedentes normativos não mais vigentes, mas cuja evolução redundou na norma interpretanda.

as normas inalteradas e as alteradas. Os motivos e as idéias dos membros dos órgãos do Poder Legislativo não são decisivos, nesse caso, se não estiverem expressos na lei.

Por isso, não se trata de homologação quando o legislador apenas aceita uma norma já existente antes de promulgada a *Grundgesetz*, não a modificando ou a revogando em um primeiro momento. Também não se pode deduzir a partir da alteração de dispositivos isolados de uma lei pré-constitucional que o legislador examinou e cujos demais dispositivos homologou. Assim, não procede o entendimento segundo o qual toda alteração de uma lei pré-constitucional por parte do legislador federal tornaria a lei inteira uma norma pós-constitucional, porque o legislador estaria mostrando com isso que considera a parte inalterada como constitucional. Principalmente em se tratando de leis gerais abrangentes, não se pode supor que o legislador tenha examinado e aceitado a constitucionalidade da lei em sua totalidade partindo de alterações isoladas.

Para se recepcionar uma norma pré-constitucional, o legislador tem que claramente revelar sua vontade concreta de homologação *na lei*. Este é, p.ex., o caso quando a norma antiga é novamente promulgada, quando a nova norma (pós-constitucional) se refere à norma antiga ou quando uma área jurídica restrita e facilmente compreendida é alterada totalmente pelo legislador pós-constitucional, restando evidente, a partir da estrita relação objetiva da norma alterada com a antiga, que o legislador pós-constitucional não pode ter assumido a norma antiga sem o devido exame prévio.

II.

1. – 3. (...).

2. BVERFGE 8, 28 (BESOLDUNGSRECHT)

Controle concreto

11/06/1958

MATÉRIA:

O Superior Tribunal Estadual de *Nürnberg* apresentou ao TCF sua dúvida quanto à constitucionalidade da lei de mudança e complementação do **salário do funcionalismo público** (*Besoldungsrecht*) em face do Art. 3 I GG (igualdade), porque esta excluía do rol de contemplados por um aumento salarial de vinte por cento certas categorias de aposentados, como o autor da ação original (um funcionário dos correios do antigo Reich).

Esta ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Estadual de *Nürnberg* por não ter seu autor direito segundo a nova lei.

A Apresentação não foi admitida pelo TCF, em síntese, porque faltaria a relevância para a decisão do caso concreto, mesmo que a parte especificamente questionada do § 6º I da lei fosse declarada inconstitucional, pois, uma vez suprimida uma parte do dispositivo, ele não seria estendido a grupos antes não contemplados, mas ficaria mais restrito. O TCF diz na decisão que propósitos e objetivos claros do legislador não podem ser deturpados por interpretação conforme a Constituição. O TCF não entra no mérito da constitucionalidade. Indica, outrossim, o meio processual idôneo para o seu questionamento no caso: uma Reclamação Constitucional direta contra Ato Legislativo (implicitamente também controle abstrato).

Hodiernamente, tais questões, envolvendo o possível surgimento de lacunas devido a redução de texto normativo provocado por declaração de inconstitucionalidade, têm sido resolvidas com a “variante” de decisão declaração de (mera) incompatibilidade com a Constituição (cf. Cap. Introdução, sob IV. 2.). O TCF dá um prazo ao legislador para que ele supra a inconstitucionalidade em face do Art. 3 I GG.

1. O juiz não pode dar, por meio de interpretação “conforme a constituição”, a uma lei de texto e sentido inequívocos, um significado oposto àqueles.
2. - 3. (...).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 11 de junho de 1958

– 1 BvL 149/52 – 33 –

(...)

RAZÕES

A.

1. – 3. (...).

B.

A Apresentação não é admitida.

1. (...).

2. (...).

(...) assim, a vontade da lei, deduzida claramente do texto e da sua gênese, não deixaria margem a uma interpretação judicial complementar se o tribunal quisesse fundamentá-la com seu dever de interpretação da lei “conforme a constituição”.

O Tribunal Constitucional Federal até constatou na decisão de 7 de maio de 1953 – BVerfGE 2, 266 [282] – que “na dúvida, uma interpretação da lei conforme a constituição” seria imperiosa. Porém, acrescentou que “evidentemente a finalidade da lei não pode ser desconsiderada”. Ele mesmo precisou aplicar à época o mandamento da interpretação conforme a constituição no caso decidido apenas para rejeitar uma interpretação ampla da lei que não era mais compatível com a Constituição, ainda que uma tal interpretação ampla – o que pôde ficar em suspenso²¹³ – tivesse correspondido ao que pensava o legislador. Ao invés disso, o Tribunal Constitucional Federal declarou necessária uma interpretação mais estrita, que correspondesse à vontade da lei e, ao mesmo tempo, fosse compatível com a Constituição. Em sede de conclusão, aquela [interpretação estrita] manteve, da intenção do legislador, o máximo que podia ser mantido em consonância com a Constituição. Pôde ficar sem decisão a questão de se saber se as intenções do legislador excediam os limites constitucionais.

No presente caso, pode ser incerto até que ponto o mandamento da interpretação conforme a Constituição pode permitir ao juiz ordinário restringir ou complementar a vontade do legislador. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu, na decisão de 17 de junho de 1953 – BVerfGE 2, 336 [340, 341], tal possibilidade só se, com base no direito vigente, somente uma regulamentação positiva pode ser considerada como respeitando o princípio da igualdade, sendo isso compatível com o teor da lei. De forma alguma, porém, a interpretação conforme a Constituição pode falsear ou errar na concretização do objetivo do legislador em um ponto essencial. Mas este seria o caso aqui. O § 6 I da Lei de Derrogação (*Änderungsgesetz*) é inequívoco. A “interpretação conforme a Constituição” pretendida pelo Superior Tribunal Estadual atribuiria justamente um sentido oposto ao do texto legal, que é claro. O Tribunal interviria com isso não apenas nas competências do legislador, mas também na do Tribunal Constitucional Federal, pois, nos termos do Art. 100 I GG, só a este é reservada a

²¹³ Ou seja, não precisou ser decidido, tendo em vista que o objeto do exame não o demandou. Frequentemente, lê-se uma tal expressão na jurisprudência do TCF. O TCF não está vinculado às alegações das “partes” ou participantes dos processos, podendo decidir sobre questão de constitucionalidade não levantada por aqueles ou pelos tribunais que eventualmente julgaram processos de origem (caso da Reclamação Constitucional e do controle concreto). Porém, costuma não discutir e decidir questão incidental que não tenha relevância imediata para o caso em pauta. Cf. **Cap. Introdução**, sobretudo sob IV.

competência de declarar como inconstitucional uma lei – promulgada dentro da vigência da *Grundgesetz*, cujo sentido e texto a contrarie claramente – aqui em seu Art. 3 GG.

(...).

3. – 4. (...).

3. BVERFG 40, 88 (FÜHRERSCHEIN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/05/1975

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão (*Beschluss*) que julgou inconstitucional uma sentença de primeira instância do foro de *Laufen* e sua confirmação pela decisão do Tribunal Estadual de *Traunstein* por terem violado o Art. 103 I GG (Direitos à inafastabilidade da tutela jurisdicional e ao contraditório). As decisões impugnadas interpretaram, segundo o TCF, normas processuais relativas à preclusão da prática de atos processuais (no caso, sobretudo em face do efeito da revelia em processo penal) sem considerar a interpretação dada a tais dispositivos pela jurisprudência do TCF. A decisão trabalha implicitamente com a difícil fronteira entre direito constitucional específico (competência exclusiva do TCF) e direito infraconstitucional ordinário (competência exclusiva dos demais tribunais de acordo com a matéria específica).

O caso do processo originário diz respeito a um cidadão austríaco pego dirigindo em território alemão somente com sua **carteira de habilitação de motorista** (*Führerschein*) austríaca. Foi indiciado pela autoridade policial alemã. Citado por intermédio da entrega do mandado na agência do correio, perdeu o prazo para a apresentação da defesa. Seu advogado requereu, no entanto, restabelecimento do *status quo ante* (devolução do prazo) alegando um motivo legal para tanto: como professor primário, estaria gozando férias de 8 de julho a 15 de agosto daquele ano de 1974, não valendo para ele em geral prazos que corram nesse período. O juiz de primeira instância, no entanto, não ficou convencido de que o acusado estaria passando férias no período em pauta e, de resto, considerou que o acusado deveria ter tomado providências no sentido de ser informado sobre a citação, vez em que já a esperava. Por isso, denegou o pedido de devolução do prazo. Contra essa decisão, o acusado impetrou uma

reclamação ordinária (*einfache Beschwerde*) julgada improcedente pelo Tribunal Estadual de *Traunstein*. Na fundamentação, o Tribunal Estadual deixou claro que interpretava o antigo dispositivo não mais vigente do § 45 I 1 StPO (Código de Processo Penal) que tratava da questão do prazo em face da *Grundgesetz* de maneira diferente da jurisprudência do TCF. O TCF, porém, impôs sua competência de intérprete privilegiado da *Grundgesetz*, competência essa que ele entende ser derivada do § 31 I BVerfGG, que define o vínculo dos demais órgãos constitucionais às decisões do TCF (cf. análise no Capítulo de Introdução sob IV. 3 b).

1. A interpretação e a aplicação de leis ordinárias são matéria dos tribunais ordinários mais próximos das provas objeto da lide. De outra parte, o Tribunal Constitucional Federal deve determinar de forma vinculante os parâmetros ou limites decorrentes do direito constitucional para a interpretação de uma lei ordinária.
2. Em decidindo o Tribunal Constitucional Federal, em sede de uma “interpretação conforme a Constituição” de norma do direito infraconstitucional, que certas interpretações dessa norma, em si possíveis, não são compatíveis com a *Grundgesetz*, então nenhum outro tribunal poderá considerar constitucionais tais interpretações possíveis.
3. (...).

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 10 de junho de 1975

– 2 BvR 1018/74 –

(...)

RAZÕES

A. - I. - III.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

I.

As decisões impugnadas violam o Art. 103 I GG.

1. (...).
2. (...) o Tribunal Constitucional Federal decidiu que aquele cidadão, que tem domicílio permanente, não o utilizando destarte só temporariamente durante as férias, não precisa

tomar cuidados especiais com relação a possíveis citações ou intimações judiciais. Pelo contrário, ele pode pressupor que será restituído ao *status quo ante* [devolução dos prazos processuais] no caso de, durante sua ausência, receber pelo correio uma decisão judicial penal sumária²¹⁴ (ou uma intimação para pagamento de pena pecuniária), e tenha perdido o prazo recursal por ignorar esta intimação substitutiva. (...).
(...).

3. Na medida em que o Tribunal Estadual, referindo-se a uma decisão da Câmara do Tribunal de 2 de janeiro de 1974 (NJW 1974, p. 657 *et seq.*), afirmou poder divergir dos princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre a restituição ao *status quo ante* em casos de primeiro acesso ao tribunal, ele desconhece, de forma inconstitucional, o alcance e efeito vinculante dessa jurisprudência.

O § 31 BVerfGG vincula, de forma geral, todos os tribunais situados dentro do campo de aplicação da lei às decisões do Tribunal Constitucional Federal. Quando o Tribunal Constitucional Federal declara a nulidade ou validade de um dispositivo legal, sua decisão tem força de lei nos termos do § 31 II BVerfGG. Mas, também em outros casos, as decisões do Tribunal Constitucional Federal desenvolvem, segundo § 31 I BVerfGG, um efeito vinculante que vai além do caso particular, já que princípios decorrentes do dispositivo e dos motivos que fundamentam a decisão devem ser considerados pelos Tribunais, em todos os casos futuros, na interpretação da Constituição (BVerfGE 19, 377 [391 *et seq.*], 20, 56 [187], 24, 289 [2971]).

O § 31 BVerfGG reconhece o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma vez que o exige a função do Tribunal Constitucional Federal como intérprete decisivo e guardião da Constituição. O efeito vinculante restringe-se, por isso, aos trechos relativos aos motivos da decisão que dizem respeito à interpretação e aplicação da *Grundgesetz*. Ele não se estende a questões que têm como objeto apenas a interpretação e a aplicação de leis ordinárias. A interpretação e aplicação de leis ordinárias são matéria dos tribunais ordinários mais próximos das provas, objeto da lide. Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal deve determinar os parâmetros ou limites decorrentes do Direito Constitucional para a interpretação de uma lei ordinária. Em decidindo o Tribunal Constitucional Federal, em sede de uma “interpretação conforme

²¹⁴ O “*Strafbefehl*”, essa espécie de decisão penal sumária, é aplicada no lugar de uma decisão penal ordinária (*Strafurteil*), em casos de contravenção, após requerimento do Ministério Público e ouvido o acusado.

a Constituição” de norma de direito infraconstitucional, que certas interpretações dessa norma, em si possíveis, não são compatíveis com a *Grundgesetz*, nenhum outro tribunal pode considerar constitucionais tais interpretações possíveis. Todos os tribunais estão, na verdade, vinculados, conforme o § 31 I BVerfGG, ao veredicto de inconstitucionalidade declarado pelo Tribunal Constitucional Federal enquanto instância vinculante em questões constitucionais, pois sob a ótica da finalidade da norma do § 31 BVerfGG não pode ser feita distinção, no que diz respeito ao vínculo dos demais tribunais, entre se o Tribunal Constitucional Federal declarou uma norma como nula em sua totalidade ou se uma “variante normativa” concreta foi qualificada, por meio de uma determinada interpretação, como inconstitucional. Nada diferente ocorre quando – como aqui – se verifica no bojo do julgamento de reclamações constitucionais contra decisões judiciais que certas interpretações defensáveis e possíveis do direito infraconstitucional levem a um violação de direito fundamental. Tanto num como no outro caso, todos os tribunais estão, por força do § 31 BVerfGG, impedidos de continuar baseando suas decisões em uma interpretação normativa inconstitucional. Se, apesar disso, o fizerem, então estarão violando o vínculo do Judiciário à lei e ao direito estatuído pelo Art. 20 III GG.

II.

(...)

C.

A presente decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert, v. Schlabrendorff, Geiger, Hirsch, Rinck, Rottmann, Wand*

§ 2.

Quanto ao exame da interpretação e aplicação do direito ordinário pelo Tribunal Constitucional Federal

NOTA INTRODUTÓRIA:

As duas decisões reproduzidas neste capítulo definem com maior precisão os limites da competência do Tribunal Constitucional Federal. Partem, todavia, de uma figura dogmática com cujos contornos a literatura jurídica alemã (doutrina) sempre se ocupou criticamente. Trata-se do critério do “direito constitucional específico” (*spezifisches Verfassungsrecht*), que definiria os limites da competência do tribunal em face da competência dos tribunais ordinários e especializados em outras matérias. Sobretudo em face do assim chamado fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, tornou-se uma tarefa por demais árdua definir os contornos desse que deveria ser o critério de delimitação da competência do tribunal.

4. BVERFGE 18, 85

(SPEZIFISCHES VERFASSUNGSRECHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/06/1964

MATÉRIA:

Trata-se de decisão (*Beschluss*) prolatada no julgamento de uma Reclamação Constitucional movida pela reclamante contra uma decisão (*Beschluss*) do Tribunal Federal de Patentes prolatada em 30 de novembro de 1962, que, alguns anos antes, havia entrado com um pedido de registro de patentes sobre produtos cosméticos. O órgão competente havia se recusado a registrar patentes referentes a alguns dos seus produtos, ensejando a retirada dos respectivos pedidos. Uma concorrente da reclamante, que havia contestado a concessão da patente, requereu, com fundamento no § 24 III PatG (Lei de Patentes), vista nos autos, o que lhe foi deferido em relação àqueles produtos cujos pedidos de patente foram retirados pela reclamante. O então vigente § 24 III PatG permitia a qualquer interessado a referida vista, desde que os requerentes ou mesmo já titulares de patentes não apresentassem um interesse contrário digno de proteção.

Em sua Reclamação Constitucional, a reclamante alegou violações dos seguintes direitos fundamentais: Art. 3 I GG (igualdade), Art. 14 GG (propriedade) e 103 I GG (direito fundamental processual de acesso ao Judiciário e ao contraditório). Em face dos dois primeiros, a reclamação foi julgada improcedente; em relação ao último, o TCF julgou que faltou um pressuposto processual, não a admitindo (interesse de agir, falta da possibilidade de violação). O TCF não pôde constatar a violação de **direito constitucional específico** (*spezifisches Verfassungsrecht*).

Trata-se de uma decisão que constituiu, apesar das dificuldades de se definir o que seja *spezifisches Verfassungsrecht*, uma figura bastante recorrente na jurisprudência do TCF, sendo muito citada ainda hoje. Para citar só as mais recentes: BVerfGE 108, 282 (*Kopftuch Ludin*); BVerfGE 107, 395 (*Rechtsschutz gegen den Richter I*); BVerfGE 106, 28 (*Mithörvorrichtung*); BVerfGE 104, 92 (*Sitzblockaden III*); BVerfGE 104, 1 (*Baulandumlegung*); BVerfGE 103, 89 (*Unterhaltsverzichtsvertrag*); BVerfGE 102, 347 (*Schockwerbung I*); BVerfGE 101, 361 (*Caroline von Monaco II*).

1. Sobre os limites do exame de decisões judiciais pelo Tribunal Constitucional Federal.
2. (...).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado em 10 de junho de 1964

(...)

RAZÕES

A.

(...)

B. – I.

1. – 2. (...).

3. Se o direito ordinário aplicado pelo Tribunal Federal de Patentes é compatível com o Art. 14 GG, resta decidir sobre o ponto central da Reclamação Constitucional, qual seja: se o Tribunal Federal de Patentes teria interpretado e aplicado o direito ordinário de forma a violar o direito fundamental da propriedade.

a) Os tribunais devem considerar, na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, especialmente de cláusulas gerais, os parâmetros axiológicos da *Grundgesetz*. Se um tribunal ignora esses parâmetros, infringe, como titular de poder estatal, as normas de direito fundamental desconsideradas; sua sentença deve ser revogada²¹⁵ por meio de Reclamação Constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [124]; 13, 318 [325]).

Por outro lado, não corresponderia ao papel concreto da Reclamação Constitucional e da missão especial do Tribunal Constitucional Federal se este, semelhantemente a uma terceira instância, quisesse fazer uso ilimitado do exame jurídico de decisões judiciais toda vez que uma decisão incorreta possivelmente violasse direitos fundamentais da parte vencida. A formação do processo, a constatação e apreciação do conjunto de fatos, a interpretação do direito ordinário e sua aplicação ao caso particular são tarefas exclusivas dos tribunais competentes em geral, e não se submetem ao exame do Tribunal Constitucional Federal; só em caso de violação de direito constitucional específico por

²¹⁵ Ou suspensão. Não se trata de reforma, pois a Reclamação Constitucional não é recurso, mas pelo contrário tem natureza de ação originária. Cf. **Cap. Introdução, II. 3. e).**

parte dos tribunais, o Tribunal Constitucional Federal pode intervir em sede de Reclamação Constitucional (*vide* BVerfGE 1, 418 [420]).

Mas o direito constitucional específico ainda não restará violado no momento em que uma decisão baseada no direito ordinário for objetivamente incorreta. O erro deve residir, precisamente, na não observância de direitos fundamentais.

Naturalmente, os limites das possibilidades de intervenção pelo Tribunal Constitucional Federal não podem ser sempre definidos de forma clara e geral. Deve ser mantida, em face da discricionariedade judicial, uma certa margem de ação que possibilite uma consideração específica da situação de cada caso.

Em geral, pode-se dizer que os procedimentos normais de subsunção dentro do direito infraconstitucional não estão submetidos ao exame do Tribunal Constitucional Federal enquanto não forem visíveis erros de interpretação que se baseiem numa visão fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, especialmente da abrangência de sua área de proteção, bem como [aqueles erros] que encerrem, tendo em vista seu significado material para o caso jurídico concreto, uma certa importância. Não está presente uma violação de direito fundamental quando a aplicação de direito infraconstitucional pelo juiz competente levou a um resultado cuja “exatidão” (no sentido geral de “objetividade” ou “equidade”) for discutível. Esse é o caso principalmente quando uma ponderação de interesses conflitantes autorizada por cláusulas gerais legais, feita a partir da avaliação do juiz, for questionável porque atribui muito ou pouco peso aos interesses de uma ou de outra parte.

b) O Tribunal Constitucional Federal não pôde constatar que a decisão impugnada contivesse uma violação de direito fundamental neste sentido.

(...).

III.

(...)

5. BVERFGE 43, 130 (FLUGBLATT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 07/12/1976

MATÉRIA:

Trata-se de decisão (*Beschluss*) prolatada no julgamento de uma Reclamação Constitucional movida pela reclamante contra uma decisão (*Beschluss*) do Superior Tribunal Estadual de *Celle* que confirmou (em sede de recurso de revisão – *Revision*) a condenação do reclamante pelo crime de difamação política, decisão esta proferida pelo Tribunal Estadual de *Hildesheim*, que, por sua vez, havia reformado a sentença absolutória da primeira instância.

O TCF considerou o Art. 5 I GG violado pela interpretação e aplicação, pelos dois tribunais, dos dispositivos penais que protegem a honra pessoal, quais sejam: §§ 186, 187a StGB, por terem realizado uma interpretação de uma expressão feita em um **panfleto** (*Flugblatt*) sem considerar o papel do direito fundamental do Art. 5 I GG. Os tribunais viram uma intenção oculta na expressão de atribuir ao atingido, um político local da CDU, a participação em atrocidades nazistas como genocídio praticado na Polônia contra o povo polonês em geral. O TCF recusou essa interpretação reducionista da expressão, salientando que não estaria por isso invadindo a competência dos tribunais ordinários, que seriam livres para apreciação da prova. Os tribunais ordinários teriam realizado, todavia, segundo o TCF, uma interpretação superficial da expressão que pretendia ser uma contribuição para a formação da opinião pública, tendo em vista um assunto relevante que toca o interesse de toda a coletividade. Nesse caso, vale inclusive uma presunção a favor da admissão da livre fala (*Vermutung der freien Rede*) segundo a tradição iniciada pelo *Lüth-Urteil*.

1. Na verificação do conteúdo de uma expressão, base de condenação nos termos dos §§ 186, 187a StGB [Código Penal], em um contexto de debate político, os aspectos e parâmetros a partir dos quais o conteúdo da expressão é investigado devem ser compatíveis com Art. 5 I GG.
2. A questão, se este é o caso, submete-se, em havendo alta intensidade da intervenção consubstanciada na condenação, a um total controle judicial de constitucionalidade.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 7 de dezembro de 1976

(...)

RAZÕES:

A. – I.

1. (...).

O reclamante foi acusado da contravenção penal de difamação política conforme os §§ 186, 187a StGB. (...) O Tribunal Estadual (...) condenou-o ao pagamento de uma multa no valor de 2.000 marcos. Ao mesmo tempo, concedeu ao assistente da acusação a autorização para mandar publicar o dispositivo da decisão em três jornais às custas do reclamante.

O Tribunal Estadual considerou como provado que o local de trabalho do assistente da acusação [o ofendido] não estava ocupado tão somente com o estabelecimento dos camponeses alemães, mas também com a expulsão dos camponeses poloneses de seus sítios. Igualmente ficou provado que o assistente da acusação havia comparado os poloneses a percebejos. Porém, o reclamante teria, além disso, levantado suspeitas, ainda que de forma velada, de que o assistente da acusação haveria participado da eliminação de cidadãos poloneses. Nesse sentido deveria ser entendido o panfleto, se o tivessem lido em face de seu contexto.

A Reclamação Constitucional é julgada procedente.

I.

1. A Reclamação Constitucional dirige-se contra decisões de tribunais ordinários em processo penal. Estas não são passíveis, enquanto decisões de tribunais competentes especializados na matéria criminal, de um exame judicial constitucional. A formação do processo, a verificação e apreciação dos fatos, a interpretação do direito infraconstitucional e sua aplicação ao caso individual não estão submetidos a exame pelo Tribunal Constitucional Federal. Somente em caso de violação de direito constitucional específico o Tribunal Constitucional Federal pode intervir mediante Reclamação Constitucional (BVerfGE 18, 85 [92]). A violação pode estar no fato de que a influência de direitos fundamentais no direito penal ou processual penal não foi considerada ou foi erroneamente determinada. Dentro do contexto, é importante, para [se determinar] a abrangência do exame judicial constitucional, [verificar] a intensidade da violação dos direitos fundamentais em questão: quanto mais uma sentença penal atinge a esfera de direito

fundamental do condenado, tanto maiores serão as exigências à justificativa da intervenção e tanto mais abrangentes serão também as possibilidades de exame por parte do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 42, 143 [148 *et seq.*] –DGB–).

Outrossim, ainda que seja imposta apenas uma multa pecuniária, nos casos da natureza do presente, uma penalização enquanto sancionamento de ilícito *criminal* é de maior intensidade do que uma condenação civil à obrigação de não fazer, de revogação ou de indenização. Além disso, a intervenção do direito fundamental assertada na Reclamação Constitucional é grave: Se o tribunal atribui ao reclamante, com a constatação de uma afirmação de fatos “oculta”, uma afirmação que ele não fez e se ele foi por isso condenado, ter-se-ia uma intervenção de alta intensidade que fatalmente atinge o núcleo da esfera pessoal protegida pelos direitos fundamentais. Além do prejuízo da liberdade individual de expressão do reclamante, os efeitos negativos sobre o exercício geral do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento seriam de considerável alcance. (cf. BVerfGE 42, 143 [156] – opinião divergente). Com efeito, tal atitude do poder público atingiria sensivelmente, devido ao seu efeito inibidor, a liberdade de discurso, de informação e do processo de formação da opinião pública, e, portanto, a liberdade de expressão do pensamento em sua substância.

Em consequência, não é possível contentar-se aqui com o questionamento de se tais decisões impugnadas revelam erros que decorram de uma visão basicamente incorreta do significado do direito fundamental, especialmente da abrangência de sua área de proteção (cf. BVerfGE 18, 85 [93]). O Tribunal Constitucional Federal deve detidamente verificar se as decisões impugnadas não violaram a liberdade de expressão garantida constitucionalmente quando de sua verificação e apreciação dos fatos, de sua interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.

2. No caso de delitos contra a honra praticados por declaração, já a condução da instrução feita pelo tribunal responsável pela apreciação da prova pode conter uma tal violação se o tribunal tiver dado ao conteúdo de uma manifestação escrita uma interpretação que não decorra de seu teor, ou que dele não decorra com suficiente clareza. Nesse caso, o “fato” é apenas o texto apresentado ao tribunal. Seu conteúdo deve ser averiguado por meio de interpretação. Se a manifestação tiver como objetivo a influência sobre o processo de formação da opinião pública, os aspectos e parâmetros utilizados pelo tribunal para a interpretação devem ser compatíveis com o Art. 5 I GG. Neste sentido, a um exame judicial constitucional da instrução não podem ser contrapostas certas circunstâncias que regularmente levam, no caso de outras instruções, ao vínculo

[do TCF] ao resultado da instrução e sua apreciação pelos tribunais ordinários. Uma prova conseguida a partir da interpretação de um texto existente nos autos não se baseia em uma única impressão geral tida na audiência. Ela é a qualquer tempo reconstituível e, por isso, [sempre] passível de controle.

II.

A decisão do Tribunal Estadual violou o Art. 5 I 1 GG. Por isso, também a decisão (*Beschluss*) do Superior Tribunal Estadual, que rejeitou a revisão da decisão (*Urteil*) [do Tribunal Estadual], não é compatível com o Art. 5 I 1 GG.

1. O panfleto do reclamante continha afirmações sobre fatos e juízos de valor que eram adequadas e destinadas à formação da opinião pública. Tratava-se de uma contribuição à disputa intelectual de opiniões sobre um assunto de essencial interesse público, portanto, uma situação que é de especial importância para a determinação da relação entre a liberdade de expressão do pensamento e a proteção da honra – BVerfGE 7, 198 [212] – Lüth -; 12, 113 [127] – *Schmid-Spiegel*; 24, 278 [282 *et seq.*] – *Tonjäger*; 42, 163 [170] – *Echternach*). Da mesma forma, falta na decisão do Tribunal Estadual qualquer discussão sobre a importância que pode ser conferida ao direito fundamental em face da decisão a ser tomada. O Tribunal Estadual não só definiu o alcance do Art. 5 GG no caso concreto de forma incorreta, como também não considerou em sua decisão o direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento.

2. Já a instrução, base da condenação, se baseia na desconsideração pelo tribunal da importância do Art. 5 GG para essa instrução. Com isso, o Tribunal Estadual viu-se compelido a supor a existência de uma afirmação oculta do reclamante, vez em que os fatos relatados abertamente no panfleto, os quais não tratam diretamente do passado do assistente da acusação, vistos por si só, não fariam “sentido de verdade”: Os relatos sobre fuzilamentos públicos pela SS e pela polícia, sobre o crescente número de poloneses “liquidados”, sobre as extraordinárias “ações de apaziguamento” e sobre a aniquilação da inteligência polonesa deveriam, ao contrário da argumentação do reclamante, não apenas apresentar fatos de segundo plano [relativos ao contexto histórico]. Só esse raciocínio norteou a interpretação do panfleto, que constituiu a base da conclusão sobre a instrução.

Esse ponto de partida carece de fundamento.

(...).

a) O Tribunal Estadual parte do pressuposto de que, para uma efetiva proteção da honra, é necessária uma “interpretação ampla”; orienta-se, portanto, por um parâmetro que, pelo menos em caso de dúvida, dá indícios de que o reclamante tenha feito a afirmação oculta de fatos a ele atribuída, onerando-o. Tal parâmetro é incompatível com o Art. 5 GG, porque se firma exclusivamente na proteção normativa da honra como limite da liberdade de expressão do pensamento, deixando completamente de lado a garantia constitucional da liberdade de expressão do pensamento. A importância jurídico-constitucional da proteção da honra não pode ser ignorada. Não obstante, o direito fundamental da liberdade de expressão exige igualmente respeito, o qual é somente limitado pelo direito da honra pessoal: tanto mais em se tratando, como no caso do panfleto em pauta, de uma contribuição para a disputa intelectual de opiniões sobre um assunto de essencial importância para a coletividade (BVerfG *ibid.*). Daí ser inadmissível, sob a ótica do Art. 5 GG, remeter-se *exclusivamente* à proteção da honra.

b) (...).

3. – 4. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Haager*, *Rupp-v. Brünneck*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*,
Dr. *Katzenstein*. O Juiz Dr. *Böhmer* não pôde assinar - Dr. *Benda*)

§ 3.

Quanto aos efeitos da inconstitucionalidade de normas

NOTA INTRODUTÓRIA:

As duas decisões tratadas neste capítulo correspondem a apenas algumas das célebres decisões onde o TCF interpretou sistematicamente a *Grundgesetz* e a sua Lei Orgânica (BVerfGG) por assim dizer “em causa própria”. Nelas tratou de concretizar sobretudo a questão do vínculo dos demais órgãos constitucionais a suas decisões [cf. Cap. Introdução IV. 3. b) e c)], principalmente do Legislativo e dos demais órgãos do Poder Judiciário (tribunais), definindo, inclusive, o efeito material temporal em face deles. Trata-se, todavia, de julgados antigos. Decisões mais recentes, porém, cuja precursora fora a decisão abaixo (BVerfGE 21, 12) criaram aquelas que pela literatura especializada foram chamadas de “variantes de decisão”. Estas acabaram por relativizar, sobretudo, o efeito da nulidade que passou a ser, ainda que a principal, somente uma das quatro variantes existentes [cf. Cap. Introdução IV. 3.].

6. BVERFGE 1 , 14
(SÜDWESTSTAAT)

Controle abstrato / Contencioso Federativo
(entre União e Estados-membros)

23/10/1951

MATÉRIA:

Trata-se do controle abstrato de lei que redefinia fronteiras entre os Estados-membros da República Federal da Alemanha, criando novos Estados. O controle foi proposto pelo governo do *Land* (Estado-membro) de *Baden*. Em sua decisão (*Urteil*), o Tribunal Constitucional Federal julgou a lei inconstitucional, declarando-a nula.

Esta é a segunda decisão publicada do Tribunal Constitucional Federal, à época recém constituído, e exerce até hoje papel fundamental na definição das competências do TCF e do efeito de legislação negativa da declaração de nulidade, que daria azo à relativização supra mencionada.

Reproduziram-se abaixo somente duas de suas 39 ementas. Desistiu-se, em face do propósito da presente obra, da tradução de quaisquer excertos do texto muito extenso (BVerfGE 1, p. 14 – 66) da presente decisão.

1. – 4. (...).

5. Uma decisão que declara uma lei nula não tem apenas força de lei (§ 31 II BVerfGG), como também vincula, nos termos do § 31 I BVerfGG, conjuntamente com os fundamentos da decisão, todos os órgãos constitucionais da União, de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente.

6. Se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da *Grundgesetz* é nula por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, tal lei não tem, desde o início (*ex tunc*), eficácia jurídica.

7. – 39. (...).

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 23 de outubro de 1951.
- 2 BvG 1/51 -

7. BVERFG 21, 12
(ALLPHASENUMSATZSTEUER)

Reclamação Constitucional contra ato normativo / Reclamação
Constitucional contra decisão judicial 20/12/1966

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão (*Urteil*) prolatada no julgamento de Reclamações Constitucionais diretas contra lei tributária e também contra decisões judiciais que, segundo alegavam os reclamantes, prejudicavam pequenas empresas de uma fase de produção em relação a empresas grandes de várias fases (porque os efeitos econômicos sobre aquelas seriam mais intensos, quiçá até ameaçadores da existência, do que sobre as grandes empresas). A lei que fixava uma alíquota sobre o faturamento final estaria violando, destarte, o Art. 3 I, 2 I, 12 I GG, além do princípio do Estado social consagrado no Art. 20 GG.

O TCF julgou improcedentes tais reclamações, por entender que a declaração de nulidade causaria dano muito maior ao interesse público e, em última instância, aos próprios contribuintes. Porém, nota-se que o TCF verificou certa “injustiça tributária” que o legislador deve sanar no âmbito de uma reforma que já estava à época em curso. Tal “injustiça”, porém, deveria ser “tolerada” por certo tempo, ou seja, o TCF negou que a lei teria já atualmente violado um dos direitos fundamentais argüidos pelos reclamantes. O imposto sobre a venda (circulação) de mercadorias e serviços (*Umsatzsteuer*) deveria continuar valendo igualmente independentemente do número de fases de produção e/ou comércio, ou seja, um **imposto sobre vendas válido para todas as fases** (*Allphasenumsatzsteuer*).

A falta de neutralidade em face de condições de igual concorrência da lei vigente do imposto sobre vendas, quando trata das empresas “de uma fase de produção” e “de várias fases de produção”, deve ser tolerada até o término da reforma do imposto sobre vendas já iniciada e que deve ser anunciada em tempo hábil pelo legislador.

(...).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 20 de dezembro de 1966
após audiência de 4 e 5 de julho de 1966 – 1 BvR 320/57, 70/63 –

(...)

RAZÕES

A. – I.

(...)

B. – I.

(...)

(...) mesmo que a lei do imposto sobre vendas vigente não baste para fazer a justiça fiscal desejada pelo próprio legislador, na medida em que equipara os faturamentos externos das empresas de uma faixa tributária com os das empresas de várias faixas tributárias, sem exceção, ela não pode, no momento, ser declarada nula, nem se pode constatar uma violação de direito fundamental. Isso vale também para as demais violações constitucionais argüidas pelas reclamantes, já que são fundamentadas, em sua essência, nas mesmas considerações.

A grande importância que a lei do imposto sobre vendas tem para a receita da União, mas também para os custos das empresas e a formação geral de preços, não permite no momento, porém, que toda a lei seja declarada nula, porque (somente) grupos especiais, mesmo que não insignificantes, são tratados desigualmente em relação a outros grupos muito mais numerosos. A declaração de nulidade da lei seria possível, talvez, em casos simples. No caso em pauta, chegar-se-ia a um resultado insuportável, vez em que a validade da lei seria negada em âmbito desproporcionalmente maior àquele atingido pela questão a ser decidida aqui. As reclamantes também não requereram a declaração da nulidade de toda a lei.

Tanto menos se trata de declarar nula a lei apenas no âmbito restrito no qual tem relevância a carga desigual aqui tratada. Uma restrição da nulidade seria possível apenas teoricamente. Na prática, nesse objeto tributário abrangente não se encontra uma formulação que delimitasse de forma justificável a parte nula da válida (...)

Finalmente, tanto para as empresas de uma faixa fiscal como para as reclamantes, a validade temporária da lei na situação descrita não é totalmente intolerável (...)

Se a lei do imposto sobre vendas mantiver sua atual forma incompleta, estando o faturamento externo de empresas de uma faixa e de várias faixas equiparado de forma inflexível, sua validade deve ser limitada no tempo.

(...)

(ass.) Dr. Müller; Dr. Berger; Dr. Scholtissek; Dr. Stein; Ritterspach; Dr. Haager; Rupp-v. Brünneck. O juiz Dr. Böhmer não pôde assinar por motivo de saúde. Dr. Müller.

§ 4.

Quanto à ordem econômica constitucional

NOTA INTRODUTÓRIA:

A questão da ordem econômica prescrita pela *Grundgesetz* tem sido resolvida com base em uma sempre afirmada neutralidade político-econômica da *Grundgesetz*, a despeito de o claro dispositivo do Art. 20 consagrar o princípio do Estado social. Mas o princípio do Estado social não é o único a influenciar a constituição da ordem econômica, não indicando a escolha de um modelo econômico próprio de uma determinada política econômica. No mesmo patamar hierárquico está o princípio do Estado de direito e a outorga de direitos fundamentais clássicos de cunho liberal como a liberdade profissional (empresarial) do Art. 12 I GG e o direito de propriedade do Art. 14 I GG. Ambos foram outorgados, porém, por sua vez, com limites; o segundo, sobretudo, encontra um limite qualificado pela determinação do vínculo (social) da propriedade.

Assim, a escolha de um modelo econômico pertence à instância política. Toda vez que a execução do modelo escolhido se chocar contra dispositivo constitucional, o TCF poderá então ser chamado a cercear a vontade do legislador.

A decisão abaixo é bastante significativa para ilustrar esse ideal de neutralidade. Todavia, entre outros muitos temas de elevada relevância, ela trata: a) dos parâmetros do controle de decisões sobre prognósticos do legislador

a ser feito pelo TCF, b) do significado dos direitos fundamentais enquanto direitos de resistência e enquanto princípios ou preceitos normativos objetivos (caráter ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais), c) do significado da propriedade enquanto outorga de liberdade e enquanto reserva de uso privado de seu objeto, d) da liberdade de conformação legislativa na interpretação do vínculo e função sociais da propriedade, e) da liberdade de associação²¹⁶ como direito individual e coletivo, f) do princípio da livre associação e auto-determinação como âmbitos nucleares da liberdade de associação, g) da proteção de direito fundamental da liberdade de empreendimento econômico do indivíduo etc.

8. BVERFGE 50, 290

(MITBESTIMMUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra ato normativo / Reclamação Constitucional contra decisão judicial / Controle concreto

01/03/1979

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão (*Urteil*) que definiu, em suas quase 100 páginas (BVerfGE 50, 290 – 381) o direito dos trabalhadores à **co-gestão** (*Mitbestimmung*) da empresa ao confirmar a constitucionalidade da lei que criara tal direito (*Mitbestimmungsgesetz - MitbestG*), promulgada a 4 de maio de 1976. A *MitbestG* derogou os dispositivos sobre a representação dos empregados nos conselhos de fiscalização, ampliando-a, em seu § 7, de um terço para a metade naquelas empresas com mais de 2000 empregados e organizadas como sociedades anônimas, em comandita ou de responsabilidade limitada. Atingida foi, sobretudo, a gigante indústria metalúrgica alemã.

Contra os dispositivos mais polêmicos da lei que iam de encontro aos interesses das empresas e dos empregadores (além do já mencionado § 7, o § 27 que definia as regras da eleição do presidente e vice-presidente do

²¹⁶ Por isso, essa decisão (outros excertos) aparecerá também no respectivo capítulo sobre a liberdade de associação profissional (Art. 9 III GG). Cf., abaixo, **Decisão 67**.

conselho – maioria qualificada de dois terços –, o § 29 I que definia maioria simples para as decisões do conselho, o § 31 e o § 33), várias empresas e entidades representativas dos empregadores ajuizaram reclamações constitucionais por entenderem que a lei feria vários de seus direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais do Art. 14 I 1, Art. 9 I, Art. 12 I, Art. 2 I e Art. 9 III GG. Algumas reclamações voltavam-se já contra decisões judiciais que aplicavam tais dispositivos. Também foi julgada conjuntamente uma apresentação judicial (controle concreto) proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) de 10 de abril de 1978 do Tribunal Estadual de *Hamburg*.

O TCF considerou presentes os pressupostos e condições de todas as reclamações e da proposição do controle concreto. As reclamações foram julgadas todas improcedentes. A partir do controle concreto proposto, o TCF declarou a constitucionalidade dos §§ 7, 31 MitbestG.

A ampliada participação dos empregados na gestão da empresa, segundo a Lei de Participação (*Mitbestimmungsgesetz*) de 4 de maio de 1976, é compatível com os direitos fundamentais das sociedades, dos acionistas e das associações dos empregadores.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 1º de março de 1979 prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 –
(...)

RAZÕES

A.

I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais e a apresentação judicial do tribunal estadual são admitidas.

I. – IV. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais não são procedentes. As normas examinadas da lei de participação são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

(...)

II.

Parâmetros do exame de constitucionalidade são aqueles direitos fundamentais individuais que marcam as condições e limites constitucionais da liberdade de conformação do legislador junto à introdução de uma participação ampliada [dos empregados na gestão das empresas]. Tais condições e limites não podem ser interpretados sem se observar as intersecções, complementações e conexões entre suas áreas de proteção e as áreas de proteção de outros direitos fundamentais e [também] não sem a observância dos princípios que sustentam a *Grundgesetz*. [Não obstante], quando o reclamante e o parecer de *Köln* (da cidade de Colônia) vão além disso, fundamentando sua análise constitucional nos parâmetros de exame mais amplos de uma “coesão institucional da Constituição econômica” e de uma “coesão da proteção e da ordem dos direitos fundamentais”, eles não contam [mais] para tanto com o respaldo na *Grundgesetz*. (...).

1. A *Grundgesetz*, que se limitou em seu primeiro capítulo aos direitos fundamentais clássicos, não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. Diferentemente da Constituição de Weimar (Art. 151 *et seq.*), a *Grundgesetz* também não normatizou princípios constitucionais concretos para a configuração da ordem econômica. Ao contrário, ela deixa tal configuração ao legislador, que, considerando os limites a ele impostos pela mesma *Grundgesetz*, é livre para decidir [que modelo econômico irá adotar, n. org], sem que necessite de uma legitimação mais ampla do que a sua legitimação democrática geral. Uma vez que tal tarefa legislativa de configuração, bem como a garantia dos direitos fundamentais, diz respeito aos elementos constitutivos da Constituição democrática, ela não pode ser limitada em virtude de uma interpretação dos direitos fundamentais que vá além do que prescrevem os direitos fundamentais individualmente considerados. Assim, cabe aos direitos fundamentais individualmente considerados o mesmo significado que lhes cabe em outros contextos: Consoante sua história e seu conteúdo atual, os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, direitos humanos e direitos do cidadão, que têm por objeto a proteção de áreas concretas e especialmente sensíveis da liberdade humana. A função dos direitos fundamentais como princípios objetivos está presente no reforço principiológico de sua força normativa (BVerfGE 7, 198 [205] – *Lüth*), tendo suas raízes, contudo, nesse significado original (cf. em relação à propriedade: BVerfGE 24, 367 [389] – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*). Por isso, esta função objetiva não pode

ser separada do núcleo peculiar aos direitos fundamentais, o que a levaria a tornar-se uma estrutura autônoma de normas objetivas, na qual o sentido original e permanente dos direitos fundamentais restaria ao cabo perdido. O reconhecimento indelével que ora surge tem um significado essencial para a questão da constitucionalidade de leis que configuram a ordem econômica: sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, um tal significado é a defesa da liberdade do indivíduo, a qual o legislador também, junto à determinação da ordem econômica, deve respeitar. A questão da constitucionalidade não pressupõe uma “coesão institucional da Constituição econômica”, que se fundamenta por meio de objetivações tornadas autônomas, que vão além do conteúdo de direito subjetivo dos direitos fundamentais. Também não pressupõe algo mais além do que garantem seus elementos constitucionais da “coesão da ordem e proteção dos direitos fundamentais”.

Corresponde a este reconhecimento a expressão do Tribunal Constitucional Federal quando afirma que a *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico: O legislador pode perseguir qualquer política econômica que lhe pareça apropriada, contanto que ele respeite a *Grundgesetz*, sobretudo os direitos fundamentais (BVerfGE 4, 7 [17 s.] – *Investitionshilfegesetz*). A ele é dada, portanto, uma ampla margem de configuração [poder discricionário legislativo] (cf. BVerfGE 7, 377 [400] – *Apotheker*, 25, 1 [19 s.] – *Mühlengesetz*, 30, 292 [317, 319] – *Erdölbevorratung*). O elemento de relativa abertura da ordem constitucional que ora aflora é importante, a fim de que, por um lado, se atente para a transformação histórica que caracteriza, em grande medida, a vida econômica, e, por outro, não se coloque em risco a força normativa da Constituição. Todavia, a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da *Grundgesetz*. A tarefa [do controle de constitucionalidade] consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social, que deve permanecer reservada ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador (BVerfGE 7, 377 [400]).

2. (...).

III. – V. (...).

(ass.) Dr. Benda, Dr. Haager, Dr. Böhmer, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse,
Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer

§ 5.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais em relações especiais de sujeição do titular à autoridade investida de poder público

NOTA INTRODUTÓRIA:

A decisão abaixo é significativa para se entender um limite constitucional em razão da relação do titular do direito com o poder público. Não há que se falar em limite extraordinário, como ocorre em estados de exceção como o estado de defesa ou o estado de sítio. Todavia, o caráter extraordinário do limite, quando esclarecido que se trata de um limite subjetivo extraordinário, não é de todo errado. A condição da relação especial com o poder público pode ser voluntária (hierarquia militar, por exemplo, exceção feita ao serviço militar obrigatório) ou involuntária, como na relação escolar, de um lado, e na relação carcerária, do outro.

Se os direitos fundamentais desses titulares em relação especial de sujeição à autoridade (*besonderes Gewaltverhältnis*) sofrem limitações especiais, também a concretização de tais limitações tem um ônus maior de fundamentação, ou seja, são submetidas a limites (limites dos limites) mais rigorosos.

9. BVERFG 33, 1
(STRAFGEFANGENE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 14/03/1972

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão (*Beschluss*) prolatada no julgamento de uma Reclamação Constitucional de um detento que teve sua correspondência aberta por um funcionário da casa de detenção.

O reclamante cumpria sua pena de reclusão no final da década de 1960. Durante esse período mantinha contato postal com uma organização de ajuda aos detentos. Em dezembro de 1967, uma carta do reclamante endereçada a essa organização foi interceptada pela administração do presídio. Na carta, o reclamante expressava duras críticas à Administração do presídio e desdenhava do seu diretor. A medida estava embasada em dispositivos de um decreto administrativo de autoria dos secretários da Justiça dos Estados-membros (acordo legislativo entre os Estados-membros). Tais dispositivos prescreviam a fiscalização do trânsito de correspondências dos detentos (*Strafgefängene*) por parte da Administração do presídio, prevendo a competência do diretor para interceptar correspondências com conteúdos injuriosos ou que se contrapassem aos objetivos da execução penal e da segurança e da ordem na casa de detenção. Uma lei das execuções penais ainda não existia na época.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional admitida e procedente em face do Art. 5 I 1 GG (liberdade de expressão do pensamento) e não do Art. 10 I (liberdade de sigilo da correspondência)²¹⁷, para o efeito de suspender a decisão (*Beschluss*) do Superior Tribunal Estadual de *Celle* de 8 de março de 1968, a qual havia corroborado a legalidade das medidas da diretoria do presídio.

²¹⁷ O TCF considerou uma intervenção na área de proteção do direito, que, segundo o tópico B. II. 1. da decisão, vale também para o titular detento, a despeito da ausência de uma lei de execução penal que lhe servisse de base, como provisoriamente justificada. Implicitamente, apesar de a maioria do Senado (a decisão não foi unânime, mas fundamentada na relação de 6 a 2 votos) ter tentado distanciar-se da figura da relação especial de sujeição à autoridade (*besonderes Gewaltverhältnis*), foi justamente esta que levou o TCF a conceder esse prazo ao legislador para disciplinar, nada menos que o exercício dessa relação especial de sujeição (seus limites). A maioria do Senado considerou, entretanto, inconstitucional a decisão do Superior Tribunal de *Celle*, por ele ter desconhecido o alcance da área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão do detento (Art. 5 I 1 GG), violando-o. As opiniões divergentes não foram publicadas, de tal sorte que não se conhecem seus pontos de divergência nem seus fundamentos. Sobre o papel e fundamentos do voto dissidente, cf. Cap. Introdução, IV. 1.

1. Também os direitos fundamentais de detentos somente podem ser limitados por meio da lei ou com base em uma lei.
2. Entretanto, intervenções nos direitos fundamentais de detentos que não tenham fundamento legal precisam ser toleradas por um certo tempo de transição.
3. Uma limitação dos direitos fundamentais de detentos somente pode ser cogitada se for imprescindível ao alcance de um propósito relativo à coletividade que esteja coberto pelo ordenamento axiológico da *Grundgesetz*.
4. Será tarefa de uma lei de execução penal estabelecer um limite que leve em conta, tanto a liberdade de expressão do detento, quanto adequadamente as condições imprescindíveis para uma execução penal ordenada e racional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado em 14 de março de 1972

(...)

RAZÕES

A. – I. (...)

II.

1. O reclamante é detento. (...). No dia 24 de dezembro de 1967 ele escreveu uma carta para X, na qual se ocupou também com a pessoa do Dr. St., o então diretor da instituição prisional e com os motivos que, segundo o seu ponto de vista, seriam as causas da substituição na direção. Nessa ocasião, referiu-se ao Dr. St. de forma bastante desabonadora: (...).
2. No dia 27 de dezembro de 1967, essa carta foi interceptada pelo gerente de departamento responsável por conter expressões ofensivas e por explanar situações da instituição que não diziam respeito pessoalmente ao detento. O fundamento legal alegado foi o n.º. 155 II *DvollsO* – Código de Desempenho Funcional²¹⁸. (...).

III.

Na sua Reclamação Constitucional, o reclamante alegou a violação dos Art. 1 II; 5 I; 10; 19 I; 20 III e 103 I GG. O controle da correspondência de detentos por responsáveis da instituição prisional violaria o sigilo de correspondência garantido no Art. 10 GG. Além disso, violaria o Art. 5 I GG interceptar correspondência sob alegação

²¹⁸ Uma Norma Administrativa.

de que ela conteria expressões ofensivas ou que estariam tratando de assuntos próprios da instituição prisional. Os direitos fundamentais valeriam também para detentos e só poderiam ser restringidos – como mostraria o Art. 19 I GG – por uma lei que nomeasse cada direito fundamental restringido com citação do [respectivo] artigo [da *Grundgesetz*]. Uma tal lei não estaria presente. (...).

IV.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

B.

I.

Também os direitos fundamentais de detentos somente podem ser restringidos por uma lei com base em uma lei.

1. A *Grundgesetz* prevê no Art. 104 I e II, e no Art. 2 II 2 e 3, como óbvia a possibilidade de uma privação de liberdade, limitada ou ilimitada temporalmente, por meio de uma condenação judicial prolatada a partir da aplicação de uma lei penal e sob a observância dos correspondentes dispositivos processuais penais. Em contrapartida, não contém, com exceção da proibição de maus tratos, assentada no Art. 104 I 2, nenhuma determinação básica sobre o modo como a pena privativa de liberdade deva ser executada. Na medida em que se tratar de limitação de direitos fundamentais, as respectivas normas constitucionais determinam que isto só é permitido por meio da lei, ou com base em uma lei (cf., no presente contexto, o Art. 10 II 1 e Art. 5 II GG). A essa clara conclusão de que por isso agora o legislador teria o dever de promulgar uma lei também para essa área da execução penal, que até agora fora regulamentado preponderantemente por meras normas administrativas, não se chegou na jurisprudência e na literatura especializada após a entrada em vigor da *Grundgesetz*. Ao contrário, lançou-se mão da figura jurídica da “relação especial de sujeição à autoridade” (*besonderes Gewaltverhältnis*), entendendo-se essa como uma limitação peculiar e implícita dos direitos fundamentais dos detentos. Uma lei de execução penal não foi considerada como ordenada do ponto de vista constitucional. (...).

2. Fazendo uma retrospectiva, essa concepção somente pode ser explicada com o fato de que a conformação tradicional da execução penal como uma “relação especial de

sujeição à autoridade” permitiu que os direitos fundamentais dos detentos fossem relativizados em face de uma insuportável imprecisão. A *Grundgesetz* é uma ordem ligada a valores, que reconhece, como suprema finalidade de todos os direitos, defender a liberdade e a dignidade humana. Com efeito, seu conceito do ser humano não é o do indivíduo autocrático, mas o da personalidade inserida na sociedade e com ela comprometida de diversas formas (BVerfGE 12, 45 [51]; 28, 175 [189]). No Art. 1 III GG, os direitos fundamentais são declarados como diretamente vinculantes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Esse abrangente vínculo do poder público seria afrontado, se na execução penal os direitos fundamentais pudessem ser restringidos arbitrariamente segundo discricionariedade. Uma limitação dos direitos fundamentais de detentos somente pode ser cogitada se for imprescindível ao alcance de um propósito relativo à coletividade, que esteja coberto pelo ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e se ocorrer nas formas constitucionalmente previstas para tanto. Portanto, os direitos fundamentais de detentos somente podem ser limitados mediante ou com base em uma lei que, no entanto não poderá desistir de cláusulas gerais, [que sejam por sua vez] o mais delimitadas possível. (...).

II.

O Art. 10 I GG não foi violado com o controle da carta do reclamante pelo funcionário público responsável da instituição prisional.

1. O direito fundamental da inviolabilidade da correspondência protege a troca de correspondência entre indivíduos contra um conhecimento do poder público de seu conteúdo. O controle de uma carta que um detento remete a um parceiro de correspondência fora da instituição prisional, realizado pelo encarregado responsável da instituição, representa uma intervenção no direito fundamental que o detento tem à inviolabilidade de correspondência.

2. De acordo com o Art. 10 II 1 GG, as limitações do sigilo de correspondência somente podem ser instituídas com base em uma lei. A carta do reclamante foi interceptada com base no Código de Desempenho Funcional (*Dienst- und Vollzugsordnung*). Esse Código de Desempenho Funcional é um acordo dos Secretários da Justiça (*Justizminister*) dos Estados-membros, tendo o caráter de norma administrativa. Assim, ela não satisfaz as exigências do Art. 10 I GG. Ela também não está apoiada em uma lei. Não existe, até o momento, uma lei de execução penal. Existe apenas um projeto de lei do Ministro da

Justiça (*Bundesminister*), encaminhado ao governo federal, sobre a execução da pena privativa de liberdade e das regras básicas da melhoria e da segurança.

3. Apesar disso, não é possível neste momento verificar uma violação do Art. 10 I GG. Na promulgação da *Grundgesetz*, o constituinte, como resulta principalmente [da análise] do Art. 2 II 1, e 104 I e II GG, tinha diante dos olhos a imagem tradicional da execução penal. Inexiste qualquer indício de que ele tenha partido do princípio de que o legislador devesse promulgar uma lei de execução penal logo após a entrada em vigor da *Grundgesetz*. Pelo contrário, a ordem axiológica criada pela *Grundgesetz* apenas coloca o legislador diante da tarefa de regulamentar a execução penal em tempo hábil. Na avaliação da questão, se nesse agora esse interregno se esgotara, e se é possível verificar uma violação da *Grundgesetz* pelo legislador, deve também ser levado em consideração que, muitas vezes, até há pouco tempo, sob a indicação da figura jurídica da relação especial de sujeição, foi defendido o ponto de vista de que os direitos fundamentais dos detentos já seriam limitados de um modo geral pela relação jurídica da execução penal. Tratar-se-ia de limitações implícitas que não precisariam ser expressamente estabelecidas em uma lei formal. Contra a concepção tradicional, a opinião [hodierna]- segundo a qual a *Grundgesetz*, enquanto uma ordem axiológica objetiva com abrangente proteção dos direitos fundamentais, em face de cuja realização todo o poder público estaria obrigado, não permitindo uma proteção *ipso iure* limitada dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas - pôde impor-se somente em forma paulatina.

(...). Nessa conjuntura, intervenções nos direitos fundamentais de detentos que não tenham fundamento legal precisam ser toleradas por um certo tempo de transição, até que o legislador tenha a oportunidade de promulgar a lei de execução penal correspondentemente ao atual entendimento de direito fundamental, com elementos de tipo normativo da intervenção bem delineados. Esse prazo deve ser, porém, agora limitado. Como referencial adequado e racional, também aqui - como em BVerfGE 15, 337 [352] e 25, 167 [185, 188] - deve-se considerar o fim do corrente período legislativo. Até o outono de 1973, o atual estado, que não corresponde ao entendimento constitucional atual, pode ainda ser tolerado.

4. No entanto, isto não significa que durante este prazo seriam permitidas intervenções arbitrárias nos direitos fundamentais dos detentos. Ao contrário, apesar disso, as autoridades competentes e os tribunais - como até agora - devem examinar, a cada

intervenção concreta, se ela – independentemente de faltar até aqui uma lei de execução penal – intervém de modo legítimo nos direitos fundamentais dos detentos. Esse só será o caso se a intervenção for imprescindível para manter a execução penal e realizá-la de maneira devida. Nesse momento devem ser observados o sentido e o propósito da execução penal. (...).

III.

Por sua vez, o direito fundamental de liberdade de expressão do reclamante é violado pelo fato de que a carta foi interceptada devido ao seu conteúdo, parcialmente ofensivo.

1. (...).

2. Não existe uma lei de execução penal que possa, enquanto uma “lei geral”, na acepção do Art. 5 II GG, dadas certas circunstâncias, justificar que se apreendam cartas com conteúdo ofensivo ou que discutam sobre problemas da instituição, problemas estes que não dizem respeito aos detentos. Tais medidas também não são imprescindíveis para manter a execução penal e realizá-la de maneira devida. Uma execução penal sensata não obriga, necessariamente, que seja cortada aos detentos qualquer possibilidade de expor a seus correspondentes sua opinião - por natureza, freqüentemente depreciativa e hostil - sobre os acontecimentos na instituição prisional ou sobre seus funcionários. (...)

(...).

3. (...). Não existe todavia nenhuma lei que permita aos órgãos estatais interceptarem cartas por causa de seu conteúdo, ao qual eles apenas tiveram acesso mediante um controle que, antes de tudo, tem o propósito de evitar a fuga de detentos ou impedir ações criminosas. Isso deve – enquanto e até quando lei não determinar nada diverso – valer também para o caso das ofensas se dirigirem a funcionários da Justiça. A eles também cabe somente o direito de se oporem a essas ofensas de acordo com as leis existentes. (...).

IV.

(...)

V.

A decisão foi prolatada com 6 votos a 2.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *v. Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*,
Hirsch, Dr. *Rinck*, Dr. *Rottmann*, *Wand*

§ 6.

Quanto à titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas

(Art. 19 III GG)

NOTA INTRODUTÓRIA:

A questão da titularidade de direitos fundamentais segue, como visto na introdução, a regra da adequação da natureza do direito em face do caráter artificial da pessoa jurídica. De direitos “naturais”, como do direito à vida, a pessoa jurídica obviamente não é titular. Mas nem sempre a verificação da adequação da natureza do direito à pessoa jurídica é tão clara.

Outra questão que constituiu basicamente o problema discutido nas decisões abaixo é a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direito fundamental. A conclusão da primeira é diametralmente oposta, como se verá, à conclusão da segunda. A regra é bastante clara: em geral pessoa jurídica de direito público, mesmo pertencendo à Administração indireta, não pode ser titular. Ela é, ao contrário, destinatária das normas de direito fundamental. Caso contrário, poder-se-ia ter uma identidade que esvaziaria inclusive o sentido de tais normas. No caso das liberdades de radiodifusão, científica e religiosa, podem pessoas jurídicas de direito público serem, excepcionalmente, titulares tendo em vista, sobretudo, a importância da autonomia desses “órgãos da Administração indireta” (universidades, rádio e tvs públicas) em face do Estado e o papel específico desses direitos fundamentais.

10. BVERFGE 21, 362

(SOZIALVERSICHERUNGSTRÄGER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 02/05/1967

MATÉRIA:

A reclamante é uma pessoa jurídica de direito público que pertence ao âmbito da Administração Pública Indireta. Ela é uma das **titulares** [administrativas] do **Seguro Social** (*Sozialversicherungsträger*). Em uma lide envolvendo a discussão sobre a responsabilidade civil de um segurado, ela se sentiu atingida em seu “direito fundamental” à propriedade (Art. 14 GG) e à igualdade (Art. 3 I GG) por uma decisão do Tribunal Federal (BGH). Segundo sua fundamentação, a decisão do Tribunal Federal estaria baseada em uma interpretação inconstitucional do Art. 8 IV FinV que representaria a violação argüida.

O TCF não admitiu a Reclamação Constitucional, por lhe faltar legitimidade ativa para sua proposição, segundo o Art. 19 III GG.

1. Os direitos fundamentais não são por princípio aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público ao realizarem tarefas públicas. Nesse caso, não lhes cabe o remédio da Reclamação Constitucional.
2. (...).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 2 de maio de 1967

- 1BvR 578/63 -

**no processo referente à Reclamação Constitucional
do Instituto Estadual de Seguro de Vestfália (...).**

RAZÕES

A. – I.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional não é admitida [pressupostos e condições processuais não estão presentes].

I.

(...)

II.

1. (...).

(...).

A reclamante é, portanto, uma instituição com capacidade jurídica de direito público que faz parte da assim denominada Administração pública indireta. Sua capacidade de ser titular de direitos fundamentais orienta-se, daí, pelo Art. 19 III GG.

2.

a) Segundo o Art. 19 III GG, os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas nacionais, desde que, segundo a natureza daqueles, lhes seja aplicável. Pelo teor da norma constitucional pode-se, em princípio, partir de uma possível capacidade de ser titular de direitos fundamentais das pessoas jurídicas para, em um segundo momento, avaliar, no caso concreto, se o direito fundamental individual afirmado é, segundo sua natureza, aplicável à respectiva reclamante. Neste sentido procedeu em geral o Tribunal Constitucional Federal junto ao exame da capacidade das pessoas jurídicas nacionais de direito privado, tendo declarado, em numerosos casos, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, inclusive também os direitos fundamentais aqui afirmados do Art. 3 I GG e Art. 14 GG (cf. BVerfGE 3, 383 [390]; 4, 7 [12 e 17]).

b) Esse [presente] processo e as conclusões nele obtidas não podem, sem mais, ser transferidas para as pessoas jurídicas nacionais de direito público. Embora o Art. 19 III GG fale somente em “pessoa jurídica”, ele não ordena nenhuma equiparação entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado. Pelo contrário, “a essência dos direitos fundamentais”, determinante segundo o conteúdo do dispositivo, leva, “a priori”, a uma diferenciação fundamental entre ambos os grupos.

O sistema axiológico dos direitos fundamentais baseia-se na dignidade e liberdade de cada ser humano como pessoa natural. Os direitos fundamentais devem, em primeiro lugar, proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções do poder estatal e, da mesma forma, garantir-lhe, por essa razão, as condições para uma cooperação e co-configuração ativa e livre na sociedade política. A partir desta idéia central deve também ser interpretado e aplicado o Art. 19 III GG. Ela justifica a inclusão da pessoa jurídica na área de proteção dos direitos fundamentais somente quando a configuração e atuação destas sejam expressão do livre desenvolvimento da pessoa natural, especialmente quando

a “abrangência” dos indivíduos que se encontram por trás da pessoa jurídica possa ser considerada significativa e necessária [ao livre desenvolvimento da pessoa natural].

c) Por isso, existem por princípio objeções contra a extensão da capacidade para ser titular de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público no âmbito do cumprimento de tarefas públicas. Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 15, 256 [262]).

Isto vale não somente quando o Estado aparece imediatamente como poder estatal da União ou de um Estado-membro, mas também, principalmente, quando ele se vale de uma instituição jurídica autônoma para o cumprimento de suas tarefas (...).

d) – e) (...).

3. (...).

4. Se, assim, os direitos fundamentais e o remédio jurídico da Reclamação Constitucional para a defesa daqueles não são em princípio aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público quando estas estiverem realizando tarefas públicas, deve então valer algo diferente quando, excepcionalmente, a titular do direito em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais. Por esta razão, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a capacidade de as universidades e faculdades serem titular de direitos fundamentais, no que tange ao direito fundamental do Art. 5 III 1 GG, e isso até mesmo independentemente de sua capacidade jurídica (cf. BVerfGE 15, 256 [262]). No caso desse direito fundamental, aliás, já [seu] teor revela a abrangência daquelas instituições às quais foram confiadas em primeira linha a ciência, a pesquisa e o ensino. Da mesma forma, pode-se fundamentar o reconhecimento de determinados direitos fundamentais às igrejas e a outras sociedades religiosas criadas com o status de órgão de direito público. (...).

5. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Berger, Dr. Scholtissek, Dr. Stein,
Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck

11. BVERFGE 31, 314

(2. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

**Controle Abstrato / Reclamação Constitucional
contra ato normativo**

27/07/1971

MATÉRIA:

Trata-se da **segunda decisão sobre a liberdade de radiodifusão** (2. *Rundfunkentscheidung*) em um rol de pelo menos sete decisões que acompanhariam a evolução da dogmática nesse setor bastante dinâmico dos direitos fundamentais. Mas o pequeno excerto reproduzido / traduzido abaixo diz respeito somente à passagem relevante sobre a capacidade de a pessoa jurídica de direito público ser titular do direito fundamental da liberdade de radiodifusão.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 27 de julho de 1971

com base na audiência de 18 de maio de 1971

- 2BvR 1/68. 2 BvR 702/68 -

(...)

RAZÕES

A.

(...)

B.

Contra o pedido do governo estadual de Hessen [controle abstrato] não existem objeções. Também a Reclamação Constitucional das instituições [públicas] é admitida.

1. (...).

Algo diferente vale quando, excepcionalmente, à referida pessoa jurídica de direito público pode ser atribuída diretamente a área da vida protegida pelos direitos fundamentais. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a capacidade para as universidades e faculdades serem titular de direitos fundamentais no que se refere ao direito fundamental do Art. 5 III 1 GG (cf. BVerfGE 15, 256 [262]). O mesmo vale para as instituições de direito público [emissoras] de rádio e televisão. Elas são instituições do

Estado que defendem direitos fundamentais em uma área na qual são independentes do Estado. Justamente para possibilitar a realização do direito fundamental de liberdade de radiodifusão, são estas independentes do Estado; foram criadas por leis como instituições de direito público independentes do Estado e com gestão própria. Sua organização se dá de tal modo que seja impossível a tomada de influência dominadora do Estado sobre elas. A promulgação de tais leis e uma organização das instituições de radiodifusão [canais de televisão, estações de rádio] que sejam independentes do Estado são exigidas pelo Art. 5 I GG (BVerfGE 12, 205 *et seq.*). Com a Reclamação Constitucional, as instituições de radiodifusão podem, por isso, argüir uma violação de seu direito fundamental à liberdade de radiodifusão.

2. (...).

C.

I. – III. (...)

IV.

A decisão relativa ao ponto C. foi prolatada com 4 votos a 3.
(ass.) Dr. *Leibholz*, *Geller*, Dr. v. *Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*,
Dr. *Rinck*, *Wand*

Opinião discordante²¹⁹ dos juízes *Geller* e Dr. *Rupp* a respeito da fundamentação da decisão (*Urteil*) do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal de 27 de junho de 1971

(...)

(ass.) *Geller*, Dr. *Rupp*

Opinião discordante²²⁰ dos juízes Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck* e *Wand* a respeito da decisão (*Urteil*) do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal de 27 de junho de 1971.

(...)

(ass.) *Geiger*, Dr. *Rinck* e *Wand*.

²¹⁹ Como os votos dissidentes (*Sondervoten*) dos dois juízes autores dessa “opinião divergente” (*abweichende Meinung*) se referem somente à fundamentação, ela é, portanto, totalmente irrelevante neste momento, bastando a sua referência.

²²⁰ Aqui vale o mesmo do afirmado na nota anterior. Observe-se, entretanto, que no caso dos juízes Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck* e *Wand*, a discordância recai sobre a decisão em si, e não somente sua fundamentação.

SEGUNDA PARTE

Direito Constitucional Material I
(Direitos Fundamentais – Art. 1 – 19 GG)

§ 7.

Dignidade da Pessoa Humana

(Art. 1 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 1º (Dignidade da pessoa humana).

(1) ¹A dignidade da pessoa humana é intocável. ²Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

(2) ...

(3) ...

NOTA INTRODUTÓRIA:

A *Grundgesetz* declara, em seu Art. 1 I, a dignidade humana como “intocável”. Logo em seguida (Art. 1 I 2 GG), ordena a todos os poderes estatais observá-la e protegê-la. O dever de observação é próprio de todos os direitos fundamentais como direitos de resistência contra intervenções estatais: o Estado observa a liberdade ou direito individual enquanto *omite* uma ação perturbadora. O dever de proteção diz respeito a mandamento de ação direcionado ao Estado, ação contra agressões da dignidade da pessoa humana proveniente de particulares.

Se, por um lado, os mandamentos relativos à dignidade da pessoa humana são claros, difícil é a sua definição. Não existe unanimidade na literatura especializada alemã. Muitos são os pontos de ênfase e formas de tratamento da matéria. Os comentários à *Grundgesetz* dedicam ao Art. 1 I GG muitas páginas. Mais bem sucedida tem sido uma definição negativa: uma definição que parte da intervenção ou violação da dignidade humana (visto que uma intervenção não pode ser justificada, pois a outorga do Art. 1 GG é ilimitada). Por isso, a preocupação dogmática se volta toda para a

verificação do momento em que se pode dizer que a dignidade humana foi atingida. Para tanto, a definição de sua área de proteção tem enorme importância, pois nenhuma intervenção poderá ser justificada, conforme já aludido.

Outra tese bastante corrente na literatura especializada é que boa parte (alguns afirmam erroneamente que todos) dos direitos fundamentais teriam um lastro na garantia da dignidade humana. Entre eles, destaque-se o Art. 2 I GG (livre desenvolvimento da personalidade), que abrange os direitos gerais da personalidade, funcionando como *lex generalis* em face de garantias mais específicas dos Art. 3 *et seq.* GG, como a inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I GG) ou do sigilo telefônico (Art. 10 I GG), direito à incolumidade física ou mesmo a liberdade de locomoção contra os seus mais diversos cerceamentos, incluindo os legais (Art. 2 II c.c. Art. 104 I 1 GG).

As decisões abaixo escolhidas trataram respectivamente de concretizações da dignidade da pessoa humana no contexto do Art. 10 I GG (**Decisão 12.**) e da privação da liberdade de locomoção por aplicação da pena de prisão perpétua (**Decisão 13.**). Trata-se de apenas dois dos diversos contextos em face dos quais o TCF concretizou a dignidade da pessoa humana.

12. BVERFGE 30, 1 (ABHÖRURTEIL)

Controle Abstrato / Reclamação Constitucional contra ato normativo

15/12/1970

OUTROS PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

ART. 10 I E ART. 79 III GG

MATÉRIA:

O governo do Estado de Hessen ensejou, junto ao TCF, o controle abstrato da 17ª Emenda Constitucional que inseriu um novo dispositivo ao Art. 10 GG, o Art. 10 II 2 GG. Trata-se de uma reserva legal que possibilitou ao legislador infraconstitucional, inclusive por lei material, ou seja, ato normativo da Administração como decreto e regulamentos, limitar o sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação tutelado pelo Art. 10 I GG (em suma, a **decisão** questionava a constitucionalidade entre outros da **escuta telefônica – *Abhörurteil***). O Controle Abstrato tinha por objeto também alguns dispositivos como o § 9, V da lei conhecida como “G 10” (Lei para a Limitação do Sigilo da Correspondência, Postal e da Telecomunicação), promulgada a 13/08/1968 com lastro na nova reserva legal do Art. 10 II 2 GG. Paralelamente, um grupo de promotores e advogados ajuizou reclamações constitucionais questionando diretamente a constitucionalidade da emenda e de vários dispositivos da G 10.

À exceção de um aspecto do § 5, V da G 10, que permitia a exclusão da notificação do atingido por medidas de vigilância quando a notificação no caso concreto pudesse ser efetivada sem ameaçar o propósito da limitação, o Tribunal Constitucional Federal, com cinco votos contra três (v. trecho dos votos vencidos reproduzidos abaixo), julgou (por *Urteil*) improcedentes tanto o pedido implícito²²¹ no controle abstrato, quanto as reclamações constitucionais, declarando constitucionais todas as normas impugnadas.

A interpretação do conceito de dignidade humana da *Grundgesetz* foi decisiva para que a decisão não fosse unânime.

²²¹ O pedido implícito (ou explícito) será sempre o da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo, cuja constitucionalidade se está exatamente questionando por existirem “dúvidas” (*Zweifel*).

1. – 5. (...).

6. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa.

7. – 8. (...).

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 15 de dezembro de 1970

após audiência de 07 de julho de 1970

– 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 e 308/69 –

(...)

RAZÕES

A. I. – V.

(...)

B. I. – II.

(...)

C. I.

O julgamento sobre a compatibilidade do Art. 10 II 2 GG, que fora inserido por emenda constitucional, com o Art. 79 III GG, pressupõe a interpretação de ambas as normas.

1. Da interpretação do Art. 10 II 2 GG resulta o seguinte:

a) – b) (...).

2. Da interpretação do Art. 79 III GG resulta o seguinte:

a) – b) (...)

c) No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, firmado no Art. 1 GG, o qual, segundo o Art. 79 III GG, não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses. Somente

desse dado [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, “um tratamento desrespeitoso”.

II.

(...)

D.

(...)

E.

Esta decisão foi prolatada com 5 votos a 3.

(ass.) *Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,*
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rinck

Opinião divergente dos juízes Geller, Dr. v. Schlabrendorff e Dr. Rupp

(...).

1. a) – c) (...).

2. a) (...).

b) (...). É preciso agora distanciar-se, ao se responder à pergunta sobre o significado de “dignidade humana”, do entendimento patético²²² da palavra, ou seja, daquele entendimento que se dá exclusivamente em seu sentido superior, partindo-se do pressuposto de que a dignidade humana só é atingida quando “o tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por

²²² O adjetivo “patético” (“Man muss sich ... hüten, das *pathetische* Wort ausschließlich in seinem höchsten Sinn zu verstehen”) é utilizado aqui pelo TCF, no seu sentido original, derivado do conceito grego de *Pathos*, que designa a emoção. A palavra “*Menschenwürde*”, significante alemão para a expressão em português “dignidade humana” ou “dignidade da pessoa humana”, aparece no sentido de “solene”, daí “*pathetisch*”, carregada de *Pathos*, o que é característico de toda solenidade e, por isso mesmo, muitas vezes distante da realidade, porque pobre em *logos* e por vezes até de *ethos*.

força de sua existência como pessoa; portanto, nesse sentido, ser ‘um tratamento desrespeitoso’”. Contudo, se trilhado esse caminho, reduz-se o Art. 79 III GG a uma proibição da re-introdução, por exemplo, da tortura, do pelourinho e dos métodos do 3º *Reich*. Uma restrição desse tipo não considera a concepção e o espírito da *Grundgesetz*. Todo o poder de Estado tem que observar e proteger a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ela não pode ser tratada de forma “impessoal”, como um objeto, nem mesmo quando isso acontece, não por desrespeito ao valor da pessoa, mas com “boa intenção”. (...).

(...).

c) (...).

3. – 4. (...).

(ass.) *Geller, Dr. v. Schlabrendorff, Dr. Rupp*

13. BVERFGE 45, 187

(LEBENSLANGE FREIHEITSSTRAFE)

Controle Concreto

21/06/1977

MATÉRIA:

Trata-se do controle concreto de constitucionalidade do tipo penal homicídio qualificado do § 211 StGB. O Tribunal Estadual de *Verden*, que apresentou a questão ao TCF, considerava o § 211 StGB inconstitucional, porque previa unicamente a **pena de prisão perpétua** (*Lebenslange Freiheitsstrafe*) sem abrir ao juízo ou tribunal que o aplica a possibilidade de penalizar de acordo com a culpa concreta verificada em cada caso. Segundo o tribunal estadual, a prisão perpétua violaria o conteúdo essencial da garantia da liberdade e, por conseqüência, a dignidade humana do condenado.

O TCF considerou o § 211 StGB constitucional e com isso também a execução da pena de prisão perpétua, mas com uma importante ressalva: deveria restar ainda uma possibilidade legal do condenado alcançar o estado de liberdade por meio de uma suspensão da execução do resto da pena. Essa “chance” de se alcançar a liberdade foi regulamentada pelo novo § 57a StGB.

1. A pena de prisão perpétua para homicídio qualificado (§ 211 I StGB) é compatível com a *Grundgesetz*, na medida das seguintes ementas.
2. Segundo o atual estágio do conhecimento científico, não se pode constatar que a execução da pena de prisão perpétua, conforme normas da Lei de Execução Penal, observando-se a atual prática de indulto, leve necessariamente a danos físicos e psíquicos irreparáveis que violem a dignidade humana (Art. 1 I GG).
3. Um dos pressupostos da execução de pena compatível com a dignidade humana é que reste ao condenado à prisão perpétua, em princípio, uma chance de algum dia voltar a gozar da liberdade. Somente a possibilidade de indulto não é suficiente. Pelo contrário, o princípio do Estado de direito exige que as condições sob as quais a execução de uma pena de prisão perpétua possa ser suspensa e o procedimento aplicável sejam regulados por lei.
4. (...).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 21 de junho de 1977
após audiência de 22 e 23 de março de 1977

– 1 BvL 14/76 –

(...)

RAZÕES

A. - I. – VIII. (...)

B. 1. – 2. (...)

C.

O § 211 StGB é, na extensão dele a ser aqui examinada, segundo o discorrido adiante e a interpretação restritiva que dele resulta, compatível com a *Grundgesetz*.

I.

1. – 4. (...)

II.

1. Observância e proteção da dignidade humana fazem parte dos princípios constitutivos da *Grundgesetz*. (...).

(...).

No âmbito da prática do direito penal, no qual são colocadas as maiores exigências de justiça, o Art. 1 I GG determina o entendimento da essência da pena e da relação entre culpa e reparação. O princípio “*nulla poena sine culpa*” tem o status de princípio

constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Toda a pena deve ter uma relação proporcional justa entre a gravidade do delito e a culpa do autor (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 *et seq.*]). O mandamento do respeito à dignidade humana significa especialmente que penas cruéis, desumanas e humilhantes são proibidas (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). O autor do delito não pode ser reduzido a um mero objeto do combate ao crime, sob violação de seu direito constitucional ao respeito e à valorização social (BVerfGE 28, 389 [391]). Os pressupostos básicos da existência humana individual e social devem ser preservados. Do Art. 1 I GG, combinado com o princípio do Estado social, deve-se, portanto - e isso vale especialmente para a execução penal - derivar a obrigação do Estado de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna. Entendida a dignidade humana dessa forma, seria com ela incompatível que o Estado requeresse para si o direito de tirar à força a liberdade do indivíduo sem que houvesse pelo menos a chance dele algum dia voltar a gozar novamente da liberdade. (...).

2. (...).

III.

(...)

1. – 3. (...).

4. a) (...), pois o núcleo da dignidade humana será atingido quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver que desistir de qualquer esperança de reaver sua liberdade. O instituto do indulto, apenas, não basta para assegurar, de uma forma a atender as exigências constitucionais, essa perspectiva, que por excelência é só o que torna suportável a execução da prisão perpétua.

(...).

b) (...).

5. (...).

IV. – VIII. (...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Haager*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Hesse*, Dr. *Rupp-v. Brünneck* (repres. por Dr. *Benda*)

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 1 I GG:

DREIER, Horst. *Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003.

ENDERS, Christoph. *Die Menschenwürde in der Verfassungsrechtsprechung – Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, 1997.

HERDEGEN, Matthias. “Die Menschenwürde im Fluss des bioethischen Diskurses”, *JZ* 2001, p. 773 – 779.

HOFMANN, Hasso. “Die versprochene Menschenwürde”, *AöR* 118, p. 353 – 377, 1993.

SCHLINK, Bernhard. *Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes*, 2002.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 1 I GG:

Além das aqui trazidas, vide também: BVerfGE 30, 173 (193 *et seq.*) – *Mephisto*, 39, 1 (42 *et seq.*) – *Schwangerschaftsabbruch I*, 49, 286 (298 *et seq.*) – *Transsexuelle I*, 50, 166 (175) – *Ausweisung I*, 82, 60 (85 *et seq.*) – *Steuerfreies Existenzminimum*, 87, 209 (227 *et seq.*) – “*Tanz der Teufel*”, 88, 203 (251 *et seq.*) – *Schwangerschaftsabbruch II*, 94, 49 (102 *et seq.*) – *Sichere Drittstaaten*, 96, 375 (398 *et seq.*) – *Kind als Schader*, 98, 169 (200) – *Arbeitspflicht*, 101, 275 (287) – *Fahnenflucht*, 102, 347 (366 *et seq.*) – *Schockwerbung I*.

§ 8.

Livre Desenvolvimento da Personalidade

(Art. 2 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 2º (Livre Desenvolvimento da Personalidade, direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana)

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) ...

NOTA INTRODUTÓRIA:

O Art. 2 I GG tem uma importância prática ímpar. Seu sempre destacado caráter subsidiário em face das outorgas específicas não afasta seu significado. Pelo contrário: como último limite à ação estatal cerceadora da liberdade individual, ele precisou ser dogmática e minuciosamente concretizado. Também aqui o TCF não foi omissivo, mas, pelo contrário, em um número de decisões muito relevantes que chega à casa das dezenas, concretizou vários aspectos, chegando a criar verdadeiros “direitos”, a partir da derivação do conceito de livre desenvolvimento encontrado no Art. 2 I GG, como foi o caso do direito à auto-determinação sobre informações (ou dados) pessoais (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) na decisão *Volkszählung* (BVerfGE 65, 1 – cf. abaixo: **decisão 20.**)

Tradicionalmente, o conceito de livre desenvolvimento da personalidade é, a despeito das várias críticas a ela endereçadas, explicado pela teoria do núcleo da personalidade (*Persönlichkeitskerntheorie*), defendida

sobretudo por *Peters*²²³ desde o início da década de 1960. Segundo essa teoria, haveria camadas ou esferas da personalidade que mereciam proteção diferenciada, sendo que a esfera íntima deveria ser mais protegida que, entre outras subdivisões, a esfera privada e a social. Essa teoria foi sempre bastante questionada, por ser impossível determinar cientificamente as fronteiras entre as referidas esferas e em face da incontável relatividade destas.

O TCF não descartou totalmente a teoria do núcleo da personalidade (pelo contrário, ela sempre ecoa de maneira mais ou menos retórica – sobretudo quando se liga o Art. 2 I com o Art. 1 I GG), mas vai muito além, entendendo que a outorga encerra, na verdade, dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e a liberdade geral de ação. Esta última foi fundamentada dogmaticamente na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32, abaixo: **decisão 14.**). O TCF se vale da gênese do dispositivo constitucional para fundamentar esse conteúdo da área de proteção do direito fundamental do art. 2 I GG. Hoje, boa parte da literatura especializada segue essa dicotomia proposta de jurisprudência do TCF. Os críticos apontam para os riscos de uma tutela sem contornos, consubstanciada nessa acepção do Art. 2 I GG enquanto direito geral de ação. Momento alto dessa crítica foi alcançado na própria jurisprudência do TCF, com um dos votos dissidentes mais célebres de toda a história do TCF: trata-se do voto dissidente do Juiz *Dieter Grimm* na decisão *Reiten im Walde* (BVerfGE 80, 137 [164 *et seq.*] – abaixo: **decisão 19.**), que, sem romper totalmente com a tradição fundada na decisão *Elfes*, chamou a atenção para o fato de que nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2 I GG na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as conseqüências dogmáticas poderiam ser desastrosas (cf. síntese da matéria da **decisão 19.**).

Quando o TCF, juntamente com a literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a

²²³ *Peters*, Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes *modos de desenvolvimento* do titular do direito²²⁴, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual, etc., ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal (essa protegida, porém, por garantia específica – Art. 10 I GG) etc., ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal etc.

Tanto o direito geral de ação quanto o direito geral da personalidade estão submetidos ao chamado trio de limites (*Schrankentrias*), quais sejam: segundo o teor do Art. 2 I 2º sub-período GG, o direito de terceiros, a lei moral e o mais importante deles, uma vez que segundo a própria jurisprudência do TCF abrange os demais: a ordem constitucional. Essa redução do trio à ordem constitucional também sempre sofreu críticas da literatura especializada, a mais eloqüente delas produzida e exarada por *Dieter Suhr* em sua célebre monografia “*Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen*” (“O desenvolvimento da pessoa por intermédio das pessoas”), publicada em 1976 (Duncker & Humblot, Berlim).

As decisões abaixo selecionadas têm, como problema central, ora a definição pormenorizada de aspectos anteriormente ainda não trabalhados da área de proteção do direito (além das já citadas, lembrem-se aqui as **decisões 15, 17 e 18**), ora se ocuparam intensamente da dogmática dos limites, ou seja, da concretização do limite da ordem constitucional: além de *Ellés*, também as **decisões 16, 21** e, sobretudo, a **decisão 22** – BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), que mesmo sem reconhecer um direito ao entorpecimento (o que seria um aspecto da área de proteção), trabalha,

²²⁴ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2004: 86 *et seq.*).

implicitamente, com a idéia de intervenção no direito geral de personalidade, na acepção de auto-determinação e da dialética com seu limite e conseqüente análise da proporcionalidade de sua imposição.

14. BVERFGE 6, 32 (ELFES)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/01/1957

MATÉRIA:

O reclamante, W. *Elfes*, foi um político atuante nos âmbitos municipal e estadual em *Nordrhein-Westfalen* desde os anos 1930. Nos anos 1950, foi um dos líderes do partido político “União dos Alemães”, que combatia as políticas de reunificação (com a antiga República Democrática Alemã) e de defesa do governo federal. Tais teses críticas foram por ele diversas vezes defendidas, tanto dentro como fora da Alemanha.

O reclamante teve seu requerimento de prorrogação da validade de seu passaporte denegada pela autoridade competente, que se valeu, em sua decisão administrativa, de um dispositivo da lei de passaportes que prescrevia a denegação do referido pedido toda vez que isso fosse necessário em face de uma ameaça à segurança ou ao interesse relevante da República Federal da Alemanha ou de um Estado-membro da federação. Após trilhar e esgotar a via jurisdicional administrativa, o reclamante ajuizou então sua Reclamação Constitucional contra a decisão (*Urteil*) de última instância do Tribunal Federal Administrativo.

O TCF julgou improcedente a reclamação, porque: 1º) negou que a área de proteção do Art. 11 GG que garante a livre circulação (porém no sentido de livre circulação e fixação de domicílio em território nacional) tivesse sido atingida, restando somente o Art. 2 I GG, o qual tutela subsidiariamente os direitos gerais da personalidade e a liberdade geral da ação, como parâmetro do controle; e 2º) considerou o dispositivo aplicado pelos tribunais administrativos como sendo parte da ordem constitucional, um dos limites legítimos, segundo o Art. 2 I GG, impostos à liberdade, no caso a princípio protegida, de sair do território nacional.

1. O Art. 11 GG não se refere à liberdade de saída do país.
2. A liberdade de saída do país está garantida, como resultado da liberdade geral de ação, pelo Art. 2 I GG, dentro dos limites da ordem constitucional.
3. A ordem constitucional, nos termos do Art. 2 I GG, é a ordem jurídica constitucional, isto é, a totalidade de normas que se encontram formal e materialmente de acordo com a Constituição.
4. Qualquer um pode, por meio de Reclamação Constitucional, alegar que uma norma jurídica, que limite sua liberdade de ação, não integre a ordem constitucional.

**Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 16 de janeiro de 1957
– 1 BvR 253/56 –**

no processo da Reclamação Constitucional de *Wilhelm Elfes* (...) contra a decisão (*Urteil*) do Tribunal Administrativo Federal de 22 de fevereiro de 1956 – I C 41.55 -,

Dispositivo da Decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES

I.

(...).

Quando o reclamante, no ano de 1953, requereu a renovação de seu passaporte junto à repartição pública competente para passaportes de *Mönchengladbach*, esta lhe foi negada a 6 de junho de 1953, sem maior fundamentação, [limitando-se a autoridade] a indicar o § 7 I a da lei de Passaportes de 4 de março de 1952 (BGBl. I, p. 290). (...).

(...).

II.

A Reclamação Constitucional ajuizada tempestiva e formalmente em ordem é improcedente.

1. (...).

(...).

Tendo em vista este contexto, o Tribunal Constitucional Federal não pode se convencer do fato de que, em razão da sistemática, é imperioso – consoante defendido na literatura especializada – incluir o direito de livre saída do país na liberdade de circulação [e de fixação de domicílio dentro do território nacional] garantida pelo Art. 11 GG. Porém, não falta à liberdade de saída do país, enquanto resultado da liberdade geral de ação, uma proteção adequada de direito fundamental (Art. 2 I GG) .

2. O Tribunal Constitucional Federal, em sua decisão de 20 de julho de 1954 (BVerfGE 4, 7 [15 s.]), deixou em aberto se a liberdade de ação deveria ser entendida sob o conceito do livre desenvolvimento da personalidade no seu sentido mais amplo existente, ou se o Art. 2 I GG se limitaria à proteção de um mínimo dessa liberdade de ação, sem a qual o ser humano não pode desenvolver sua existência como pessoa intelectual e moral.

a) A *Grundgesetz* não pode ter querido, com o “livre desenvolvimento da personalidade”, proteger apenas o desenvolvimento dentro do núcleo essencial da personalidade que perfaz a essência do ser humano como personalidade intelecto-moral. Com efeito, não seria compreensível de que modo o desenvolvimento dentro desse âmbito central poderia violar os costumes, o direito de terceiros ou até mesmo a ordem constitucional de uma democracia livre. Justamente essas limitações impostas ao indivíduo como membro da comunidade mostram que a *Grundgesetz*, em seu Art. 2 I, pensa na liberdade de ação em sentido amplo.

Contudo, a formulação solene do Art. 2 I GG foi o ensejo para analisá-lo especialmente sob a luz do Art. 1 GG e dali derivar que ele, entre outros, se destina a cunhar a imagem [na acepção de conceito] de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz*. Com isso, porém, não se diz nada além de que o Art. 1 GG na realidade faz parte dos princípios básicos constitucionais que, assim como todas as demais disposições da *Grundgesetz*, também dominam o Art. 2 I GG. Do ponto de vista jurídico, é um direito fundamental individualizado que garante a liberdade de ação geral. Não foram considerações jurídicas, mas motivos lingüísticos, que levaram o legislador a substituir a versão original “cada um pode fazer e deixar de fazer o que quiser” pela versão atual (cf. *Mangoldt*, Conselho Parlamentar²²⁵, 42ª Sessão da comissão principal, p. 533). Aparentemente, o que contribuiu para a teoria de que o Art. 2 I GG quis proteger apenas

²²⁵ O “*Parlamentarischer Rat*” foi a Assembléia Nacional Constituinte, que culminou com a promulgação da *Grundgesetz*.

um núcleo essencial da personalidade foi o fato de ser mencionada, na segunda parte da frase, também a ordem constitucional como limite para o desenvolvimento da personalidade do cidadão. No propósito de interpretar esse conceito, que aparece também em outro ponto da *Grundgesetz*, sempre da mesma maneira, resolveu-se finalmente adotar no caso da ordem constitucional um conceito mais estrito do que o dado à ordem jurídica constitucional. Com isso, viram-se em contrapartida forçados à conclusão de que somente um núcleo essencial da personalidade, mas não a liberdade de ação humana, deveria ser protegido constitucionalmente²²⁶.

Ao lado da liberdade geral de ação garantida pelo Art. 2 I GG, a *Grundgesetz* protegeu, por meio de disposições especiais de direito fundamental, a liberdade de ação em determinados setores da vida que, pela experiência histórica, estão especialmente expostos à intervenção do poder público. Junto àqueles referidos setores da vida, a Constituição delimitou, por meio de reservas legais escalonadas, até que ponto pode ocorrer a intervenção no respectivo âmbito de direito fundamental. Nos casos onde os âmbitos especiais da vida não forem protegidos pelos direitos fundamentais [específicos], o indivíduo pode se valer, no caso de intervenção do poder público em sua liberdade, [da proteção] do Art. 2 I GG. Aqui não é necessária uma reserva legal, porque o conjunto das possibilidades de intervenção estatal resulta automaticamente da restrição do livre desenvolvimento da personalidade pela ordem constitucional.

b) Se, como demonstrado acima, sob 2 a), com o livre desenvolvimento da personalidade garante-se, no Art. 2 I GG, a liberdade geral de ação, que, contanto que não viole direito de terceiros ou se choque contra a lei moral (*Sittengesetz*), está vinculada somente à ordem constitucional, pode-se entender sob esse conceito de ordem constitucional apenas uma ordem jurídica geral que respeite as normas constitucionais materiais e formais, sendo, portanto, uma ordem jurídica constitucional. Nesse sentido, o Superior Tribunal Administrativo de *Münster*, no processo originário também caracteriza a ordem constitucional como sendo a “ordem jurídica conforme a Constituição”, a “ordem jurídica estabelecida conforme a Constituição e a que se mantém no âmbito da Constituição”.

(...).

c) Na literatura jurídica especializada [doutrina] objeta-se freqüentemente que, seguindo um tal entendimento, o direito fundamental do Art. 2 I GG “esvaziar-se-ia”, já

²²⁶ A ordem constitucional (*verfassungsmäßige Ordnung*) seria o ordenamento restrito à *Grundgesetz*, ao passo que a ordem jurídica constitucional (*verfassungsmäßige Rechtsordnung*) abrangeria todos o ordenamento jurídico. Daí ser a primeira interpretada restritivamente.

que é colocado sob a reserva legal geral. Ignora-se, porém, neste ponto, que o Poder Legislativo, segundo a *Grundgesetz*, está submetido a limites mais severos do que estava sob a vigência da Constituição de 1919 [da República de Weimar]²²⁷. Na época, não apenas diversos direitos fundamentais estavam realmente “esvaziados” pela reserva legal geral, à qual qualquer lei constitucionalmente promulgada correspondia; o legislador podia superar a qualquer momento, também no caso concreto e por meio de uma lei promulgada pela maioria necessária para a emenda constitucional, qualquer limitação constitucional que se lhe opusesse. Por sua vez, a *Grundgesetz* estabeleceu uma ordem axiológica que limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado (BVerfGE 2, 1 [12 *et seq.*]; 5, 85 [204 *et seq.*]). Os princípios superiores dessa ordem de valores são protegidos contra emendas constitucionais (Art. 1, 20, 79 III GG). Rompimentos com a Constituição não são [mais] possíveis; a jurisdição constitucional fiscaliza a subordinação do legislador aos parâmetros constitucionais. Assim, as leis não são “constitucionais” somente por terem sido produzidas formalmente de acordo com a ordem constitucional. Elas têm de estar materialmente de acordo com os valores básicos superiores da ordem democrática livre, mais do que da ordem de valores constitucional, bem como corresponder aos princípios constitucionais elementares não escritos e às decisões básicas da *Grundgesetz*, especialmente ao princípio do Estado de direito e do Estado social. Sobretudo, as leis não podem, por isso, ferir a dignidade humana, que é o valor maior da *Grundgesetz*, mas também não podem restringir a liberdade humana intelectual, política e econômica de forma a atingir tais liberdades em seu conteúdo essencial (Art. 19 II, Art. 1 III, Art. 2 I GG). Daí resulta que ao cidadão está constitucionalmente reservada uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um último âmbito intangível de liberdade humana que não se submete à ação do poder público como um todo. Uma lei que interviesse no aludido último âmbito nunca poderia ser elemento da “ordem constitucional”; teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional Federal.

Disso resulta que uma norma jurídica, somente quando atende a todas essas exigências, e também quando se torna elemento da “ordem constitucional”, limita efetivamente o âmbito da capacidade de ação geral do cidadão. Processualmente isso significa: Qualquer um pode, por meio da Reclamação Constitucional, alegar que uma

²²⁷ Pois o legislador foi, no Art. 1 III GG, expressamente vinculado aos direitos fundamentais.

lei que limite sua liberdade geral de ação não faz parte da ordem constitucional, porque estaria se chocando contra certas disposições constitucionais (na forma ou conteúdo) ou princípios constitucionais gerais. Em sendo assim, [também] seu direito fundamental previsto no Art. 2 I GG estaria sendo violado.

3. – 5. (...).

15. BVERFGE 34, 238 (TONBAND)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 31/01/1973

MATÉRIA:

Um casal vendeu ao reclamante um imóvel, segundo eles, por 495.000 marcos alemães, no dia 11 de maio de 1970. A escritura foi passada, porém, no valor de 425.000 marcos. 70.000 marcos foram pagos à parte em moeda corrente. O casal assinou um recibo preparado pelo reclamante de “empréstimo” da quantia, o qual deveria ser destruído quando do registro da escritura, o que foi de fato feito na ocasião na presença do casal que alienou o imóvel. Porém, o reclamante cobrou algum tempo depois do referido casal o pagamento do suposto empréstimo apresentando um segundo recibo de 70.000 marcos alemães. Em 14 de dezembro do mesmo ano, o casal registrou um boletim de ocorrência policial por estelionato e falsificação de documento.

O casal gravou, no entanto, uma **fitá fonográfica** (*Tõnband*) de uma conversa tida em agosto de 1970 sobre o acordo verbal realizado entre eles, sem o conhecimento e, portanto, consentimento do reclamante. O juízo de primeira instância de *Osnabrück* atendeu ao pedido do Ministério Público local no sentido de utilizar a gravação como prova da acusação. O Tribunal Estadual de *Osnabrück* denegou, em suma, a reclamação ordinária (*Beschwerde*)²²⁸. Contra essa decisão (*Beschluss*) do Tribunal Estadual de *Osnabrück* foi ajuizada a Reclamação Constitucional, que foi julgada

²²⁸ Neste caso específico, semelhante ao agravo de instrumento da processualística brasileira, vez em que impugna decisão interlocutória: o deferimento da prova ilicitamente levantada.

admitida e procedente, porque a decisão do Tribunal Estadual de *Osnabrück* feriu, segundo o TCF, o direito fundamental do reclamante com fulcro no Art. 2 I GG.

1. O direito fundamental previsto no Art. 2 I GG protege também posições jurídicas que são necessárias para o desenvolvimento da personalidade. Delas fazem parte, dentro de certos limites, tanto o direito à própria imagem como o direito à palavra falada. Por isso, em princípio, cada um por si mesmo e individualmente pode determinar quem deve gravar sua palavra, assim como se e diante de quem sua voz gravada pode ser reproduzida.

2. Com isso, porém, não é defeso que, em casos onde o interesse geral necessariamente o exija, o direito digno de proteção do acusado à não utilização de uma gravação sigilosa em processo penal tenha que ceder.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 31 de janeiro de 1973

– 2 BvR 454/71 –

(...)

RAZÕES:

A. – I.

A Reclamação Constitucional refere-se à admissibilidade da utilização de uma gravação particular, feita sigilosamente, em uma investigação dirigida contra o reclamante por suspeita de sonegação fiscal, estelionato e falsificação de documentos.

(...).

II.

B. – I.

(...)

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

(...).

1. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu em jurisprudência consolidada que a *Grundgesetz* garante ao cidadão um âmbito intangível da vida privada, que não está submetido à ação do poder público (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]; 27, 1 [6], 344 [350

s.]; 32, 373 [378 s.]; (...) = BVerfGE 33, 367 *et seq.*, 376 s.). O mandamento de força constitucional de respeitar esse núcleo da esfera íntima do indivíduo tem sua base no direito ao livre desenvolvimento de personalidade garantido pelo Art. 2 I GG. Na definição de conteúdo e alcance do direito fundamental do Art. 2 I GG deve ser considerado que, nos termos da norma fundamental do Art. 1 I GG, a dignidade humana é inviolável e que ela requer proteção e observância contra todo o poder público. Além disso, nos termos do Art. 19 II GG, também o direito fundamental do Art. 2 I GG não pode ser atingido em seu conteúdo essencial (BVerfGE 27, 344 [350 s.]; 32, 373 [379]). Mesmo interesses preponderantes da coletividade não podem justificar uma intervenção no núcleo central, absolutamente protegido, da conformação da vida privada. Não se admite uma ponderação conforme ao princípio da proporcionalidade.

Porém, nem todo o âmbito da vida privada se encontra sob proteção absoluta do direito fundamental do Art. 2 I, c.c. Art. 1 I GG (BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]). Como cidadão participante da e vinculado à comunidade, cada um deve tolerar medidas públicas tomadas no interesse superior da coletividade, sob a estrita observância do mandamento da proporcionalidade, e contanto que não prejudiquem o núcleo intangível da conformação da vida privada. (...).

2. O Art. 2 I GG garante a cada um o direito de livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não viole direito alheio nem se choque com a ordem constitucional e a lei moral. Esse direito fundamental também protege posições jurídicas que são necessárias para o desenvolvimento da personalidade. Delas fazem parte, dentro de certos limites, tanto o direito à própria imagem como o direito à palavra falada. Por isso, em princípio, cada um por si mesmo e individualmente pode determinar quem deve gravar sua palavra, assim como se e diante de quem sua voz gravada pode ser reproduzida.

(...).

3. – 4. (...).

5. Como não se trata de uma intervenção do poder público no âmbito absolutamente protegido da personalidade, a utilização da gravação seria permitida se fosse justificada por um interesse preponderante da coletividade. Não é o caso.

a) A *Grundgesetz* confere ao direito de livre desenvolvimento da personalidade uma grande importância. Medidas públicas que o prejudiquem são admissíveis, quando o são, apenas sob estrita observância do princípio da proporcionalidade. Por outro lado,

a *Grundgesetz* confere também uma importância especial às condições de uma jurisdição eficiente. O Tribunal Constitucional Federal, por isso, destacou repetidamente as inevitáveis necessidades de uma efetiva persecução penal e do combate ao crime (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]), o interesse público na averiguação mais completa possível no processo penal – para provar a culpa de criminosos, como também para livrar inocentes – (BVerfGE 32, 373 [381]), apreciou o esclarecimento efetivo de delitos graves como uma tarefa essencial de uma coletividade de Estado de Direito (BVerfGE 29, 183 [194]), e destacou a manutenção de uma jurisdição eficiente sem a qual a Justiça não pode ser feita (2 BvL 7/71, p. 21 s. = BVerfGE 33, 367 [382 s.]).

O direito constitucionalmente garantido ao livre desenvolvimento da personalidade e as condições de uma jurisdição eficiente podem entrar em conflito de variadas formas. Pode-se conseguir um equilíbrio justo destas tensões somente quando, como corretivo, sempre for contraposto às intervenções necessárias para uma jurisdição eficiente o mandamento de proteção do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]). Isso significa que deve ser averiguado a qual desses importantes princípios constitucionais deve ser atribuído maior peso em cada caso particular.

b) – c) (...).

6. (...).

III.

(...).

A decisão foi promulgada com 6 votos a 1.

(ass.) *Seuffert, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Dr. Rottmann, Wand*

16. BVERFGE 99, 185

(SCIENTOLOGY)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/11/1998

MATÉRIA:

O reclamante, que no passado fora filiado à *Scientology Church*, uma agremiação ou seita religiosa que nos últimos anos causou bastante polêmica na Alemanha (entre outros, a opinião pública dominante acusou-a de ter pretensões políticas totalitárias e de alienar seus membros

com um conhecimento pseudo científico), voltou-se judicialmente contra afirmações segundo as quais ele ainda seria ligado à seita, sendo inclusive um líder e sacerdote dela. Sua motivação de querer ver imposta judicialmente essa pretensão era não somente de natureza pessoal, mas econômica e profissional, visto que, como artista plástico, perdera bastante reputação e, concretamente, contratos com essa ligação incômoda.

Sua ação cominatória, que pretendia fixar a obrigação de não fazer (abstenção de uma afirmação) dos réus, foi julgada improcedente pelos tribunais ordinários, que consideraram a afirmação protegida pelo direito fundamental do Art. 5 I 1 GG (liberdade de expressão do pensamento).

Na Reclamação Judicial ajuizada contra a decisão de última instância prolatada pelo Superior Tribunal Estadual de Hessen, argüiu o reclamante violação de seu direito geral de personalidade protegido pelo Art. 2 I GG. Após fazer uma ampla discussão com sua própria e extensa jurisprudência sobre a colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, revisitando seus critérios, o TCF adicionou um importante elemento à área de proteção do Art. 2 I GG, consubstanciado na ementa 1 abaixo e um critério sintetizado pela ementa 2 também abaixo transcrita / traduzida.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional, porque considerou o cerceamento da liberdade de expressão como coberto pelo limite do Art. 5 II GG, cujo conteúdo, no caso, é o direito geral da personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

1. O direito geral da personalidade (Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG) protege o indivíduo também contra a falsa atribuição de filiação a associações ou grupos, se essa atribuição tiver importância para a personalidade e sua imagem pública.
2. É incompatível com o direito geral da personalidade que àquele atingido e prejudicado pela afirmação de fatos seja negada a possibilidade de provar a falsidade da afirmação em processo judicial, sob a alegação de que o declarante teria apresentado, no processo, fatos comprobatórios de sua afirmação.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de novembro de 1998

– 1 BvR 1531/96 –

(...)

Dispositivo da decisão

A decisão do Superior Tribunal Estadual de Frankfurt/Main de 20 de junho de 1996 – 16 U 163/95 – fere o direito fundamental do reclamante previsto no Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, ao julgar improcedente seu pedido. Revogue-se a decisão, nesta extensão incluindo seu dispositivo sobre as custas processuais. Retorne-se os autos ao Superior Tribunal Estadual.

O Estado de Hessen deve indenizar o reclamante pela custas com o processo de Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional dirige-se contra o julgamento de improcedência de uma ação civil, cujo pedido fora a abstenção de expressões prejudiciais à reputação.

I.

1. O reclamante, um conhecido artista austríaco que vive na Alemanha, ocupava-se, desde 1972, com os textos e ensinamentos da Scientology e também freqüentava cursos oferecidos pela organização. Desde 1975, foi chamado em diversas revistas de cientólogo ou de associado de alguma forma com a Scientology.

(...).

2. – 3. (...)

II.

Por meio de sua Reclamação Constitucional, o reclamante afirma a violação de seu direito geral de personalidade previsto pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

Ele não seria cientólogo, nunca teria se formado sacerdote, nunca teria assumido tal função, e também nunca teria se denominado como tal. No artigo da [publicado na revista] “Celebrity”, edição 262, tratar-se-ia não de uma entrevista, mas de propaganda. Ele não teria sido entrevistado para esse artigo, nem teria autorizado sua publicação. Embora tivesse se ocupado dos livros da Scientology nos anos 70 e 80, por interesse geral em questões

transcendentais, e freqüentado os cursos por ela oferecidos, havia perdido posteriormente o interesse e se dedicado a outros assuntos. Depois de 1992, ele teria se distanciado da Scientology e se voltado judicialmente contra a afirmação de que seria um cientólogo.

A decisão do tribunal de apelação²²⁹ teria como efeito que fatos incorretos sobre ele pudessem ser divulgados. Isso seria equivalente a uma proibição de exercer a profissão e realizar exposições, pois não estaria mais recebendo quase nenhum convite na Alemanha por causa das acusações. (...). De resto, teria o reclamante tomado todas as devidas providências contra as notícias, exigindo declarações corretivas da igreja Scientology na Alemanha, que as recebera; mais do que isso não poderia ser exigido dele.

III.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional é procedente. A decisão em questão fere o direito geral de personalidade do reclamante previsto no Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, por ter julgado improcedente o pedido de sua ação. Na verdade, a Reclamação Constitucional dirige-se contra a decisão em seu todo. Entretanto, a decisão não onera o reclamante em toda sua extensão. Como também sua Reclamação Constitucional não contém neste mister argumentações, seu pedido deve ser interpretado de tal sorte a se restringir às partes da sentença que o oneram (cf. BVerfGE 1, 14 [39]; 7, 99 [105 *et seq.*]; 68, 1 [68]).

I.

O reclamante é atingido em seu direito geral da personalidade pela decisão impugnada.

1. O direito geral da personalidade estende sua proteção também em face de atribuições de filiação a grupos, caso estas sejam significativas para a personalidade, prejudicando sua imagem junto à opinião pública.

O direito fundamental protege elementos da personalidade que não são objeto de garantias especiais de liberdade, mas que não são menos importantes para a personalidade

²²⁹ “*Berufungsgericht*” que, no sistema recursal alemão, se ocupa ainda dos fatos em oposição à *Revision* (*Revisionsgericht* = Tribunal de [recurso de] revisão, que se ocupa só com questões jurídicas. A respeito, cf. MARTINS (2004: 205 [211 *et seq.*])).

em seu significado constitutivo (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; jurisprudência consolidada). Nesse contexto está inserida também a reputação social do indivíduo. Por essa razão, o direito geral da personalidade abrange a proteção contra declarações que sirvam para denegrir a imagem de uma pessoa junto à opinião pública. Tais declarações ameaçam o livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo Art. 2 I GG, porque podem diminuir o prestígio do indivíduo, enfraquecer seus contatos sociais e, conseqüentemente, destruir sua auto-estima. Porém, a proteção desse direito fundamental não tem o condão de conceder ao indivíduo o direito de ser apresentado publicamente como ele mesmo se vê ou como gostaria de ser visto pelos outros. De qualquer modo, ele é protegido contra representações falsas ou distorcidas de sua pessoa que não sejam de todo insignificantes para o desenvolvimento da sua personalidade (cf. BVerfGE 97, 125 [148 s.]; 97, 391 [403]).

A filiação a certos grupos ou organizações encerra, normalmente, uma tal importância para a personalidade. Quando alguém faz parte deles por nascimento ou socialização, eles têm geralmente influência formadora de identidade na pessoa. Mas se a pessoa filiou-se por livre e espontânea vontade, isso revela, em regra, um alto grau de identificação com seus objetivos e formas de comportamento, podendo assumir força definidora da personalidade. O indivíduo é identificado em seu meio, em maior ou menor grau, pelas organizações ou grupos aos quais pertence. Seu prestígio não depende apenas de suas características e desempenho individuais, mas também do prestígio dos grupos aos quais pertence (cf. BVerfGE 93, 266 [299]). Isso vale especialmente para aqueles grupos ou associações que se definem como religiosos ou ideológicos, e mais ainda se estes não forem grupos religiosos ou ideológicos tradicionais, mas ocupem uma posição de minoria, sendo vistos na sociedade de forma crítica ou até mesmo rejeitados.

2. A decisão atacada fere o direito fundamental do reclamante previsto pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

A proteção do direito fundamental contra afirmações prejudiciais não tem, com efeito, eficácia direta em face de terceiros. Também o direito geral da personalidade tem eficácia direta apenas em face do Estado. Mas este tem o dever básico relativo aos direitos fundamentais de proteção do indivíduo diante de ameaças contra a personalidade provenientes de terceiros (cf. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]). Quando os tribunais aplicam normas que servem a essa proteção, eles têm que observar os parâmetros decorrentes dos direitos fundamentais. Se eles os desconsiderarem, então ocorrerá, segundo

a jurisprudência consolidada do TCF, não apenas uma violação do direito constitucional objetivo, mas uma violação dos direitos fundamentais subjetivos do indivíduo (cf. BVerfGE 7, 198 [206 s.]).

As decisões judiciais que admitem declarações sobre a personalidade contra as quais o reclamante se defende com a justificativa de tais afirmações serem falsas, atingem, portanto, o direito geral da personalidade. Esse é o caso ocorrido na rejeição do pedido do reclamante para [que o Judiciário determinasse] a omissão das declarações segundo as quais seria membro do grupo da Scientology, que teria se auto-denominado sacerdote daquela comunidade e que seria também sacerdote. A estreita ligação com a Scientology que lhe foi atribuída pode influenciar negativamente a imagem que a sociedade tem dele. Isso vale sobretudo no caso em pauta, por ser justamente essa organização bastante polêmica junto à sociedade e por ter sido por várias vezes objeto de advertências do poder público e de artigos críticos na imprensa. Não se pode negar que a afirmação segundo a qual o reclamante seria um líder cientólogo dificulta sua atividade artística, porque um prejuízo causado à sua reputação pode ter conseqüências negativas junto a contratos ou compras.

II.

A decisão atacada viola o direito geral da personalidade.

1. Este não é, porém, garantido sem reserva. Segundo o Art. 2 I GG, ele é limitado pela ordem constitucional, inclusive pelos direitos de outrem. Desses direitos fazem parte também a liberdade de expressão do pensamento, garantida a todos pelo Art. 5 I GG. Da mesma forma como o direito geral da personalidade, porém, a liberdade de expressão não é garantida sem reserva. Ela encontra seus limites no Art. 5 II GG, dentre outros, nas leis gerais e no direito à honra pessoal. Como fundamento de direito civil para o pedido de omissão de declarações são considerados os §§ 1004 I, 823 II BGB, c. c. o § 186 StGB, nos quais o Superior Tribunal Estadual se baseou para sua decisão. Em contrapartida, os interesses da liberdade de expressão são determinados, sobretudo, no § 193 StGB (cf. BVerfGE 12, 113 [125 s.]; 93 266 [290 s.]), que afasta uma condenação [exclui a ilicitude] por declarações ofensivas à honra quando estas representarem interesses justificados (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*), o que – por intermédio do § 823 II BGB, no mais de acordo com seu conceito jurídico – é aplicado também no Direito Civil.

A interpretação e aplicação dessas normas são tarefas dos tribunais competentes. Mas estes devem levar em consideração, em sua interpretação, os direitos fundamentais atingidos, a fim de que seu conteúdo axiológico seja mantido também na etapa de aplicação do direito (cf. BVerfGE 7, 198 [205 *et seq.*]). Isso exige normalmente uma ponderação entre, de um lado, a gravidade do prejuízo à personalidade causado pela declaração e, de outro lado, as perdas sofridas pela liberdade de expressão devido à omissão da declaração; essa ponderação deve ser feita no contexto dos elementos típicos de direito infraconstitucional a serem interpretados, e deve considerar as circunstâncias especiais do caso.

O resultado dessa ponderação não pode ser definido de antemão, de forma geral e abstrata, devido à variação das circunstâncias de cada caso. No decorrer do tempo, porém, formaram-se na jurisprudência algumas regras de prevalência. Assim, no caso de juízos de valor [expressão do pensamento ou opinião], a proteção da personalidade prevalece normalmente sobre a liberdade de expressão do pensamento quando a expressão configurar um ataque à dignidade humana, uma crítica degradante (*Schmähkritik*) ou uma ofensa formal (*Formalbeleidigung*)²³⁰ (cf. BVerfGE 93, 266 [293 s.]). No caso de afirmações de fatos, a ponderação depende da veracidade de seu conteúdo. As declarações verdadeiras devem ser, em regra, toleradas, mesmo que sejam prejudiciais ao indivíduo atingido, enquanto as falsas não (cf. BVerfGE 97, 391 [403]).

Essa fórmula, porém, carece de diferenciação. Também no caso de afirmações verdadeiras, os interesses da personalidade podem excepcionalmente prevalecer e colocar a liberdade de expressão do pensamento em segundo plano. É esse especialmente o caso quando as declarações atingem as esferas íntima, privada ou confidencial e não podem ser justificadas com base no legítimo interesse de informação da opinião pública (cf. BVerfGE 34, 269 [281 *et seq.*]; 66, 116 [139]), ou quando ameaçam causar um dano à personalidade que é desproporcional ao interesse na divulgação da verdade (cf. BVerfGE 35, 202 [232]; 97, 391 [403 *et seq.*]).

Por outro lado, não há, via de regra, motivo que justifique a divulgação de falsas afirmações de fato. Isso não significa que falsas afirmações de fato sejam excluídas *a priori* da área de proteção da liberdade de expressão. Embora o TCF tenha constatado que informação incorreta não é um bem jurídico a ser protegido, sob a ótica da liberdade de expressão (cf. BVerfGE 54, 208 [219]), fora da área de proteção do Art. 5 I GG estão

²³⁰ Trata-se de figuras próprias da dogmática dos limites do Art. 5 I 1 GG. Cf. a respeito, **Decisão 48**.

apenas afirmações intencionalmente incorretas e aquelas cuja inverdade seja patente já no momento da declaração. Todas as demais afirmações de fatos com relação à opinião [oferecendo o “substrato”²³¹ desta] gozam da proteção de direito fundamental, mesmo quando posteriormente se revelarem incorretas (cf. BVerfGE 61, 1 [8]; 90, 1 [15]; 90, 241 [254]).

A veracidade pesa na ponderação (cf. BVerfGE 94, 1 [8]). Em princípio, a liberdade de expressão do pensamento cede lugar ao direito da personalidade no caso de afirmações de fato incorretas. Deve-se considerar, no entanto, que a verdade é, no momento da declaração, geralmente incerta, e se revela somente ao cabo e como resultado de um processo de discussão, ou também de uma ação judicial (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Se, tendo em vista essa circunstância, a declaração posteriormente reconhecida como falsa pudesse ser sempre passível de sanções, poder-se-ia temer que o processo de comunicação acabasse sendo prejudicado, uma vez que apenas verdades irrefutáveis poderiam ser sem risco [para aqueles que a expressam] afirmadas. A isso estaria associado um efeito de desencorajamento quanto ao uso dos direitos fundamentais e que deve ser evitado por motivos da liberdade de expressão (cf. BVerfGE 43, 130 [136]).

A jurisprudência dos tribunais civis, por essa razão, tentou produzir um equilíbrio entre as exigências da liberdade de expressão e os interesses da proteção à personalidade, impondo àquele que faz afirmações prejudiciais sobre outros os deveres de cuidado (*Sorgfaltspflichten*) que se direcionam em cada caso segundo possibilidades de esclarecimento, e que, para os meios de comunicação, são mais severos do que para as pessoas privadas (cf. BGH, NJW 1966, p. 2010 [2011]; NJW 1987, p. 2225 [2226]). Sob o aspecto constitucional, não existem objeções contra o desenvolvimento de tais deveres (cf. BVerfGE 12, 113 [130]). Ao contrário, eles podem ser vistos como expressão do dever de tutela (*Schutzpflicht*) decorrente do direito geral da personalidade. No que tange à Constituição, trata-se somente de não supervalorizar o dever de verdade para não limitar o livre processo da comunicação querido pelo Art. 5 I GG (cf. BVerfGE 54, 208 [219 s.]; 61, 1 [8]; 85, 1 [15, 17]).

A ponderação depende do respeito a esses deveres de cuidado. No caso de afirmações completamente infundadas ou inventadas, a liberdade de expressão do pensamento não pode reprimir o direito da personalidade. De resto, depende da extensão dos deveres de cuidado, desenvolvida em harmonia com as exigências dos direitos fundamentais. Se elas forem respeitadas, mas posteriormente for constatada a inverdade da afirmação, esta deve ser

²³¹ Esta é a tese segundo a qual toda opinião parte, necessariamente, de fatos (verídicos ou inverídicos), dificultando a tarefa de apartar afirmações sobre fatos de juízos de valor.

considerada, para efeitos legais, no momento em que foi feita, de forma a não se cogitar qualquer penalidade, nem retratação, nem indenização. Por outro lado, não existe interesse legítimo em se manter a afirmação após a constatação de sua inverdade (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Em havendo o perigo de ser mantida a declaração a despeito da constatação de sua inverdade (o assim denominado perigo [proveniente] da primeira prática (*Erstbegehungsfahr*), cf. BGH, NJW 1986, p. 2503 [2505]), o declarante pode ser conseqüentemente condenado à abstenção [de futuras declarações no mesmo sentido]. Se o prejuízo do indivíduo atingido pela declaração persistir, este pode exigir uma retificação (cf. BVerfGE 97, 125 [149]).

Além disso, como a averiguação da verdade de afirmações de fato é geralmente muito difícil, os tribunais civis impuseram àquele que se manifesta prejudicando um terceiro também um ônus ampliado de demonstração (*erweiterte Darlegungslast*) que o obriga a fornecer provas de sua declaração (cf. BGH, NJW 1974, p. 1710 [1711]). Esse ônus de demonstração forma o equivalente processual da regra jurídica material de que a proteção da liberdade de expressão tem que ceder lugar à proteção da personalidade, nos casos de afirmações infundadas. Se o autor da afirmação não tem condições de fundamentar sua afirmação com provas, ela é tratada como não verdadeira.

Por outro lado, sob o aspecto jurídico-constitucional também não há o que se objetar se as exigências do ônus de demonstrar não forem exageradas ao ponto de onerar a liberdade de expressão. Esse exagero foi censurado pelo TCF no caso dos acionistas críticos da Bayer (BVerfGE 85, 1), ao qual o Superior Tribunal Estadual se referiu na decisão impugnada. Quando pessoas físicas fazem afirmações de fato não embasadas em sua própria experiência, basta, em regra, para se cumprir o ônus da demonstração, o recurso a artigos publicados na imprensa não contestados e adequados à fundamentação da afirmação, já que, de outra sorte, artigos da imprensa que contenham declarações prejudiciais sobre pessoas não poderiam ser praticamente nunca aproveitados, apesar de seu caráter formador de opinião pública na troca interindividual de idéias (cf. BVerfGE 85, 1 [221]).

O cumprimento do ônus da demonstração não torna, porém, dispensável a averiguação da verdade. É necessário diferenciar graus de demonstração e de prova. Uma afirmação apoiada em fatos também pode ser falsa. Por isso, o direito geral da personalidade exige que ao indivíduo prejudicado pela afirmação não seja negada, devido ao recurso do cumprimento do ônus de demonstração, a possibilidade de fazer ver corroborada judicialmente a inverdade da afirmação prejudicial. Só quando ele, de sua parte, não oferece nenhuma evidência que se contraponha às provas é que se pode dar a afirmação como verdadeira. De resto, deve-se esclarecer a veracidade, se existirem os pressupostos processuais para tanto.

Isso também vale quando o fato afirmado fora conhecido a partir de artigos da imprensa. Na decisão Bayer o resultado não é diferente. A decisão judicial lá impugnada foi revogada pelo TCF, muito mais porque o tribunal havia dilatado as exigências sobre o ônus da demonstração, violando o Art. 5 I GG, e, por isso, equiparando sem mais os fatos afirmados aos fatos não verdadeiros. Disso, porém, não resulta que a verdade ou a inverdade seja insignificante e que o autor em uma ação cominatória [com pedido de abstenção, *Unterlassungsbegehren*] não possa mais de sua parte demonstrar a incorreção dos artigos da imprensa e eventualmente colocá-los à prova.

2. O Superior Tribunal Estadual não atendeu a essas exigências do direito geral da personalidade.

a) (...).

Principalmente em face do seu distanciamento, o Superior Tribunal Estadual deveria ter levado em consideração que a mudança de convicção ideológica e re-orientação também são expressões da personalidade individual. Nesse caso, o indivíduo pode exigir que terceiros respeitem seu auto-entendimento, modificado após um distanciamento sério e público de uma organização com a qual tinha ligação, e que afirmem sua filiação tão somente no passado. Uma vez que a expressão impugnada foi formulada no tempo verbal presente, o distanciamento afirmado [pelo reclamante] tem em face da manutenção da expressão o mesmo papel que a questão de saber se a auto-denominação é correta no passado [formulada do tempo verbal passado].

b) – c) (...).

3. (...).

(ass.) Papier, Grimm, Kühling, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner

17. BVERFG 96, 56

(VATERSCHAFTSAUSKUNFT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

06/05/1997

MATÉRIA:

A filha da Reclamante, nascida em 1959, entrou em juízo requerendo que sua mãe, solteira na época de seu nascimento, fosse condenada a revelar a identidade de seu genitor (**informação sobre a paternidade** = *Vaterschaftsauskunft*). Logo após seu nascimento, a filha

foi entregue a um orfanato e depois a pais adotivos que a educaram. Na fundamentação de sua ação, ela disse querer saber a identidade de seu pai, tanto por motivos pessoais quanto para fazer valer pretensões sucessórias. Além disso, ela teria direito a que o nome de seu pai fosse registrado no tabelionato competente. A mãe, requerida, ora reclamante, disse que havia mantido relações sexuais à época da concepção com vários homens que estariam neste ínterim casados e vivendo em famílias intactas. Por isso, ela não precisaria nomeá-los.

O juízo de primeira instância julgou procedente o pedido, condenando a mãe a revelar a identidade do pai. A sentença foi baseada nos §§ 1618 e 1934 *et seq.* BGB, que tratam, respectivamente, do direito de família e sucessões à luz do Art. 6 V GG, que contém o mandamento de tratamento igual de filhos havidos dentro e fora do casamento. No mais, o juízo realizou a ponderação entre a intensidade da intervenção na esfera privada da mãe, que teria de revelar a identidade de seus parceiros sexuais, intervenção bastante intensa, segundo o entendimento do juízo, e o direito fundamental geral da personalidade (Art. 2 I GG) da filha. O interesse da filha teria prevalência sobre o interesse dos pais, responsáveis por sua existência, principalmente porque a filha teria sido entregue a um orfanato e mais tarde a pais adotivos, não se podendo exigir, por isso, da filha o cumprimento de um dever geral de consideração dos interesses paternos.

No julgamento da apelação da ora reclamante, o Tribunal Estadual reformou, em parte, a sentença de primeira instância: como não foi possível provar que a mãe sabia da identidade do pai por ter mantido relações sexuais com diversos homens, mas que os conhece pessoalmente, o tribunal atendeu ao pedido alternativo da autora então apelada no sentido de ela ser condenada a fornecer os nomes e endereços de todos os homens com quem mantivera relação sexual no período entre o 181º até o 302º dia antes do nascimento da filha. Como fundamento, o tribunal seguiu a mesma linha de ponderação entre os direitos colidentes perpetrada pelo juízo de primeira instância, enriquecendo-a com a assertiva de que os pais teriam que arcar com os ônus decorrentes desse eventual choque de interesses e que, embora

alguns potenciais pais tivessem que ser submetidos a um processo de reconhecimento de paternidade, isso deveria ser tolerado pelos mesmos como risco normal da vida. Os interesses da autora prevaleceriam, no balanço geral, aos interesses da esfera privada da reclamante e de terceiros.

Em sua Reclamação Constitucional, a mãe impugnou o método de ponderação seguido pelo Tribunal Estadual que teria, abstratamente – sem considerar as circunstâncias do caso –, considerado o interesse da filha como sendo preponderante. Principalmente, pelo fato de vários homens serem atingidos pela pretensão da filha, teria maior peso o interesse da reclamante na preservação de sua esfera íntima e da dos terceiros.

O TCF julgou presentes as condições processuais da Reclamação Constitucional e, no mérito, julgou-a procedente. O Tribunal Estadual violou o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, não porque teria atingido uma área intocável do direito da personalidade da mãe (o interesse da filha já excluiria essa possibilidade), mas porque teria desconhecido sua margem discricionária de avaliação, tanto junto ao cumprimento do seu dever de tutela do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, quanto junto ao cumprimento da ordem de tratamento igual entre filhos havidos dentro e fora do casamento. No caso de filhos havidos fora do casamento, o tribunal estadual teria que ter verificado a ausência de um gênero comum, *tertium comparationis*, para a verificação de suposto tratamento discriminatório, porque os dispositivos legais sobre filhos havidos no casamento não se baseiam no aspecto biológico da paternidade, mas no casamento da mãe: o pai presumido, o pai de direito é o marido da mãe, ou seja, aqui também o filho havido dentro do casamento não tem uma pretensão jurídica contra a mãe, de saber quem é seu verdadeiro genitor. Também não existe para a mãe, nesse caso, o mesmo conflito que existe no caso presente. Destarte, o Tribunal Estadual poderia ter chegado a outra conclusão se tivesse esgotado sua margem de ação discricionária junto à necessária ponderação dos direitos fundamentais em colisão, margem discricionária de ponderação, essa, permitida pelos dispositivos aplicados, que não resolvem o conflito no plano abstrato.

O TCF, portanto, não reformou a decisão do caso, que é da competência exclusiva dos tribunais ordinários, mas a suspendeu,

devolvendo os autos para nova decisão pelo Tribunal Estadual. Este chegou depois à mesma conclusão, e uma segunda Reclamação Constitucional foi julgada improcedente. Todavia, a decisão não tem como ser executada²³².

1. Não há uma conclusão pré-determinada sobre a questão do direito de um filho havido fora do casamento poder reivindicar de sua mãe a identidade de seu pai. Uma tal conclusão não decorre nem do direito do filho, protegido pelo Art. 2 I c. c. e o Art. 1 I GG, de conhecer suas origens, nem do Art. 6 V GG.
2. Na ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes da mãe e do seu filho, por ocasião da aplicação de cláusulas gerais de direito civil – como aquela aqui aplicada pelo tribunal, § 1618 a BGB –, os tribunais têm à sua disposição um amplo poder discricionário.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 6 de maio de 1997

– 1 BvR 409/90 –

(...)

RAZÕES:

A.

A Reclamação Constitucional trata da questão de se e, eventualmente, sob quais pressupostos, está a mãe obrigada a informar ao seu filho maior de idade, havido fora do casamento, a identidade do pai biológico.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional admitida é procedente.

I.

A condenação da reclamante à identificação dos homens com os quais tivera relações sexuais durante o período regular de concepção atinge sua esfera privada protegida pelos Art. 2 I e Art. 1 I GG.

²³² J. SCHWABE (*op. cit.*, p. 42) anotou, neste diapasão, que o “processo foi inútil”, dando a fonte da publicação da segunda decisão do Tribunal Estadual de Münster: NJW 1999, 3787. Cf. abaixo, no texto, ao fim da presente decisão.

1. O direito geral da personalidade decorrente do Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG, protege a vida íntima pessoal e a preservação de suas condições básicas (cf. BVerfGE 54, 148 [153 s.]; 79, 256 [268]). Abrange, entre outros, o direito de respeito à esfera íntima e privada (cf. BVerfGE 89, 69 [82 s.]). Delas fazem parte o âmbito familiar e as relações pessoais, bem como as relações sexuais com um parceiro (cf. BVerfGE 27, 344 [350 s.]). Além disso, o direito geral da personalidade protege a competência individual de cada um para decidir por si mesmo até que ponto e a quem revelar assuntos da vida pessoal (cf. BVerfGE 65, 1 [43 s.]).
2. O direito geral da personalidade, contudo, não é garantido sem ressalvas. Contanto que a intervenção não ocorra no âmbito intangível da vida privada, o indivíduo tem que aceitar as restrições que são impostas em nome do interesse comum preponderante ou de interesses protegidos por direitos fundamentais de terceiros, sob observância estrita da proporcionalidade (cf. BVerfGE 65, 1 [44]). Uma intervenção no âmbito intangível da vida privada não está presente no caso em pauta, até porque da relação sobre a qual se exige a informação nasceu, como terceira pessoa, a filha, autora da ação [do processo originário], cuja esfera pessoal é consideravelmente atingida.

II.

O Tribunal Estadual fundamentou sua decisão no § 1618 a BGB c. c. Art. 6 V, Art. 2 I e Art. 14 I 1 GG. Ainda que não esteja presente nessa decisão um caso de construção jurisprudencial inadmissível (1)²³³, o Tribunal Estadual ignorou a margem de ação [discricionarietà] que cabe aos órgãos estatais competentes no cumprimento de deveres de tutela decorrentes do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, da mesma forma que na realização de sua função prevista no Art. 6 V GG (2).

1. (...).

Ao derivar do § 1618 a BGB um direito de informação contra a mãe, o Tribunal Estadual não ultrapassou os limites do possível desenvolvimento jurisprudencial do direito (*Rechtsfortbildung*). Ele analisou, quando de sua interpretação, tanto a antiga jurisprudência dos tribunais superiores que denegava o direito de informação do Juizado de Menores e de (demais) autoridades estatais, quanto considerou a gênese da norma do § 1618a BGB.

²³³ A cifra entre parênteses refere-se ao texto a ser abaixo (sob “1.”) desenvolvido, o mesmo valendo respectivamente para “(2)”, que aparece no fim do período.

Suas considerações são compreensíveis e não permitem concluir que o tribunal não estava objetivamente preparado para se submeter ao direito e à lei²³⁴, mas que passava do papel de aplicador de normas para o de uma instância produtora de normas (cf. BVerfGE 87, 273 [280]).

2. A reclamante é atingida em seu direito da personalidade pela decisão questionada, porque o Tribunal Estadual ignorou, em seu prejuízo, que ele (o tribunal) tinha à disposição um amplo poder discricionário para a ponderação.

a) Não há uma conclusão pré-determinada sobre a questão do direito de um filho havido fora do casamento poder reivindicar de sua mãe a identidade de seu pai. Uma tal conclusão não decorre nem do direito do filho, protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG ou pelo Art. 14 I GG, de conhecer suas origens, nem do Art. 6 V GG. O legislador ou os tribunais devem decidir se existe tal direito quando do seu (respectivo) cumprimento do dever de tutela decorrente dos direitos fundamentais.

O direito geral da personalidade abrange o direito ao conhecimento da própria origem. Porém, o Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG não implica no direito de obter tais informações, mas apenas na proteção contra a retenção de informações que possam ser obtidas por parte de órgãos estatais (cf. BVerfGE 79, 256 [269]).

Tampouco pode-se inferir do Art. 6 V GG como pode ser concretizada a equiparação de filhos havidos fora do casamento em relação à identificação do pai biológico, contra o qual se possa requerer alimentos, ou para efeitos sucessórios. Uma equiparação total dos filhos havidos fora do casamento não é possível já pelo fato de um filho nascido do casamento ter, por força das normas legais aplicáveis, um pai presumido, o qual não precisa ser necessariamente o pai biológico.

(...).

b) Do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, resulta, no entanto, um dever de tutela por parte dos órgãos estatais, dever este que se refere à garantia das condições constitutivas para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 79, 256 [268]).

De um lado, os direitos subjetivos de resistência contra intervenções do Estado, decorrentes primariamente dos direitos fundamentais, e, de outro lado, os deveres de

²³⁴ Prescrição do Art. 20 III 2ª Parte GG como elemento do princípio do Estado de direito (v. abaixo, sob § 29, principalmente **Decisão 114**. – BVerfGE 34, 269 – *Soraya*) e da separação de poderes.

tutela resultantes do significado objetivo dos direitos fundamentais²³⁵ distinguem-se entre si basicamente na medida em que o direito de resistência exige, quanto a objetivo e conteúdo, um certo e determinado comportamento do Estado, enquanto que o dever de tutela é por princípio indeterminado. Os órgãos estatais são quem decide, sob sua própria responsabilidade, como cumprir seu dever de tutela (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Isso vale basicamente não somente para os casos nos quais há várias possibilidades de concretizar a proteção exigida pela *Grundgesetz*. Pelo contrário, é tarefa dos respectivos órgãos estatais competentes ponderar entre os direitos fundamentais que se contrapõem e considerar as conseqüências negativas que uma determinada forma de cumprimento do dever de tutela possa ter.

O TCF frisou, por isso, em jurisprudência consolidada, que o estabelecimento e a concretização normativa de um plano de tutela é tarefa do legislador, a quem cabe também a discricionariedade para a avaliação, valoração e configuração quando estiver obrigado a tomar medidas para proteção de um bem jurídico (cf. BVerfGE 88, 203 [262]).

O mesmo vale quando os tribunais civis, por falta de uma decisão do legislador no desenvolvimento do Direito ou na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, observam o dever de tutela (cf. BVerfGE 84, 212 [226 s.]), ou quando esse dever deve ser cumprido por um órgão executivo (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Só excepcionalmente se pode deduzir, dos direitos fundamentais, deveres concretos de regulamentação. Sobretudo, existe uma discricionariedade de configuração, onde se tem que levar em consideração direitos fundamentais conflitantes entre si. O mesmo vale também quando – como no presente caso – a proteção de uma posição de direito fundamental forçosamente provoca o prejuízo do direito fundamental de outra pessoa, porque a ponderação cabe sobretudo aos órgãos estatais respectivamente competentes.

Situação semelhante ocorre com a incumbência do Art. 6 V GG, endereçada sobretudo ao legislador, que deve ser considerada pelos tribunais na aplicação do direito vigente. Do Art. 6 V GG resulta que filhos havidos fora do casamento, em princípio, não podem ser tratados de forma discriminatória em relação aos filhos havidos no casamento, conquanto não existam motivos, decorrentes de sua situação especial, que justifiquem um tratamento desigual. Aqui uma equiparação total já não é possível, porque as normas legais não se baseiam, no caso de filhos havidos no casamento, no conhecimento

²³⁵ Cf. Cap. Introdução, III. 2. a).

de quem é o pai biológico, mas se reportam ao casamento da mãe. Por outro lado, nesses casos não existe o citado conflito de interesses para a mãe.

c) O Tribunal Estadual ignorou o poder discricionário que lhe cabe na ponderação. Ele derivou o pedido de informação da filha havida fora do casamento contra sua mãe não diretamente da *Grundgesetz*, mas de uma norma de direito civil. Porém, na aplicação do § 1618a BGB partiu do interesse da filha havida fora do casamento tal qual protegido por direito fundamental, o qual permite uma ponderação com os interesses da mãe apenas dentro de estreitos limites. Sobretudo a questão, vista pelo Tribunal como decisiva, sobre “quem deve ser responsabilizado pelo conflito dos diferentes interesses” exclui a possibilidade de uma consideração suficiente dos interesses opostos, porque a filha nunca poderá ser responsabilizada pela colisão criada pelos pais quando a conceberam.

Também na ponderação concreta dos interesses, o Tribunal Estadual viu apenas uma margem muito estreita de ação. Assim, até reconheceu que a reclamante tinha um forte interesse em não ter que informar os nomes dos homens com os quais tivera relações sexuais durante o provável período da concepção. Ao final, o tribunal não atribuiu um peso decisivo a esse aspecto, porque deu prioridade, sem ponderação concreta, aos interesses da filha havida fora do casamento em oposição aos interesses da mãe e dos homens em questão.

Não se pode excluir a possibilidade do Tribunal Estadual, em esgotando sua margem de ação (discricionária) junto à ponderação, chegar a uma outra conclusão²³⁶.

III.

(...)

(*ass.*) *Seidl, Grimm, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner*

²³⁶ JÜRGEN SCHWABE anotou, neste ponto, em sua coletânea (*op. cit.*, p. 42): “(Observação: O Tribunal Estadual chegou à mesma conclusão, e a nova reclamação ao TCF não foi julgada procedente. A decisão não deve, porém, ser executável; ela fica no papel e o processo foi inútil: Tribunal Estadual de Münster, NJW 1999, 3787 [não transitou em julgado])”.

18. BVERFG 27, 1 (MIKROZENSUS)

Controle concreto

16/07/1969

MATÉRIA:

O juízo de *Fürstenfeldbruck* viu-se obrigado a aplicar norma de uma lei do micro-censo de 1957 que previa uma multa de até 10 mil marcos alemães para o caso de recusa pelos entrevistados de responder sobre os quesitos “viagens de férias” e “viagens de repouso”. O juízo considerou tal dispositivo inconstitucional por violar o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, e como de sua validade dependia o julgamento do caso, viu-se obrigado a, de acordo com o Art. 100 I GG, suspender o processo e apresentar a questão de constitucionalidade ao TCF.

O TCF julgou presentes as condições processuais da apresentação judicial e no mérito confirmou a constitucionalidade dos dispositivos da lei do micro-censo, que havia sido questionada pelo juízo representante. Na fundamentação, o TCF considerou, em suma, que os dados levantados não atingiam a esfera íntima intocável do indivíduo e que a intervenção estava justificada por ser formalmente permitida pelo Art. 2 I GG e materialmente proporcional em face do propósito de abastecer o Estado com dados necessários ao planejamento da ação estatal.

Sobre a constitucionalidade de uma estatística representativa (micro-censo).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de julho de 1969

– 1 BvL 19/63–

(...)

Dispositivo da decisão

Os § 1 e § 2, nº 3 da Lei da Realização de Estatística Representativa da População e da Atividade Econômica (micro-censo), de 16 de março de 1957 (BGBl. I, p. 213), na versão da lei de 5 de dezembro de 1960 (BGBl I, p. 873), eram compatíveis com a *Grundgesetz*, quando lá determinado que os fatos “viagens de férias” e “viagens de repouso”, como base representativa, deviam ser computados na estatística determinada pelo § 1 da Lei.

RAZÕES

A.

(...)

B. – I.

1. A autora do processo originário mora em uma região que foi recenseada segundo um procedimento estatístico-matemático e cujos moradores em sua totalidade devem ser entrevistados segundo a lei do micro-censo. Ela se recusou a receber os funcionários do Departamento Estadual de Estatística da Baviera e a responder às 60 perguntas constantes de um questionário branco e de um questionário complementar amarelo. (...).

2. – 3. (...).

II.

(...)

C. – I.

(...)

II.

A pesquisa estatística representativa sobre os fatos “Viagens de férias e de repouso” não violam nem o Art. 1 I GG e Art. 2 I GG nem quaisquer outros dispositivos da *Grundgesetz*.

1. a) Nos termos do Art. 1 I GG, a dignidade humana é inviolável e deve ser observada e protegida por todo o poder público.

Na ordem axiológica da *Grundgesetz*, a dignidade humana é o valor mais elevado (BVerfGE 6, 32 [41]). Como todas as disposições da *Grundgesetz*, esse declarado reconhecimento da dignidade humana domina também o Art. 2 I GG. O Estado não pode, por meio de nenhuma medida, nem mesmo pela lei, ferir a dignidade humana ou atingir a liberdade da pessoa em sua essência, ultrapassando os limites estabelecidos no Art. 2 I GG. Com isso, a *Grundgesetz* concede a cada cidadão um âmbito intangível de vida privada que não está submetido à ação do poder público (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]).

b) Sob a luz desse conceito da pessoa humana (*Menschenbild*), o cidadão tem na comunidade um direito social ao valor e ao respeito. Contraria a dignidade humana fazer do cidadão um mero objeto no Estado. (cf. BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]).

Não seria compatível com a dignidade humana se o Estado pudesse se arrogar ao direito de registrar e catalogar o cidadão coercitivamente, atingindo toda a sua personalidade, mesmo dentro do sigilo de uma pesquisa estatística, e tratá-lo, em todos os aspectos, como uma coisa suscetível de ser inventariada.

Tal invasão no âmbito pessoal por meio de tomada de conhecimento abrangente das relações pessoais de seus cidadãos também é proibida ao Estado, uma vez que ao indivíduo deve restar, tendo em vista um desenvolvimento livre e responsável de sua personalidade, um “espaço interior”, no qual ele “pertence a si mesmo” e ao qual “pode se recolher, ao qual os outros não têm acesso, no qual é deixado em paz, desfrutando do direito à solidão” (*Wintrich*, *Die Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 15 s.; cf. também: *Dürig*, in *Maunz-Dürig*, *Grundgesetz*, 2ª ed., n° margem 37 do Art. 1 GG). Nesse âmbito, o Estado eventualmente já estará intervindo por meio de uma tomada de conhecimento – mesmo que neutra em termos de avaliação –, vez em que poderá estar inibindo o livre desenvolvimento da personalidade por meio da pressão psíquica própria da participação pública [em seus assuntos pessoais].

c) Nem toda pesquisa estatística sobre dados pessoais e de vida, porém, fere a personalidade humana em sua dignidade ou atinge seu direito à autodeterminação em seu âmbito mais interior. Como cidadão vinculado e participante de uma comunidade (BVerfGE 4, 7 [15, 16]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]), cada um tem que aceitar, até certo ponto, a necessidade de pesquisas estatísticas sobre sua pessoa, como p.ex. ocorre em um recenseamento, como pré-condição para o planejamento de ação governamental.

Uma pesquisa estatística sobre a pessoa pode, assim, ser considerada humilhante e ameaçadora ao direito de autodeterminação naqueles casos onde se registra o âmbito de vida pessoal que tem, por natureza, caráter sigiloso e com isso declara também esse setor interior como material apreensível estatisticamente e obrigatoriamente apreensível. Nessa medida, existem para o Estado da moderna sociedade industrial também barreiras diante da “despersonalização” tecnocrata. Em contraposição, quando a pesquisa estatística se referir apenas ao comportamento do cidadão no mundo exterior, a personalidade humana dessa forma ainda não estará sendo “apreendida” em seu âmbito intangível de vida privada. Em todo caso, isso vale quando esses dados perdem o caráter pessoal ao chegarem anônimos para a apreciação pelos órgãos competentes. A condição para tanto é que o caráter anônimo dos dados esteja suficientemente garantido (...).

d) Destarte, o questionário sobre viagens de férias e de repouso não se chocou contra o Art. 1 I e Art. 2 I GG.

Embora a pesquisa tenha se referido a um âmbito de vida privada, não obrigou o entrevistado nem a revelações sobre sua esfera íntima nem concedeu ao Estado visão sobre relações que não são acessíveis ao mundo exterior e que, assim, não têm por natureza “caráter sigiloso”. (...).

2. – 3. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Dr. Haager, Rupp-v.Brünneck, Dr. Böhmer,
Dr. Brox, Dr. Zeidler

19. BVERFG 80, 137 (REITEN IM WALDE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial / Reclamação Judicial contra Ato Normativo

06/06/1989

MATÉRIA:

O § 14 BWaldG (Lei Florestal Federal) permitia a todos a entrada em florestas e parques florestais para o propósito de lazer e descanso. A **cavalgada em florestas** (*Reiten im Walde*) e parques florestais é, segundo o § 14 I 2 BWaldG, permitida somente em ruas e caminhos para tanto reservados. A regulamentação suplementar foi confiada aos Estados-membros (§ 14 II 1 BWaldG), que podiam, atendidos determinados pressupostos, limitar a entrada e uso das florestas.

O Estado-membro *Nordrhein-Westfalen* criou, entre outras, por meio do § 50 II 1 da sua Lei Topográfica (*Landschaftsgesetz*), de 26 de junho de 1980, regra segundo a qual a cavalgada em florestas só é permitida em ruas e caminhos privados caracterizados como caminhos para cavalgada de acordo com o código de trânsito.

O reclamante requereu junto aos tribunais administrativos, dentre outros pedidos, a declaração de que poderia usar os caminhos questionados em uma certa área florestal, sem precisar observar a lei estadual. Não obteve êxito. Esgotadas as instâncias administrativas ordinárias, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional contra as decisões denegatórias e indiretamente também contra o § 50 II 1 da Lei Topográfica, alegando violação de sua liberdade geral de ação, com

fulcro no Art. 2 I GG. Esta foi admitida, mas julgada improcedente pela maioria do Primeiro Senado, que considerou a intervenção legislativa na liberdade geral de ação como justificada. A uma ampla tutela da liberdade geral de ação, que englobaria qualquer comportamento individual não tutelado pelos direitos fundamentais especiais (Art. 2 II *et seq.* GG), corresponde um limite também bastante prodigioso da ordem constitucional. A maioria do Senado manteve-se supostamente (o que foi questionado também pela opinião divergente do juiz *Grimm*, cf. a seguir) na tradição iniciada quando da decisão *Elfes* da década de 1950.

O Juiz *Dieter Grimm*, em um dos votos dissidentes mais famosos da jurisprudência do TCF (reproduzido abaixo em sua íntegra), propugnou – ainda que não explicitamente – pela não admissão da presente Reclamação Constitucional. Para ele, o Art. 2 I GG não protegeria *qualquer* comportamento, mas somente aqueles que tenham uma tal relevância para o desenvolvimento da personalidade similar à relevância daqueles comportamentos tutelados pelos direitos fundamentais específicos dos Art. 2 II *et seq.* GG. Contra a objeção da dificuldade em se estabelecer a fronteira da área de proteção, ele argumenta que essa dificuldade existe em face de todos os direitos fundamentais, como, sobretudo, em face da liberdade artística do Art. 5 III GG. O TCF teria uma louvável tendência à generosidade quanto à ampliação da área de proteção dos direitos especiais. Entre os dois extremos da liberdade geral de ação no sentido supra definido e o direito da personalidade enquanto núcleo essencial para o desenvolvimento do indivíduo e concretização da dignidade humana, o TCF já teria, segundo *Grimm*, criado várias figuras dogmáticas e direitos (derivados do Art. 2 I GG) que corresponderiam ao legítimo conteúdo autônomo subsidiário do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. *Grimm* também chama a atenção para uma extrapolação processual perigosa que a falta de contorno da área de proteção da liberdade geral de ação pode causar: a transmutação da Reclamação Constitucional em controle normativo suscitado pelo indivíduo.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 6 de junho de 1989

– 1 BvR 921/85 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à regulamentação estadual da cavalgada em florestas em *Nordrhein-Westfalen* [Renânia do Norte – Vestfália, Estado-membro da República Fed. da Alemanha].

I.

1. O livre acesso à floresta da população em busca de lazer foi regulamentado juridicamente apenas após a Segunda Guerra Mundial. A legislação anterior a 1949 continha, assim como as leis florestais estaduais anteriores, regras expressas sobre o acesso à floresta e ao campo – principalmente também sobre a cavalgada na floresta – apenas na forma de normas proibitivas. Assim, o § 368 IX StGB ameaçava com sanções penais, até sua revogação pela Lei de Introdução ao Código Penal [StGB], de 2 de março de 1974 (BGBl. I, p. 469), dentre outros, aquele que, sem autorização, “anda, dirige, cavalga ou conduz gado por reserva florestal protegida por cerca ou cuja entrada é sinalizada por sinais de aviso ou por caminho particular”. Em emenda expressa, o § 8 I da Lei Florestal Prussiana (na versão da publicação em 21 de janeiro de 1926 – PrGS, p. 83) pune genericamente a cavalgada não autorizada em propriedades particulares.

Uma norma federal positiva sobre o acesso à floresta foi criada pela primeira vez no § 14 da Lei Florestal Federal (BWaldG), de 2 de maio de 1975 (BGBl. I, p. 1037), com o seguinte teor:

“§ 14 – Entrada na floresta

(1) A entrada na floresta com o objetivo de lazer é permitida. Andar de bicicleta, dirigir cadeiras de rodas e cavalgar na floresta são permitidos apenas em ruas e trilhas. Tal utilização acontece por conta e risco próprios.

(2) Os Estados legislarão sobre os casos específicos. Eles podem restringir a entrada na floresta por motivo relevante, principalmente para fins de proteção florestal, exploração de floresta e caça, proteção dos visitantes da floresta, ou para evitar danos significativos ou manutenção de outros interesses de proteção por parte do

proprietário da floresta, e equiparar total ou parcialmente outras formas de uso para a entrada na floresta.”

Esta disposição encontra-se no segundo capítulo da lei, que leva o título “Conservação da Floresta” e, segundo o § 5 introdutório, só contém normas gerais para a legislação estadual. Nos termos do segundo período desse dispositivo, os Estados deveriam promulgar normas correspondentes às disposições desse capítulo ou adaptar normas existentes no prazo de dois anos após a entrada em vigor da Lei Florestal Federal.

O § 27 da Lei Federal de Proteção à Natureza (BNatSchG), de 20 de dezembro de 1976 (BGBl. I, p. 3574), oferece uma regulamentação básica semelhante para as ruas e trilhas no campo (cf. § 4 BNatSchG), sendo que a cavalgada não é expressamente citada.

2. Mesmo antes da regulamentação federal, alguns legisladores estaduais haviam se ocupado da matéria. O desenvolvimento do direito estadual de *Nordrhein-Westfalen* – aqui questionado - teve o seguinte rumo: Inicialmente, continuava em vigor em grande parte do Estado a Lei Prussiana sobre Floresta e Campos, que foi substituída pela Lei de Proteção à Floresta e Campos de *Nordrhein-Westfalen*, de 25 de junho de 1962 (GVBl., p. 357). Essa lei classificou como contravenção, em seu § 24 IV, a cavalgada “fora dos trilhas” não autorizada em uma propriedade com floresta ou campo.

A Lei Florestal Estadual de 29 de julho de 1969 (GVBl., p. 588) trouxe uma regulamentação mais abrangente sobre o acesso à floresta, na qual a entrada na floresta com a finalidade de descanso, por conta e risco próprios, foi expressamente permitida (§ 3 da lei), mas ao mesmo tempo a cavalgada, caso não existisse uma “autorização especial”, foi proibida de forma geral e (punida) com multa (§ 4 e § 68 I 1).

Essa regra foi substituída pelo § 36 da Lei Topográfica de 18 de janeiro de 1975 (GVBl., p. 190; a seguir LG 1975). Segundo ele, a cavalgada com a finalidade de descanso na paisagem livre e na floresta, basicamente em ruas e trilhas e só nestes, era permitida (§ 36 I 1 e 2), contanto que os proprietários ou outras pessoas autorizadas, nos termos do § 38 da lei, não bloqueassem o caminho após autorização prévia da autoridade florestal inferior. Por outro lado, em regiões específicas determinadas por portaria da autoridade florestal inferior, a cavalgada era permitida quando havia uma autorização especial ou quando os trilhas e demais áreas eram destinadas especificamente para tal.

A previsão normativa aqui introduzida para a cavalgada em trilhas em florestas particulares foi restringida pelo Art. 2 II (a) a (c) da Lei de Alteração da Lei Florestal

Estadual de 11 de março de 1980 (GVBl., p. 214), de 1º de janeiro de 1981. A nova regulamentação criada com os §§ 36 a 36b da Lei Topográfica foi assumida na promulgação da nova versão da lei de paisagem de 26 de junho de 1980 (GVBl., p. 374; a seguir LG 1980) sem modificações como §§ 50 a 52. As normas, essenciais para o processo da Reclamação Constitucional, dos §§ 50, 51 LG 1980, têm o seguinte teor (considerando alteração do § 51 II 2 pela lei de 19 de março de 1985 (GVBl., p. 261)):

“§ 50 – cavalgar na paisagem livre e na floresta

(1) A cavalgada na paisagem livre é permitida em ruas e trilhas particulares, além do uso comum das áreas públicas de trânsito.

(2) A cavalgada na floresta é permitida nas ruas e trilhas particulares (caminhos para cavalgada) caracterizados pelos regulamentos da ordem de trânsito como trilhas para cavalgada. As trilhas e atalhos para caminhada caracterizados segundo esta lei, assim como trilhas para esporte e treino, não podem ser caracterizados como trilhas para cavalgada. Os distritos e as cidades autônomas podem permitir exceções ao 1º período [do presente parágrafo: § 50 II 1], com o consentimento da autoridade florestal inferior e após audiência com os municípios em questão, bem como determinar que, em regiões com baixa incidência de cavalgadas regulares, pode-se dispensar a sinalização dos trilhos para cavalgada. Nessas regiões, a cavalgada é permitida em todas as ruas e caminhos particulares, exceto caminhos e trilhas nos termos do 2º período [do presente parágrafo: § 50 II 2]. A autorização deve ser comunicada no órgão oficial de publicações da região ou da cidade autônoma.

(3) As normas relativas ao direito viário e de trânsito continuam em vigor.

(4) a (5) ...

(6) A autorização prevista nos parágrafo 1 e 2 pode ser usada apenas com finalidade de lazer. O uso ocorre por conta e risco próprios.

(7) As autoridades paisagísticas devem providenciar, juntamente com as autoridades florestais, os municípios, os proprietários de florestas e as associações de hipismo, uma rede de trilhas suficiente e adequada para a cavalgada. Os proprietários de terrenos e os usufrutuários devem tolerar a sinalização dos caminhos para cavalgada.

§ 51 - Sinalização de cavalos, taxa de cavalgada

(1) Quem cavalga, nos termos do § 50 I ou II, deve apresentar um sinal preso ao cavalo.

(2) Os sinais mencionados no parágrafo 1º [o supra § 51 I] só podem ser fornecidos mediante pagamento de uma taxa. A taxa é vinculada à finalidade de instalação e

manutenção de trilhas para cavalgada, assim como indenizações nos termos do § 53 III; ela será recolhida pelas autoridades florestais superiores”.

Conforme o § 70 I, n.ºs. 7 e 8 LG 1980, na redação dada pela lei de 6 de novembro de 1984 (GVBl., p. 663), os não cumprimentos das restrições de cavalgada do § 50 I e II e da obrigação de sinalização do § 51 I LG 1980 são passíveis de multa.

II. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida somente em parte.

1. – 5. (...).

C.

Na parte em que a Reclamação Constitucional é admitida, ela é julgada improcedente.

I.

O reclamante não foi atingido em seu direito fundamental, previsto no Art. 2 I GG, pelas decisões questionadas, nem pelo dispositivo do § 50 I 1 LG 1980.

1. a) Conforme os princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o Art. 2 I GG garante a liberdade geral de ação em sentido amplo (jurisprudência consolidada desde BVerfGE 6, 32 [36]; mais recentemente: BVerfGE 74, 129 [151]; 75, 108 [154 *et seq.*]). Não está protegida apenas uma área delimitada do desenvolvimento da personalidade, mas qualquer forma de ação humana, sem considerar que peso a atividade tem para o desenvolvimento da personalidade (cf., por exemplo, decisão da comissão de exame prévio em BVerfGE 54, 143 [146] – *Taubenfüttern* = alimentação de pombos). Exceto pela proteção absoluta de um núcleo essencial da vida privada, que não está submetido ao poder público (BVerfGE 6, 32 [41]), a liberdade geral de ação está garantida, porém, apenas nos limites do 2º Período do Art. 2 I GG e, com isso, encontra-se sob a reserva da ordem constitucional (BVerfGE 6, 32 [37 *et seq.*]; 74, 129 [152]). Se um ato do poder público que atinja a liberdade de ação se basear em uma norma jurídica, esta poderá ser

objeto de controle, por meio de Reclamação Constitucional, em face do Art. 2 I GG, [controle que se ocupará em esclarecer] se essa norma faz parte da ordem constitucional, i.é, se está formal e materialmente de acordo com as normas constitucionais (jurisprudência consolidada desde BVerfGE 6, 32).

A norma não deve ser materialmente analisada somente em relação ao Art. 2 I GG, mas deve ser examinada quanto à sua constitucionalidade de forma geral. Nesse ponto, deve-se principalmente perscrutar se a regulamentação atende às normas de competência da Constituição (BVerfGE 11, 105 [110]; 29, 402 [408]; 75, 108 [146, 149]). Em se tratando de uma norma de direito estadual, deve-se examinar, além das questões de competência com respeito ao Art. 31 GG, também, no que tange ao seu conteúdo, se a norma de direito estadual é compatível com o direito federal (promulgado, por sua vez, por órgão competente), assim como com o direito básico federal (BVerfGE 51, 77 [89 s., 95, 96]; cf. também BVerfGE 7, 111 [118, 119]).

Sob o aspecto material, o princípio da proporcionalidade fornece o parâmetro pelo qual a liberdade geral de ação pode ser restringida (BVerfGE 17, 306 [314]; 55, 159 [165]; 75, 108 [154 s.]). Caso uma autorização existente seja posteriormente revogada, deve ser mantida a proteção da confiança jurídica (*Vertrauensschutz*) ordenada pelo princípio do Estado de direito (BVerfGE 74, 129 [152]). No mais, devem ser atendidos os requisitos que derivam do princípio da reserva legal (BVerfGE 49, 89 [126 s.]) (cf. ainda também BVerfGE 6, 32 [42]; 20, 150 [157 s.]).

b) Contra a jurisprudência apresentada do Tribunal Constitucional Federal ainda são, até hoje, apresentadas objeções na literatura especializada (cf. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16^a ed., n. de margem 426 *et seq.*; fontes doutrinárias anteriores e mais abrangentes em: *Scholz*, AöR 100 (1975), p. 80 *et seq.*). Elas se dirigem principalmente contra a inclusão irrestrita de qualquer forma de atividade humana na área de proteção do direito fundamental, o que levaria, em comparação com as demais áreas protegidas pelos direitos fundamentais, a uma proteção “exagerada do ponto de vista do sistema axiológico” (v. *Scholz*, *op. cit.*, p. 82 *et seq.*, com ampla referência bibliográfica), mas, por outro lado, esvaziaria a proteção dos direitos fundamentais por meio da ampla possibilidade de restrição ligada à ampliação da área de proteção (*Hesse*, *op. cit.*, n.º à margem n.º. 426). A limitação recomendada da área de proteção do Art. 2 I GG poderia ganhar importância no presente caso, uma vez que é incerto se cavalgar em caminhos particulares em florestas poderia ser atribuído a um desenvolvimento da personalidade compreendido em seu sentido estrito.

Divergindo da jurisprudência dominante até hoje, porém, uma restrição da área de proteção do Art. 2 I GG não é justificada. A ela se contraporiam não apenas a gênese da norma de direito fundamental (BVerfGE 6, 32 [39 s.]). A proteção abrangente da liberdade de ação humana cumpre, além dos direitos de liberdade mencionados, também uma função valiosa na garantia de liberdade, pois, apesar das amplas possibilidades de restrição, o direito fundamental garante, segundo os parâmetros expostos, uma proteção de peso substancial. Qualquer tentativa de restrição, com juízo de valor, da área de proteção levaria a uma perda da área de liberdade para o cidadão, que já por isso não pode ser considerada ordenada, uma vez que outros direitos fundamentais têm uma área de proteção mais estreita e qualitativamente destacada. Para tal tentativa não são visíveis outros motivos imperativos. Uma restrição, por exemplo, à garantia de uma esfera de vida mais estreita, pessoal, embora não restrita a um desenvolvimento puramente intelectual e moral, ou por critérios semelhantes, traria consigo, além disso, difíceis problemas de definição, e de fato praticamente sem soluções satisfatórias.

2. O cavalgar, como forma de ocupação da ação humana, encontra-se na área de proteção do Art. 2 I GG, mas não pertence ao núcleo essencial da vida privada. Por isso, essa atividade não está livre, em princípio, das restrições legais. A norma do § 50 II 1 LG 1980, que fora indiretamente impugnada, restringe de forma constitucional a autorização para cavalgar na floresta.

A prescrição legal, como norma de direito estadual, não se opõe às normas federais do § 14 BWaldG, assim como do § 27 BNatSchG.

a) Na decisão dessa questão, o Tribunal Constitucional Federal não se limita a examinar a interpretação de normas federais pelos tribunais especializados no processo originário segundo os princípios que foram desenvolvidos para o controle de constitucionalidade da aplicação de direito ordinário em decisões judiciais (cf. BVerfGE 18, 85 [92 *et seq.*]). Esses princípios fariam com que o exame da validade da norma estadual, que deve ocorrer de forma indireta na decisão, pudesse ser feito apenas em parte: se, em um outro caso, um tribunal especializado interpretasse a norma federal de outra forma, o que não lhe poderia ser proibido – conquanto o Tribunal Constitucional Federal não tenha ele mesmo decidido sobre a interpretação – a norma estadual teria que ser novamente avaliada, possivelmente com outro resultado. Isso, mesmo indiretamente, não seria compatível com o sentido do controle normativo. A decisão sobre se a norma estadual é válida ou não, deve ser definitiva; com isso, o parâmetro de exame – aqui,

portanto, o conteúdo da regulamentação federal – deve estar definido. Neste sentido, o próprio Tribunal Constitucional Federal sempre interpretou as normas federais, no contexto do Art. 100 I 2 (2ª alternativa) GG, no exame do direito estadual, usando como parâmetro o direito federal (BVerfGE 25, 142 [149 *et seq.*]; 66, 270 [282 *et seq.*]; 66, 291 [307 *et seq.*]). Não é visível um motivo objetivo para proceder de outra forma no controle incidental de constitucionalidade.

Também no processo de Reclamação Constitucional a norma do direito federal deve ser interpretada pelo próprio Tribunal Constitucional Federal para averiguação do parâmetro de exame, caso deva ser examinada indiretamente a compatibilidade de uma norma estadual com uma federal (BVerfGE 51, 77 [90 *et seq.*, especialmente: p. 92]).

b) A partir do teor do § 14 BWaldG poderia ser entendido, portanto, que a entrada na floresta deveria ser permitida, em princípio, pelo parágrafo 1º, 1º período, desta norma [§ 14 I 1 BWaldG], e aos estados deveria ser apenas permitido estabelecer restrições deste princípio por motivo relevante. Com respeito ao cavalgar, deveria valer o mesmo quando fosse tratado como um sub-caso da norma geral. Mas, mesmo se o cavalgar fosse encarado como “outra forma de uso”, nos termos do § 14 II 2 BWaldG, o resultado, em princípio, não mudaria. A “equiparação” de outras formas de uso, conforme § 14 II 2 BWaldG, se referiria tanto à permissão básica como à autorização excepcional dos Estados. Ela não poderia significar, logicamente, que as normas relativas a todos os tipos de uso teriam que ser totalmente congruentes se outras formas de uso fossem incluídas. Mas, pela sistemática normativa, as normas sobre a entrada e aquelas sobre outras formas de uso teriam que ser correspondentes umas com as outras.

Tal interpretação do § 14 BWaldG, que, segundo a redação da norma, não é imperativa, não é contudo possível, considerando-se o caráter jurídico geral da norma e sua gênese.

aa) – cc) (...).

c) (...).

3. O dispositivo do § 50 II 1 LG 1980 satisfaz os parâmetros que resultam diretamente da Constituição para as limitações da liberdade geral de ação segundo o Art. 2 I GG.

a) A norma questionada atende ao princípio da proporcionalidade.

Ela é estruturada com uma separação contínua do “trânsito de lazer” na floresta, de tal forma que são destinadas trilhas separadas para os cavaleiros, de um lado, e para os demais cidadãos em busca de lazer (sobretudo pedestres e ciclistas), de outro lado. Como

o governo estadual justificou, o legislador quis evitar sobretudo os perigos e outros prejuízos que resultam para caminhantes em busca de lazer de um encontro com cavalos, e aqueles que decorrem do revolvimento do solo da floresta provocado pela cavalgada. Com isso, o legislador perseguiu um propósito que não é somente constitucionalmente legítimo enquanto escopo ligado ao bem comum, como também cuja justificação pode ser derivada diretamente do Art. 2 I GG. Tendo tentado com a separação de cavaleiros e outros cidadãos em busca de lazer organizar diversas formas de atividade da liberdade geral de ação, ele se dedicou a uma tarefa que está disposta na própria norma de direito fundamental, e que está prevista no Art. 2 I GG com a referência ao direito de outrem.

Não pode ser constatado que o legislador tenha partido de diagnósticos claramente equivocados ao perseguir esse objetivo. Ele pôde basear-se nas experiências acumuladas durante a vigência da norma anterior. O governo estadual explicou, nesse sentido, que os encontros com cavalos provocam em muitas pessoas que buscam descanso uma sensação de ameaça, e que podem ocorrer situações sérias de perigo para pedestres causadas por cavaleiros, principalmente em trilhas mais estreitas nas florestas. Finalmente, o próprio reclamante admite isto quando supõe colisões de interesses entre cavaleiros e outras pessoas nas proximidades de regiões industriais densamente povoadas. De qualquer forma, sua afirmação de que seria uma alegria para a maioria das pessoas em busca de lazer ver cavalos em movimento na natureza não pode valer para um encontro em um espaço estreito.

A regulamentação é claramente adequada a atingir o pretendido propósito de proteção. Pelo fato de os cavaleiros terem trilhas específicas para seu uso se evita de princípio o uso comum de trilhas na floresta por caminhantes e cavaleiros, bem como os perigos e incompatibilidades daí decorrentes.

A separação do trânsito equino e do “trânsito de lazer” na floresta também atende ao mandamento da necessidade. O Tribunal Constitucional Federal pode se limitar a examinar as alternativas discutidas nos círculos especializados e as apresentadas pelo reclamante para constatar se poderiam atender ao propósito almejado sob uma forma mais simples, de igual eficácia, contudo que notadamente limitasse menos os direitos fundamentais (BVerfGE 77, 84 [109]). Não foi sugerida pelo reclamante, e nem ficou visível, nenhuma outra medida mais amena pela qual ambos os objetivos perseguidos (proteção do caminhante frente ao perigo animal e manutenção de uma trilha em condições adequadas para a caminhada) pudessem ser atingidos de maneira comparavelmente eficaz.

Finalmente, a norma é proporcional em sentido estrito. Também nesse contexto é de especial importância que ambos os grupos – caminhantes e cavaleiros –, cujos interesses de utilização a lei quer equilibrar, possam se remeter igualmente ao Art. 2 I GG. Ao separar o trânsito de lazer, o legislador teve que ordenar as reivindicações concorrentes de uso da rede existente de trilhas de uma maneira que fizesse justiça aos interesses das partes. Não há o que reclamar por ele ter procedido a essa separação, isolando as trilhas para cavalgar da totalidade das trilhas particulares na floresta existentes, e não o contrário, isolando trilhas especiais para a caminhada. Não se pode ver aqui uma falha na tarefa de equiparação justa de direitos por parte do legislador, face ao número de cavaleiros ser menor do que o de caminhantes, assim como face ao desgaste mais intenso do solo causado pelos primeiros. Isto deve ser levado em consideração, uma vez que as autoridades paisagísticas receberam o encargo expresso, através do § 50 VII LG 1980, de providenciar uma rede suficiente e adequada de caminhos para cavalgada.

b) – c) (...).

II.

(...)

(ass.) *Herzog, Niemeyer, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich*

**Opinião divergente do juiz *Grimm* sobre a decisão (*Beschluss*) do
Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 6 de junho de 1989
– 1 BvR 921/85 –**

O ato de cavalgar na floresta não goza de uma proteção de direito fundamental. Os direitos fundamentais distinguem-se do grande número dos demais direitos pelo fato de protegerem a integridade, a autonomia e a comunicação do indivíduo em suas relações básicas. Justamente devido a essa fundamental importância do objeto protegido para uma ordem baseada na dignidade humana, eles se destacam da totalidade dos direitos e são dotados constitucionalmente de garantias maiores frente ao poder público, especialmente com efeito vinculante para o legislador. Nesse sentido, podem variar as opiniões, conforme as circunstâncias históricas, sobre aquilo que merece a proteção mais intensa de direitos fundamentais. Porém, o sentido dos direitos fundamentais não é, nem histórica, nem funcionalmente falando, colocar todo e qualquer comportamento humano possível sob sua proteção especial.

Uma tal proteção de direito fundamental sem lacunas também não é conseguida por intermédio do Art. 2 I GG. O Art. 2 I GG não protege a liberdade individual para se fazer e deixar de fazer o que bem entender, mas o livre desenvolvimento da personalidade. É verdade que, assim, esse direito fundamental tem uma área de proteção ampla, mas não ilimitada. Ao contrário, o comportamento humano que em face da falta garantias especiais de direitos fundamentais quer se valer da proteção do Art. 2 I GG, deve ter uma relevância maior para o desenvolvimento da personalidade, uma relevância semelhante a do [respectivo] bem jurídico protegido pelos demais direitos fundamentais. Onde faltar essa relevância falta também o motivo para a proteção especial oferecida justamente pelos direitos fundamentais, sendo suficiente a proteção das normas e remédios jurídicos do direito infraconstitucional.

Da gênese da Constituição não se depreende, ao contrário da posição geralmente defendida, que, no caso do Art. 2 I GG, a intenção teria sido outra. É verdade que a comissão de redação do Conselho Parlamentar [*Parlamentarischer Rat* = Assembléia Nacional Constituinte que precedeu a *Grundgesetz*] propôs a seguinte redação, baseada na formulação do Projeto de *Herrenchiemsee*: “Todos têm a liberdade de fazer e deixar de fazer o que bem entenderem, [desde que] não firam o direito de outrem e não infrinjam a ordem constitucional ou lei moral”. Contudo, justamente esta fórmula não se tornou direito constitucional, mas – abandonando a liberdade de ação não especificada – a redação da comissão principal, na qual o comportamento não especificado do indivíduo foi substituído pelo “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, uma vez que a formulação da [anterior] comissão de redação, do ponto de vista lingüístico, não expressava adequadamente o que se queria proteger, segundo a opinião da maioria (cf. JöR N.F. vol. 1, p. 55 *et seq.*; *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, p. 51 *et seq.*).

Se o Tribunal Constitucional Federal transformou novamente esse direito em autorização para se fazer e deixar de fazer o que bem se entender na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32), parecem ter sido dois os motivos decisivos: por um lado, o fato de que se tratava de decidir sobre um direito à liberdade não insignificante, direito esse que não podia ser associado a nenhum direito fundamental específico, especialmente não ao Art. 11 GG, mas que, se fosse o caso, gozava de proteção de direito fundamental apenas como parte do desenvolvimento de personalidade. De outro lado, o fato de que o tribunal, ao interpretar o Art. 2 I GG, se viu diante da alternativa de entender como livre desenvolvimento da personalidade ou “a liberdade humana de ação em seu sentido mais

amplo possível” ou “a proteção de um mínimo grau dessa liberdade de ação ..., sem o qual o ser humano não consegue absolutamente desenvolver sua essência como pessoa intelecto-moral” (BVerfGE, *op.cit.*, p. 36).

No entanto, as possibilidades de interpretação não se restringem a essas alternativas. Com a rejeição justificada da chamada teoria do núcleo da personalidade, que em sua época foi defendida sobretudo por *Peters* (publicação em homenagem a *Laun*, 1953, p. 669) e que aproximava bastante a área de proteção do Art. 2 I GG ao do Art. 1 I GG, a decisão ainda não foi tomada a favor da liberdade geral de ação. Abre-se entre o núcleo intangível da personalidade, de um lado, e a liberdade geral de ação, de outro, uma zona de ações livres que não contam com a proteção de direitos fundamentais específicos, mas que são igualmente de considerável importância para o desenvolvimento da personalidade. Aqui o Art. 2 I GG encontra o campo de aplicação que lhe é próprio (ver *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., n° à margem n°. 428).

A própria decisão *Elfe* fornece uma evidência para tanto. Para o tribunal, importou menos a fundamentação da liberdade geral de ação do que a derivação de um direito concreto de liberdade, a saber: liberdade de viagem ao exterior, para a qual a liberdade geral de ação configurava apenas o necessariamente presente elemento de fundamentação. Dando prosseguimento a essa jurisprudência, o tribunal preencheu o Art. 2 I GG mais e mais com uma série de garantias concretas de liberdade, que geralmente não foram mais atribuídas à liberdade geral de ação, mas incorporadas independentemente disso, apelando-se ao Art. 1 I GG. No caso, trata-se, sobretudo, do direito geral de personalidade com seus diversos âmbitos de garantia (BVerfGE 54, 148 [154] com ampla referência bibliográfica, assim como a visão geral de *Jarraz*, NJW 1989, p. 857). Trata-se, no mais, dentro da evolução do direito de personalidade, do direito à auto-determinação na informação [sobre dados pessoais] (BVerfGE 65, 1) e, recentemente, do direito ao conhecimento da própria origem (BVerfGE 79, 256).

Para embasar essas posições de direito fundamental concretas, derivadas do Art. 2 I GG, o Tribunal Constitucional Federal sempre se baseou em sua relevância para o desenvolvimento da personalidade (cf. *Scholz*, AöR 100, p. 80, 265). Dessa maneira, ele também conseguiu acompanhar as novas ameaças ao desenvolvimento da personalidade que surgem especialmente do progresso técnico-científico. O Art. 2 I GG mostra-se aqui, em sua formulação não específica, como um direito fundamental bastante aberto à adaptação da proteção da personalidade a condições variáveis e, portanto, pode preencher lacunas impossíveis de serem preenchidas pelos direitos especiais de liberdade (BVerfGE

54, 148 [153]). Assim, o Art. 2 I GG pode ser encarado de fato como “direito fundamental subsidiário” (*Auffanggrundrecht*), mas não como direito fundamental subsidiário que protege qualquer ação humana pensável que já não seja protegida por um direito fundamental especial, e sim como um direito fundamental subsidiário para a proteção de “elementos constitutivos da personalidade” (BVerfGE, *op. cit.*) que não foram protegidos por direitos especiais de liberdade.

Além desses direitos concretos da personalidade, o Tribunal Constitucional Federal manteve, contudo, a liberdade geral de ação como bem a ser protegido sob o Art. 2 I GG, sem esclarecer que se trata de dois fios bem diferentes de um único direito fundamental. Destes dois, no entanto, apenas o fio concreto do direito da personalidade merece a denominação de direito fundamental. Ao contrário, a liberdade geral de ação não é passível de proteção específica de direito fundamental (cf. *Schmidt*, AöR 106, p. 497). Se qualquer comportamento goza da proteção de direito fundamental, sem por isso poder ser permitido irrestritamente, a garantia geral de liberdade se transforma no direito de não ser impedido ilegalmente pelo Estado na execução da própria vontade. Mas nessa característica, o Art. 2 I GG subjetiva o princípio de Estado de direito garantido apenas objetivamente pela *Grundgesetz*, e se torna, na verdade, a liberdade geral contra intervenção.

As conseqüências desse entendimento do direito fundamental estão sobretudo no campo processual constitucional. Se o Art. 2 I GG garante a liberdade geral de ação dentro da ordem constitucional, a Reclamação Constitucional baseada nesse direito fundamental se amplia, com tendência para o controle normativo geral. Desde a decisão *Elfes* o Tribunal Constitucional Federal considera toda norma jurídica compatível com a Constituição parte da ordem constitucional na acepção do Art. 2 I GG (BVerfGE 6, 32 [37 *et seq.*]). Por esta razão, nos casos de intervenção na liberdade geral de ação, a norma base tem que ser globalmente aferida com a Constituição, portanto, incluindo os dispositivos referentes às metas estabelecidas de Estado, os demais direitos fundamentais e todas as regulamentações de competência e procedimento.

Tal amplitude de controle até já acompanha todas as Reclamações Constitucionais admitidas, pois o indivíduo precisa tolerar apenas aquelas intervenções nos direitos fundamentais com base legal, e como base de intervenção suficiente vale apenas a lei que está de acordo com a Constituição formal e materialmente. Porém, as Reclamações Constitucionais fora do Art. 2 I GG só podem ser interpostas em âmbitos delineados,

definidos tematicamente e abranger via de regra apenas leis que têm efeito justamente sobre o direito fundamental atingido. Um direito fundamental para qualquer tipo de comportamento, irrestrito em sua área de proteção, suspende essa restrição e deixa que o interesse próprio de agir (*Selbstbetroffenheit*)²³⁷ do reclamante, em razão de um ato estatal que o onera, seja suficiente para que, por meio da Reclamação Constitucional, enseje o controle normativo pleno.

Por isso, essa banalização dos direitos fundamentais, não prevista pela *Grundgesetz*, e a extrapolação do recurso constitucional a ela associada deveriam ser revistas. Isto parece ser tão mais fácil quando se pensa que o Art. 2 I GG já vem sendo enriquecido com uma série de garantias concretas de liberdade e permanece aberto para necessárias garantias adicionais de liberdade. Por outro lado, não se precisa temer as perdas de liberdade tal qual o faz o [Primeiro] Senado [do TCF], pois a liberdade geral de ação existe apenas dentro da ordem constitucional e não poderá ampliar o espaço livre do indivíduo para além da medida legal em âmbitos de ação que não são de peso para o desenvolvimento da personalidade. Para o reclamante que afirma uma violação do Art. 2 I GG surge, portanto, somente um ônus de fundamentação, no sentido de demonstrar que foi cerceado, não em um comportamento qualquer, mas em um comportamento justamente relevante para a personalidade.

Naturalmente, a averiguação da fronteira entre ações livres que são relevantes para o desenvolvimento da personalidade e aquelas que não o são ganha importância decisiva. Porém, o fato de que uma desistência da proteção de direito fundamental da liberdade geral de ação torna necessária tal fixação de limites não constitui ainda uma objeção contra a re-especificação do Art. 2 I GG. Pois, fixações de limites são necessárias na área de proteção de todo direito fundamental e podem eventualmente provocar dificuldades consideráveis, como mostra, entre outras, a garantia da liberdade artística no Art. 5 III GG. Se, justamente visando essas dificuldades e o interesse de uma proteção eficaz de direito fundamental, a definição da área de proteção é tratada com tamanha generosidade na jurisprudência constitucional, nada se opõe a que se faça o mesmo com o Art. 2 I GG. Mas não existe razão aqui para abandoná-la totalmente.

Os pontos de referência para a fixação de limites resultam, sobretudo, dos chamados direitos da liberdade. Os bens protegidos, que são abrangidos pelo Art. 2 I GG, devem ser equiparados aos objetos protegidos a que se referem aqueles direitos de liberdade

²³⁷ Cf. Cap. Introdução, II. 3. e) bb).

quanto à sua importância para a liberdade pessoal. Substancialmente, tratar-se-á sempre de âmbitos da vida ou formas de comportamento cujo controle arbitrário pelo Estado ameaçaria a autonomia individual e, com isso, favoreceria um sistema que não poderia mais entender-se como baseado no respeito à dignidade humana. Uma enumeração taxativa não é possível, graças à mudança das condições para o desenvolvimento da personalidade (BVerfGE 54, 148 [153]). Que, no entanto, não se pode estabelecer exigências inexecutáveis, o Tribunal Constitucional Federal já mostrou com as concretizações do Art. 2 I GG realizadas até agora. Outras reivindicações de liberdade a serem enquadradas na proteção do Art. 2 I GG devem ser aferidas com esse padrão de fundamentação.

A cavalgada na floresta não atende a essas exigências, tampouco, como, p.ex., a alimentação de pombos em áreas públicas (nesse sentido todavia: BVerfGE 54, 143). Não resta dúvida de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não deve cessar no âmbito do lazer, mas encontra aqui uma possibilidade de concretização cada vez mais importante em face da redução do tempo de trabalho na semana e na vida e ao paralelo prolongamento do tempo [da expectativa] de vida. Com isso, porém, não é qualquer modalidade, associada a esse âmbito da vida, que se encontra sob proteção de direito fundamental. O desenvolvimento da personalidade individual não depende da possibilidade de cavalgar na floresta. Por isso, a Reclamação Constitucional deve ser julgada improcedente, não porque os §§ 50 e 51 da Lei Estadual da Renânia do Norte – Vestfália, contra os quais ela se dirige, sejam compatíveis com o Art. 2 I GG, mas porque eles nem sequer atingem a área de proteção deste direito fundamental.

(ass.) *Grimm*

20. BVERFGE 65, 1 (VOLKSZÄHLUNG)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 15/12/1983

MATÉRIA:

Por meio da Lei do **Censo** (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), ordenou-se, no início de 1983, o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. O objetivo declarado da lei era, por

meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios. O último censo havia acontecido em 1970. A Lei do Censo de 1983 listava os dados que deviam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.

Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). O TCF considerou presentes as condições processuais das Reclamações Constitucionais (julgadas conjuntamente), pois os reclamantes seriam, em grande parte, própria, direta e atualmente atingidos. O pressuposto “ser diretamente atingido” foi, no entanto, relativizado: embora o ato executório fosse o levantamento do dado em si, quando esse ocorresse, a potencial violação, nesse caso, seria necessariamente irreversível. No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa.

1. Tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade previsto no Art. 2 I GG c. c. o Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

2. As restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade.

3. No que tange às exigências constitucionais para essas restrições, deve-se distinguir entre dados pessoais que são levantados e manipulados individualmente, não anonimamente, e aqueles que são destinados a objetivos estatísticos.

No levantamento de dados para propósitos estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta de propósito dos dados. Mas dentro do sistema de informação devem existir barreiras respectivas para compensação, em contraposição ao levantamento e manipulação da informação.

4. O programa de levantamento de dados da Lei de Recenseamento de 1983 (§ 2 I a VII, §§ 3 a 5) não leva a um registro e catalogação da personalidade incompatível com a dignidade humana; ele atende também aos princípios da clareza normativa e da proporcionalidade. Contudo, são necessárias, para garantia do direito à autodeterminação sobre informação, medidas adicionais processuais para a realização e organização da pesquisa.

5. A regulamentação sobre comunicação prevista no § 9 I a III da Lei do Recenseamento de 1983 (entre outro, atualização do registro de moradores) infringe o direito geral da personalidade. A comunicação dos dados para fins científicos (§ 9 IV da Lei do Recenseamento de 1983) é compatível com a *Grundgesetz*.

**Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1983
após audiência de 18 e 19 de outubro de 1983
– 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 –
(...)**

Dispositivo da decisão

1. Os § 2 I a VII e §§ 3 a 5 da Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983), de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), são compatíveis com a *Grundgesetz*, mas o legislador deve providenciar

- regulamentação complementar sobre a organização e procedimento do recenseamento.
2. O § 9 I a III da Lei de Recenseamento de 1983 é incompatível com o Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG, e, assim, é nulo.
 3. Os direitos fundamentais dos reclamantes, decorrentes dos Art. 2 I e Art. 1 I GG, foram violados pela Lei do Recenseamento de 1983 em seus números 1 e 2. De resto, as Reclamações Constitucionais são improcedentes.
 4. A República Federal da Alemanha deve reembolsar aos reclamantes as despesas necessárias.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais se voltam diretamente contra a Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Local de Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983), de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369) – VZG 1983 – .
(...).

I. – IV. (...)

B.

I. – II. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são, na parte admitida,
parcialmente procedentes.

I.

(...)

II.

O parâmetro do exame é em primeira linha o direito geral da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

1. a) No centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro de uma sociedade livre. À sua proteção serve – além de garantias especiais de liberdade – o direito geral da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, que ganha importância principalmente em vista do desenvolvimento moderno e das novas ameaças à personalidade humana, associadas àquele desenvolvimento (BVerfGE 54, 148 [153]). As concretizações feitas até hoje pela jurisprudência não circunscrevem o conteúdo do direito da personalidade de forma taxativa. Abrange, como já indicado na decisão BVerfGE 54, 148 [155], desenvolvendo decisões anteriores (como:

BVerfGE 27, 1 [6] *Mikrozensus* = “micro-censo”; 27, 344 [350 s.] – *Scheidungsakten* = “autos do processo de divórcio”; 32, 373 [379] – *Arztkartei* = “ficha médica”; 35, 202 [220] – *Lebach*, 44, 353 [372 s.] – *Suchtkrankenberatungsstelle* = “Centro de Orientação para Viciados”), também o poder do indivíduo, decorrente da idéia de autodeterminação, de decidir em princípio por si próprio, quando e dentro de que limites fatos pessoais serão revelados (também: BVerfGE 56, 37 [41 *et seq.*] – *Selbstbeziehung* = “auto-acusação”; 63, 131 [142 s.] – *Gegendarstellung* = “direito de resposta”).

Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo porque em processos decisórios não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostos manualmente. Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal sobre a Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação –, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos.

Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembléia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art. 8, 9 GG)²³⁸. Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.

Daí resulta: O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Esta proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

b) Esse direito à “autodeterminação sobre a informação” não é garantido ilimitadamente. O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre “seus” dados; ele é muito mais uma personalidade em desenvolvimento, dependente da comunicação, dentro da comunidade social. A informação, também quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado exclusivamente ao indivíduo atingido [por causa da demanda de informações do Estado ou de terceiros]. A *Grundgesetz*, como frisado várias vezes na jurisprudência do TCF, decidiu o conflito indivíduo – comunidade, orientado pela vinculação à coletividade da pessoa e sua participação interdependente na [mesma] coletividade²³⁹ (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 s.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). Por isso, em princípio o indivíduo tem que aceitar limitações de seu direito à autodeterminação sobre a informação em favor do interesse geral predominante.

Essas limitações necessitam, nos termos do Art. 2 I GG – como se reconheceu acertadamente no § 6 I da Lei Federal de Estatística –, de base legal constitucional, da qual resultam de forma clara e reconhecível para o cidadão os pressupostos e a extensão

²³⁸ Quais sejam, nesse caso, respectivamente liberdade de reunião e liberdade de associação profissional.

²³⁹ *Gemeinschaftsgebundenheit* e *Gemeinschaftsbezogenheit* do indivíduo constituem o paradigma social próprio da tradição alemã, que se contrapõe ao individualismo da tradição calvinista anglo-saxã. A radicalização histórica deste paradigma se deu no “princípio do povo” (*Völkprinzip*) vigente no terceiro Reich. Na ordem constitucional instaurada pela *Grundgesetz*, porém, a liberdade individual impõe sempre limites também e precipuamente à ação do Estado em prol da coletividade, o que não significa totalizar o indivíduo. A fórmula proposta sintetizada por esses dois conceitos é o compromisso entre os dois extremos, positivado constitucionalmente por meio do sistema de reservas legais existente na *Grundgesetz*.

das limitações, e que atenda ao princípio da clareza normativa do Estado de direito (BVerfGE 45, 400 [420], com amplas referências bibliográficas). Além disso, o legislador deve observar em sua regulamentação o princípio da proporcionalidade. Este princípio, que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos (BVerfGE 19, 342 [348]; jurisprudência consolidada). Em face dos já expostos riscos criados pelo uso do processamento eletrônico de dados, o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade (cf. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

2. As Reclamações Constitucionais não ensejam uma discussão exaustiva sobre o direito de autodeterminação sobre a informação. Deve-se decidir apenas sobre o alcance deste direito em relação àquelas intervenções nas quais o Estado exige a informação de dados pessoais do cidadão. Neste mister não se pode apenas condicionar o tipo de dados [que podem ser levantados, transmitidos etc.]. Decisivos são sua utilidade e possibilidade de uso. Estas dependem, por um lado, da finalidade a que serve a estatística e, por outro lado, das possibilidades de ligação e processamento próprias da tecnologia de informação. Com isso, um dado em si insignificante pode adquirir um novo valor: desse modo, não existem mais dados “insignificantes” no contexto do processamento eletrônico de dados.

O fato de informações dizerem respeito a processos íntimos não decide por si só se elas são sensíveis ou não. É muito mais necessário o conhecimento do contexto de utilização, para que se constate a importância do dado em termos de direito da personalidade: Só quando existe clareza sobre a finalidade para a qual os dados são solicitados e quais são as possibilidades de uso e ligação [destes com outros] que existem, pode-se saber se a restrição do direito de autodeterminação da informação (no caso) é admissível. Deve-se distinguir entre dados referentes à pessoa, que são levantados e manipulados de forma individualizada e não anônima (v. item “a” abaixo), e aqueles que são destinados a fins estatísticos (v. item “b” abaixo).

a) Até o presente momento se reconhece que o levantamento obrigatório de dados relativos à pessoa não é admissível de forma irrestrita, especialmente quando tais dados devem ser utilizados para a função administrativa (p.ex., para tributação ou

concessão de benefícios sociais). Dessa forma, o legislador já previu diversas medidas para proteção do atingido, que apontam para a direção do cumprimento dos preceitos constitucionais (cf., p.ex., as normas das leis de proteção de dados federais e estaduais: §§ 30, 31 AO²⁴⁰ (Código Tributário); § 35 do Primeiro Livro do Código Social – SGB I²⁴¹, associado aos §§ 67 a 86 SGB X).

Em que medida o direito de autodeterminação sobre a informação, conjuntamente com o princípio da proporcionalidade e com o dever de criar medidas processuais de proteção, vão exigir do legislador com fundamento constitucional a regulamentação vai depender do tipo, do alcance e dos usos possíveis dos dados pesquisados, assim como do perigo de seu abuso (BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61]). O interesse comum preponderante existirá geralmente apenas nos dados com significado social, excluindo-se informações íntimas inexistíveis e auto-acusações. Segundo o estágio alcançado até aqui pelo conhecimento científico e pela experiência empírica, parecem significativas sobretudo as seguintes medidas:

A obrigação de fornecer dados pessoais pressupõe que o legislador defina a finalidade de uso por área e de forma precisa, e que os dados sejam adequados e necessários para essa finalidade. Com isso não seria compatível a armazenagem de dados reunidos, não anônimos, para fins indeterminados ou ainda indetermináveis. Todas as autoridades que reúnem dados pessoais para cumprir suas tarefas devem se restringir ao mínimo indispensável para alcançar seu objetivo definido.

O uso dos dados está restrito à finalidade prevista em lei. Já tendo em vista os perigos do processamento eletrônico de dados, é necessária uma proteção – que não pode ser enfraquecida pela cooperação administrativa (*Amtshilfefest*)²⁴² – contra o afastamento do propósito inicial de levantamento de dados, mediante proibição de transmissão e de utilização. Outras medidas processuais essenciais de proteção são os deveres de esclarecimento, informação e apagamento dos dados.

A participação de responsáveis pela proteção de dados independentes (*Datenschutzbeauftragte*) é de vital importância para uma proteção eficiente do direito à autodeterminação sobre a informação, por causa da falta de transparência para o cidadão

²⁴⁰ Sigla de *Abgabenordnung*.

²⁴¹ O *Sozialgesetzbuch* é dividido em vários livros. Os algarismos romanos designam o respectivo livro.

²⁴² Dá-se o nome de *Amtshilfe* (literalmente “ajuda oficial”) à cooperação entre mais de um órgão da Administração Pública, no sentido de trocarem informações, muitas delas de natureza pessoal. Essa possibilidade é regulamentada e, em grande medida, limitada pela legislação de proteção de dados alemã, como mostra inclusive essa passagem da presente decisão.

na armazenagem e uso dos dados, no contexto do processamento eletrônico de dados, e também visando a proteção legal antecipada por meio de medidas tempestivas eficazes.

b) O levantamento e manipulação de dados para fins estatísticos apresentam particularidades que não podem ser desconsideradas na avaliação constitucional.

aa) A estatística tem papel importante para a política governamental, que está vinculada aos princípios e diretrizes da *Grundgesetz*. Se o desenvolvimento sócio-econômico não deve ser aceito como destino imutável, mas entendido como uma tarefa permanente, é necessária uma informação abrangente, contínua e constantemente atualizada sobre os contextos econômico, ecológico e social. Somente com o conhecimento dos dados relevantes e a possibilidade de se utilizar para a estatística as informações por eles transmitidas, com a ajuda das chances que o processamento eletrônico de dados oferece, é que se cria a base de ação indispensável para uma política estatal orientada pelo princípio do Estado social (BVerfGE 27, 1 [9]).

No levantamento de dados para fins estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta dos dados à finalidade. Segundo a essência da estatística, os dados devem ser utilizados para as tarefas mais diversas, não determináveis de antemão; conseqüentemente, existe também uma necessidade de armazenagem de dados. O mandamento de uma descrição concreta de finalidade e a proibição estrita da reunião de dados pessoais para efeito de [criação e manutenção de] bancos de dados só pode valer para levantamento de dados para fins não estatísticos, porém não para um recenseamento que deva fornecer uma base segura de dados para outras pesquisas estatísticas e para o processo político de planejamento através da constatação confiável do número e da estrutura social da população. O recenseamento deve ser levantamento e manipulação com múltiplas finalidades, portanto reunião e armazenagem de dados, para que o Estado possa enfrentar, estando para tanto preparado, o desenvolvimento da sociedade industrial. Também as proibições de transmissão e uso de dados preparados estatisticamente seriam contrárias à sua finalidade.

bb) Se a diversidade das possibilidades de uso e associação de dados não é determinável antecipadamente, pela natureza da estatística, são necessários limites compensatórios no levantamento e no uso da informação dentro do sistema de informação. É necessário criar condições de manipulação claramente definidas que garantam que o indivíduo não se torne um simples objeto de informação, no contexto de um levantamento e manipulação automáticos dos dados relativos à sua pessoa. Ambas as coisas, a falta de vinculação a um propósito definido, reconhecível e compreensível a qualquer momento,

e o uso multifuncional dos dados, fortalecem as tendências que devem ser identificadas e restringidas pelas leis de proteção aos dados, que concretizam o direito garantido constitucionalmente à autodeterminação sobre a informação. Justamente porque faltam desde o início limites relativos à definição de propósitos quanto ao volume de dados, os recenseamentos já trazem tendencialmente consigo o perigo – destacado na decisão do micro-censo (BVerfGE 27, 1 [6]) – de um registro e catalogação dos cidadãos hostis à proteção de sua personalidade. Por isso, devem ser feitas exigências [procedimentais] – em prol da proteção do direito da personalidade do cidadão obrigado a fornecer informações – no levantamento e processamento de dados para fins estatísticos.

Sem prejuízo do caráter multifuncional do levantamento e processamento dos dados para fins estatísticos, é pressuposto que eles aconteçam apenas como ajuda na realização de tarefas públicas. Também não é todo dado que pode ser neste contexto exigido. Mesmo no levantamento de dados individuais que serão utilizados para fins estatísticos, o legislador deve examinar, ao ordenar o dever de informação, se eles podem causar para o cidadão o perigo da discriminação social (p.ex. como viciado em drogas, com antecedentes criminais, doente mental, anti-social) e se o objetivo da pesquisa não pode ser alcançado também com uma averiguação anônima. Isso poderia ser o caso na hipótese legal do levantamento de dados previsto pelo § 2 VIII da Lei do Recenseamento 1983, segundo o qual o recenseamento de população e de profissão no âmbito de instituições penais constata a condição de preso ou de funcionário ou de parentesco de funcionário. Essa pesquisa deve fornecer referências sobre a ocupação das instituições (BTDrucks²⁴³. 9/451, p. 9). Tal objetivo pode ser alcançado – abstraindo-se o perigo de discriminação social – também sem referências pessoais. Basta que o diretor da instituição seja obrigado a comunicar no dia do recenseamento o número de pessoas que possuam as características enumeradas no § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983, sem qualquer referência à pessoa individual. Um levantamento de dados pessoais do conjunto de fatos do § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983 já seria, por isso, uma violação do direito da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

Para garantir o direito de autodeterminação sobre a informação, são necessárias precauções especiais quanto à realização e organização do levantamento e processamento de dados, já que as informações durante a fase do levantamento de dados – e em parte

²⁴³ Sigla usual de *Bundestagdrucksachen* = Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do *Bundestag*.

também durante ao arquivamento – ainda são individualizáveis; simultaneamente são necessárias regras de eliminação para aquelas informações que foram exigidas como informações auxiliares (dados de identificação) e que possibilitariam facilmente uma quebra do anonimato, como nome, endereço, número de identificação e lista do recenseamento (cf. também 11 § 7 I da Lei Federal de Estatística). De especial importância para os levantamentos estatísticos são as eficazes regras de bloqueio em face do mundo exterior. Para a proteção do direito de autodeterminação sobre a informação é imprescindível a manutenção em sigilo absoluto dos dados individuais obtidos para fins estatísticos – e já desde o processo de levantamento – enquanto existir uma referência pessoal ou esta puder ser produzida (segredo estatístico); o mesmo vale para a obrigação de tornar, o mais cedo possível, anônimos (de fato) os dados, associada a precauções contra a quebra do anonimato.

Enquanto, ainda que por um tempo limitado, a estatística estiver revelando referências pessoais, só sua separação mediante o anonimato dos dados e sua manutenção em sigilo, a ser legalmente garantida e exigida pelo direito à autodeterminação sobre a informação, autoriza o acesso dos órgãos públicos às informações necessárias para as tarefas de planejamento. Apenas estando presente essa condição é possível, e pode-se esperar do cidadão, que as informações dele exigidas coercitivamente sejam dadas por ele. Se dados pessoais que foram levantados para fins estatísticos pudessem ser transmitidos a terceiros contra a vontade ou sem conhecimento do atingido, isso não apenas limitaria de forma inadmissível o direito constitucionalmente garantido de autodeterminação sobre a informação, mas também ameaçaria a estatística oficial prevista e com isso protegida pela própria *Grundgesetz* em seu Art. 73 XI. Para que a estatística oficial cumpra seu papel, é necessário o maior grau possível de exatidão e veracidade dos dados coletados. Esse objetivo somente será atingido se for criada no cidadão, que é obrigado a fornecer informações, a confiança necessária na proteção de seus dados coletados para fins estatísticos, sem a qual não se pode contar com sua prontidão em fornecer dados verdadeiros (correta a fundamentação do governo federal sobre o projeto da Lei do Recenseamento de 1950, cf. *BTDrucks.* 1/1982, p. 20 sobre o § 10). Uma ação governamental que não se esforçasse pela formação de tal confiança, por meio da transparência do processo de processamento de dados e de sua estrita proteção, levaria a longo prazo à decrescente prontidão para cooperação, porque surgiria a desconfiança [sobre o modo de processamento e o próprio destino dos dados]. Como a coerção do Estado só pode ser eficaz de forma limitada, a ação estatal que ignore os interesses do

cidadão parecerá eventualmente vantajosa somente em curto prazo; em longo prazo levará a uma redução do volume e da exatidão das informações (*BTDrucks. 1/982, op cit.*). Como a crescente complexidade do mundo ambiente (*Umwelt*)²⁴⁴, tão característica das sociedades altamente industrializadas, só pode ser decifrada e processada para fins públicos com ajuda de uma estatística confiável, colocar a estatística oficial em risco significa enfraquecer um importante pressuposto de política social. Se a tarefa do Estado de “planejamento” só pode ser garantida por meio da proteção da estatística, o princípio de se garantir o quanto antes sigilo e anonimato dos dados é exigido não apenas para proteção do direito individual de autodeterminação sobre a informação, mas também é constitutivo para a própria estatística.

cc) Se as exigências supra discutidas forem levadas em consideração de forma eficaz, segundo o estágio atual do reconhecimento científico e da experiência empírica, o levantamento de dados para fins exclusivamente estatísticos não será problemática do ponto de vista constitucional. Não pode ser aferido um prejuízo do direito da personalidade dos cidadãos quando os dados pesquisados são colocados à disposição de outras repartições públicas ou de terceiros pelos órgãos responsáveis pelas estatísticas *após* serem tornados anônimos ou depois de seu processamento estatístico (cf. § 11 V e VI BStatG – Lei Federal da Estatística).

Uma eventual transmissão (entrega) dos dados que não sejam anônimos nem tenham sido processados estatisticamente - portanto, que sejam ainda pessoais - encerra problemas especiais. Os levantamentos de dados para fins estatísticos abrangem também dados individualizados de cada cidadão, que não são necessários para os fins estatísticos e que – disso devendo poder partir o cidadão questionado – servem apenas como auxiliares no processo de pesquisa. Todos esses dados podem até ser transmitidos a terceiros por força de expressa autorização legal, se e na medida em que isso aconteça para o processamento estatístico por parte de outras autoridades, e para que as medidas prescritas em prol da proteção do direito da personalidade, principalmente o sigilo estatístico e o princípio do anonimato sejam, tão logo possível, garantidas de maneira confiável, tanto

²⁴⁴ A tradução de *Umwelt* como “mundo ambiente” justifica-se para se evitar o erro de intelecção a que o leitor lusófono poderia ser induzido com a mezinha tradução “meio ambiente”, ainda normalmente ligada ao significado de meio ambiente “natural”. Porém, “*Umwelt*”, em alemão, é significante também para “meio ambiente social”, designando, sobretudo depois dos reconhecimentos da teoria sistêmica, o ambiente onde os diversos sistemas sociais se encontram e eventualmente se comunicam, ou seja, o espaço onde está compreendida toda a complexidade do mundo.

na organização e procedimento quanto nos órgãos estatísticos federais e estaduais. A transmissão a terceiros dos dados levantados para fins estatísticos, não anônimos nem processados estatisticamente para fins de execução administrativa, pode, ao contrário, intervir de forma inadmissível no direito de autodeterminação sobre a informação (cf. no mais abaixo: C. IV. 1.).

III. – VI. (...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Simon*, Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*,
Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*, *Niedermaier*, Dr. *Henschel*

21. BVERFG 38, 281

(ARBEITNEHMERKAMMERN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo 18/12/1974

MATÉRIA:

Contra leis dos Estados-membros de *Bremen* e *Saarland* que prescreviam a obrigatoriedade de filiação em entidades de classe profissionais de empregados, as assim chamadas **Câmaras de Empregados** (*Arbeitnehmerkammern*), as quais contam na Alemanha com uma tradição que remonta ao Séc. XIX, voltaram-se dois cidadãos alemães mediante Reclamações Constitucionais diretas e também contra decisões judiciais que aplicaram seus dispositivos.

Em suas Reclamações Constitucionais, os reclamantes alegaram, entre outros pontos, que as referidas leis violavam seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 2 I, 9 e 9 III GG. O TCF julgou as reclamações improcedentes. Como parâmetro do exame tomou tão somente o Art. 2 I GG, pois o Art. 9 GG sequer teria sido tangenciado. A intervenção no direito de livre desenvolvimento da personalidade, perpetrada pelas leis em pauta, foi considerada como justificada pelo TCF.

As leis dos Estados de *Bremen* e *Saarland* (Sarre) sobre a instituição de Câmaras de Empregados como corporações de direito público, com filiação obrigatória de todos os empregados, são compatíveis com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 18 de dezembro de 1974
–1 BvR 430/65 und 259/66 –
(...)

RAZÕES

A.

(...)

B.

(...)

C.

As Reclamações Constitucionais são improcedentes.

I.

Os reclamantes sentem-se prejudicados por serem obrigados por lei a se associarem, como membros, a uma corporação de direito público, cuja necessidade contestam. A questão de se saber a qual direito fundamental eles podem se remeter para sustentar sua opinião foi respondida pelo Tribunal Constitucional Federal em jurisprudência consolidada da seguinte forma: os limites constitucionais a uma filiação obrigatória em uma associação de direito público não decorrem do Art. 9, mas tão somente do Art. 2 I GG. Na decisão de 29 de julho de 1959 (BVerfGE 10, 89) consta o seguinte (p. 102):

“...não se pode responder à questão sobre os limites constitucionais de uma filiação obrigatória em uma associação de direito público a partir do Art. 9 GG, pois essa disposição garante apenas a liberdade de fundar associações de direito privado, nelas ingressar ou delas se afastar. Mas o Art. 2 I GG mostra que essa filiação obrigatória só é possível dentro da ordem constitucional. Segundo ela, associações de direito público só podem ser fundadas para que sejam cumpridas *legítimas* tarefas públicas. Mas faz parte do poder discricionário do legislador a decisão sobre quais dessas tarefas o Estado não cumpre por meio de órgãos da Administração Pública direta, mas por meio de institutos ou pessoas jurídicas de direito público fundadas exclusivamente para tal. O Tribunal Constitucional Federal só pode examinar se o legislador respeitou os limites de sua discricionariedade. Portanto, o Tribunal Constitucional Federal não tem que verificar se a escolha da forma de organização foi adequada ou necessária.

Também em decisões posteriores (BVerfGE 10, 354 [361 s.]; 12, 319 [323]; 15, 235 [239] respeita-se essa posição, que encontra aprovação sobretudo na literatura jurídica especializada (*von Mangoldt e Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2ª ed. comentário III/6 [p. 320] sobre o Art. 9; *Maunz, Dürig e Herzog*, Grundgesetz, nº de margem 41, 44 sobre o Art. 9; *von Münch*, in: Bonner Kommentar, segunda revisão [1966], comentário 52 sobre o Art. 9 com maiores informações; *Friauf* em publicação em homenagem a *R. Reinhardt*, 1972, p. 389 *et seq.*, especialmente Capítulo III).

No Art. 9 I GG está garantida ao indivíduo a liberdade – limitável apenas pelo Art. 9 II GG – de formar, por iniciativa privada, associações de qualquer tipo, de fundá-las, mas também de delas se afastar e delas se desligar. É diferente quando o Estado decide para o bem comum fundar por força de lei uma pessoa jurídica de direito público como associação de pessoas à qual um certo grupo de cidadãos tem que pertencer para que suas tarefas sejam adequadamente cumpridas. Naturalmente, o Estado não pode fazê-lo de forma ilimitada. Sua lei deve fazer parte da “ordem constitucional”, isto é, deve ser compatível formal e materialmente com a *Grundgesetz* (BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*, especialmente 41]). Também deve atender à exigência do Estado de direito que compreende o princípio da proporcionalidade da intervenção estatal. No presente contexto, isso significa que o legislador, tendo em vista a presunção de liberdade fundamental do Art. 2 I GG e a prerrogativa da livre associação decorrente do Art. 9 I GG, deve examinar cuidadosamente a necessidade da fundação de pessoas jurídicas de direito público. Para o cidadão, decorre do Art. 2 I GG o direito de não ser coagido à filiação obrigatória por pessoas jurídicas “desnecessárias” (BVerfGE 10, 89 [99]).

II.

(...)

(ass.) Dr. *Benda*, *Ritterspach*, Dr. *Haager*, Dr. *Brox*, *Rupp-v. Brünneck*

O juiz Dr. *Böhmer* estava impedido de assinar

Dr. *Benda*, Dr. *Simon*

22. BVERFGE 90, 145
(CANNABIS)

Controle Concreto / Reclamação Constitucional
contra decisão judicial

09/03/1994

MATÉRIA:

Nessa decisão, o TCF julgou conjuntamente várias Apresentações Judiciais (controle concreto) e uma Reclamação Constitucional, que questionavam basicamente a constitucionalidade da tipificação penal, entre outros, da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *canabis sativa L* do § 29 I BtMG (Lei de Entorpecentes). Os tribunais apresentantes e os reclamantes alegaram violação principalmente do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG, mas também do Art. 3 I GG (igualdade: por causa da legalidade de outras substâncias, no seu entendimento tão ou mais nocivas à saúde pública como a nicotina e o álcool) e até mesmo do Art. 2 II 1 GG (incolumidade física – cf. abaixo).

O TCF julgou presentes as condições processuais da maioria das apresentações judiciais e da Reclamação Constitucional para, no mérito, confirmar a constitucionalidade dos dispositivos questionados e julgar improcedente a Reclamação Constitucional.

O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de “ficar em êxtase” (*Recht zum Rausch*). Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez [que era considerada] proporcional em sentido estrito (C. I.). Com veemência, o TCF rejeitou a tese defendida por alguns tribunais apresentantes, segundo a qual a proibição representaria uma intervenção no Art. 2 II 1 GG (incolumidade física) c.c. Art. 1 I 2 GG (dever estatal de tutela), uma vez que a proibição faria com que os potenciais usuários da droga considerada mais leve passassem a consumir outras drogas legais como o álcool: “O dever estatal de tutela seria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de cannabis não fosse criminalizada,

[só] porque outros estupefacientes não subordinados à Lei de Entorpecentes poderiam (...) causar maiores danos à saúde” (C. II.). Finalmente, o TCF não viu uma violação do mandamento de igualdade do Art. 3 I GG, porque o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Primeiro, porque, junto à seleção de fatos aos quais o legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele tem uma ampla margem discricionária, valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional. Em segundo lugar, e como consequência do primeiro fundamento, o preceito da igualdade não ordena a proibição ou permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade. A “lista positiva”²⁴⁵ do anexo à lei poderia ser a todo momento complementada, assim como exceções poderiam ser previstas. Como critério para a introdução de substâncias na lista, o legislador poderia, entre outros, partir do significado cultural da substância em pauta. Enquanto a comparação com a nicotina já seria inapropriada pelo simples fato da nicotina não entorpecer (não levar ao “*Rausch*”, àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial) como o faria o princípio ativo THC da planta *canabis sativa* L, a comparação com o álcool, uma droga que, como amplamente conhecido, altera a percepção sensorial, sendo que um elevado estado de embriaguez pode ser considerado muito mais intrépido (comprometendo, por exemplo, totalmente a capacidade motora e conseqüentemente também a capacidade para direção de automóveis) do que o estado de entorpecimento alcançado pelo uso de cannabis, foi refutada pelo TCF com o seguinte problemático argumento: O álcool gozaria de longa tradição no círculo cultural europeu, seria usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho. Pelo contrário, a cannabis seria usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “*Rausch*”. No caso do uso do álcool, como seu efeito inebriante é em geral conhecido, sendo submetido a um maior “controle social”, a ameaça à coletividade seria menor. No mais, de qualquer sorte em face da tradição apontada, nem o legislador alemão nem o europeu poderia proibir de forma eficaz a relação com o álcool (C. III.).

²⁴⁵ A lista nomeia taxativamente as substâncias proibidas, permitindo todas as demais.

Todavia, a decisão não foi unânime. Dois juízes divergiram da maioria no Segundo Senado. A primeira opinião divergente, da juíza *Grabhof*, foi relativa tão somente à parte da fundamentação (cf. abaixo) e não à conclusão. Já a segunda opinião divergente, do Juiz *Simon*, contestou a conclusão da maioria no Senado, considerando que o dispositivo penal da Lei de Entorpecentes, já quando previsto e depois também, quando aplicado e executado em face da relação com *canabis sativa L* em pequenas quantidades, viola o direito fundamental derivado do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG. Em três passos, o Juiz *Simon* discutiu criticamente com os fundamentos da maioria no Segundo Senado, alegando, primeiramente, tratar-se de uma intervenção de grande intensidade (I.), para, no segundo momento, demonstrar que a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito) não fora respeitada (II.) e, finalmente (III.), que esse desrespeito não pôde ser excluído com as chamadas cláusulas de privilégio (desistência da persecução penal, da aplicação da pena ou trancamento da ação).

1. a) Para o envolvimento com drogas valem os limites do Art. 2 I GG. Não existe um “direito ao êxtase”, o qual não estaria sujeito a essas restrições.

b) Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes que prevêm sanção penal para o envolvimento com produtos de cannabis devem ser medidos, no que tange à proibição sujeita a punição, com base no parâmetro do Art. 2 I GG e, no que tange à ameaça de privação de liberdade [aplicação da pena privativa de liberdade], com base no parâmetro do Art. 2 II 2 GG.

2. a) Na apreciação requerida pelo princípio da proporcionalidade da adequação e da necessidade do meio selecionado para o alcance do propósito desejado, bem como na avaliação e prognóstico dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, a serem feitos neste contexto, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual pode ser revista pelo Tribunal Constitucional Federal somente em extensão limitada.

b) Numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito). Do exame, com base nesse parâmetro, pode resultar que um meio, em si adequado e necessário para a proteção de bens jurídicos, não possa ser empregado, porque os prejuízos

infligidos aos direitos fundamentais do atingido superam claramente o aumento da proteção dos bens jurídicos [aos quais o meio empregado deve servir], de modo que a utilização do meio de proteção se apresente como inapropriada [“*unangemessen*”: inconveniente, desproporcional em sentido estrito]²⁴⁶.

3. Quando os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes prescrevem sanções penais a formas de conduta que antecedam exclusivamente o consumo próprio ocasional, em pequenas quantidades, de produtos de cannabis e que não estejam ligados à colocação de terceiros em risco, por isso não estarão infringindo a proibição de excesso, porque o legislador possibilita aos órgãos da persecução penal, mediante desistência da aplicação da pena (cf. § 29 V BtMG – Lei de Entorpecentes), ou da persecução processual penal (cf. §§ 153 *et seq.* StPO – Código de Processo Penal; § 31a BtMG), levarem em conta um [eventual] menor grau individual de antijuridicidade [potencial ofensivo] e culpabilidade da ação delituosa. Nesses casos, os órgãos da persecução penal estatal devem, por princípio, atendendo ao mandamento de proibição de excesso, abster-se da persecução dos delitos definidos no § 31 a BtMG.

4. O princípio da igualdade não ordena a indistinta proibição ou permissão de todas as drogas em potencial igualmente nocivas. O legislador pode, sem infringir a Constituição, regulamentar de maneira diferente o envolvimento com produtos de cannabis, de um lado, e com álcool ou nicotina, de outro.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 9 de março de 1994

– 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92 –

A.

Os processos interligados submetidos à decisão conjunta referem-se à questão de se os dispositivos penais previstos na Lei de Entorpecentes, na medida em que prevêem penas para diferentes formas de envolvimento ilícito com produtos de cannabis, são compatíveis com a *Grundgesetz*.

²⁴⁶ O termo “*angemessen*” muitas vezes traduzido como “adequado” (tradução lingüística literal) é utilizado na dogmática, com efeito, como proporcionalidade em sentido estrito, não se confundindo com o princípio da adequação (*Geeignetheitsprinzip*), que ordena uma certa qualidade empírica do meio utilizado, qual seja, ele deve, com base na experiência passada autorizar o prognóstico de que levará ao alcance do propósito almejado, que hoje, portanto, fomentará tal alcance. Sobre essas diferenciações: MARTINS (2003: 33 *et seq.*).

I. – III. (...)

B.

(...)

C.

Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes apresentados para o exame constitucional, tanto quanto forem objeto de uma apresentação judicial admitida [porque presentes as suas condições e pressupostos processuais], são compatíveis com a *Grundgesetz*²⁴⁷. A punibilidade do envolvimento ilícito com produtos de cannabis, principalmente o haxixe, não infringe nem o Art. 2 II 1 GG, nem o Art. 3 I GG, e, em princípio, também não o Art. 2 I c.c. o Art. 2 II 2 GG.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

1. Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes que prevêem sanção penal para o envolvimento com produtos de cannabis podem ser medidos, no que tange à proibição sujeita a punição, com base no parâmetro do Art. 2 I GG e, no que tange à ameaça de privação de liberdade [aplicação da pena privativa de liberdade], com base no parâmetro do Art. 2 II 2 GG.

O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 6, 32 [41]); 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]).

²⁴⁷ A ressalva de natureza processual tem um sentido bastante simples: sobre as partes das Apresentações Judiciais não admitidas (cujas condições e pressupostos processuais não estão presentes), o TCF não decidiu, não se produzindo os efeitos da coisa julgada, do vínculo dos demais órgãos constitucionais ou da força de lei (§ 31 BVerfGG). Cf. **Cap. Introdução, IV. 3.**

Sob ordem constitucional devem ser entendidas todas as normas jurídicas que estão formal e materialmente em harmonia com a Constituição (BVerfGE 6, 32 *et seq.*; jurisprudência consolidada). As limitações da liberdade geral de ação, com base em tais normas, não ferem o Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 34, 369 [378 s.]; 55, 144 [148]). Não existe um “direito ao êxtase”, que não estaria submetido a essas restrições.

Sob o ponto de vista material, ressalvadas garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida (cf. BVerfGE 75, 108 [154 s.]; 80, 137 [153]). Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de uma dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão (cf. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]).

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a *Grundgesetz* caracteriza como “inviolável”, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior (cf. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 *et seq.*]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]), elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173, 176]). Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, bem como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal—dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo—poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 45, 187 [228]), e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados (cf. BVerfGE 54, 100 [108]; jurisprudência consolidada).

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 80, 244 [255] com outras indicações).

2. a) Com a atual Lei de Entorpecentes vigente, bem como o fez com suas precursoras, o legislador persegue a finalidade de proteger a saúde humana, tanto a do indivíduo como a da população em sua totalidade, dos perigos oriundos dos entorpecentes e defender a população, sobretudo a juvenil, da dependência dos entorpecentes. (...).

A essa definição de metas também servem as penas da Lei de Entorpecentes. Para a realização desse propósito, o legislador não só prevê pena para formas de conduta que são diretamente prejudiciais à saúde dos indivíduos. Pelo contrário, trata-se da conformação do convívio social de forma a deixá-lo livre dos efeitos socialmente danosos da relação com drogas, como daqueles que também partem da assim chamada “droga leve” canabis: por meio dela, principalmente jovens são introduzidos nas substâncias entorpecentes. Sua familiarização com as substâncias entorpecentes é fomentado. A consolidação da personalidade dos jovens e adolescentes pode restar impedida.

(...).

Com essa determinação de objetivos, a Lei de Entorpecentes serve a interesses da comunidade, que têm vigência perante a Constituição.

b) Segundo a avaliação do legislador, os riscos à saúde que se originam a partir do consumo dos produtos de canabis são consideráveis (...).

(...).

c) A avaliação original do legislador dos perigos à saúde é, hodiernamente, polêmica. Entretanto, também a hipótese da falta de periculosidade no consumo dos produtos de canabis que norteiam as apresentações judiciais [que ensejaram o controle concreto] é insegura.

(...).

Amplio consenso existe em torno do fato de que o consumo de produtos de canabis não causa dependência física (...). Também os danos imediatos à saúde, no consumo moderado, são considerados de baixo risco (...). A isto corresponde o grande número de discretos consumidores de ocasião, assim como o consumidor que se restringe ao consumo de haxixe. No mais, relata-se que o consumo a longo prazo de produtos de canabis poderia provocar alterações comportamentais, como letargia, indiferença, sentimentos de medo, perda da realidade e depressões (...).

Preponderantemente rejeitada é a concepção, segundo a qual canabis teria uma “função de demarcação de passo” para drogas mais pesadas, quando com isso se queira descrever uma propriedade bioquímica dos produtos da canabis (...).

Finalmente, é indiscutível que um êxtase agudo com canabis prejudica a capacidade de dirigir (cf. *Kreuzer*, NStZ 1993, p. 209 *et seq.*; *Maatz / Mille*, DRiZ 1993, p. 15 *et seq.*; BVerfGE 89, 69 [77 *et seq.*]).

3. Embora, sob o ponto de vista atual, os riscos à saúde advindos dos produtos de canabis, se apresentem como menores do que o legislador presumiu por ocasião da promulgação da lei, continuam existindo, porém -também segundo o estágio atual de conhecimento-, perigos e riscos não desconsideráveis, de tal modo que a concepção geral da lei em relação aos produtos de canabis também continua tendo vigência diante da Constituição. Isso resulta das posições das autoridades especializadas da Secretaria da Saúde e da Polícia Criminal Federal (BKA - *Bundeskriminalamt*) colhidas pelo Senado, bem como da respectiva literatura, avaliada pelo Senado – que vai além das apresentações citadas. A concepção legal é no sentido de submeter a um controle estatal abrangente

toda a relação com os produtos de canabis, à exceção do próprio consumo, por causa dos perigos advindos da droga para o indivíduo e para a coletividade, prevendo, para a imposição desse controle, penas sem lacunas para a relação não autorizada com produtos de canabis. Com esse conteúdo, os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes são adequados para restringir o alastramento da droga na sociedade e, com isso, diminuir, como um todo, os perigos dela provenientes. Os dispositivos penais são, portanto, adequados para fomentar, em geral, o cumprimento do propósito da lei.

4. A avaliação do legislador - que a partir do ensejo das diversas modificações da Lei de Entorpecentes e da ratificação do Tratado sobre Substâncias Tóxicas de 1988 foi repetidamente reexaminada e consolidada - segundo a qual as proibições sancionadas criminalmente do relacionamento ilícito com produtos de canabis seriam necessárias para o alcance dos objetivos da lei, também não pode ser contestada sob o ponto de vista de sua constitucionalidade. Também com base no estágio atual do conhecimento, como se pode deduzir das fontes supramencionadas (sob o item 3.), a concepção do legislador, segundo a qual não teria à sua disposição, para o alcance dos objetivos legais, nenhum outro meio igualmente eficaz, mas de menor interferência que a previsão da pena, é defensável. Contra isso, não é possível objetar que a proibição de canabis, até então, não pôde alcançar completamente os objetivos legais e que uma liberação do produto canabis cumpriria melhor esta finalidade, como meio mais brando. A discussão político-criminal sobre se uma redução do consumo de canabis possa ser melhor alcançada por meio do efeito geral preventivo do direito penal ou, ao contrário, pela liberação de canabis e uma por intermédio desse caminho esperada separação dos mercados de drogas, ainda não foi concluída. Não existem conhecimentos cientificamente fundamentados que falem, necessariamente, a favor de um ou de outro caminho. Os tratados internacionais que a República Federal da Alemanha passou a integrar propugnam, no combate ao abuso de drogas e ao trânsito ilícito com as mesmas, cada vez mais pela utilização de meios penais. Se, observando-se esse desenvolvimento jurídico internacional, haveria êxito no sentido de provocar uma separação dos mercados de drogas no âmbito nacional ou se, pelo contrário, a República Federal da Alemanha se transformaria num novo entreposto comercial internacional de drogas, resta, no mínimo, em aberto. Igualmente incerto é se, com a exclusão do “sabor do proibido” ou com as medidas de esclarecimento sobre os perigos do consumo de canabis, seria provocada a diminuição de seu uso. Se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de canabis sancionada

criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria melhor adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei (cf. BVerfGE 77, 84 [106]). É certo que surgem, sob pressupostos especiais, casos imagináveis, nos quais reconhecimentos criminológicos consolidados requerem, no âmbito do controle de normas, maior atenção, na medida em que forem aptos a obrigar o legislador a enfrentar uma questão com um determinado tratamento que deva ser regulamentado segundo a Constituição ou [pelo menos] a excluir a regulamentação criada como possível solução (cf. BVerfGE 50, 205 [212 s.]). Porém, os resultados da polêmica sobre uma proibição sancionada criminalmente de qualquer relação com cannabis não revelam um tal grau de certeza.

5. Para o julgamento do fato de se os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes apresentados para o exame de constitucionalidade, no que tange à relação com produtos de cannabis, infringem a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido estrito), deve ser distinguido entre a proibição por princípio da relação com produtos de cannabis e sua oponibilidade pela previsão de sanção penal para os mais diversos tipos de choques contra a proibição. O plano geral do legislador, de proibir de forma abrangente a relação com produtos de cannabis – salvo exceções muito restritas –, não infringe, por si, a proibição de excesso. Ele é justificado pelos fins almejados de proteção da população – sobretudo a juventude – dos perigos à saúde oriundos da droga, bem como do risco de dependência psíquica e, por isso, pelo propósito de enfrentar sobretudo as organizações criminosas que dominam o mercado da droga e suas influências maléficas em geral. A esses importantes interesses da sociedade não se contrapõem interesses de igual importância na liberação da relação com a droga.

Isto vale também, em princípio, quando o legislador utiliza o meio da sanção penal para impor a proibição. Nas infrações cometidas em face da proibição da relação com produtos de cannabis, não se trata apenas de uma desobediência em face de normas administrativas, portanto uma típica antijuridicidade administrativa: pelo contrário, muitos interesses coletivos, que o legislador tem como finalidade proteger, são ameaçados por tais infrações. Por isso, baseia-se em considerações claras e razoáveis a avaliação do legislador, uma vez em que essas infrações merecem e precisam ser sancionadas criminalmente.

(...).

a) – b) (...).

c) Também a previsão de pena existente no § 29 I, nº 1 BtMG (Lei de Entorpecentes) para a aquisição ilícita de produtos de cannabis, bem como a previsão de pena normatizada no § 29 I, nº 3 para o porte ilegal dessa droga, não ferem a constitucional proibição de excesso.

c 1) Não apenas o comércio de produtos de cannabis e sua entrega gratuita constituem, devido à respectiva entrega da droga, sempre um perigo abstrato de terceiros. Também a aquisição e a posse ilícitas põem em risco bens jurídicos alheios, já na medida em que abrem a possibilidade de uma entrega incontrolada da droga a terceiros. O perigo de uma tal entrega persiste mesmo quando a aquisição ou a posse da droga, segundo a concepção do autor do delito, somente deva atender ao consumo próprio. Junta-se a isso, que, exatamente na aquisição com a finalidade de consumo próprio, a procura pela droga realiza aquilo que constitui, do lado da procura, o mercado ilegal da mesma. Em face das estimativas sobre o número atual de consumidores, que se movimenta entre 800.000 e 4 milhões de pessoas, a maioria composta justamente de consumidores ocasionais (vide acima, sob o item 2. c) c2 [não reproduzido]), isso não pode ser considerado insignificante. Sob aspectos de prevenção geral é, portanto, justificado pela proibição de excesso do direito constitucional, prever sanção penal também para a aquisição e a posse ilícitas de produtos de cannabis para o próprio consumo, como antijuridicidade digna e carecedora de ser sancionada penalmente.

No entanto, exatamente nesses casos a intensidade da ameaça a bens jurídicos que parte de uma ação e da culpa individuais pode ser pequena. Isso vale, sobretudo, quando os produtos de cannabis são adquiridos e possuídos somente em pequenas quantidades para consumo próprio. Esses casos constituem uma parcela não pequena das ações puníveis pela Lei de Entorpecentes (...).

Se a aquisição ou a posse de produtos de cannabis se limitar a pequenas quantidades para ocasional consumo próprio, o perigo concreto de entrega da droga a terceiros, em geral, não é muito elevado. Proporcionalmente pequeno é, em regra geral, o interesse público numa punição. A imposição da sanção criminal contra quem experimenta e consumidores ocasionais de pequenas quantidades de produtos de cannabis pode, em seus efeitos sobre o infrator individualizado, levar a resultados inadequados e, sob o aspecto da prevenção especial, antes desvantajosos, como um indesejado desvio para o mundo das drogas e para uma correspondente solidariedade com ele.

c 2) Também em se considerando tais constelações casuísticas, a previsão de uma sanção penal geral – baseada na prevenção geral – para a aquisição e a posse ilícitas de produtos de cannabis, não infringe, por sua vez, a proibição de excesso do direito constitucional. Esta, o legislador cumpriu pelo fato de que possibilitou aos órgãos da persecução penal, mediante desistência da aplicação da pena ou da persecução penal processual, levarem em conta um [eventual] menor grau individual de antijuridicidade (potencial ofensivo) e culpabilidade da ação delituosa (...).

(...).

c 3) A decisão do legislador de diferenciar um diminuto conteúdo antijurídico e culpável de determinados atos, preponderantemente por uma limitação da imperatividade da persecução, não pode ser contestada constitucionalmente. Para o legislador, oferecem-se dois caminhos, atendendo à proibição de excesso, para considerar um pequeno conteúdo antijurídico e culpável de determinados grupos de casos: ele pode – por exemplo, por meio de tipos penais de privilégio [aproximadamente causas excludentes de ilicitude] – restringir o campo de aplicação da pena ou possibilitar sanções especiais para casos de crimes de bagatela (solução jurídico-material). Mas, ele pode, também, limitar e afrouxar a imperatividade da persecução (solução processual). A proibição de excesso, constitucionalmente ordenada, admite, em princípio, ambas as soluções (cf. BVerfGE 50, 205 [213 *et seq.*] (...)).

d) – f) (...).

6. (...).

II.

A punibilidade da relação ilícita com produtos de cannabis não viola o Art. 2 II 1 GG.

As exposições com as quais se [tenta] fundamenta[r], nas apresentações judiciais, uma violação dessa norma constitucional desconhecem, já em tese, a área de proteção do direito fundamental.

O Art. 2 II 1 GG protege o indivíduo contra intervenções estatais em sua vida e em sua integridade física. Além disso, ele, em combinação com o Art. 1 I 2 GG, obriga o Estado a posicionar-se como protetor e incentivador desses bens jurídicos, isto é, protegê-los de intervenções ilegais advindas de terceiros [particulares] (cf. BVerfGE 39, 1 [42]; 88, 203 [251]; jurisprudência consolidada).

Uma vez que a proibição do tráfico de produtos de canabis não obriga ninguém a recorrer a outros entorpecentes que não estão sujeitos à Lei de Entorpecentes, como, por exemplo, o álcool, não há uma intervenção estatal nos bens jurídicos protegidos pelo Art. 2 II 1 GG. A decisão de prejudicar a própria saúde pelo abuso de tais entorpecentes disponíveis no mercado faz parte, pelo contrário, do âmbito de responsabilidade dos próprios consumidores.

O dever estatal de tutela seria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de canabis não fosse criminalizada, porque outras substâncias não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam, circunstancialmente, causar maiores danos à saúde.

III.

A admissão dos produtos de canabis no Anexo 1 do Art. 1 BtMG, com a consequência de que o trânsito ilícito com estas substâncias está sujeito às suas prescrições penais, não infringe o Art. 3 I GG, porque para o álcool e a nicotina tem vigência uma outra regulamentação.

1. O princípio da igualdade proíbe tratar de maneira diferenciada os essencialmente iguais e determina que os essencialmente desiguais sejam tratados de maneira diferenciada, conforme às suas particularidades. Nesse caso, cabe fundamentalmente ao legislador a seleção dos fatos nos quais ele liga a mesma consequência jurídica, que ele, portanto, quer considerar como iguais no sentido jurídico. O legislador, contudo, deve fazer uma seleção racional (cf. BVerfGE 53, 313 [329]). O que será, no contexto da aplicação do princípio da igualdade, defensável racional ou irracionalmente, não é possível determinar de uma forma geral e abstrata, mas tão somente e sempre com base na particularidade da área concreta que deve ser regulamentada (cf. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; jurisprudência consolidada).

Para a área em pauta do direito penal de entorpecentes, o legislador pôde afirmar, sem infringir a Constituição, se existem- para a regulamentação diferenciada, de um lado, em face da relação com produtos de canabis, e, de outro, com o álcool e a nicotina - motivos de tal natureza e de tal peso que possam justificar as diferentes consequências jurídicas para os atingidos.

2. O princípio da igualdade não ordena a indistinta proibição ou permissão de todas as drogas que sejam, potencialmente, nocivas por igual. A Lei de Entorpecentes segue, por motivos de segurança jurídica, o princípio da assim chamada lista positiva, isto é: todas as substâncias e preparados proibidos pela Lei de Entorpecentes são listados um a um em forma de anexo à lei. A Lei de Entorpecentes prevê, no seu § 1 II e III, um processo para complementar a lista positiva da lei sob pressupostos legais jurídicos mais proximamente detalhados, ou, também, para permitir exceções à proibição geral. Nesse contexto, não é obrigatório que o risco de danos à saúde constitua o único critério para a inclusão na lista positiva. Ao lado dos diferenciados efeitos das substâncias, o legislador também pode considerar, por exemplo, suas diversas possibilidades de utilização (imaginese o abuso dos mais diferentes produtos químicos como colas, solventes, gasolina, como “substâncias de inalação”), o significado das diferentes aplicações para o convívio social, as possibilidades jurídicas e fáticas de enfrentar o abuso com expectativa de sucesso, bem como as possibilidades e os requisitos de um trabalho conjunto internacional no controle e no combate às drogas e às organizações criminosas que as comercializam. Disto já resta claro que o princípio da igualdade não prescreve que todas as drogas devam ser do mesmo modo liberadas para a circulação em geral, [só] porque outras substâncias prejudiciais à saúde são permitidas.

No que tange à comparação entre os produtos de cannabis e a nicotina, existe um motivo suficiente para o tratamento diferenciado, já pelo fato de que a nicotina não é entorpecente.

Para o tratamento diferenciado entre os produtos de cannabis e o álcool, existem igualmente motivos de peso. Com efeito, é reconhecido que o abuso do álcool traz consigo perigos tanto para o indivíduo como também para a sociedade, perigos estes que se equiparam ou até mesmo superam os provenientes do consumo dos produtos de cannabis. Por outro lado, deve-se considerar que o álcool possui inúmeras possibilidades de utilização, diante das quais não existe nada comparável nos elementos extasiantes e produtos da planta cannabis. Substâncias com teor alcoólico servem como alimento e estimulante [fonte de prazer]: na forma de vinho, elas também são empregadas em rituais religiosos. Em todos os casos, domina um emprego de álcool que não leva aos estados de êxtase: seu efeito de embriaguez é, em geral, conhecido e evitado, na sua maioria, por um controle social. Ao contrário, no consumo de produtos de cannabis, o alcance de um efeito de êxtase encontra-se, tipicamente, em primeiro plano.

Mais ainda: o legislador se vê diante da situação de que ele não pode impedir a apreciação do álcool devido aos costumes de consumo tradicionais da Alemanha e do círculo cultural europeu. Por causa disso, o Art. 3 I GG não ordena que se abdique da proibição da droga canabis.

IV.

(...)

V.

(...)

(ass.) *Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*
Opinião divergente da Juíza *Grabhof* sobre a decisão (*Beschluss*)
do Segundo Senado de 9 de março de 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70,
80/92, 2 BvR 2031/92

À conclusão anuo, porém não a todas as partes da fundamentação. O exame dos dispositivos penais com base no parâmetro da proporcionalidade impõe aqui, em parte, outras exigências (I.). Tendo em vista que não é pacífico, no Senado, sob quais pressupostos o legislador estaria obrigado constitucionalmente a prever privilégios [excludentes de ilicitude] em sede de direito penal material, no caso de tipos penais muito abrangentes de um delito de ameaça abstrata, a concepção da maioria do Senado teria que, nesse ponto, ser mais claramente apresentada. A maioria do Senado também não discorre suficientemente sobre a função e o conteúdo de censura de delitos de ameaça abstrata (II.). Para a aplicação desses parâmetros, isso também tem seus efeitos sobre o exame de constitucionalidade dos dispositivos penais da Lei de Entorpecentes (III.).

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

(ass.) *Grabhof*

Opinião divergente do Juiz *Sommer* sobre a decisão (*Beschluss*) do Segundo
Senado de 9 de março de 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR
2031/92

Eu não posso concordar com a decisão do Senado, em face do item 2. do seu dispositivo²⁴⁸, em sua plenitude. A previsão de pena do § 29 I, nº 1, 3 e 5 da Lei de Entorpecentes (BtMG) contra introdução, transporte, aquisição e posse de produtos de cannabis (sobretudo haxixe), também em pequenas quantidades para o consumo próprio, viola o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, ambos combinados com o princípio da proporcionalidade.

Já a previsão de pena enquanto intervenção em direito fundamental – ao lado de sua aplicação e execução – tem um peso especial (I.). Os dispositivos da lei de entorpecentes, na extensão supra caracterizada, já não passam mais hoje, ao contrário da opinião do Senado, pelo crivo do parâmetro da proporcionalidade em sentido estrito (II.). A violação da proibição de excesso não pode ser excluída, [só] porque, segundo prescrito nos dispositivos dos §§ 29 V e 31a BtMG, se pode desistir da [aplicação] da pena ou da persecução processual penal ou porque a ação penal pode ser trancada.

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

(ass.) *Sommer*

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 2 I GG:

HOCHHUTH, Martin . “Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2 Abs. 1 GG”. *JZ* 2002, p. 743 – 752.

KAHL, Wolfgang. *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen*, 2000.

KUKK, Alexander. *Verfassungsrechtliche Aspekte zum Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG), 2000.

SCHLINK, Bernhard. “Das Recht der informationellen Selbstbestimmung”. *Der Staat* 25 (1986), p. 233 – 250.

²⁴⁸ Nesta parte do dispositivo da decisão do TCF, foi corroborada a constitucionalidade de diversos tipos penais envolvendo a introdução, transporte, aquisição e posse de produtos de cannabis.

SUHR, Dieter. Entfaltung des Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Übungsgemeinschaften und des Eigentums, 1976.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 2 I GG:

Além das aqui trazidas, vide também:

- a) **Sobre a liberdade geral de ação:** BVerfGE 20, 150 (154 *et seq.*) – *Sammlungsgesetz*, 54, 143 (144) – *Taubenfütterungsverbot*, 55, 159 (165 *et seq.*) – *Falknerjagdscheirr*, 89, 214 (229 *et seq.*) – *Bürgschaftsverträge*²⁴⁹; 92, 191 (196, 199 *et seq.*) – *Personalienangabe*, 95, 267 (303 *et seq.*) – *Altschulden*, 96, 375 (398) – *Sterilisation*, 97, 271 (285 s.) – *Hinterbliebenenrente II*, 97, 332 (340 *et seq.*) – *Kindergartenbeiträge*, 98, 218 (259) – *Rechtschreibreform*, 99, 1(8) – *Bayerische Kommunalwahlen*, 99, 145 (156) – *Gegenläufige Kinderrückführungsanträge*, 103, 197 (215 *et seq.*) – *Pflegeversicherung I*; 104, 337 (345 *et seq.*, 353 s.) – *Schächtern*, 105, 17 (32 *et seq.*) – *Sozialpfandbrief*.
- b) **Sobre o direito geral de personalidade:** BVerfGE 27, 344 (350 s.) – *Ehescheidungsakten*, 34, 269 (280 *et seq.*) – *Soraya*; 35, 202 (219 *et seq.*, 238 *et seq.*) – *Lebach*²⁵⁰; 54, 148 (151 *et seq.*) – *Eppler*; 54, 208 (217 *et seq.*) – *Bölk*, 79, 256 (268 *et seq.*) – *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 80, 367 (373 *et seq.*) – *Tagebuch*, 92, 191 (197 *et seq.*) – *Personalienangabe*, 95, 220 (241 s.) – *Aufzeichnungspflicht*, 96, 171 (181 *et seq.*) – *Stasi-Fragen*, 97, 125 (146 *et seq.*) – *Carolina von Monaco I*, 97, 228 (268 *et seq.*) – *Kurzberichterstattung*, 101, 106 (121 *et seq.*) – *Akteneinsichtsrecht*, 101, 361 (380 *et seq.*) – *Carolina von Monaco II*, 103, 21 (29 *et seq.*) – *Genetischer Fingerabdruck I*; 104, 373 (387 *et seq.*) – *Ausschluss von Doppelnamen*, 106, 28 (39 *et seq.*) – *Mithörrichtung*.

²⁴⁹ Discussão sobre essa decisão em: MARTINS (2004: 110 s.).

²⁵⁰ Estudado nesta coletânea abaixo (**Decisão 56.**), sob o § 12 (liberdade de radiodifusão).

§ 9.

Direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa

(Art. 2 II GG)

GRUNDGESETZ

*Artigo 2º (Livre Desenvolvimento da Personalidade, **direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana**)*

(1) ...

(2) ¹Todos têm o direito à vida e à incolumidade física. ²A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³Nestes direitos só se pode intervir com base na lei.

NOTA INTRODUTÓRIA:

Neste capítulo serão apresentadas decisões que versam em sua maioria sobre o Art. 2 II 1 GG, ou seja: somente sobre os direitos à vida e à incolumidade física. O direito fundamental da liberdade (de locomoção) da pessoa do Art. 2 II 2 GG será tratado também no contexto dos direitos da liberdade relativo às garantias do preso: Art. 104 c.c. Art. 2 II 2 GG (cf. **decisão 132**).

Os direitos fundamentais à vida e à incolumidade física nasceram, sem precedentes na história constitucional alemã, sob o impacto das atrocidades nazistas. Seu caráter originário era notória e simplesmente de direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*). Mas o TCF, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39, 1; abaixo: **decisão 23**) vem desenvolvendo um segundo caráter que deu azo a uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais: o caráter de dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares.

Diz-se, na literatura especializada, que o teor de dignidade humana nessa outorga é muito grande, por isso, o fundamento do dever estatal de tutela seria o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I 2 GG, com ênfase do verbo “proteger” (*schützen*) em contraposição ao verbo *achten* (observar), denotando o caráter positivo da proteção em relação ao caráter tradicional negativo.

As decisões sobre direito à vida e à incolumidade física abaixo reproduzidas, com exceção da **decisão 25**. (BVerfGE 16, 194 – *Liquorentnahme*), tratam de concretizações desse dever estatal de tutela. As duas últimas fazem parte do Art. 2 II 2 GG (liberdade da pessoa).

23. BVERFGE 39, 1

(SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH I)

Controle abstrato

25/02/1975

MATÉRIA:

Por meio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), a criminalização do aborto foi novamente regulamentada. Até então, a provocação da morte do nascituro era uma ação tipificada criminalmente, em termos genéricos. Exceções como causas excludentes da ilicitude só eram reconhecidas segundo os princípios do estado de necessidade (*supra* positivo). A nova redação do § 218 até 220 StGB pela 5ª lei de reforma trouxe principalmente as seguintes inovações: sujeito por princípio à pena passou a ser somente quem interrompeu a gravidez (aborto) depois do 13º dia após a concepção (§ 218 I). Todavia, o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não era punível segundo o § 218, desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção (§ 218a – Regra do prazo). Além disso, o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida depois de transcorrido o prazo de doze semana não seria punido segundo o § 218, quando ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida ou um comprometimento sério do seu estado de saúde, desde que este não pudesse de forma exigível da mulher ser evitado de outra forma (§ 218b – indicação médica), ou porque houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de

um disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fossem tão graves, de tal sorte que não se pudesse mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§ 218, nº 2 – indicação eugênica). Aquele que praticava o aborto sem que a grávida tivesse se consultado antes junto à uma repartição pública de consultoria (ou aconselhamento) ou tivesse se consultado (aconselhado) social e medicinalmente junto a um médico, era punido com sanção penal (§ 218c). Igualmente sancionada criminalmente era a conduta de quem, depois de transcorridas 12 semanas desde a concepção, interrompesse uma gravidez sem que o órgão administrativo competente tivesse antes confirmado que os pressupostos da indicação médica ou eugênica estivessem presentes. A mulher mesma não era punida.

O controle normativo abstrato proposto por 193 membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais contra as assim chamada “solução do prazo” (*Fristenlösung*), levou o TCF a declarar o § 218a StGB em sua essência como nulo, ordenando, até o início da vigência de uma nova regulamentação legal, determinadas formas de uma regulamentação da indicação (em aplicação do § 35 BVerfGG).

1. A vida em desenvolvimento no ventre materno encontra-se sob a proteção da constituição como bem jurídico independente (Art. 2 II 1, Art. 1 I GG). O dever de proteção do Estado não só proíbe intervenções diretas estatais na vida em desenvolvimento no ventre materno, como também ordena que o Estado se posicione de forma protetora e fomentadora diante dessa vida.
2. O dever do Estado de dar proteção à vida em desenvolvimento existe também em face da mãe.
3. A proteção da vida do nascituro tem prevalência por princípio durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de “carência”, via de regra, de três meses contados a partir da concepção].
4. O legislador também pode expressar de outra forma, diversa do meio da tipificação penal, a desaprovação do aborto, por princípio ordenada juridicamente. É decisivo saber se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção da vida intra-uterina garante uma

proteção efetiva proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido. Em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento.

5. O prosseguimento da gravidez é inexigível [da mulher], quando o aborto for necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou o perigo de dano grave ao seu estado de saúde. No mais, o legislador está livre para avaliar outros ônus extraordinários para a gestante, que sejam semelhantemente intensos e, nesses casos, isentar o aborto da pena [em geral prevista por princípio – causas excludentes da ilicitude].

6. A quinta Lei de Reforma do Direito Penal, de 18 de junho de 1974 (BGBl. - Diário Oficial da União - I, p. 1297) não é apta a cumprir o dever constitucional de proteger, na extensão ordenada [constitucionalmente], a vida em desenvolvimento.

**Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 25 de fevereiro de 1975
com base na audiência de 18/19 de novembro de 1974**

**-1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 –
(...)**

Dispositivo

O § 218a StGB, na redação da quinta Lei para a Reforma do Direito Penal (5ª. StrRG) de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), é incompatível com o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I GG e nulo, na extensão em que excluir punibilidade do aborto também quando não existirem motivos que – no sentido das razões de fundamentação da presente decisão – possam ser afirmados diante da ordem axiológica da *Grundgesetz*.

RAZÕES:

A. I. – IV., B. 1. – 4. (...)

C.

(...)

1. O Art. 2 II 1 GG protege também a vida em desenvolvimento no ventre materno como bem jurídico independente (...).

a) – e) (...).

2. Por isso, o dever do Estado, de proteger a vida humana, pode ser derivado já diretamente do Art. 2 II 1 GG. Ele também resulta da norma expressa do Art. 1 I 2 GG,

pois a vida em desenvolvimento desfruta também da proteção do Art. 1 I GG, que garante a dignidade humana. Onde houver vida humana, caberá a dignidade humana. Não importa se o titular desta dignidade tem [ou não] dela consciência, sabendo como preservá-la por si mesmo. As potenciais capacidades inerentes ao ser humano são suficientes para fundamentar a dignidade humana.

3. (...).

II.

1. O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais conseqüentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*, é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.

2. O dever do Estado de proteger a vida em desenvolvimento existe também por princípio em face da mãe. Indubitavelmente, a ligação natural da vida intra-uterina com a vida da mãe fundamenta uma relação especialmente peculiar, inexistindo quaisquer paralelos em outras relações vitais. A gravidez pertence à esfera íntima da mulher, cuja proteção é constitucionalmente garantida pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Se o embrião fosse apenas uma parte do organismo materno, então também o aborto permaneceria na área privada da conformação da vida, na qual é proibida a penetração do legislador (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Como, porém, o nascituro é um ser humano independente, que está sob proteção constitucional, o aborto passa a ter uma dimensão social, que o torna acessível para e carente da regulamentação pelo Estado.

O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade, que tem como conteúdo a liberdade de ação em sentido abrangente, incluindo, assim, também a responsabilidade da mulher de decidir autonomamente contra uma maternidade e os deveres desta oriundos, pode, igualmente, buscar reconhecimento e proteção. Esse direito,

porém, não é ilimitadamente garantido – o direito dos outros, a ordem constitucional, e a lei moral [Art. 2 I, *in fine* GG] limitam-no. Ele jamais poderá por princípio abranger o poder de interferir na esfera protegida de outrem, sem uma causa que o justifique, ou até mesmo de, juntamente com a vida, destruí-la, muito menos quando, pela natureza do caso, estiver presente uma responsabilidade especial justamente para com essa vida.

Não é possível uma equalização que garanta a proteção da vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, visto que este sempre significa a aniquilação da vida intra-uterina. Na ponderação, por isso mesmo necessária, “...os dois valores constitucionais devem ser vistos como ponto central do sistema de valores da constituição em sua relação com a dignidade humana” (BVerfGE 35, 202 [225]). Numa orientação pelo Art. 1 I GG, a decisão deve ser tomada em favor da prioridade da proteção à vida do nascituro contra o direito de livre escolha da gestante. Esta pode ser atingida pela gestação, parto e educação da criança em muitas possibilidades do desenvolvimento da sua personalidade. Em contrapartida, a vida do nascituro será aniquilada pelo aborto. Por isso, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes [*sic*]²⁵¹ protegidas pela *Grundgesetz*, observando-se o pensamento básico do Art. 19 II GG, deve prevalecer a vida do nascituro. Essa prevalência vale por princípio durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de “carência”, via de regra, de três meses contados a partir da concepção]. (...).

3. (...).

III.

O modo como o Estado cumpre seu dever de oferecer uma efetiva proteção ao nascituro deve ser escolhido, em primeira linha, pelo legislador. Ele decide sobre quais medidas de proteção ele considera como oportunas e indicadas para garantir uma eficiente proteção da vida (...).

²⁵¹ Aqui o TCF incorreu em um lapso: ao invés de falar em “Prinzip des schonendsten Ausgleichs *konkurrierender* grundgesetzlich geschützter Positionen” (BVerfGE 39, 43), deveria ter falado em “Prinzip des schonendsten Ausgleichs *kollidierender* grundgesetzlich geschützter Positionen” [destaques do Org.], pois se trata de uma colisão e não concorrência de direitos fundamentais. Sobre a distinção: **Cap. Introdução, II. 3. a).**

1. (...).

2. (...).

a) (...).

b) (...). Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a “*ultima ratio*” do instrumentário do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. (...).

3. (...). O direito à vida do nascituro pode causar um dano à mulher, que essencialmente extrapola a medida de intensidade normalmente ligada à gestação. Surge aqui a questão da exigibilidade; em outras palavras, a questão de se, nesses casos, o Estado também pode forçar, com o instrumentário do direito penal, o prosseguimento da gravidez. O respeito pela vida do nascituro e o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar, além dos limites viáveis, seus próprios valores vitais em prol da observância desse bem jurídico, chocam-se. Em tal situação conflitante, que em geral também não permite qualquer avaliação moral inequívoca e na qual a decisão pelo aborto possa revelar a dignidade de uma madura decisão de consciência [da mulher], o legislador está obrigado

a ter um cuidado especial. Se, nesses casos, ele não considerar o comportamento da gestante como passível de ser tipificado criminalmente, desistindo do meio do sancionamento penal, então isso deverá ser, em todo caso, enquanto resultado de uma ponderação que cabe ao legislador, também constitucionalmente aceito [não poderá ser questionado constitucionalmente].

(...).

D. I. – IV., E. (...)

(ass.) Dr. *Benda*, *Ritterspach*, Dr. *Haager*, *Rupp-v. Brünneck*,
Dr. *Böhmer*, Dr. *Faller*, Dr. *Brox*, Dr. *Simon*

Opinião discordante da Juíza *Rupp. v. Brünneck* e do Juiz Dr. *Simon* sobre a decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 25 de fevereiro de 1975 – 1 BvF, 1, 2, 3, 4, 5, 6/7

A vida de cada ser humano é obviamente um valor central do ordenamento jurídico. Irrefutável, abrange a obrigação constitucional de proteção da vida também seus pré-estágios antes do nascimento. (...).

A. – I.

O poder do Tribunal Constitucional Federal de anular decisões do legislador parlamentar exige um uso parcimonioso, se se quer evitar um deslocamento dos pesos entre os órgãos constitucionais. O mandamento de auto-limitação judicial (*judicial self-restraint*), que foi designado como o bálsamo da vida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Leibholz*, VVDStRL 20 [1963], p. 119), vale sobretudo quando não se tratar da resistência contra ataques do poder estatal, mas quando se queira prescrever ao legislador, legitimado imediatamente pelo povo no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, parâmetros para a conformação positiva da ordem social. (...).

1. – 2. (...).

II.

(...)

B.

Mesmo quando, ao contrário do nosso entendimento, se considera com a maioria [no Senado] uma obrigação constitucional de sancionar penalmente, não se pode constatar aqui uma inconstitucionalidade cometida pelo legislador. A fundamentação da maioria

[no Senado] depara-se – sem que seja necessário uma análise que aprecie todos os detalhes – com as seguintes objeções:

I. – III. (...)

IV.

Em síntese, ao legislador não restou, segundo a nossa visão, vedada a desistência de um sancionamento criminal em larga escala inútil, inadequado e até danoso, desistência essa que se deu em razão de sua concepção incontestada. Sua tentativa de tentar fomentar a proteção da vida nos estados contemporâneos de uma provavelmente crescente incapacidade do Estado e da sociedade por meio de meios socialmente mais adequados pode ser incompleta; todavia, ela corresponde mais ao espírito da Grundgesetz do que a exigência de pena penal e reprovação.

(ass.) *Rupp-v. Brünneck, Dr. Simon*

24. BVERFGE 88, 203

(SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH II)

Controle abstrato

28/05/1993

MATÉRIA²⁵²:

Depois que o TCF, na primeira decisão (*Urteil*) sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, cf. supra, decisão 23) de 25 de fevereiro de 1975, declarou as novas regras sobre o aborto em parte como nulas, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), de 18 de maio de 1976, e com ela a assim chamada regra da indicação válida até 1992. Esta previa, entre outros, o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro do prazo de doze semanas contados a partir da concepção também no caso de um estado geral de necessidade da mulher (§ 218a II, nº 3 StGB na redação da 15. StÄG). Por meio da Lei Complementar de Reforma do Direito Penal (StREG), de 18 de agosto de 1975, determinou-

²⁵² Extraído, com pequenas nuances, de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Tomo 2, p. 602 – 604.

se que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) devia assumir os custos de um aborto lícito (§§ 200f, 200g, RVO na redação da StREG). Incluídos nesta regra estavam também os abortos indicados por estado geral de necessidade (financeira).

O governo da Baviera impugnou, no ano de 1990, pela via do controle abstrato de normas, os dispositivos mencionados, no ponto em que eles se referiam aos abortos baseados em uma indicação por estado geral de necessidade, principalmente quando previam o pagamento das despesas hospitalares para aqueles.

Depois da reunificação alemã ocorrida em 3 de outubro de 1990, o Contrato Estatal da Reunificação deixou, em um primeiro momento, até o final de 1992, valer duas disciplinas jurídicas em relação ao aborto, vigentes respectivamente em cada metade da Alemanha. No território da antiga RDA continuou primeiramente vigente a regra do prazo lá vigente desde 1972, segundo a qual um aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação em regra não era sancionado penalmente, equiparando-o para efeitos previdenciários até mesmo a um caso de doença.

De acordo com a prescrição do Contrato da Reunificação, de criar, até o final do prazo de transição, uma disciplina jurídica unificada para o direito de aborto, a Câmara Federal promulgou a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG de 27 de julho de 1992. Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário, que deviam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho, a SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto. Segundo esta, um aborto realizado dentro das primeiras doze semanas da gestação não era antijurídico e com isso também não punível, se a grávida pudesse provar que tinha sido aconselhada por órgão criado para esse fim ou também legalmente reconhecido e autorizado para essa tarefa (§ 219 StGB na redação da SFHG – *aconselhamento em uma situação de conflito ou de necessidade*), e que a intervenção fora realizada por um médico. Uma indicação específica não era necessária neste caso. No § 24b SGB V foi criada uma regra que se coadunava substancialmente com a situação jurídica até então vigente

(§§ 200f, 200g RVO), que garantia um direito a benefícios do seguro estatal de saúde para abortos não antijurídicos.

249 membros da Câmara Federal e de novo o governo da Baviera propuseram o controle abstrato de normas contra as regras supra mencionadas da SFHG.

O TCF declarou nulo, entre outros, o § 218a I StGB na redação da SFHG, no ponto em que o dispositivo qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento segundo o § 219 StGB na redação da SFHG. O § 219 StGB foi igualmente declarado nulo, porque o aconselhamento lá previsto não perseguia suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez. O TCF considerou a regulamentação anterior e a nova regulamentação do pagamento pelo sistema público de saúde de abortos constitucional tão somente dentro dos parâmetros da fundamentação da decisão que excluía por princípio a possibilidade do pagamento estatal de abortos antijurídicos. Ao mesmo tempo, o TCF fixou, segundo o § 35 BverfGG, uma série de ordens transitórias para o tempo até a entrada em vigor da nova regulamentação legal, principalmente em face da configuração do procedimento do aconselhamento e do reconhecimento de locais (*Beratungstellen*) onde ele se daria.

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana, também a intra-uterina. Esse dever de tutela (*Schutzpflicht*) tem seu fundamento no Art. 1 I GG; seu objeto e sua medida - a partir dele - são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG. A dignidade humana cabe já ao nascituro. O ordenamento jurídico deve garantir os pressupostos jurídicos de seu desenvolvimento no sentido do direito à vida do próprio nascituro. Esse direito à vida não será fundamentado apenas pela [depois da] aceitação da mãe.
2. O dever de tutela para a vida intra-uterina é relativo a cada vida, não apenas à vida humana em geral.
3. Proteção jurídica assiste ao nascituro também perante sua mãe. Uma tal proteção somente é possível se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até seu nascimento. A proibição por princípio de interrupção da gestação e o dever fundamental de levar a termo a gestação do filho são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.

4. A interrupção da gestação deve ser considerada por princípio antijurídica em toda a sua duração, sendo, assim, proibida legalmente (confirmação de BVerfGE 39, 1 [44]). Mesmo que somente por um período limitado, o direito à vida do nascituro não pode ser entregue à livre decisão, não vinculada juridicamente, de um terceiro, ainda que se trate da mãe.
5. A extensão do dever de tutela da vida humana intra-uterina deve ser determinada visando, de um lado, o significado e a necessidade de proteção do bem a ser protegido, e, de outro lado, os bens jurídicos que com ele entrem em conflito. Como bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro – partindo-se da pretensão jurídica da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta, sobretudo, seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), bem como seu direito da personalidade (Art. 2 I GG). Ao contrário, não pode a mulher gestante, que com o aborto mata o nascituro, valer-se da posição jurídica protegida pelo direito fundamental do Art. 4 I GG.
6. O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.
7. Os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender em geral – mesmo que apenas por um determinado prazo – o dever de levar a termo a gestação do filho. Contudo, as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida - quando não ordenada - a não imposição de um tal dever jurídico. É tarefa do legislador determinar concretamente tais elementos típico-normativos de exceção [causas excludentes da ilicitude] segundo o critério da inexigibilidade (Unzumutbarkeit)²⁵³. Para tanto, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa mais ser [racionalmente] esperado da mulher. (Confirmação de BVerfGE 39, 1 [48 et seq.]).
8. A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.
9. O dever de tutela estatal abrange também a proteção da vida humana na fase intra-uterina contra perigos oriundos de influências dos círculos familiar ou social da gestante, ou das atuais e previsíveis condições de vida da mulher e da família, os quais agem contra a disposição de levar a termo a gestação do filho.

²⁵³ Uma das acepções do critério da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação stricto sensu.

10. A missão de proteger obriga o Estado, além disso, a conservar e fomentar, na consciência coletiva, a pretensão de proteção da vida em sua fase intra-uterina.
11. Ao legislador não é constitucionalmente vedada, por princípio, a transição para um plano de proteção (*Schutzkonzept*) da vida intra-uterina, que, no início da gestação e nos conflitos [a ela inerentes], dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la a dar à luz um filho, desistindo, com isso, da cominação de pena determinada por indicação e da verificação dos elementos típicos da indicação praticados por um terceiro.
12. Um tal plano de aconselhamento carece da presença de condições preliminares que criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intra-uterina. O Estado fica com a plena responsabilidade sobre a realização do procedimento do plano de aconselhamento.
13. O dever de tutela estatal exige que a participação do médico, necessária no interesse da mulher, proporcione, concomitantemente, a proteção da vida intra-uterina.
14. Uma qualificação jurídica da existência de uma criança como origem de dano não tem como subsistir constitucionalmente (Art. 1 I GG). Por isso, proíbe-se classificar como dano a obrigação de alimentos em face do filho.
15. Os abortos realizados sem verificação de uma indicação prevista na regulamentação do aconselhamento não podem ser declarados justificados (não antijurídicos). Corresponde a princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem necessariamente submetidos à responsabilidade estatal.
16. A *Grundgesetz* não permite a concessão de benefícios da Seguridade Social para a realização de um aborto cuja juridicidade não se verificou. A concessão de auxílio social em face de abortos não submetidos à sanção penal, segundo a disciplina jurídica do aconselhamento, em casos de necessidade econômica, não pode ser, tanto quanto ocorre com a continuidade dos pagamentos salariais, censurada [modificada] constitucionalmente.
17. (...).

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de maio de 1993,
com base na audiência de 8 e 9 de dezembro de 1992
- 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 -
(...)

RAZÕES

A. I. – III., B. I. – II., C. I. – V. (...).

D. - I.

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana. A vida na fase intra-uterina também faz parte da vida humana. Também a ela cabe a proteção do Estado. A Constituição não só proíbe intervenções estatais diretas na vida intra-uterina, mas determina que o Estado tenha uma postura de proteção e de incentivo perante essa vida, ou seja, sobretudo, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros (cf. BVerfGE 39, 1 [42]). Esse *dever de tutela* tem seu fundamento no Art. 1 I GG, que expressamente obriga o Estado a observar e a proteger a dignidade humana; seu objeto e sua medida – a partir dele – são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG.

a) A dignidade humana já cabe à vida em sua fase intra-uterina, não apenas à vida humana após o nascimento ou formação da personalidade (...).

(...).

b) O dever de tutela em face da vida intra-uterina é relativo a cada vida, não somente à vida humana em geral. Seu cumprimento é condição fundamental para o convívio ordenado no Estado. Tal cumprimento cabe a todo poder estatal (Art. 1 I 2 GG), isto é, ao Estado em todas as suas funções, também e justamente ao Poder Legislativo. O dever de tutela refere-se principalmente a iminentes perigos oriundos de terceiros. Ele abrange medidas de proteção com o objetivo de se evitar situações emergenciais como conseqüência de uma gravidez, ou de saná-las, assim como também exigências comportamentais legais; ambas se complementam.

2. O Estado estabelece exigências comportamentais para a proteção da vida intra-uterina na medida em que ele expressa, por lei, ordens e proibições estabelecendo obrigações de fazer e não fazer. Isso vale igualmente para a proteção do nascituro em relação à sua mãe, não obstante a ligação que existe entre ambos e que leva, entre a mãe e seu filho, a uma relação de “dualidade na unidade”. Uma tal proteção somente é possível

se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até o seu nascimento. A proibição fundamental de interrupção da gestação e o dever fundamental de prosseguir a gestação até o nascimento do filho, são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.

Não menos obrigatória é a proteção contra influências oriundas de terceiros – não por último dos círculos familiar e social da mulher gestante. Tais influências podem ser diretamente dirigidas ao nascituro, mas também, indiretamente, quando à mulher gestante se nega a devida ajuda, quando se lhe inflige, por causa da gravidez, uma situação de desconforto psicológico, ou até mesmo quando se exerce pressão para que ela interrompa a gravidez.

a) Tais ordens comportamentais não podem ser limitadas a conclamações dirigidas à voluntariedade, devendo ser [pelo contrário] configuradas como mandamentos jurídicos. Estes precisam ser vinculantes e positivados com conseqüências jurídicas, consoante a peculiaridade do direito como um ordenamento normativo, que faz referência e objetiva a vigência no plano fático. Nesse contexto, a cominação de pena não é a única sanção possível. No entanto, ela pode fazer, de maneira especialmente duradoura, com que os submetidos ao ordenamento observem e cumpram os mandamentos legais.

Os mandamentos comportamentais legais devem promover a proteção em duas direções. De um lado, eles devem se desenvolver em efeitos de proteção preventivos e repressivos no caso particular, quando a violação do bem jurídico a ser protegido for iminente ou já se consumou. Por outro lado, eles devem fortalecer e apoiar, no povo, uma mentalidade viva de valores e concepções sobre o que seja o direito e o não-direito (*Unrecht*), formando por sua vez uma consciência jurídica (cf. BVerfGE 45, 187 [254, 256]) para que, com base em uma tal orientação normativa do comportamento, a violação de um bem jurídico não possa já de antemão ser cogitada.

b) A proteção da vida não é ordenada de forma absoluta de tal sorte que ela gozaria de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção; isso já mostra o Art. 2 II 3 GG. Por outro lado, o dever de tutela não restará atendido quando houverem sido, em geral, tomadas medidas de proteção de qualquer natureza. Seu alcance deve ser determinado, ao contrário, tendo em vista o significado e a necessidade de proteção do bem jurídico a ser protegido – no presente caso, a vida humana em sua fase intra-uterina - por um lado e os bens jurídicos que com ele colidem, por outro (cf. *G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, p. 253 *et seq.*). Enquanto bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro - partindo-se da pretensão da mulher

gestante à proteção e observância de *sua* dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta sobretudo o seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), assim como o seu direito de personalidade (Art. 2 I GG).

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (cf., com relação ao termo *Isensee* in: *Handbuch des Staatsrechts*, volume V, 1992, § 111, nota à margem n.º. 165 s.); até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (vide abaixo 1. 4.). A medida de proteção ordenada constitucionalmente segundo o supra verificado independe do tempo de gestação. A *Grundgesetz* não contém escalonamentos do direito à vida e de sua proteção em face da vida intra-uterina, a serem fixados de acordo com determinados prazos e seguindo o processo de desenvolvimento da gravidez. Por isso, o ordenamento jurídico deve garantir esta medida de proteção também na fase inicial de uma gravidez.

c) Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

aa) Do rol de tais exigências mínimas faz parte enxergar o aborto por princípio como não-direito durante toda a gravidez e, conseqüentemente, proibi-lo na forma da lei (cf. BVerfGE 39, 1 [41]). Caso não exista uma tal proibição, estar-se-ia transferindo a disposição sobre o direito à vida do nascituro, ainda que por um período limitado, à livre decisão de terceiro, mesmo que esse terceiro seja a própria mãe; isso significaria que a proteção jurídica dessa vida, no sentido das exigências comportamentais supra mencionadas, não restaria mais garantida. Uma tal desistência da proteção da vida intra-uterina também não pode ser exigida sob a alegação de que a dignidade humana da mulher e sua capacidade de tomar uma decisão responsável estaria em jogo. A proteção constitucional requer que o próprio direito determine normativamente a abrangência e os limites da atuação permitida de um sobre o outro, não o transferindo ao bel prazer de um dos envolvidos.

Os direitos fundamentais da mulher não se impõem em face da proibição em geral do aborto. Esses direitos até existem também em face do direito à vida do nascituro,

devendo ser consequentemente protegidos. Todavia, eles não vão tão longe de modo a suspender em geral o dever jurídico de levar a gestação até o parto por causa do direito fundamental, ainda que seja só por um determinado período. As posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida, quando não ordenada, a não imposição de tal dever jurídico.

bb) Cabe ao legislador compor essas situações de exceção nos elementos típico-normativos de exceção. Para com isso não violar a proibição de insuficiência, ele deve, contudo, levar em consideração que os bens jurídicos colidentes entre si não poderão ser trazidos nesse caso a uma compensação proporcional, porque está em jogo, do lado da vida intra-uterina, em todos os casos, não um mais ou menos em direitos, a [mera] aceitação de desvantagens ou limitações, mas tudo, ou seja, a própria vida. Um equilíbrio que tanto garanta a proteção da vida do nascituro quanto reconheça à gestante um direito ao aborto não é possível, porque o aborto representa sempre a morte da vida intra-uterina (cf. BVerfGE 39, 1 [43]). Um equilíbrio também não pode ser alcançado – ao contrário do que se defende (cf. *Nelles*, in: “*Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung*”, Org. pela Câmara Federal, volume 1/92, p. 250) – por se considerar, por um determinado tempo de gravidez, que o direito à personalidade da mulher tenha prioridade e, somente depois de transcorrido esse tempo, teria então o direito do nascituro prevalência. Nesse caso, o direito à vida do nascituro só teria vigência se a mãe não tivesse optado pela sua morte na primeira fase da gestação.

Entretanto, isso não significa que uma situação de exceção que permita por força constitucional suspender o dever de prosseguir a gravidez só possa ser cogitada em caso de sério perigo à vida da mulher ou grave comprometimento de sua saúde. Há outras situações de exceção possíveis. O critério para seu reconhecimento é, como verificou o Tribunal Constitucional Federal, o da inexigibilidade (cf. BVerfGE 39, 1 [48 *et seq.*]). Esse critério - sem prejuízo da circunstância de que a participação da mulher no aborto não deva ser classificada penalmente como delito de omissão – encontra sua justificação porque a proibição do aborto em face da ligação peculiar havida entre mãe e filho não se esgota no dever da mulher de não ferir o campo de direito de outrem, mas contém ao mesmo tempo, no seu dever existencial de prosseguir com a gravidez e dar à luz o filho, e depois do nascimento, um dever que alcança a ação, assistência e responsabilidade pelo filho após o seu nascimento, o qual se prolonga por muitos anos (cf., nesse mister também, *M. von Renesee*, ZRP 1991, 321 [322] s.). A partir da previsibilidade dos encargos ligados ao nascimento, podem originar-se, no estado de espírito especial no qual se

encontra a futura mãe justamente no início da gestação, em alguns casos, situações conflitantes sérias, e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras da vida, nas quais a proteção da gestante urge de tal forma que em todo caso o ordenamento jurídico estatal – a despeito, p. ex., de concepções de obrigações fundadas na religião ou na moral – não pode exigir que a mulher nesse caso dê, sob quaisquer circunstâncias, prioridade [absoluta] ao direito à vida do nascituro (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

Uma inexigibilidade não pode, entretanto, originar-se de circunstâncias que permanecem no âmbito de uma situação normal gestação. Pelo contrário, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que o prosseguimento da gravidez não possa mais ser mais [racionalmente] esperado da mulher.

Disso resulta, em face do dever de dar à luz o filho, que, ao lado da tradicional recomendação médica de interrupção da gestação, também a indicação criminal e a embriopática – pressupondo-se sua delimitação suficientemente precisa – pode valer como elemento típico-normativo de exceção perante a Constituição. Isso só valerá para outras situações de necessidade quando, em sua descrição, a gravidade do conflito social, psicológico ou de personalidade a ser aqui pressuposto, for claramente reconhecível, de modo que – observando-se sob o ponto de vista da inexigibilidade – a congruência com outros casos de indicação de aborto seja preservada (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

cc) Se até aqui, de um lado a inexigibilidade limita o dever da mulher de dar à luz o filho, isso não significa que o dever do Estado, que existe em relação a *toda* vida humana intra-uterina, seja suspenso. Esse dever faz com que o Estado tenha que apoiar a mulher através de aconselhamentos e ajuda, procurando, se possível, convencê-la a dar à luz o filho: disto parte também a regra do § 218 a, III StGB n. F. [*neue Fassung* = nova redação]

dd) Por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte.

Cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado. Isso abrange a observância e a inviolabilidade por princípio da vida humana. Conseqüentemente, o homicídio é largamente sancionado criminalmente.

O direito penal não é, certamente, o meio primário da proteção jurídica, principalmente por causa de seu caráter de intervenção máxima. Por isso, a sua utilização

submete-se ao princípio da proporcionalidade (BVerfGE 6, 389 [433 s.]); 39, 1 [4]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Porém, ele é utilizado como “*ultima ratio*” desta proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo por isso sua prevenção especialmente urgente.

Assim, o direito penal é normalmente o local de fixação da proibição por princípio do aborto e do dever por princípio nele contido da mulher dar à luz o filho. Entretanto, quando se puder, em virtude de medidas de proteção suficientes constitucionalmente de outro tipo, dispensar em extensão limitada o sancionamento penal de abortos não justificados, pode também ser suficiente expressar claramente a proibição para esse grupo de casos de uma outra forma no ordenamento jurídico infra-constitucional (cf. BVerfGE 39, 1 [44, 46]).

3. O Estado cumpre seu dever de tutela da vida humana intra-uterina não somente quando ele obsta ataques provenientes de outras pessoas que a ameacem. Ele também deve enfrentar aqueles perigos atuais e previsíveis que se apresentarem para essa vida, encontrados nas condições de vida da mulher e da família, que agem contra a predisposição de dar à luz um filho. Nesse ponto, o dever de tutela tangencia o mandamento de proteção [da família e da maternidade] derivado do Art. 6 I e IV GG (para o Art. 6 I, cf. BVerfGE 76, 1 [44 s., 49 s.]; para o Art. 6 IV, cf., por último, BVerfGE 84, 133 [155 s.]). Ele obriga o poder estatal a ocupar-se de problemas e dificuldades que podem surgir para a mãe durante e após a gestação. O Art. 6 IV GG contém o mandamento vinculante de proteção para todo o âmbito do direito privado e do direito público, estendendo-se à gestante. Corresponde a esse mandamento considerar a maternidade e o cuidar de filhos como ações que também ocorrem no interesse da coletividade, exigindo seu reconhecimento.

(...).

a) A assistência da coletividade devida à mãe abrange a obrigação do Estado de atuar para que uma gestação não seja interrompida por causa de uma situação de necessidade material atual ou que se instale após o nascimento do filho. Da mesma forma, devem ser excluídas, na medida do possível, as desvantagens que possam surgir para a mulher a partir da gravidez nos âmbitos da formação e da profissão (...).

(...).

b) A proteção da vida intra-uterina, o mandamento [dirigido ao Estado] da proteção do casamento e da família (Art. 6 da GG) e a equiparação do homem e da

mulher na participação na vida profissional (cf. ao Art. 3 II GG, bem como ao Art. 3, 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966 [BGBl., 1973 II, p. 1570]) obriga o Estado e, especialmente o legislador, a criar condições para que a atuação familiar e a atuação profissional possam ser harmonizadas entre si, e que a execução da tarefa familiar de educação não leve a desvantagens profissionais. Disto fazem parte também medidas jurídicas e fáticas que possibilitem, para ambos os cônjuges, uma concomitância das atividades de educação e de exercício profissional, assim como também o retorno à atividade profissional e ascensão profissional após o período da educação dos filhos. (...).

c) (...).

d) Finalmente, o mandamento de proteção também obriga o Estado a manter e a ativar na mentalidade coletiva a necessidade da proteção constitucional da vida intra-uterina. Por isso, os órgãos estatais devem engajar-se de maneira reconhecível na União e nos Estados em favor da proteção da vida. Isso inclui também, e principalmente, os currículos escolares. As instituições públicas responsáveis pelo esclarecimento em questões de saúde, pelo aconselhamento familiar e pela educação sexual devem reforçar a vontade de proteger a vida intra-uterina [junto à população]: Isso vale principalmente para o dever de informação previsto no Art. 1, § 1, da SFHG²⁵⁴. Tanto as emissoras de rádio de direito público quanto as particulares estão obrigadas à [observância da] dignidade humana no exercício de sua liberdade de radiodifusão (Art. 5 I GG), (para emissoras de rádio privadas, cf. ao Art. 1, § 23 I 1 e 2 do Tratado Federal sobre Emissoras de Rádio na Alemanha unificada, de 31 de agosto de 1991): sua programação faz, destarte, parte da tarefa de proteção da vida intra-uterina.

4. Conforme o exposto sob 2. e 3., o Estado deve, para cumprir seu dever de proteção da vida intra-uterina, tomar medidas normativas e fáticas que levem a uma proteção adequada e, como tal, eficiente, observando-se bens jurídicos antagônicos. Para tanto, é necessário um plano de proteção que combine entre si elementos de proteção preventiva e repressiva. A elaboração e a normatização deste plano de proteção é tarefa do legislador. Conforme as exigências constitucionais vigentes, ele não é livre, nesse contexto, para considerar o aborto [praticado] fora dos elementos típico-normativos de exceção irrefutáveis constitucionalmente como antijurídico, ou seja, como permitido. Porém, o

²⁵⁴ Essa lei se compõe, de Artigos e §§, diferentemente das demais leis ordinárias, tal qual aqui traduzido

legislador pode estabelecer, segundo critérios que ainda serão aqui desenvolvidos [a seguir, no texto], de que forma ele efetivará a proibição por princípio do aborto nas diferentes áreas do ordenamento jurídico. No geral, o plano de proteção deve ser configurado de tal forma que ele seja adequado a desenvolver a proteção obrigatória, não se transformando em liberação legal do aborto - limitada a um período - ou atuando como tal.

O legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, de tal sorte que com ele a proteção à vida intra-uterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência. Na medida em que suas decisões e, simultaneamente, os prognósticos sobre os desenvolvimentos reais, se firmem, principalmente nos efeitos de suas regulamentações, tais prognósticos devem ser confiáveis; o Tribunal Constitucional Federal averigua se eles correspondem à medida dos seguintes critérios:

a) Cabe ao legislador uma margem [discricionária] para a avaliação, valoração e conformação também quando ele - como aqui - é constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção de um bem jurídico. A extensão dessa margem de ação depende de fatores de diversos tipos, especialmente da particularidade do assunto em questão, das possibilidades - principalmente sobre o futuro desenvolvimento e as conseqüências de uma norma - de formar para si uma convicção suficientemente segura e do significado dos bens jurídicos em questão (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 76, 1 [51 s.]; 77, 170 [214 s.]). Se a partir disso se derivam três parâmetros de controle constitucional distintos entre si (cf. BVerfGE 50, 290 [333]) não precisa ser [aqui] esclarecido; o exame constitucional estende-se, em todo caso, à questão de se o legislador considerou suficientemente os fatores mencionados e de se ele se valeu de sua margem de avaliação “de maneira sustentável”. As considerações sobre a admissibilidade de uma Reclamação Constitucional movida contra a omissão estatal, contidas na decisão (*Beschluss*) do Senado de 29 de outubro de 1987 (cf. BVerfGE 77, 170 [214 s.]), não devem ser entendidas como se para o cumprimento do dever de tutela do Estado em relação à vida humana fossem suficientes medidas que “não sejam totalmente inadequadas ou totalmente inúteis”.

b) (...).

II.

Segundo o supra exposto, não é vedado por princípio ao legislador, do ponto de vista constitucional, voltar-se para um plano de proteção da vida intra-uterina que, no

início da gravidez e nos conflitos desta, enfatize o aconselhamento à gestante, tendo por fim convencê-la a dar à luz o filho e, com isso, tendo em vista a necessária clareza e o efeito do aconselhamento, desista da punibilidade criminal determinada por indicação ou da verificação de elementos típico-normativos praticados por um terceiro.

(...).

1. – 2. (...).

3. Por isso, é uma avaliação do legislador que não merece ser constitucionalmente censurada, se ele, para cumprir o seu encargo de proteção, se reportar a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intra-uterina só será possível com a [colaboração, convencimento da] mãe, mas não contra ela. Ela somente, e só com o seu conhecimento da nova vida nesse estágio da gestação, que ainda pertence totalmente à mãe, dela sendo dependente em tudo. Essa condição de estar oculto, desamparado, dependente e ligado à mãe de forma singular própria, do nascituro torna plausível a avaliação de que o Estado tem uma chance melhor para a sua proteção quando atua em parceria com a mãe.

(...).

4. (...).

5. Se o legislador deixa para as mulheres que se submetem ao aconselhamento a última palavra (responsabilidade) sobre o aborto, possibilitando-lhes, em caso de necessidade, o direito de requerer um médico para o aborto, então ele pode de maneira plausível esperar que gestantes, em casos de conflito, aceitem o aconselhamento e exponham a sua situação.

a) – c) (...).

III.

Se o legislador, no cumprimento de seu dever de tutela, adotar um plano de aconselhamento, isso significa que o efeito de proteção - preventiva - para a vida intra-uterina há de ser decisivamente alcançado por meio de uma tomada de influência por aconselhamento à mulher que cogita a realização do aborto. O plano de aconselhamento está direcionado ao reforço da consciência de responsabilidade da mulher, que – não obstante as responsabilidades familiares e do círculo social [onde a grávida está inserida], bem como a do médico (cf., abaixo, V. e VI.) – em última instância determina de fato o

aborto e assim deve por ele ser responsável (responsabilidade final). Isso requer condições básicas que criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intra-uterina. Só então, apesar da desistência de uma verificação de elementos típico-normativos de indicação enquanto pressuposto para um aborto, outrossim pode-se partir, de um efeito de proteção do plano de aconselhamento para a vida intra-uterina (1.). Entretanto, não é permitido declarar como justificados (não antijurídicos) abortos não indicados cuja execução as mulheres, após o aconselhamento, exigirem de um médico durante as primeiras doze semanas (2.). No mais, o legislador não é obrigado a tirar todas as conclusões [tomando as respectivas providências] que em si se apresentem a partir da proibição por princípio do aborto, em todas as suas perspectivas, se o plano de aconselhamento exigir determinadas exceções, tendo em vista a sua eficácia (3.).

1. a) Pertencem às necessárias condições básicas de um plano de aconselhamento, em primeiro lugar: que o aconselhamento se torne obrigatório para a mulher; e que, por sua vez, tenha como objetivo encorajá-la a dar à luz o filho. Nesse caso, o aconselhamento deve ser adequado - no seu conteúdo, execução e organização - a transmitir à mulher os conhecimentos e as informações de que ela precisa para tomar uma decisão responsável sobre o prosseguimento ou a interrupção da gestação (vide abaixo, em IV.).

b) No plano de proteção devem ser incluídas as pessoas que, quer positiva, quer negativamente, possam influenciar a vontade da mulher num conflito de gestação. Isso vale especialmente para o médico. (...). No plano de proteção, também devem ser incluídas pessoas do círculo familiar e dos demais âmbitos sociais da mulher gestante (...).

c) A regulamentação do aconselhamento, pelos motivos citados em **D II 5. a) e b)**, deve excluir, enquanto causa de justificação, uma indicação de dificuldade generalizada. Ela iria contra o plano. A regulamentação de aconselhamento pretende alcançar proteção eficaz, na medida em que preserva a mulher em prol de sua abertura [sinceridade] da *obrigação* [destaque do org.] de expor uma situação de necessidade, submetendo-se à verificação da mesma [essa exposição há de ser feita, portanto, espontaneamente e não “arrancada” quase como em uma inquisição]. (...).

(...).

d) (...).

2. O objetivo ligado ao plano de aconselhamento de não cominar com sanção penal os abortos efetuados por um médico, a pedido da gestante, nas primeiras doze semanas

de gestação, após o aconselhamento, - sem a verificação de [causas] de indicações - só será alcançado pelo legislador se ele retirar estes abortos do tipo penal do § 218 StGB; eles não podem ser declarados como justificados (não antijurídicos).

a) Se o aborto, segundo a Constituição, só pode ser permitido na presença de determinados elementos típico-normativos de exceção, então ele não pode ser considerado, simultaneamente, no direito penal, sob outros pressupostos mais abrangentes, como permitido. O ordenamento jurídico deve confirmar e esclarecer a proibição constitucional do aborto. A esse propósito serve principalmente o direito penal, o qual protege bens jurídicos de especial dignidade [grau hierárquico] e que se encontrem em especial situação de risco e que cunham a consciência coletiva sobre o certo e o errado [sobre o que seja o direito e o que seja o seu oposto, o não direito]. Se o direito penal prevê uma causa excludente da ilicitude, isso passa a ser entendido pela consciência jurídica geral como se o comportamento caracterizado no tipo normativo de exceção fosse permitido. Também o ordenamento jurídico, no mais, junto às respectivas regulamentações sobre o lícito e o ilícito em seus diversos ramos, partiria do dado de que a proteção desta vida restaria revogada pelas causas excludentes da ilicitude penal. Com isso, o dever constitucional de tutela não seria atendido. A força impactante de uma causa excludente da ilicitude penal sobre todo o ordenamento jurídico, presente em todo caso quando se tratar da proteção de bens jurídicos elementares, torna inviável limitar seus efeitos somente ao direito penal. O aborto só pode, por conseguinte, ser declarado como justificado no âmbito penal se e na [exata] medida em que as causas de justificação forem limitadas normativa-típicamente às exceções da proibição do aborto permitidas constitucionalmente.

Se, pelo contrário, os abortos, sob determinados pressupostos, tiverem excluída sua tipificação penal, isso significa tão somente que eles não são sancionados criminalmente. Resta em aberto a decisão do legislador sobre se o aborto deve ser tratado como lícito ou ilícito em outros ramos do ordenamento jurídico (cf. *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 24^a. edição, 1991, nota preliminar sobre os §§ 13 *et seq.*, nota à margem n.º. 18; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4^a. edição, 1992, n.º 9, nota à margem n.º. 41). Em outras áreas do ordenamento jurídico poderão, então, ser firmadas regulamentações próprias, que lá coloquem o aborto como ilícito. Entretanto, se isso não ocorrer, então age a desconstituição do tipo penal como uma causa excludente de ilicitude, com o qual as exigências mínimas do dever de tutela não seriam mais cumpridas.

Enquanto a exclusão do tipo penal mantém a possibilidade de corresponder a tais exigências em outras partes do ordenamento jurídico, uma causa excludente de ilicitude introduzida na lei penal desiste, desde o início, da proibição por princípio do aborto exigida constitucionalmente em uma larga escala. Nesse sentido, são impostos limites à margem de conformação do legislador.

b) Corresponde a princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem necessariamente submetidos à responsabilidade estatal, seja por intermédio dos tribunais, seja por intermédio de terceiros, aos quais o Estado pode confiá-los por força de sua responsabilidade [constitucional] especial, e cuja decisão não está isenta de controles estatais. Se o plano de proteção de aconselhamento escolhido pelo legislador, em se tratando de situações gerais de necessidade tais quais alegadas na maioria das vezes, não permitir essa regra de indicação porque a verificação de seus pressupostos impediria a eficácia do aconselhamento, então o legislador deverá nesse mister desistir de declarar o aborto como justificado.

aa) – cc) (...).

3. A retirada do aborto do tipo penal deixa espaço - como exposto - para que a proibição por princípio do aborto, junto ao qual não foram verificados causas de exceção justificadoras, seja trazida aos demais ramos do ordenamento jurídico. Nesse contexto, as particularidades do plano de aconselhamento exigem, também no caso de um aborto posterior, a criação de condições que não se contraponham antecipadamente à predisposição da mulher a confiar no aconselhamento que serve à proteção da vida, a expor o seu conflito e a cooperar responsabilmente com a sua solução. Por isso, a situação jurídica em seu todo deve ser conformada de tal forma a não induzir a mulher a primeiramente nem procurar o aconselhamento, evadindo-se para a ilegalidade. Além da revogação do tipo penal do aborto, deve restar assegurado que contra a ação da mulher e do médico não se pode por terceiros prestar ajuda emergencial em favor do nascituro. A mulher também deve poder deixar que o aborto seja executado por um médico, com base em um contrato válido em face do direito privado (cf., para tanto abaixo **V. 6.**, abaixo). Da mesma forma ela deve ser protegida de ter que expor a outrem o aborto e seus motivos, comprometendo seu direito da personalidade (cf., abaixo, **E. V. 3. b)** e **4. b)**. Para concretizar tais condições, deve ser possível deixar, nas respectivas áreas jurídicas relevantes, de tratar como incorreto (não-direito) o aborto praticado após o aconselhamento, apesar de ele não ter sido justificado.

(...).

4. (...).

IV.

O dever de tutela para a vida humana intra-uterina cria para o legislador, se ele se decidir por um plano de aconselhamento, também vínculos quando da conformação normativa do procedimento do aconselhamento (vide acima, III. 1. a). Esse passa a ter, com o deslocamento da ênfase da outorga de proteção para a proteção preventiva por meio do aconselhamento, um significado central para a proteção da vida. O legislador deve, por isso, no momento da fixação do conteúdo de um aconselhamento (1.), da regulamentação de sua execução (2.) e da organização do aconselhamento, incluindo a seleção das pessoas que nele atuarão (3.) sob o vínculo à proibição de insuficiência, criar regras que sejam eficazes e suficientes para convencer uma mulher que pensa em realizar aborto, a dar à luz o filho. Só então será sustentável a avaliação do legislador, segundo a qual com o aconselhamento se poderia alcançar o objetivo de uma eficiente proteção da vida. (...).

1. – 3. (...).

V.

O plano de proteção da regulamentação do aconselhamento encontra no médico um outro participante que deve, agora sob o ponto de vista medicinal, aconselhamento e auxílio à mulher. O médico não pode simplesmente realizar um aborto solicitado, tendo também que se responsabilizar pelos seus atos de médico. Ele é comprometido com a vida e a saúde, e não pode, assim, descuidadamente, atuar na realização do aborto.

O dever de tutela estatal exige, nesse contexto, que a necessária participação do médico no interesse da mulher efetive ao mesmo tempo a proteção da vida intra-uterina. (...).

(...).

1. – 5. (...).

6. O dever de tutela estatal para com a vida intra-uterina não torna obrigatório que contratos com médicos e hospitais sobre a realização de abortos, que não sejam segundo o plano de aconselhamento sancionados penalmente, sejam considerados juridicamente

inválidos. Pelo contrário, o plano exige que o intercâmbio de prestações entre o médico e a mulher seja conformado como relação jurídica e, portanto, que as prestações sejam protegidas com a causa jurídica [negocial]. Por isso, não obstante a avaliação particularizada de conseqüências jurídicas do contrato, os §§ 134 e 138 BGB não são aplicáveis. O médico e os responsáveis pelo hospital devem atuar no aborto somente com base num contrato válido que assegure seus direitos, principalmente a pretensão jurídica de remuneração, mas, igualmente, que também regulamente os seus deveres. Sobretudo, a proteção da vida intra-uterina e a saúde da mulher a serem garantidas pelo médico necessitam de segurança jurídico-contratual. O mal cumprimento das obrigações de aconselhamento e de tratamento tem que ensejar, por isso, sanções do direito civil das obrigações contratuais e das obrigações decorrentes do delito [civil].

Do ponto de vista constitucional, isto requer, entretanto, uma análise diferenciada. Uma sanção civil pelo mal cumprimento do contrato e por prejuízo delituoso da incolumidade física da mulher é necessária por princípio: Isso não se refere somente a uma obrigação de restituição de pagamentos inutilmente efetuados, como também à indenização por danos, incluindo – com base nos §§ 823, 847 BGB – uma indenização adequada para a mulher pelos ônus imateriais que sofreu devido ao aborto malgrado ou pelo nascimento de uma criança deficiente. Ao contrário, uma qualificação jurídica da existência de uma criança como dano não vem à pauta por razões constitucionais (Art. 1 I GG). A obrigação de todo o poder público de respeitar cada pessoa em sua existência e em razão dela mesma (cf. acima, I. 1. a)) proíbe que o dever de prestar alimentos a um filho seja classificado como dano. A jurisprudência dos tribunais cíveis sobre a responsabilidade por erros de aconselhamento médico ou por abortos malgradados merece, em face disso, uma revisão (sobre o aborto, cf. BGHZ 86, p. 240 *et seq.*; 89, 95 *et seq.*; 95, 199 *et seq.*; BGH NJW 1985, p. 671; VersR 1985, p. 1068 *et seq.*; VersR, 1986, p. 869 s.; VersR, 1988, p. 155 s.; NJW 1992, p. 155 s.; no que tange à esterilização, cf. BGHZ 76, 259 *et seq.*; NJW 1984, p. 2656 s.). Intocada permanece aqui a obrigação do médico de reparação, em relação à criança, pelos danos que lhe foram causados por um aborto malgrado e não realizado com a devida perícia (cf. BGHZ 58, 48 [49 *et seq.*]; NJW 1989, p. 1538 [1539]).

VI.

1. – 2. (...).

E.

Examinando-se as normas impugnadas da Lei da Gestante e da Ajuda Familiar segundo esses parâmetros, conclui-se que a lei, junto à em si permitida transição para um plano de aconselhamento nas primeiras doze semanas de gestação, não correspondeu, na extensão requerida, à obrigação derivada do Art. 1 I c.c. Art. 2 II GG, de proteger eficazmente a vida intra-uterina. (...).

(...).

I. – IV. (...)

V.

(...)

1. (...).

2. a) (...).

b) O dever constitucional de tutela da vida impede uma interpretação do § 24 b Código Social, no sentido de que prestações do seguro social possam ser outorgadas da mesma forma como nas interrupções de gestações não ilícitas, quando a licitude do aborto não puder ser comprovada. O Estado de direito só pode fazer da ação de matar um objeto de seu financiamento se a ação for lícita e ele, Estado, tiver se certificado dessa licitude com a confiabilidade própria do [da concretização do princípio] Estado de direito (...).

aa) (...).

Se, sob as condições de uma regulamentação de aconselhamento, nos abortos realizados no estágio inicial da gestação, não tiver podido ficar comprovado que eles poderiam ser considerados permitidos devido à existência de estado geral de necessidade, então não pode por princípio o Estado de direito envolver-se com os mesmos - nem financeiramente, nem por obrigações de terceiros, como as das sociedades solidárias de direito previdenciário. Por meio de uma tal participação, o Estado assumiria a co-responsabilidade por procedimentos cuja juridicidade ele, por um lado, já por razões constitucionais não pode reconhecer, e por outro está impedido de verificar em face de seu plano de proteção.

bb) (...).

cc) (...).

(1) (...).

(2) Também o princípio do Estado social (Art. 20 I GG) não permite que o Estado,

no âmbito da regulamentação do aconselhamento, trate os abortos que, realizados no âmbito da regulamentação do aconselhamento, não são sancionados, observando-se que não ocorre uma avaliação de sua juridicidade no caso particular, como se fossem todos eles permitidos. O Estado social somente pode ser concretizado, em face da *Grundgesetz*, com os meios do Estado de direito. O princípio do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*) não seria apenas levemente atingido, mas, pelo contrário, ferido em sua essência, caso o Estado assumisse em geral – portanto sem a diferenciação característica da idéia do Estado social – direta ou indiretamente a co-responsabilidade por acontecimentos de cuja juridicidade ele não pode ser convencido.

dd) (...).

c) (...).

3. a) (...).

b) É da competência do legislador regulamentar de que maneira e sob quais pressupostos, nos casos onde o plano de aconselhamento o exigir, uma vez presente a situação de mulher carente de recursos financeiros, devam as despesas serem assumidas pelo Estado. Resta claro que para tanto a regulamentação atual do § 37a BSHG será adaptada às conseqüências das premissas constitucionais da regulamentação do aconselhamento. Com a garantia *dessa* prestação social, o Estado não se coloca em contradição em face das exigências de seu dever de tutela. Ele impede com isso, de antemão, que mulheres recorram à ilegalidade e com isso fiquem sujeitas, não apenas a sofrer danos à própria saúde, como também a negar ao nascituro a chance de salvação por intermédio de um aconselhamento médico.

(...).

4. Também no caso do direito de continuidade do recebimento salarial, não se mostra como obrigatório, tendo em vista sua especial concepção de direito trabalhista e as exigências do plano de proteção em correspondência aos princípios acima expostos (D. III. 3.), excluírem do dever [do Estado] de prestação de assistência os abortos que tão somente foram retirados do tipo penal do § 218 StGB *n.F.*

a) – b) (...).

5. (...).

VI.

(...)

F. – G. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grasshof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*

Opinião discordante dos juízes Vice-presidente *Mahrenholz* e *Sommer*
sobre a decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de maio de 1993 – 2 BvF
2/90 e 4, 5/92 –

(...)

I. – IV. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Sommer*

Opinião discordante do juiz *Böckenförde* sobre a decisão (*Urteil*)
do Segundo Senado de 28 de maio de 1993 – 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 – (...)

1. – 4. (...).

(ass.) *Böckenförde*

25. BVERFG 16, 194

(LIQUORENTNAHME)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/06/1963

MATÉRIA:

O reclamante era um pequeno empresário processado criminalmente por não preencher corretamente formulários oficiais, delito para o qual era prevista pena pecuniária. Ele voltou-se contra uma decisão (*Beschluss*) de primeira instância que o obrigava a se submeter a uma intervenção cirúrgica de **retirada do líquido – líquido** – (*Liquorentnahme*) cefalorraquiano e medular para provar sua imputabilidade.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, vislumbrando uma violação por parte do juízo de primeira instância do direito fundamental à incolumidade física (Art. 2 II GG) do reclamante.

Na ordem para a retirada de líquido segundo o § 81 StPO, o direito fundamental de incolumidade física exige que a intervenção intencionada esteja em relação adequada também com a gravidade do delito.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de junho de 1963
– 1 BvR 790/58 –
(...)

RAZÕES

A.

1. (...).

Na audiência principal, o juiz de direito de primeira instância ordenou o exame médico do acusado para verificação de sua imputabilidade. Após consulta ambulatorial, o médico perito constatou uma suspeita de enfermidade do sistema nervoso central; para [seu] esclarecimento, considerou necessário determinar um exame de sangue e o exame do líquido cefalorraquiano e medular. Para tanto, necessária se faz a penetração, com uma agulha comprida e oca, no canal vertebral na região lombar superior (punção lombar) ou na nuca, entre o crânio e a vértebra superior do pescoço (punção occipital). Como o reclamante se recusou a realizar tal exame, o juízo de primeira instância ordenou, com fulcro no § 81 ZtPO, por decisão de 11 de setembro de 1958, sua realização na Clínica Neurológica da Universidade de Munique.

(...).

2. – 4. (...).

B.

(...)

1. A retirada de líquido cefalorraquiano e medular com uma agulha comprida e oca não é uma intervenção cirúrgica insignificante e uma intervenção na incolumidade física protegida pelo Art. 2 II GG. Ainda que tal intervenção normalmente não traga perigo, se realizada conforme os preceitos da medicina, segundo o parecer do perito podem ocorrer alterações no estado de saúde, como dores e náuseas e, no caso da punção lombar, em até 10% dos casos. Em casos especiais, a retirada de líquido pode levar a sérias complicações (...).

2. (...).

a) – b) (...).

c) Assim, também na decisão sobre a retirada de líquido, como em todas as intervenções estatais na esfera da liberdade, o juiz deve observar o preceito da proporcionalidade entre meio e propósito. Mesmo que o interesse público no esclarecimento de crimes esteja ancorado no princípio da legalidade (§ 152 II StPO), tão

caro ao Estado de direito, justificando, em geral, intervenções na liberdade do acusado, tão menos bastará um tal interesse generalizado [à justificação constitucional] quanto mais gravemente se intervier na esfera de liberdade. Para a aferição da proporcionalidade entre medida e [seu] propósito, necessário se faz considerar também que gravidade tem o delito a ser apenado. É o que vale principalmente para aquelas medidas rigorosas adotadas para a constatação da imputabilidade do acusado admitidas pelos §§ 81 e 81 a StPO. Aqui uma aplicação da lei que leve em conta os direitos fundamentais requer que a intervenção pretendida esteja em relação adequada com a gravidade do delito, para que as conseqüências do esclarecimento da delito não onerem o acusado mais do que a pena esperada. O juiz é, por isso, constitucionalmente obrigado a medir, no caso particular, uma medida legalmente em si permitida também com base [no parâmetro da] na proibição de excesso (...).

3. (...). No presente caso, (...) trata-se de um caso de bagatela, em face do qual poderia ser aventada somente uma pena ínfima, dependendo das circunstâncias até mesmo [somente] um arquivamento do processo por exigüidade da causa. Do outro lado, a retirada do líquido em suas duas formas é uma intervenção física não destituída de importância; não se justifica, por causa de um crime-bagatela, submeter o acusado, contra a sua vontade, a uma tal intervenção.

Como os tribunais deixaram de lado o princípio da proporcionalidade ao ignorarem o alcance do direito fundamental do Art. 2 II GG, as decisões impugnadas tiveram que ser revogadas. Devolva-se a matéria [os autos do processo originário] ao juízo de direito de primeira instância [para nova decisão] (§ 95 II BVerfGG).

26. BVERFGE 52, 214 (VOLLSTRECKUNGSSCHUTZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/10/1979

MATÉRIA:

O reclamante figurava no pólo passivo de um processo de execução de uma decisão de despejo. Com sua Reclamação Constitucional, atacou a constitucionalidade do procedimento de execução movido junto ao juízo de primeira instância e depois prosseguido junto ao Tribunal Estadual de

Köln [Colônia] em face de seus direitos fundamentais à vida e à incolumidade física. Como fundamento de sua pretensão, o reclamante alegou uma doença psíquica que o levava algumas vezes a tentar o suicídio. A execução forçada do despejo naquele momento significaria, portanto, uma grave ameaça dos seus direitos fundamentais mencionados.

O TCF vislumbrou no caso o efeito horizontal do direito fundamental à vida e à incolumidade física do executado, então reclamante, na conformação do direito processual, sobretudo junto à interpretação e aplicação do § 765a ZPO. Na ponderação entre os bens jurídicos da **proteção ou garantia da execução** (*Vollstreckungsschutz*) e dos direitos fundamentais do reclamante, o TCF reconheceu a primazia destes últimos, julgando admitida e procedente a presente Reclamação Constitucional.

Do efeito dos direitos fundamentais (no presente caso: do art. 2 GG) sobre o processo de proteção à execução segundo o § 765a ZPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de outubro de 1979

(...)

RAZÕES

I.

O reclamante volta-se contra seu iminente despejo, ao cabo da via judicial da execução forçada.

1. (...).

2. (...). Desde 1975, recebera repetidamente tratamento ambulatorial, entre outros, após três sérias tentativas de suicídio. O estado de depressão perdura sem acusar melhoras, apesar do tratamento em curso. Perdendo a moradia, sobretudo pela via da execução forçada do despejo, devem ocorrer graves reações psíquicas no reclamante e um intenso perigo de vida (...).

(...).

3. – 5.(...).

II.

(...)

III.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente. As decisões impugnadas violam os direitos fundamentais do reclamante derivados dos Art. 2 II 1, e Art. 2 I GG c.c. o princípio do Estado de direito.

1. Se estão presentes os pressupostos do indeferimento ou suspensão de longo prazo da execução forçada, conforme ao § 765a ZPO, é, com efeito, primordialmente uma questão do direito comum [não do assim chamado “direito constitucional específico”], cabendo, em primeira linha, à decisão dos tribunais da jurisdição não constitucional [da jurisdição comum e especial não constitucional]. Entretanto, estes devem observar o direito constitucional e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; se tal dever foi cumprido ou não, cabe ao Tribunal Constitucional Federal examinar.

A garantia constitucional dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais derivados do princípio do Estado de direito impõem sua [própria] vigência também no respectivo direito processual, principalmente no âmbito do processo da execução forçada (cf. BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225 s.]); é que vale sobretudo também em face do princípio constitucional da proporcionalidade (cf. BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]; 42, 263 [295]) (...).

Se uma ponderação entre os interesses antagônicos do devedor e do credor levar à conclusão de que os interesses do devedor que servem diretamente à manutenção da sua vida e saúde - interesses esses opostos à execução forçada - no caso concreto pesam notória e substancialmente mais do que aqueles interesses cuja proteção a medida estatal de execução forçada deve servir, então pode, a apesar disto, ocorrida intervenção estatal, estar ferindo o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental do devedor derivado do Art. 2 II 1 GG (cf. BVerfGE 44, 353 [373]; BVerfGE 51, 324).

Acima de tudo, os órgãos jurisdicionais de execução devem tomar as medidas necessárias, em sua conformação do feito, para que sejam excluídas violações constitucionais por medidas de execução forçada. Isso pode tornar indispensável que as produções de provas do devedor devam ser - em face de sua alegação, segundo a qual seus direitos fundamentais corram risco de serem seriamente atingidos - enfrentadas com especial cuidado. Nesse contexto, há de se considerar que também uma ameaça a direitos fundamentais, cujos graves danos provocados por uma intervenção estatal devem ser seriamente receados, em casos especiais pode ser equiparada a uma violação de direito

fundamental (cf. BVerfGE 49, 89 [141 e s.]; BVerfGE 51, 324). - É tarefa dos órgãos estatais reduzir, o quanto possível, o perigo de violações de direito fundamental. O procedimento perpetrado pelos órgãos jurisdicionais de execução deve ser, sob este ponto de vista, realizado de tal forma que se atenda a esse dever constitucional de tutela.

2. No presente caso, tanto o juízo de primeira instância quanto o tribunal estadual não observaram do modo necessário [prescrito constitucionalmente], em suas [respectivas] administrações do feito, o princípio da proporcionalidade derivado do princípio do Estado de direito e o mandamento constitucional da proteção da vida e da incolumidade física contido no Art. 2 I 1 GG.

(...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heussner*

27. BVERFGE 53, 30 (MÜLHEIM-KÄRLICH)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 20/12/1979 MATÉRIA:

Em janeiro de 1975 foi dada, depois de transcorrido o devido processo administrativo, incluindo a necessária participação da sociedade civil, a “primeira autorização parcial” para a usina nuclear (*Kernkraftwerk - KKW*) *Mülheim-Kärlich*, que permitiu a construção de algumas unidades da usina. O funcionamento da KKW ainda ficou sujeito a uma autorização posterior final. Os supervenientes comunicados de liberação que seguiam pareceres da TÜV tinham como base um alvará para a construção, alvará este modificado em comparação com a primeira autorização parcial, tendo por fim aumentar a segurança da construção. O sétimo comunicado de liberação, de junho de 1976, cuja imediata execução fora autorizada, foi impugnado pela reclamante, que morava a cerca de sete quilômetros de distância do local da KKW. Seu pedido de restabelecimento do efeito suspensivo de sua ação contra o sétimo comunicado de liberação foi indeferido pelo superior tribunal administrativo. Este considerou incertas as chances de êxito da ação principal com o fundamento de que a reclamante não poderia derivar sua legitimidade processual e seu

interesse processual de agir (*Klagebefugnis*) do fato de que o alvará modificado só poderia produzir efeitos depois de nova publicação e interpretação dos documentos em um outro comunicado de autorização. As condições processuais do pedido não estariam, pois, presentes, porque, como terceiro atingido pela autorização prevista nos dispositivos legais sobre a energia nuclear, ela só poderia questionar a violação de dispositivos de direito material. Entretanto, uma violação de direito material não estaria clara, segundo o superior tribunal administrativo. Assim, a obrigatória ponderação entre os interesses em conflito tinha que resultar em desfavor da reclamante, pois ela poderia ter seus direitos dignos de proteção atingidos no máximo somente com o funcionamento, mas ainda não com a construção da KKW.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional ajuizada contra esta decisão admitida (cf. sob B.), contrariando em parte a concepção do superior tribunal administrativo, mas, no mérito, julgou-a improcedente por não verificar uma violação do Art. 2 II GG pela autorização da construção.

1. Quando decisões de última instância prolatadas em sede de reclamações sobre a imediata execução de licenças para construções nucleares forem impugnadas por meio da Reclamação Constitucional tendo em vista uma [alegada] violação do direito fundamental derivado do Art. 2 II GG, o prejuízo presente e imediato do titular do direito fundamental [pressupostos que fazem parte do interesse processual de agir na Reclamação Constitucional] não pode ser negado, porque os perigos para a vida e a saúde somente podem advir depois do início das operações de uma usina nuclear, mas não já a partir das medidas anteriores de construção.
2. (...).
3. O uso pacífico da energia nuclear é compatível com a *Grundgesetz*. O legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol deste uso ou contra ele.
4. O Estado cumpriu sua obrigação derivada do Art. 2 II GG, qual seja: estabelecer medidas de proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear por meio da promulgação de dispositivos de direito material e processual para [a outorga de] licença para usinas nucleares.
5. Da avaliação constitucional dos dispositivos de direito material e processual para a outorga de licenças para usinas nucleares e para modificações essenciais de tais construções.

6. Também pode ser considerada uma violação de direito fundamental o fato de o órgão da Administração responsável pela licença desconsiderar aqueles dispositivos processuais de direito nuclear promulgados pelo Estado em cumprimento do seu dever de tutela derivado do Art. 2 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 20 de dezembro de 1979

– 1 BvR 385/77 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional é relativa a uma parte do processo de licença para a usina nuclear *Mülheim-Kärlich* que está sendo construída em *Neuwieder Becken*, próxima à residência da reclamante. Seu objeto é a imediata execução do sétimo comunicado de liberação, confirmado pelo Superior Tribunal Administrativo, que o ministério estadual [secretaria] competente decretou no âmbito da primeira licença parcial e que se refere à construção de várias partes da edificação.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

I.

(...)

1. – 2. (...).

3. Contrariamente ao ponto de vista do Ministro [Federal] do Interior, do órgão competente para a licença e da RWE AG, a reclamante também é direta e presentemente atingida [em seu direito fundamental]. Principalmente não se pode concordar com a opinião segundo a qual reclamações constitucionais devam ser tratadas como por princípio não admitidas durante a fase de construção de uma usina nuclear porque o perigo imediato e presente da vida e da saúde sempre adviriam somente da operação de tal usina, mas não de sua construção. (...). No direito à vida e à incolumidade física, protegido pelo Art. 2 II GG (...) não se (intervém) somente quando ocorrer uma lesão fática dos bens jurídicos protegidos; ele deve pelo contrário prevenir uma tal violação fática, podendo, por isso,

também intervir naqueles casos onde, na construção de usinas nucleares, as medidas preventivas contra futuros perigos operacionais não forem [devidamente] consideradas. É o que mostra justamente o presente litígio, no qual se sustenta que a proteção contra interferências externas [na usina] por quedas de avião e ondas de pressão explosivas exigiria uma determinada ordenação das edificações. Além disso, não se pode aqui questionar a presença de prejuízo direto e presente, necessários para a admissibilidade da Reclamação Constitucional, porque se trata de verificar se foram suficientemente observadas as exigências processuais decorrentes do Art. 2 II GG específicas para a outorga de licenças de direito nuclear, bem como o mandamento de efetiva proteção de direito na decisão sobre a imediata efetivação desta licença. Por isso, não se faz necessário um exame mais minucioso sobre se de resto bastaria, para a admissibilidade de reclamações constitucionais, que se temesse uma ameaça a direitos fundamentais por meio de uma futura provável violação (cf. sobre o assunto: BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]).

II.

(...)

1. – 2. (...).

C.

A Reclamação Constitucional, como visto, admitida, não é, porém, procedente. (...).

I.

1. Em alguns pareceres sugeriu-se o exame de se o uso econômico da cisão atômica não seria atualmente e em geral inconstitucional, devido à extensão dos perigos presumíveis e de algumas dificuldades até agora não suficientemente solucionadas. Esse questionamento é, em última instância, fundamentado com a dúvida de se uma técnica não sujeita a erros, sem que surjam riscos extraordinários para gerações futuras, pode, em geral, ser garantida e se ela pode ser aplicada a despeito do protesto de potenciais atingidos enquanto todas as outras possibilidades de abastecimento de energia não tenham sido esgotadas.

Responder a esta questão não cabe, porém, ao Tribunal Constitucional Federal. Este deve partir do fato de a própria Constituição ter aceito como permitido fundamentalmente o “uso de energia nuclear para fins pacíficos”, por meio da norma

de competência do Art. 74, nº. 11a GG. Mesmo que esse dispositivo tenha sido introduzido na Constituição já no ano de 1959, ou seja, numa época em que a problemática do uso pacífico da energia nuclear era pouco discutida, sendo colocado [perante a opinião pública] muito mais de forma por princípio positiva em contraposição ao uso militar, especialmente polêmico à época. Isso, porém, não altera em nada que também de dispositivos de competência da Constituição decorra um reconhecimento, por princípio, e a aprovação do objeto neles tratado, da própria Constituição, e que sua constitucionalidade não poderia ser posta em dúvida com base em outros dispositivos da Constituição. Por força desta delegação de competência - como já decidiu o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal na Decisão *Kalkar*, em outro contexto (cf. BVerfGE 49, 89 [127 *et seq.*]) – somente o legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol ou contra o uso pacífico da energia nuclear; também numa situação necessariamente marcada por incertezas faria parte, acima de tudo, da responsabilidade política do legislador e do governo, no âmbito de suas respectivas competências, tomar decisões por eles consideradas obrigatórias. Tanto quanto observável, também na jurisprudência e na literatura jurídica [doutrina] a constitucionalidade do uso econômico da cisão atômica não é por princípio posta em dúvida (cf. *Robnagel*, Grundrechte und Kernkraftwerke. Heidelberg, 1979, p. 37 *et seq.*). O controle a *posteriori* de constitucionalidade limita-se, por isso, desde o início, à questão de se a regulamentação normativa que fundamentou as decisões impugnadas é constitucional e, principalmente, se esta regulamentação foi aplicada do modo prescrito constitucionalmente.

2. Enquanto parâmetro para o controle de constitucionalidade, vem à pauta o direito fundamental à vida e à incolumidade física, garantida pelo Art. 2 II GG c.c. a pretensão à efetiva proteção jurídica [direito ao devido processo legal com seus sub-princípios como acesso à prestação jurisdicional, ampla defesa, etc.].

Segundo a jurisprudência reconhecida, esse direito fundamental não protege somente enquanto direito subjetivo de resistência contra intervenções estatais. Pelo contrário, além disso deriva-se, do seu conteúdo objetivo jurídico-objetivo, o dever dos órgãos estatais de proteger e promover os bens jurídicos na norma [do Art. 2 II GG] citados, protegendo-os principalmente de intervenções ilícitas advindas de particulares. Essa jurisprudência primeiramente desenvolvida na decisão (*Urteil*) sobre Solução dos

Prazos²⁵⁵ (BVerfGE 39, 1 [41]; cf. no mais: BVerfGE 46, 160 [164] - *Schleyer*) foi, também na mencionada decisão Kalkar, trazida para a avaliação constitucional de normas de direito nuclear e, com isso, ampliada no sentido de que, em face do tipo e da gravidade de possíveis perigos no uso pacífico da energia nuclear, já uma remota probabilidade de sua concretização precisaria bastar para fundamentar concretamente o dever de tutela do legislador (BVerfGE 49, 89 [141 s.]).

O Estado cumpriu esse dever de tutela na medida em que fez depender o uso econômico da energia nuclear de uma licença estatal prévia, e a outorga de tal licença, de pressupostos de direito material e processual mais precisamente regulamentados. Essa regulamentação da licença é - como também não é questionado nem pela reclamante, nem nos pareceres colhidos - certamente um meio adequado à proteção de terceiros ameaçados [por eventual acidente nuclear]. Ao mesmo tempo, o Estado pode cumprir sua tarefa, antes de mais nada, na medida em que, considerando os interesses gerais, promover uma compensação entre as posições de direito fundamental dos cidadãos em situação de risco, de um lado, e do empresário [responsável pela usina], de outro. Se uma usina nuclear, apesar do extraordinário potencial de periculosidade nela incorporado, é autorizada no interesse geral do abastecimento de energia, isso significa que a integridade física de terceiros pode ser exposta a riscos sobre os quais estes não exercem [nenhuma] influência e dos quais não podem se proteger quase completamente. Com isto, o Estado assume, por sua vez, uma co-responsabilidade própria em face de tais riscos. Destarte, parece apresentar-se como obrigatório, na avaliação constitucional das normas materiais e processuais para a concessão de licença para usinas nucleares, não se basear em parâmetros menos rígidos do que junto à avaliação de leis interventoras [na liberdade individual] estatais. Também na aplicação de tais parâmetros inexistem contra as normas de licença, conquanto sejam relevantes para o processo originário, dúvidas quanto à sua constitucionalidade, desde que sejam interpretadas conforme a jurisprudência dos tribunais supremos [superiores]²⁵⁶ até aqui desenvolvida.

²⁵⁵ *Fristenlösungsurteil*, mais conhecida, no entanto, como *Schwangerschaftsabbruchurteil I*. Cf. supra, **Decisão 23**.

²⁵⁶ Aqui o TCF até fala em "*höchstrichterlichen Rechtsprechung*", que poderia significar a jurisprudência suprema em cada ramo da jurisdição infraconstitucional (BGH, BAG, BVerwG etc.). Colocada nesta decisão, a expressão só pode estar fazendo menção à jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo. Se o TCF se referisse à própria jurisprudência como "suprema" ou mesmo "superior", haver-se-ia de notar uma inconsistência: A despeito da insistente asserção (correspondendo, inclusive, ao seu auto-entendimento), segundo a qual o TCF não seria um tribunal de "super-revisão", o que lhe justificaria a alcunha de "supremo" tribunal, o TCF estaria se referindo, nesse momento da decisão, à sua jurisprudência como "suprema". Para fazer menção específica à sua jurisprudência, o TCF vale-se, portanto, da expressão "*verfassungsgerichtliche Rechtsprechung*". Como no parágrafo seguinte, o TCF enfrenta a jurisprudência do Tribunal Fede-

A Lei Atômica objetiva expressamente – e com efeito segundo a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal com prevalência em relação ao fomento do uso da energia atômica (DVBl. 1972, p. 678 [680]) - proteger a vida, a saúde e os bens materiais dos perigos da energia nuclear (...).

A regulamentação normativa não se contenta em vincular o órgão competente para a outorga de licenças a rigorosos pressupostos de direito material. Antes, ele atende ao dever estatal de tutela à sua co-responsabilidade também em sede de direito processual, na medida em que torna a outorga de uma licença dependente de um processo formal, no qual os pressupostos da licença devem ser examinados de ofício e no qual devem participar, entre outros, todas as autoridades da União, dos Estados-membros e dos municípios, cujo campo de competência for atingido. Por outro lado, o direito processual prevê a participação, no processo, do próprio cidadão posto em risco (cf. o § 7 IV AtomG c.c. os dispositivos lá citados da Lei Federal de Proteção contra Emissões, bem como o Decreto Processual do Direito Nuclear que nele se fundamenta e o Decreto das Instalações Nucleares, anteriormente vigente). O cidadão não está apenas legitimado [processualmente, tendo interesse de agir] a ensejar o controle judicial de comunicações de licenças e os correspondentes atos administrativos pela via da ação de impugnação (§ 42 VwGO) e requerer liminarmente proteção judicial cautelar (§ 80 VwGO). Antes, o direito processual possibilita uma antecipação da proteção jurídica, na medida em que se pode, já processo administrativo extra-judicial, levantar objeções contra o projeto (...).

3. (...).

II.

(...)

1. (...).

2. (...).

a) (...).

(...).

Junto à avaliação constitucional desta questão deve-se partir, da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, que proteção de direito fundamental em grande parte também pode ser efetivada por meio da conformação de processos

ral Administrativo, restam extirpadas quaisquer ambigüidades da citada passagem. Cf., sobre isso, supra **Cap. Introdução, I. e II. 1.**

e que os direitos fundamentais destarte influenciam, não apenas todo o direito material, mas, também o direito processual, toda vez que este último for relevante para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Essa jurisprudência foi desenvolvida, em um primeiro momento, para a proteção do direito fundamental do Art. 14 I GG (cf. BVerfGE 37, 132 [141, 148]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225]) e do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 39, 276 [294]; 44, 105 [119 *et seq.*]; 45, 422 [430 *et seq.*]). Entrementes, ambos os Senados do Tribunal Constitucional Federal já decidiram, expressamente, que o Art. 2 II GG igualmente determina uma conformação processual que observe esse direito fundamental (BVerfGE 51, 324 – *Verhandlungsfähigkeit* -; 52, 214 [219] – *Räumungsschutz*).

O direito fundamental do Art. 2 II GG influencia também a aplicação dos dispositivos sobre o processo administrativo e judicial junto à autorização de funcionamento (licença) de usinas nucleares, cuja tarefa primordial consiste justamente em proteger a vida e a saúde dos perigos da energia nuclear. Isso não significa que qualquer erro processual em um processo de massa de direito da energia atômica devesse ser considerado uma violação do direito fundamental. Tal violação vem, todavia, à pauta quando o órgão da Administração competente para a outorga da licença não observar tais dispositivos processuais, que o Estado promulgou tendo em vista o cumprimento de seu dever de tutela dos bens jurídicos elencados no Art. 2 II GG. Por isso, de forma alguma podem os tribunais, junto ao exame de licenças nucleares, sem mais partir da premissa de que um terceiro, com interesse processual de agir, não seja parte legítima na alegação de violações processuais (...).

b) (...).

3. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, o juiz Dr. *Böhmer* está impossibilitado de assinar (por ele) *Benda*, Dr.

Simon, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

Opinião discordante do juiz Dr. *Simon* e do Prof. Dr. *Heußner* sobre a decisão

(*Beschluss*) do Primeiro Senado de 20 de dezembro de 1979

- 1BvR 385/77 -

I. – III. (...)

(ass.) Dr. *Simon*, Dr. *Heußner*

28. BVERFGE 77, 170

(LAGERUNG CHEMISCHER WAFFEN)

**Reclamação Constitucional contra ato normativo
(administrativo)²⁵⁷**

29/10/1987

MATÉRIA:

Durante quase todo o período da segunda metade do séc. XX, conhecido como “Guerra Fria”, era um “segredo aberto” que os Estados Unidos da América mantinham depósitos de armas no território da República Federal da Alemanha, realizando a **armazenagem de armas químicas** (*Lagerung chemischer Waffen*) em locais obviamente mantidos no mais estrito sigilo (segredo militar). Qualquer cidadão alemão e qualquer pessoa residente na Alemanha nessa época poderia, no entanto, ser vizinho de tais depósitos sem saber, correndo sua vida sérios riscos em caso de acidente, sabotagem etc.

As Reclamações Constitucionais voltavam-se contra decisões do Governo Federal de anuência às armazenagens de armas químicas em locais próximos às suas residências, omitindo-se na tomada de medidas de proteção contra eventuais acidentes etc. e contra omissões do legislador, no caso, da Câmara Federal Alemã (*Deutscher Bundestag*) relativas à não promulgação de lei (embora devida), que disciplinasse a armazenagem, com a tomada de medidas preventivas de proteção.

O TCF não admitiu ao julgamento do mérito as Reclamações Constitucionais em relação às alegadas omissões do Governo Federal, mas de maneira não unânime (7:1 votos), admitiu-as em relação à omissão da Câmara Federal Alemã para julgá-las, aqui, improcedentes. Para o juiz *Mahrenholz*, autor do voto discordante, as Reclamações Constitucionais eram admitidas e procedentes em face da violação do Art. 2 II 1 GG, consubstanciada nas referidas omissões do governo e legislativo federais.

²⁵⁷ Na verdade, a Reclamação Constitucional volta-se em grande parte contra omissões normativas do Governo Federal e do Parlamento Alemão ou Câmara Federal Alemã (*Deutscher Bundestag*), razão pela qual, pelo menos no tange às alegadas omissões do Governo Federal, não foi admitida (conhecida). Cf. a seguir a síntese sob “matéria”.

1. a) – c) (...).

2. a) Para o cumprimento dos deveres de tutela (*Schutzpflichten*) derivados do Art. 2 II 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação [poder discricionário], que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

b) Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]).

c) Para atender aos pressupostos de admissibilidade de uma Reclamação Constitucional que se baseie na violação do dever de tutela derivado do Art. 2 II 1 GG, o reclamante precisa apresentar de maneira concludente que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção.

3. a) As medidas estatais de defesa contra um ataque armado externo podem até implicar em perigos para a própria população civil. Todavia, evitar [totalmente] tais perigos e os eventuais danos deles decorrentes vai além das possibilidades estatais, quando se deve manter garantida uma defesa efetiva do país, que serve justamente à proteção da ordem de liberdade, [incluindo nessa ordem especialmente] também os direitos fundamentais outorgados [aos cidadãos].

b) Com a decisão sobre a defesa militar do país (Art. 24 II, Art. 87 a, Art. 115a *et seq.* GG), a *Grundgesetz* deu a entender que a área de proteção do Art. 2 II 1 GG não compreende conseqüências regressivas sobre a população, no caso do emprego de armas em conformidade com o direito internacional público contra um adversário militar, no caso de defesa.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 29 de outubro de 1987
 — 2 BvR 624, 1080, 2029/83 —
 (...)

RAZÕES

A.

I.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão comum referem-se ao armazenamento de armas químicas (armas “Q” – *C-Waffen*) no território da República Federal da Alemanha.

II. – VI. (...)

B. I. – II. (...)

C. I – III. (...)

D.

A presente decisão foi tomada em sede de conclusão com 7 votos a 1.

(ass.) *Zeidler*, Dr. Dr. h.c. *Niebler*, *Steinberger*, *Träger*,
Mahrenholz, *Böckenförde*, *Klein*, *Graßhof*

Opinião discordante do juiz *Mahrenholz* sobre a decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de — 2 BvR 624/83 e outro —

I. – II. (...)

(ass.) *Mahrenholz*

29. BVERFGE 19, 342

(WENCKER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 15/12/1965

MATÉRIA:

Um almirante (*Wencker*) volta-se, em sua Reclamação Constitucional movida, contra uma ordem de prisão preventiva prolatada pelo Tribunal Estadual de *Hamburg* e confirmada pelo Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade do Art. 2 II GG, consubstanciada nas ordens impugnadas. A ordem de prisão

preventiva baseava-se no antigo § 112 IV StPO, que prescrevia que, se a acusação fosse de homicídio qualificado, a prisão poderia ser decretada, independentemente da presença dos rígidos pressupostos dos dois parágrafos anteriores do § 112 StPO (§ 112 II e III StPO), como perigo de fuga ou de destruição de provas. O reclamante estava sendo acusado por um tal delito, praticado durante a Segunda Guerra mundial.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando a decisão de última instância e devolvendo os autos para nova decisão. O TCF verificou a inconstitucionalidade da interpretação do § 112 StPO, feita pelos tribunais instanciais. Uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais (eficácia horizontal) acarretaria uma leitura sistemática dos dispositivos, leitura esta que traria à pauta o critério da proporcionalidade. O TCF considerou, em suma, o meio de intervenção infligido ao reclamante como sendo desnecessário e, portanto, desproporcional em relação ao propósito legislativo processual penal, de esclarecer a prática do delito, garantindo-se a execução posterior da sanção prevista pela lei penal material.

Segundo o princípio constitucional da proporcionalidade, é possível, também numa ordem de prisão com fulcro no § 112 IV StPO, a dispensa da prisão com aplicação correspondente do § 116 StPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1965

– 1 BvR 513/65 –

(...)

RAZÕES

I.

1. (...) no § 112 IV StPO²⁵⁸ determina-se o seguinte:

“Contra o acusado, eminentemente suspeito de ter cometido um crime contra a vida, previsto nos §§ 211, 212 ou § 220a I, nº 1 StGB, a prisão preventiva também pode ser decretada, [mesmo] quando não estiver presente um fundamento previsto nos § 112 II e III.”

²⁵⁸ Nota de JÜRGEN SCHWABE (*op. cit.*): “Hoje segundo seu teor no § 112 III StPO”.

Os casos da assim chamada dispensa de prisão foram ampliados com o § 116 StPO em relação à regulamentação anterior. Não somente quando há o perigo de fuga, como também quando houver perigo de destruição ou falseamento de provas [*Verdunklungsgefahr* – “perigo de obscurecimento”, inclui também o influenciamento ou intimidação de testemunhas] e de reincidência, a suspensão do cumprimento da ordem de prisão é possível se o propósito da prisão preventiva puder ser alcançado com medidas menos drásticas. O § 112 IV StPO não é referido no § 116 StPO.

2. É polêmica na literatura jurídica [doutrina] e principalmente também na jurisprudência dos superiores tribunais estaduais a questão sobre se, mesmo quando a ordem de prisão está fundada apenas no § 112 IV StPO, se pode dar a suspensão do cumprimento segundo o § 116 StPO. (...).

II.

1. O reclamante, um almirante aposentado de 76 anos de idade é acusado de homicídio doloso qualificado (*Mord*). Pesa-lhe a acusação de, em 1944, como adido naval da embaixada alemã em Tóquio, ter dado a ordem de, no caso de auto-afundamento do navio, deixar afundar com o navio os presos que respondiam a inquérito e que, capturados após rompimento de bloqueio, haviam sido embarcados para a Alemanha. Com base em uma ordem de prisão do Tribunal Estadual de *Hamburg*, com fulcro no § 112 IV StPO de 9 de agosto de 1965, o reclamante foi preso em 11 de agosto de 1965 (...).

(...). O reclamante alega saber das investigações sobre sua pessoa há cinco anos; ele sempre se colocara à disposição para a realização do processo. Ele gozaria de toda parte alta consideração e sempre se conduziria [no caso da dispensa da prisão] seguindo certas diretivas que o tribunal estabeleceria para a dispensa da prisão.

2. (...).

III.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. No instituto jurídico da prisão preventiva resta nitidamente clara a relação de tensão entre o direito do indivíduo à liberdade pessoal, garantido pelo Art. 2 II e Art. 104 GG, e as inegáveis necessidades de uma efetiva persecução penal. A penalização rápida e justa de crimes graves não seria possível em muitos casos se, sem exceção, fosse

defeso às autoridades criminais prender o suspeito da prática de crime já antes da [final] condenação, mantendo-o preso até o julgamento. Por outro lado, a total privação da liberdade pessoal pelo trancamento numa instituição prisional é um mal que, no Estado de direito, só é oponível àquele que, em razão de uma ação para a qual há previsão legal de pena, foi condenado em última instância [depois do trânsito em julgado, portanto, da decisão condenatória]. A aplicação desta medida a alguém meramente suspeito da prática de delito criminal só é permitida em casos excepcionais, assaz delimitados. Isso é o que decorre também da presunção por princípio da inocência, que exclui, mesmo diante de uma grave suspeita, infligir ao acusado, antes da pena, regras que em seu efeito se equiparam à privação da liberdade. Ainda que a presunção de inocência não esteja expressamente estatuída na *Grundgesetz*, ela corresponde à convicção geral própria do Estado de direito e foi introduzida pelo Art. 6 II da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no direito positivo da República Federal [da Alemanha].

Uma solução razoável desse conflito entre dois princípios de igual importância para o Estado de direito somente pode ser encontrada se, do ponto de vista da persecução penal, se opuser sempre às limitações de liberdade que pareçam necessárias e adequadas, como corretivo, a pretensão à liberdade do acusado ainda não condenado. Isto significa que: a prisão preventiva deve ser dirigida pelo princípio da relatividade, tanto no momento da ordem quanto no momento de seu cumprimento; a intervenção na liberdade somente pode ser aceita se e na [exata] medida em que, por um lado, existirem dúvidas sérias e fundamentadas quanto à inocência do suspeito, apoiadas em indícios concretos, e por outro, se a reivindicação legítima da comunidade estatal de um esclarecimento total do delito e de rápida punição do infrator não puder ser assegurada de outra forma senão pela privação provisória da liberdade do [suposto] infrator. Em todo caso, a persecução de outros fins com a prisão preventiva está excluída por princípio; particularmente, ela não deve, [aproximando-se] à natureza de uma pena, anteciper uma proteção do bem jurídico, à qual o direito penal material deve servir.

2. (...).

Na República Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem grau hierárquico de direito constitucional. Ele é derivado do princípio do Estado de direito - na verdade da essência dos próprios direitos fundamentais, os quais, enquanto expressão da pretensão geral de liberdade do cidadão em relação ao Estado, só poderão ser restringidos pelo poder público quando a restrição for imprescindível para a proteção de interesses

públicos. Para o direito fundamental da liberdade pessoal, isto decorre também do especial significado que justamente esse direito fundamental recebe como base da posição jurídica geral e possibilidade de desenvolvimento do cidadão, significado este que a *Grundgesetz* reconhece, uma vez que em seu Art. 2 II classifica a liberdade da pessoa como “inviolável”. (...).

3. Na ponderação que cabe ao juiz fazer, ele deverá sempre ter em mente que o precípua propósito e a verdadeira razão justificadora da prisão preventiva são garantir a realização de um processo penal ordenado e assegurar a posterior execução penal; se a prisão não for mais necessária em relação a um destes propósitos, então ela é desproporcional, não sendo, por isso, por princípio permitido ordená-la, mantê-la ou executá-la. Os fundamentos de prisão por perigo de fuga e da destruição ou falseamento de provas (§ 112 II StPO) servem nitidamente ao propósito supra mencionado. O fundamento de prisão por perigo de reincidência previsto no § 112 III StPO ultrapassa, em verdade, tal propósito [pretende fomentar um propósito mais abrangente], na medida em que tal fundamento é o bastante, tendo em vista um aspecto policial-preventivo, para o propósito de atender à proteção da coletividade contra outros delitos pelo meio da aplicação da prisão preventiva. Esse fundamento pode, contudo, ser [ainda] justificado pelo fato de que se está diante da proteção de uma parcela da população especialmente necessitada de proteção contra a ameaça de graves delitos com forte probabilidade de ocorrência. Também parece ser [um meio de intervenção] mais adequado confiar essa proteção às autoridades responsáveis pela persecução penal, já ocupadas com o esclarecimento do delito cometido e, com isso, confiá-la antes ao juiz do que à polícia.

O recém introduzido § 112 IV StPO despertaria, pelo contrário, suspeitas relativas ao atendimento do princípio do Estado de direito se ele tivesse que ser interpretado, no caso de clara suspeita de um crime contra a vida, [tal qual] aqui apontado, no sentido de autorizar que a prisão preventiva pudesse ser aplicada sem maiores problematizações, ou seja, sem o exame de outros pressupostos. Uma tal interpretação não seria compatível com a *Grundgesetz*. O princípio da proporcionalidade exige que o juiz, também na aplicação do § 112 IV StPO, nunca perca de vista o propósito da prisão preventiva. Nem a gravidade do crime contra a vida, tampouco a gravidade da (ainda não comprovada) culpa justificam por si só a prisão do acusado; menos ainda é suficiente a consideração da comoção da população, mais ou menos identificável, que acharia insuportável que um “assassino” se locomova livremente. Antes, também neste caso, devem sempre estar

presentes circunstâncias que fundamentem o perigo de que, sem a prisão do acusado, o rápido esclarecimento e a punição pelo crime possam estar em risco de [definitiva] não realização. O perigo de fuga ou destruição ou falseamento de provas, ainda que não acompanhado por “determinados fatos”, mas que, devido às circunstâncias do caso, não pode ser excluído, pode já ser eventualmente suficiente. Da mesma maneira, o sério temor de que o acusado venha a cometer novos delitos de natureza semelhante poderia bastar para uma ordem de prisão. O § 112 IV StPO deve ser lido em estreita ligação com o § 112 II StPO; a ordem de prisão poderá portanto ser justificada com o fato de que, considerando-se a gravidade dos delitos aqui mencionados, os rígidos pressupostos da prisão prescritos no § 112 IV StPO devem ser afrouxados para que o perigo [comum] de que, justamente, os criminosos bastante perigosos fujam da punição seja excluído.

4. O § 116 StPO representa um especial produto derivado do princípio da proporcionalidade. Ele atribui ao juiz o dever de verificar, junto a toda prisão por perigo de fuga, destruição ou falseamento de provas ou reincidência, se o propósito da prisão preventiva não poderia ser alcançado mediante restrições de liberdade menos incisivas. Se este for o caso, então o cumprimento do mandado de prisão deve ser revogado. As explicações acima sobre o significado geral do princípio da proporcionalidade no direito prisional levam à conclusão de que a não detenção também deve ser possível se o mandado de prisão estiver fundamentado no § 112 IV StPO. Nem o teor, nem o sentido do § 12 StPO proibem, mesmo em se tratando de crimes contra a vida, de apoiar o mandado de prisão no § 112 II StPO, eventualmente no § 112 III StPO. Seria uma conclusão improcedente e contrariaria claramente o princípio da proporcionalidade se, em caso de perigo de fuga ou de destruição ou falseamento de provas na aceção do § 112 II StPO, desconsiderando-se a gravidade do delito, o acusado pudesse ser sempre poupado da prisão, segundo o § 116 StPO; mas, por outro lado, no caso de menor perigo de fuga ou destruição ou falseamento de provas, o acusado fosse excluído [da possibilidade de sofrer] qualquer medida mais amena [em substituição à mais severa] que [igualmente] servisse ao propósito do processo penal. Se a revogação da ordem de prisão pudesse comprometer a realização do processo penal, mas uma suspensão com determinadas obrigações [alternativas a serem impostas ao acusado] for bastante, então o juiz não pode ser obrigado a permitir a continuidade da prisão. (...).

(...).

5. – 6. (...).

30. BVERFGE 20, 45
(KOMMANDO 1005)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/05/1966

MATÉRIA:

O reclamante é oficial aposentado da polícia criminal alemã. Foi acusado de ter praticado homicídio em massa de judeus, durante o ano de 1943, quando foi oficial da Gestapo em *Lemberg* e participou do assim chamado **Comando 1005** (*Kommando 1005*), responsável por muitos homicídios qualificados (*Mord*), cujas vítimas eram, sobretudo, judeus. Como os pressupostos da prisão preventiva estavam presentes (perigo de fuga, destruição de provas etc.), sua prisão preventiva foi decretada, em 24 de março de 1961, pelo juízo de primeira instância do foro de *Waldshut* (*Amtsgericht Waldshut*), decisão posteriormente corroborada pelo Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, em 27 de dezembro de 1965.

O reclamante voltou-se, em sua Reclamação Constitucional, movida no início de 1966, contra a duração exagerada de sua prisão preventiva, que estaria representando, segundo ele, a violação, entre outros, de seu direito fundamental à liberdade, previsto no Art. 2 II GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, vislumbrando, portanto, a alegada violação na demora exagerada da prisão preventiva. O TCF revogou a decisão impugnada (*Beschluss*) do Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, determinando a devolução dos autos àquele tribunal para nova decisão (§ 95 II BVerfGG).

Uma prisão preventiva de mais de cinco anos é em todo caso inconstitucional, quando ela decorrer de demoras evitáveis dos [praticadas pelos] órgãos da Administração da Justiça criminal.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de maio de 1966

– 1 BvR 58/66 –

(...)

RAZÕES

I. – III. (...)

IV.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. No instituto jurídico da prisão preventiva fica nitidamente visível a relação de tensão entre o direito individual da liberdade pessoal (Art. 2 II e Art. 104 GG) e as necessidades de combater a criminalidade de forma eficaz. Uma compensação adequada dessa tensão pode ser encontrada se, do ponto de vista da persecução penal, se opuser sempre às limitações de liberdade que parecerem necessárias e adequadas como corretivo, a pretensão garantida por direito fundamental à liberdade do acusado ainda não condenado e por isso ainda considerado inocente. Isso significa que a intervenção na liberdade só terá que ser tolerada se e na medida em que a legítima pretensão da comunidade estatal no esclarecimento completo do fato criminoso e na rápida penalização do [então] condenado não puder ser assegurada de outra forma, senão por meio do encarceramento do suspeito (BVerfGE 19, 342 [347 s.]).

2. Esse princípio constitucional da proporcionalidade é relevante não somente para a decretação, como também para a duração da prisão preventiva. Especialmente, a prisão preventiva não poderá, no aspecto de sua duração, ser desproporcional à pena preliminarmente esperada. Contudo, independentemente da pena esperada, o princípio da proporcionalidade impõe limites à duração da prisão preventiva. O § 121 StPO leva isso em consideração, quando determina que a execução da prisão preventiva antes da prolação da sentença (...) somente poderá ser mantida por mais de seis meses quando a dificuldade especial ou o volume vultoso das investigações ou uma outra razão importante não permitirem [a prolação de] uma decisão judicial [terminativa – *Urteil* –, como a sentença no Brasil], justificando a continuidade da prisão. Esse dispositivo permite, portanto, exceções só limitadamente; os elementos do tipo de exceção do § 121 I StPO devem, como resta claro a partir de seu próprio teor, o que se corrobora com a história de seu gênese, ser interpretados restritivamente. Que significado o legislador atribuiu à decisão que prolonga a prisão preventiva além de seis meses resulta do fato de que ele transferiu

essa decisão ao Superior Tribunal Estadual [e não aos juízos de primeira instância ou tribunais estaduais] (cf. BGH NJW1966 p. 924).

No presente caso, não há necessidade de se julgar se a *Grundgesetz*, consoante a afirmação do reclamante, exige um limite absoluto para a prisão preventiva que proíba por excelência um prosseguimento da prisão depois de decorrido um certo prazo, contado em dias do calendário. De qualquer forma, a continuação da execução da prisão preventiva que ultrapasse de maneira tão extraordinária o prazo determinado pelo § 121 I StPO, viola o Art. 2 II GG quando essa quebra de prazo for decorrente do fato de que as autoridades da persecução penal e dos tribunais não tenham tomado todas as medidas possíveis e deles exigíveis no sentido de concluírem as investigações necessárias com a devida rapidez. De fato, para a realização de um processo criminal ordenado e para o asseguramento da futura execução penal, nos termos da mencionada decisão (Beschluss) do Tribunal Constitucional Federal, a prisão preventiva não poderá ser mais considerada necessária, se sua duração for causada por atraso evitável das investigações.

As investigações contra o reclamante não foram realizadas sem tal atraso. (...).
(...).

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 2 II GG:

- DENNINGER, Erhard. “Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt”. *KritV*86 (2003), p. 191 – 209
- DREIER, Horst. “Stufungen der vorgeburtlichen Lebensschutzes”. *ZRP*2002, p. 377 – 383.
- HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987
- HOFMANN, Hasso. “Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?” *JZ* 1986, p. 253 – 260.
- SCHLINK, Bernhard. *Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes*, 2002

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 2 II GG:

- Além das aqui reproduzidas, cf. também as seguintes decisões:
BVerfGE 46, 160 (164 s.) – *Schleyer*; 49, 89 (140 *et seq.*) – *Kalkar I*; 51, 324 (343 *et seq.*) – *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*; 56, 54 (73 *et seq.*) – *Fluglärm*, 79, 174 (201 s.) – *Straßenverkehrslärm*, 85, 191 (212 s.) – *Nachtarbeitsverbot*; 91, 1 (26 *et seq.*) – *Entziehungsanstalt*; 105, 239 (247 *et seq.*) – *Richtervorbehalt*.

§ 10.

Mandamento de Igualdade: Igualdade de aplicação da lei e por intermédio da lei

(Art. 3 GG)

Grundgesetz

Artigo 3º (Igualdade)

(1) Todos são iguais perante a lei.

(2) ¹ Homens e mulheres são iguais em direitos. ² O Estado promove a efetiva realização da igualdade em direitos de mulheres e homens e atua em prol da eliminação de desvantagens existentes.

(3) ¹ Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu gênero, sua ascendência, sua raça, sua língua, sua pátria e naturalidade, sua crença, suas convicções religiosas ou políticas. ² Ninguém pode ser prejudicado por causa de sua deficiência.

NOTA INTRODUTÓRIA:

Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, que impossibilitam ou dificultam a manutenção de um *status quo* (exemplo: direito à propriedade) e, principalmente, a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º IV CF), o “direito” à igualdade não assegura nenhum comportamento específico cujo exercício pudesse ser atrapalhado, cuja área de proteção pudesse ser “invadida” pelo Estado. Não há que se falar, portanto, em área de proteção e tampouco em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza pública subjetiva: o direito de resistir, desta vez, não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).

Liberdade e igualdade foram as grandes bandeiras do movimento constitucionalista, que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático. Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado. Na *Grundgesetz* não foi diferente. O clamor social por máxima liberdade possível choca-se contra o clamor social por máxima igualdade possível. Liberdade e igualdade encontram-se nas sociedades em eterno conflito, pois a liberdade, no âmbito da sociedade, é também a liberdade concorrencial inescrupulosa do mais forte; a igualdade, no mesmo âmbito, exige, pelo contrário, justamente a existência da igualdade de chances a ser concedida ao mais fraco²⁵⁹. As garantias constitucionais da liberdade e igualdade não transportam este conflito social ao plano constitucional: enquanto normas constitucionais, elas se apresentam harmoniosas e sem hierarquização entre si, uma ao lado da outra. É o legislador ordinário quem deve disciplinar o conflito social entre estes dois anseios. Ele o fará, na medida em que determinará quanta margem de ação deixará ao mais forte e quanta proteção dará ao mais fraco. Tanto as garantias constitucionais de igualdade, quanto as garantias de liberdade servirão para impor ao legislador certos limites que ele não poderá ultrapassar: em suma, a restrição ou diminuição da liberdade, de um lado, e o tratamento desigual, do outro, não poderão ocorrer sem um motivo racional. A diferença consiste na técnica jurídico-constitucional adotada para se avaliar a presença ou não de suas violações: possíveis violações de garantias de liberdade, incluindo a propriedade, são examinadas com a análise da área de proteção do respectivo direito, da intervenção do Estado e com o questionamento da justificação da intervenção. Possíveis violações de garantias de igualdade podem ser verificadas por meio de um processo constituído por duas etapas: 1ª) Verificação do tratamento desigual; 2ª) Questionamento da possível

²⁵⁹ Cf. PIEROTH SCHLINK (103: 102).

justificação. Finalmente, a garantia do direito à igualdade não vincula somente os órgãos estatais, mas tem, em alguns casos específicos, um efeito horizontal direto.

É com base nesse espírito, e dele decorrentes construções dogmáticas, que se pautou a muito extensa jurisprudência do TCF sobre o Art. 3 GG. O Art. 3 GG se subdivide primeiramente em princípio geral de igualdade (Art. 3 I GG) e as vedações de certos tratamentos desiguais (não justificados) com base em critérios específicos: gênero (Art. 3 II GG) e outros taxativamente enumerados (Art. 3 III GG). Das decisões abaixo parcialmente reproduzidas, tem-se que:

- as 3 primeiras versam principalmente (parâmetro do exame) sobre o Art. 3 I GG (**Decisões 31. a 33.**);
- as 4 seguintes (**Decisões 34. a 37.**) têm como parâmetro o Art. 3 II GG;
- a **Decisão 38.** tem por parâmetro o Art. 3 III GG; e
- a **Decisão 39.** trata de um problema ainda mais específico em face do Art. 3 GG: a declaração de inconstitucionalidade de uma outorga de vantagem incompatível com o Art. 3 GG.

31. BVERFGE 26, 302 (EINKOMMENSTEUERGESETZ)

Controle concreto

09/07/1969

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de uma apresentação judicial apresentada pelo Tribunal de Finanças de *Stuttgart*, que questionava a constitucionalidade de um dispositivo da lei do imposto de renda que discriminava, na definição do fato gerador da obrigação tributária, renda auferida com “especulação na alienação de imóveis” (especulação imobiliária). O dispositivo fixava uma presunção absoluta: qualquer alienação de, entre outros, bem imóvel adquirido antes de 2 (dois) anos configurava uma negócio jurídico de especulação, devendo ser tributado como “outras rendas” na declaração do imposto de renda.

O TCF admitiu a representação para o efeito de corroborar, no mérito, a constitucionalidade do dispositivo questionado em face do Art. 3 I GG (“justiça tributária”). O pequeno excerto da decisão escolhido para ser aqui reproduzido mostra o centro da argumentação do Segundo Senado: Faz parte da margem de conformação do legislador, de seu poder discricionário, escolher os fatos aos quais ele liga uma obrigação tributária. Somente quando se puder vislumbrar uma arbitrariedade na decisão legislativa pode ela ser declarada, em face do Art. 3 I GG, inconstitucional.

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 9 de julho de 1969
– 2 BvL 20/65 –**

no processo de controle [concreto] de constitucionalidade do § 23 I EStG

(*Einkommensteuergesetz* – Lei do Imposto de Renda), na redação de 15 de agosto de 1961 (BGBl. I, p. 1254) – Decisão de suspensão do processo e Representação (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal de Finanças de *Stuttgart* em 23 de novembro de 1965

(I 952/63).

(...)

RAZÕES

A. - I. - III. (...)

B.

A Apresentação é admitida.

1. - 4. (...)

C.

§ 23 I, nº 1 EStG é compatível com a *Grundgesetz*.

I.

(...)

II.

1. - 2. (...).

3. a) (...)

O legislador está vinculado ao princípio da justiça tributária que decorre do Art. 3 I GG (BVerfGE 13, 181 [202]). A aplicação desta norma de direito fundamental é baseada sempre numa comparação de relações sociais que não são iguais em todos os seus elementos, mas em apenas alguns deles. Em princípio, decide o legislador (BVerfGE *op.cit.*) quais elementos das relações sociais, que serão reguladas, são decisivos para seu tratamento jurídico igual ou tratamento desigual. Para a escolha, em especial, das fontes de receita fiscal, o legislador tem ampla liberdade de conformação [discricionariedade]. Esta termina somente quando o tratamento igual ou desigual da matéria regulada não for mais compatível com um modo de enxergar o problema que seja orientado pela idéia de justiça, onde, portanto, falta uma razão convincente para o tratamento igual ou tratamento desigual. Somente a observância destes limites extremos da liberdade legislativa (proibição de arbitrariedade) é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Federal e não a constatação de que o legislador tenha ou não encontrado, no caso particular, respectivamente a mais adequada, a mais razoável e a mais justa das soluções [possíveis] (BVerfGE 1, 14 [52]; 4, 7 [18]; 17, 309 [330]; 18, 121 [124]; 19, 354 [367]).

b) – c) (...).

4. (...)

III. – IV. (...)

(Ass.) *Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rinck*

32. BVERFGE 10, 234

(PLATOW-AMNESTIE)

Controle concreto

15/12/1959

MATÉRIA:

O jornalista econômico Dr. **Platow** foi condenado no início da década de 1950 por ter revelado, em consequência de sua atividade jornalística no final da década de 1940, segredos de Estado. Contra ele corria um processo criminal da Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de *Bonn*. Ministério Público e acusados requereram a extinção do processo com base

no § 8 da lei de **anistia** (daí *Platow-Amnestie*). Essa norma anistiava os crimes ligados ao trabalho de agências de notícias cometidos antes de 1º de janeiro de 1952. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de *Bonn* viu na norma uma violação do Art. 3 I GG.

O TCF julgou os pressupostos e condições da representação presentes (admitida) para o efeito de corroborar a constitucionalidade do § 8 StFG. A parte mais relevante da decisão pode ser depreendida do breve excerto reproduzido abaixo.

Sobre a questão da delimitação constitucional dos elementos típicos das normas de anistia.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1959

– 1 BvL 10/55 –

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

§ 8 StFG é compatível com a *Grundgesetz*.

I.

(...)

II.

O conteúdo da norma apresentada à revisão não permite verificar uma violação do mandamento geral de igualdade.

1. O legislador não está, em função do Art. 3 I GG, obrigado a conceder, na promulgação de uma lei de extinção de punibilidade, anistia a todas as ações delituosas e em igual medida. Ele não somente pode excluir totalmente da anistia alguns tipos penais, como também submeter determinadas hipóteses normativas a uma regulamentação excepcional. Somente ele, legislador, pode decidir junto a quais delitos existe, de forma especial, um interesse geral em uma pacificação. Também faz parte de sua liberdade de conformação normativa a decisão sobre em que extensão será concedida anistia junto a tais delitos criminais. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar uma lei de anistia no que concerne à necessidade ou à adequação das regras ali fixadas. Pelo contrário,

o Tribunal Constitucional Federal pode somente verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem discricionária a ele conferida.

Há, então, na lei de anistia uma violação do princípio geral de igualdade somente se a regra especial fixada pelo legislador para alguns tipos penais evidentemente não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma [e, destarte, não arbitrários].

2. a) – b) (...).

33. BVERFG 9, 338

(HEBAMMENALTERSGRENZE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/06/1959

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento da Reclamação Constitucional de uma parteira que, ao ter completado o seu 70º ano de vida, teve a autorização para o exercício da profissão de parteira e para o estabelecimento profissional revogada pela autoridade competente. Esta se baseou no § 5 da Lei de Parteiras, promulgada a 21 de dezembro de 1938, que tinha o seguinte teor:

“O Ministro do Interior do Reich pode, depois de ouvida a Câmara [associação profissional] das parteiras do Reich, fixar um limite de idade para parteiras [Hebammenaltersgrenze ou ‘Altersgrenze für Hebammen’, como aparece no dispositivo citado da lei]. Atingida a idade limite, revoga-se o reconhecimento como parteira e a autorização de estabelecimento”.

O § 1º do quarto decreto que regulamentou essa lei prescrevia:

“Atinge-se o limite de idade para parteiras quando se completa o 70º ano de vida”.

A reclamante alegou violação de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conexão com a liberdade profissional (Art. 2 I c.c. Art. 12 I GG), e também do Art. 3 I GG, vez em que os profissionais

médicos não teriam o mesmo tratamento, podendo realizar partos até a idade em que se considerassem capazes para tanto.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente. Segundo o TCF, a área de proteção do Art. 2 I GG não foi tangenciada. A intervenção no Art. 12 I GG foi justificada e não houve tratamento desigual, não havendo que se falar em violação do Art. 3 I GG. Faltaria segundo o TCF, também aqui, um gênero comum de comparação (*tertium comparationis*), pois a profissão da parteira teria uma estrutura composta de elementos (*Berufsbild*) muito diversa da do médico. O excerto traduzido / reproduzido abaixo traz sobretudo a fundamentação do TCF dessa tese.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de junho de 1959
- 1 BvR 71/57 -**

no processo da Reclamação Constitucional promovida pela parteira ... contra a decisão do Tribunal Federal Administrativo de 22 de novembro de 1956 – IC 198, 54.

Dispositivo

A Reclamação Constitucional é improcedente.

RAZÕES:

A.

A reclamante foi, depois de ter completado 70 anos de idade em 12 de fevereiro de 1951, proibida de continuar no exercício da profissão de parteira, sendo avisada da punibilidade em caso de violação da proibição (...)

(...). Concretamente, alega a reclamante:

(...).

O Art. 3 I GG teria sido violado, uma vez que a mesma situação fática – o exercício profissional do auxílio ao parto – fora regulado em relação a médicos de maneira diversa. Sem que seja identificada uma razão objetiva e convincente para tal diferenciação, não fora estabelecido limite de idade para os médicos. Em se querendo admitir que, ao atingir 70 anos de idade, as capacidades físicas e mentais diminuam significativamente, então mais ainda deveria valer o mesmo limite de idade para os médicos, pois, embora nos trabalhos normais de parto as atuações de médicos e parteiras fossem iguais, o médico

teria que agir justamente na ocorrência de complicações, tendo, no caso, uma responsabilidade muito maior. Em todo caso, ambas as situações – auxílio ao parto por parteira e por médico – não se tornariam diferentes – ao contrário – do ponto de vista do Tribunal Federal Administrativo, pelo fato de o médico ter tido uma outra formação, pois esta não teria qualquer relação com sua capacidade física e mental.

(...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

C.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I. – II. (...) ²⁶⁰

III.

Também o Art. 3 I GG não foi violado.

1. (...).

(...). Principalmente junto a uma regulamentação que – como no caso do limite de idade – se refere a toda uma categoria profissional e, já por isso, afeta toda a estrutura da profissão, pode ser observado também todo o quadro de cada profissão individualmente considerada. Isso vale quanto mais profundamente e com mais conseqüências uma regra aplicável para uma profissão tiver efeitos sobre a estrutura de outra, uma vez que ambas as estruturas são social e juridicamente muito diferentes. Somente quando, em se procedendo a uma observação tão abrangente quanto “generosa”, a obrigatoriedade do tratamento igual se tornar notória, feriria o legislador o princípio da igualdade, se regulasse uma questão em face de uma profissão de maneira diversa ao que fizera em face de outra. No entanto, normalmente tanto se presume a constitucionalidade do tratamento diferenciado, que justamente pode restar equivocado partir-se primeiramente de um

²⁶⁰ Nestes dois tópicos, foram realizados exames das alegações de violação dos Art. 2 I e 12 I GG. A primeira não foi admitida como possível, por ser *lex generalis* em relação aos demais direitos fundamentais potencialmente violados. No caso da segunda, o TCF chegou à conclusão de que se trata de um limite subjetivo da admissão profissional, no sentido desenvolvido pela decisão publicada em BVerfGE 7, 377 (*Apotheken-Urteil*, cf. **Decisão 70.**), cuja concretização no caso foi considerada justificada.

“mesmo” e único acontecimento, para só então examinar se haveria, contudo, neste caso, apesar dessa “igualdade” de detalhes, desigualdade suficiente das matérias [reguladas = das duas profissões] que justificasse a omissão de tratamento igual por parte do legislador.

2. Assim ocorre no presente caso. Para o exame [de constitucionalidade] do limite de idade, outras profissões ligadas à saúde, que não a do médico, não servem a uma comparação significativa com a profissão de parteira. Embora sejam as profissões de parteira e de médicos “profissões liberais”, suas estruturas são completamente diversas. A profissão de médico desenvolveu-se como “profissão liberal” por muito tempo; os elementos de sua imagem profissional (*Berufsbild*) são, ainda hoje, definidos fundamentalmente por esse desenvolvimento. Eles são caracterizados por uma grande medida de responsabilidade própria e risco pessoais em matéria econômica, responsabilidade individual, sobretudo no exercício da própria profissão mesma. Queiram alguns fundamentos dessa estrutura – como por exemplo a reputação social da instrução acadêmica – não ter mais o significado de outrora, mesmo assim os elementos caracterizadores da carreira profissional em sua totalidade não se modificaram. Uma limitação de idade sem a introdução de uma aposentadoria dificilmente seria possível, pois ela alteraria a profissão em sua estrutural geral.

Os elementos caracterizadores da carreira profissional da parteira divergem consideravelmente disto: Esta profissão somente há pouco tempo, através da lei das parteiras, saiu da incidência do direito comercial, sendo instituída como profissão “liberal”, e desde o início com o propósito declarado de se introduzir um limite de idade. O risco econômico é legalmente reduzido para o tempo de atividade profissional, como para o caso da aposentadoria em razão da perda da capacidade profissional. O exercício da atividade profissional é submetido à regulamentação abrangente e profunda, que prescreve com precisão à parteira sua atuação: Um Código Disciplinar define os princípios e obriga a parteira a observar junto ao seu comportamento, até o último detalhe, um manual oficial das parteiras. Exames reiterados e o dever de freqüentar regularmente cursos de aperfeiçoamento têm o escopo de fiscalizar e fomentar os conhecimentos técnicos. Os membros dessa profissão estão completamente sujeitos à permanente fiscalização e controle, que se estende além do exercício imediato de seu ofício.

Tudo isto não é diverso apenas secundariamente da profissão de médico. Se o [alcance do] limite de idade retira da parteira a possibilidade de julgar quando sua capacidade em todo caso não é mais suficiente, então esta prescrição válida homogeneamente para a estrutura global da profissão de parteira seria estranha à estrutura

da profissão do médico. No mínimo, corresponde melhor à sua carreira profissional deixar a cargo de cada médico o julgamento sobre a diminuição de sua capacidade e as conseqüências que daí resultarão, pois a introdução de um limite de idade não poderia ficar limitada ao serviço de parto. (...)

IV.

(...).

34. BVERFG 39, 196

(BEAMTENPENSION)

Controle concreto

12/03/1975

MATÉRIA:

Um viúvo de uma funcionária pública, morta em um acidente, teve seu pedido de recebimento de **pensão de funcionário público** (*Beamtenpension*) *mortis causa* denegado pela Administração. O pedido foi denegado com base em um dispositivo legal (§ 141 da Lei do Funcionalismo Público (*Beamtengesetz*) do Estado de Renânia do Norte – Vestfália (*Nordrhein-Westfalen*), à época da Reclamação Constitucional já revogado, cujo exame de constitucionalidade era, no entanto, relevante para o recebimento retroativo da pensão e para o julgamento de uma ação de perdas e danos movidas contra o Estado-membro *Nordrhein-Westfalen*.

O Tribunal Estadual de *Nordrhein-Westfalen*, convencido da inconstitucionalidade do § 141 a. F. (versão revogada) da Lei do Funcionalismo Público em face do Art. 3 II e III GG, suspendeu o processo para que o TCF corroborasse a constitucionalidade ou declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo, de cuja validade dependia o julgamento da ação.

O TCF admitiu a Representação do Tribunal Estadual e declarou o antigo § 141 como nulo, na medida em que e quando ele faz depender o recebimento da pensão *mortis causa* da existência de uma outra pretensão do viúvo contra a esposa falecida e, com isso, cria uma desvantagem para o grupo de viúvos de funcionárias públicas em relação ao grupo de viúvas de funcionários públicos. Como para esse tratamento desigual não se vislumbra qualquer justificação constitucional, ele é inconstitucional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 12 de março de 1975
- 2 BvL 10/74 -

no processo de controle de constitucionalidade do § 141 da Lei do Funcionalismo Público (*Beamtengesetz*) do Estado de Renânia do Norte – Vestfália (*Nordrhein-Westfalen*), na redação de 1º de julho de 1962 (GVBl., p. 272), na medida em que ele [§ 141 da ref. lei] faz depender a pretensão do viúvo de servidora pública a receber sua pensão, no que tange ao fundamento e valor, do direito a alimentos previsto legalmente para o viúvo em face da esposa falecida²⁶¹ – Decisão de suspensão e apresentação do controle concreto pelo Tribunal Estadual de Münster de 14 de abril de 1974 (2 O 212/72).

(...)

RAZÕES

A. - I. – III. (...)

B. - I.

A Apresentação Judicial é admitida. (...).

(...).

II.

O § 141 BG a.F. era inconstitucional.

(...)

1. (...).

2. (...).

a) (...).

A remuneração e a aposentadoria são, portanto, em sua conformação como direitos a alimentos autônomos e irrenunciáveis – o direito à assistência material na forma, antes de tudo, de pretensão irrenunciável (§ 50 III BRRG) –, uma contraprestação garantida e uniforme fundada na vitaliciedade do cargo público, instituídas no próprio interesse da Administração em razão da preocupação natural do servidor emergente do casamento e da comunidade familiar em garantir o bem-estar econômico de seus familiares também

²⁶¹ A pretensão de alimentos deve existir em tese, portanto, já em vida.

para tempo posterior à sua morte, assegurando assim sua dedicação consciente à função e o cumprimento fiel de seu dever. (...).

(...).

b) Se, porém, de acordo com o que foi dito, a regra da própria Administração referente aos alimentos legalmente garantidos aos herdeiros do servidor público [homem] estão associados à pensão e também, assim, à última remuneração percebida pelo falecido – da mesma forma que a remuneração do servidor e a assistência material fornecida pela aposentadoria enquanto dimensões da contraprestação da Administração pela capacidade, aptidão e merecimento técnico profissional, que deve proteger toda a personalidade e força do trabalho do servidor no desempenho de função pública – então não podem ser aplicados ao viúvo de servidora quaisquer outros critérios.

c) (...).

É decisivo o fato de que, do ponto de vista da disciplina jurídica do funcionalismo público, a assistência material ao agente público e à sua família se encontra em conexão necessária com sua remuneração e com o vínculo estatutário, não podendo ser reconhecida neste mister qualquer diferença entre a situação do servidor e a da servidora que justificasse a diferenciação legal entre a pensão da viúva e a pensão do viúvo. Aos mesmos alimentos adequados à situação familiar [*status quo ante*] quando a servidora era viva corresponde somente o valor da pensão (este fixado em certa relação com a aposentadoria) dos sucessores, portanto, também de seu viúvo.

3. O Art. 3 II e III GG requer, portanto, que a servidora, também no que se refere à assistência material a seus familiares próximos, tenha o mesmo tratamento destinado ao servidor homem e que, assim, seja concedida pela próprio órgão da Administração onde serviu, por ocasião de sua morte na constância da sociedade conjugal, a pensão adequada ao viúvo sobrevivente, assim como ocorre com a viúva do servidor público [do sexo masculino]. (...).

III.

Essa decisão foi em face da admissibilidade [da Apresentação Judicial] prolatada com 7 votos a 1. No mais, foi unânime.

(Ass.) *Seuffert, v. Schlabrendorff, Rupp, Geiger, Hirsch, Rinck, Rottmann, Wand*

35. BVERFG 48, 327 (FAMILIENNAMEN)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

31/05/1978

MATÉRIA:

Os reclamantes desejaram adotar, quando se casaram em 1965, o nome de solteira da esposa como **nome** do casal e **da família** (*Familiennamen*). Na época tiveram seu pedido junto ao órgão competente para registros públicos denegado. A legislação civil, específica do direito de família, avançava lentamente no sentido de corresponder materialmente ao Art. 3 II GG. Primeiro, reconheceu tão somente o direito da mulher de manter o nome de solteira, além do nome do marido. Finalmente, a partir de 14 de junho de 1976, pela nova redação dada ao § 1355 BGB, os casais passaram a poder adotar o nome de solteira da esposa como nome de família. Segundo o novo § 1355 II BGB, porém:

“Como nome de casal os cônjuges podem, no momento da realização do matrimônio, por declaração ao tabelião, fixar o nome de nascimento [de solteiro] do marido ou o nome de nascimento [de solteira] da esposa. Em não havendo determinação [pelos cônjuges naquele momento], então o nome do casal é o nome de nascimento do marido.” (grifo do org.)

A presente Reclamação Constitucional voltou-se diretamente contra o Art. 12, nº 13 b) da Primeira Lei de Reforma do Casamento (*Erstes Ehereformgesetz*) e, com isso, contra a exclusão da aplicabilidade no novo § 1355 II 1 BGB a casais casados antes do dia 1º julho de 1976. Como eles não tiveram a oportunidade jurídica de declarar, antes da entrada em vigor do § 1355 II 1 BGB, o nome de solteira da esposa como nome do casal, para eles não deveria valer a obrigação do § 1355 II 2 BGB. Os reclamantes alegaram, entre outros, o ferimento do Art. 3 II e III GG, porque a proibição imposta à mulher de ter seu nome de solteira como nome do casal significaria para ela uma desvantagem jurídica, pois o direito ao nome é assegurado pela própria lei civil no § 12 BGB.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional admitida e procedente. Na fundamentação, reforçou a tese de que um tratamento desigual entre

homens e mulheres não pode se fundamentar em diferenças biológicas. No caso em pauta, o TCF não encontrou nenhum outro dispositivo que pudesse justificar um tal tratamento desigual. E tudo isso válido desde a promulgação da *Grundgesetz* em 1949. Toda desvantagem sofrida pela mulher no período anterior à reforma do estatuto civil da família em 1976 deveria ser, portanto, tanto quanto possível, sanada.

Constitui violação do Art. 3 II GG a proibição, por excelência endereçada a todos os casais cujos casamentos foram celebrados entre 1º de abril de 1953 e 30 de junho de 1976, de adotarem o sobrenome (de nascimento) da mulher como nome de família.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 31 de maio de 1978

– 1 BvR 683/77 –

(...)

RAZÕES

A.

(...)

I.

1. De acordo com o § 1355 BGB, de 18 de agosto de 1896 (RGBl., p. 195), a mulher adquire, com o casamento, o sobrenome do marido.

Após o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1953, ter verificado que o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto pelo Art. 3 II GG é direito válido e eficaz, e que, de acordo com Art. 117 GG, qualquer prescrição em contrário na área do direito de família e de matrimônio estaria revogada a partir de 31 de março de 1953 (BVerfGE 3, 225 [239 e *et seq.*]), o legislador alterou, nesse ponto, o atual § 1355 BGB, por meio da Lei da Igualdade (*Gleichberechtigungsgesetz*), de 18 de junho de 1957 (BGBl. p. 609). A partir daí, a mulher adquiriu o direito de acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família (§ 1355 II BGB). De resto, não foi alterada a regra segundo a qual o nome do casal e da família era o sobrenome do marido (§ 1355 I BGB).

2. (...).

II. – III. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

I. – II. (...)

III.

1. O § 1355 I BGB, em sua antiga redação (§ 1355 I BGB a.F.), era incompatível com o Art. 3 II GG. A regra de que o sobrenome do marido era o nome do casal e da família vedava a possibilidade de o sobrenome da mulher tornar-se o nome da família. Apenas o marido teria o direito à continuidade de seu sobrenome como nome de família. A questão sobre qual dos sobrenomes dos cônjuges teria seguimento como nome de família foi decidida, assim, pela lei, exclusivamente em razão do gênero sexual. Essa regra apresentava-se como violação ao direito fundamental da mulher estabelecido pelo Art. 3 II GG. Essa discriminação da mulher ainda não foi sanada, quando ela passou a poder acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família. Enquanto o homem não estava nem autorizado nem obrigado a tornar pública, por meio do sobrenome, a realidade de seu estado conjugal, o sobrenome da mulher sofria uma alteração por meio do matrimônio. Claramente evidente tornou-se este tratamento diferenciado da mulher com a determinação do sobrenome dos filhos havidos no casamento, pois que estes, segundo § 1616 BGB, recebiam apenas o sobrenome do pai.

2. O tratamento desigual destinado aos cônjuges pela antiga redação do § 1355 BGB não pode ser justificado por qualquer diferença biológica ou funcional. Tampouco, o equilíbrio dos cônjuges, nos quadros da unidade familiar, será afetado pelo fato de que o sobrenome do marido não seja o nome comum do casal e da família. Simplesmente, não há quaisquer diferenças decisivas entre homem e mulher que possam legitimar a regra encontrada no § 1355 BGB a.F. (antiga redação) enquanto regra coercitiva (cf. BVerfGE 10, 59 [81]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4]; 39, 169 [185 s.]).

A tese de que a unidade familiar viria expressa no nome do marido fora fundamentada pela jurisprudência antiga no fato de que o marido representaria o grupo familiar perante terceiros e que, dentro da sociedade conjugal, ele teria tarefas e deveres que não seriam idênticas àquelas da mulher (...). Não se pode partir de uma representação geral do casamento pelo marido nas relações com terceiros, nem mesmo quando somente o marido exercer atividade econômica e a mulher limitar-se ao cumprimento das tarefas domésticas e ao cuidado dos filhos. Isso vale ainda mais naqueles casos onde ambos os

cônjuges são economicamente ativos. Principalmente a crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho colaborou para o abandono da idéia anteriormente dominante, segundo a qual contradiria a natural divisão de tarefas no casamento e na família o fato de a mulher ser ativa profissionalmente, não se limitando ao cumprimento de suas tarefas no casamento e na família. (...).

3. O princípio da igualdade de direitos [entre homens e mulheres] também não é limitado, no presente caso, por um outro direito constitucional (cf. BVerfGE 10, 59 [80]).

a) Este seria o caso se o Art. 6 I GG exigisse, como proteção da família, a manutenção da exteriorização da relação familiar, que estava relacionada à regra contida no § 1355 I BGB a.F. (antiga redação). O Art. 6 I GG abrange, porém, não a proteção das gerações familiares em sentido amplo (*Generationen-Großfamilie*). Família, na acepção do Art. 6 I GG, significa, pelo contrário, principalmente, a família em sentido estrito, na comunidade domiciliar, composta pelos pais e seus filhos (...).

b) (...).

4. (...).

IV.

(...)

(Ass.) *Benda, Faller, Haager, Hesse, Simon, Richter, Katzenstein, Niemeyer*

36. BVERFGE 84, 9

(EHENAMEN)

Controle concreto

05/03/1991

MATÉRIA:

Trata-se de julgamento sobre Apresentações Judiciais que questionavam a constitucionalidade do § 1355 II 2 BGB, segundo o qual seria adotado o nome do marido em caso de não declaração pelos cônjuges do **nome de casal** (*Ehename*).

Como os cônjuges não declararam o desejo de adotar o nome da mulher como o nome do casal, o tabelião registrou o nome de casal como sendo o nome do marido, de acordo com o § 1355 II 2 BGB. Nos dois

processos originários, os cônjuges desejavam, em suma, manter seus respectivos nomes de solteiro, por isso, entraram com um pedido de correção do nome da esposa e declaração de manutenção do nome de solteiro do marido no órgão de registro público competente.

O TCF julgou presentes as condições das Apresentações Judiciais e declarou nulo o § 1355 II 2 BGB por ferir o Art. 3 II GG. Na fundamentação não se afasta do que já fora decidido na decisão supra (E 48, 327 – *Familiennamen*). Na época, o TCF não havia sido provado para enfrentar especificamente a constitucionalidade do novo § 1355 II 2 BGB.

Seguindo a opção da coletânea de JÜRGEN SCHWABE, reproduziu-se abaixo somente a principal ementa da decisão.

Não é compatível com o princípio da igualdade entre homens e mulheres (Art. 3 II GG) que o nome do marido se torne, por força de lei, o nome do casal, quando os cônjuges não fixarem nenhum dos seus sobrenomes de solteiros como nome do casal (§ 1355 II 2 BGB).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 5 de março de 1991

- 1 BvL 83/86 e 24/88 -

(...)

RAZÕES

A. I. – III; B.; C. I – II.; D. I – II. (...)

(Ass.) *Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*

37. BVERFGE 52, 369

(HAUSARBEITSTAG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo

(indiretamente)

13/11/1979

MATÉRIA:

O reclamante, um atendente de enfermagem funcionário do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, ajuizou uma ação trabalhista requerendo a outorga

de um dia de folga no mês para a realização do trabalho doméstico, o assim chamado **dia do trabalho doméstico** (*Hausarbeitstag*), que havia sido denegado pelo empregador. O § 1 da Lei do Dia do Trabalho Doméstico do Estado de *Nordrhein-Westfalen* (HATG NRW) garantia, todavia, um tal benefício somente à mulher com “economia própria” (ou seja, no caso, com uma residência a ser autonomamente administrada) que trabalhasse pelo menos 40 horas semanais. Por isso, sua ação foi julgada improcedente.

O TCF julgou sua reclamação admitida e procedente para o duplo efeito de revogar a decisão (*Urteil*) do tribunal trabalhista e declarar o § 1 HATG NRW como incompatível com o Art. 3 III GG, quando este exclui da outorga do benefício os homens com economia própria e que trabalhem pelo menos 40 horas semanais.

Não é compatível com o Art. 3 II GG conceder às mulheres solteiras, com economia própria, o direito ao dia de trabalho doméstico, mas não aos homens [que se encontram] na mesma situação.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de novembro de 1979

- 1 BvR 631/78 -

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz, respeito à constitucionalidade do § 1 da Lei do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, que concede folga à mulher com economia própria para dedicação ao trabalho doméstico feminino, mas não o concede ao trabalhador homem solteiro com economia própria.

I.

1. (...).

2. A prescrição do § 1 da HATG NRW (*Hausarbeitstagsgesetz* – Lei do Dia do Trabalho Doméstico) tem o seguinte teor:

Nas firmas e repartições de qualquer tipo, as mulheres com economia própria, que trabalham, em média, no mínimo 40 horas semanais, têm direito a um dia de folga durante a semana (dia do trabalho doméstico) por mês.

II. – III. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e julgada procedente. O § 1 HATG NRW não é compatível com o Art. 3 II GG, quando o dispositivo prevê somente para a mulher solteira com economia própria a outorga de um dia do trabalho doméstico.

I.

É objeto do exame de constitucionalidade o § 1 da HATG NRW, na interpretação dada à prescrição legal pelo Tribunal Federal do Trabalho na decisão de seu Grande Senado de 16 de março de 1962 (BAG 13, 1 = AP n° 19 sobre § 1 HausarbTagsG) e que, desde então, é base de sua jurisprudência. Segundo a mencionada interpretação, no território do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, todas as mulheres têm, sem considerar seu estado civil, direito ao dia do trabalho doméstico, se trabalharem por uma determinada jornada e tiverem economia e gestão próprias. Para o trabalhador do sexo masculino que se encontrar na mesma situação, o até então inequívoco teor do dispositivo não prevê, pelo contrário, a esse respeito, o direito ao dia do trabalho doméstico. Também o tribunal trabalhista parte desta situação jurídica na decisão impugnada pela Reclamação Constitucional.

O parâmetro do exame é o Art. 3 II GG. O mandamento ali contido de igualdade de direitos entre homens e mulheres concretiza o princípio geral de igualdade e veda que a diferença entre os gêneros possa servir como fundamento para a discriminação pelo direito. Isto, no entanto, não exclui, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, a possibilidade de regras que diferenciem homens e mulheres segundo diferenças biológicas e funcionais (referente à divisão do trabalho) objetivas, de acordo com a natureza da respectiva relação social (cf. BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343f.]; 31, 1 [4f.]; 37, 217 [249f.]; 43, 213 [225]). A diferenciação perpetrada pela regra do § 1 HATG NRW, pelo menos no caso de solteiros, não encontra respaldo em tais características.

II.

A regra do § 1 HATG NRW condiciona a determinação de quais pessoas têm direito ao dia do trabalho doméstico somente à diferença de gênero, estabelecendo com isso uma diferenciação constitucionalmente inadmissível.

1. Com a garantia do dia do trabalho doméstico, deve ser dada à trabalhadora a oportunidade de realizar serviços domésticos no próprio lar, que só muito dificilmente poderiam ser realizados paralelamente à jornada profissional, especialmente os vultosos trabalhos de lavagem e limpeza. (...).

2. O encargo duplo da atividade profissional e serviço doméstico pode ser considerado também em relação aos homens. É o que vale principalmente para os solteiros, que cuidam sozinhos de suas próprias casas, já que a atividade profissional e a administração doméstica se concentram inevitavelmente em uma só pessoa. Desde que um trabalhador solteiro enfrente o encargo duplo de atividade profissional e serviço doméstico, não se justifica tratá-lo de maneira diferente do que uma trabalhadora solteira junto à concessão do dia de trabalho doméstico. Diferenças biológicas ou funcionais (referentes à divisão do trabalho) não marcam, neste caso, a situação a ser disciplinada de maneira tão decisiva, ao ponto de os elementos de comparação precisarem ser deixados completamente de lado e a regulamentação jurídica diferenciada não poder mais ser logicamente compreendida pelos conceitos “discriminações” e “favorecimentos”²⁶² (cf. BVerfGE 37, 217 [249] m.w.N.).

a) Não faz parte das peculiaridades condicionadas pelo gênero da mulher a execução do trabalho doméstico. Se, contudo, neste âmbito, se espera que tal atividade em primeira linha seja executada pela mulher, isso se deve tão somente à idéia tradicional de que cabe à mulher providenciar a execução total ou em grande parte do trabalho doméstico.

A regra até hoje vigente também não pode ser justificada por uma [suposta] menor produtividade da mulher. Neste ponto, não precisa ser perscrutado se, em geral, as mulheres têm menor resistência no que tange ao esforço físico e estão mais sujeitas a danos à saúde do que os homens. Em todo caso, não é objetivo do dia do trabalho doméstico compensar uma eventual constituição mais frágil da mulher. Isto é levado em conta, no que se refere às relações trabalhistas, pelas prescrições específicas de segurança do trabalho, previstas nos §§ 16 a 19 do Código da Jornada de Trabalho (*Arbeitszeitordnung*).

(...). Por meio da concessão do dia do trabalho doméstico, deve ser dado à trabalhadora onerada duplamente com profissão e trabalho doméstico uma oportunidade e tempo para tratar dos serviços mais pesados da casa, que tomam mais tempo do que o tempo

²⁶² Ou seja, no caso em pauta, como os elementos de diferenciação não podem ser deixados de lado, há de se falar, sim, logicamente, nos conceitos “discriminações” e “favorecimentos”. Trata-se, nesta passagem, de um clássico argumento “*e contrario*” do TCF.

respectivamente disponível após uma jornada regular de trabalho. A regra não se baseia nas diferentes produtividades do homem e da mulher no âmbito da vida trabalhista, como notadamente ocorre com as normas do Código da Jornada de Trabalho, tendo em vista seu contexto total, mas tão somente em uma avaliação do duplo encargo causado pela combinação entre atividade profissional e trabalho doméstico. Um trabalhador do sexo masculino que concomitantemente à vida profissional administre [sozinho] sua casa, pode ser, da mesma forma, atingido por esse encargo duplo. A quantidade do trabalho doméstico a ser executado não é menor quando ele é realizado por um homem ao invés que por uma mulher. Nestes termos, não pode ser fundamentada a concessão do dia do trabalho doméstico remunerado somente para mulheres com base nas diferenças biológicas existentes entre os sexos.

(...).

b) (...).

III.

O Tribunal Constitucional Federal não pode declarar a nulidade da prescrição do § 1 HATG NRW, mas deve limitar-se a verificar sua inconstitucionalidade, pois ao legislador abrem-se diferentes caminhos para estabelecer a igualdade exigida pela Constituição (cf. BVerfGE 25, 236 [252]).

38. BVERFGE 39, 334

(EXTREMISTENBESCHLUSS)

Controle concreto

22/05/1975

MATÉRIA:

Objeto do controle concreto²⁶³ foi o § 9 I, n° 2 da Lei do Funcionalismo Público de *Schleswig-Holstein* na redação de 10 de maio de 1971 (GVBl., p. 254), o qual em consonância com o § 4 I, n° 2 BRRG determinava que no funcionalismo público somente pode ser investido quem, entre outros, “oferecer a garantia de que em qualquer momento se engajará pela ordem fundamental democrática e livre na acepção da *Grundgesetz*.”

²⁶³ Síntese da matéria baseada em GRIMM / KIRCHHOF (1993: 416).

Segundo o Decreto sobre a Formação dos Juristas em *Schleswig-Holstein* (JAO) na redação, à época vigente, de 25 de maio de 1972 (GVBl., p. 91) o serviço de preparação de juristas (espécie de estágio mais rigoroso, onde os candidatos a *Volljurist* – jurista pleno – desempenham as principais funções, especialmente a magistratura) deveria ser feito exclusivamente na relação funcional pública de tempo determinado. No processo originário, tratava-se de uma ação de um candidato ao serviço de preparação, cujo pedido de admissão ao serviço de preparação jurídica do Estado de *Schleswig-Holstein* fora indeferido, entre outras razões, porque ele participara por diversas vezes, durante seu tempo estudantil, de eventos da “Célula Vermelha Direito”, uma associação que, segundo o entendimento da Secretaria de Justiça Estadual, tinha objetivos anticonstitucionais. O candidato promoveu uma ação junto ao Tribunal Administrativo de *Hannover*, que suspendeu o processo, apresentando ao TCF o dispositivo legal estadual sobre a obrigação de lealdade à Constituição (*Verfassungstreupflicht*) dos funcionários públicos, uma vez que ele feriria, a seu entendimento, o Art. 12 GG.

O TCF declarou o dispositivo mencionado da Lei Estadual do Funcionalismo Público como compatível com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de maio de 1975

- BvL 13/73 -

(...)

RAZÕES

A. I. – VI.; B. 1 – 3. (...)

C.

O § 9 I, nº 2 LBG é compatível com a *Grundgesetz* e também com o resto do direito federal.

I. – II. (...)

III.

1. – 2. (...).

3. Segundo o Art. 3 III GG, ninguém pode “ser prejudicado ou favorecido em razão de suas convicções políticas”. Desta forma, é formalizado o princípio geral de igualdade

do Art. 3 I GG, sendo proibida a utilização da convicção política como ponto de partida para a discriminação ou a concessão de privilégio. Isso, porém, não enfraquece o dever de lealdade do funcionário público enraizada na relação jurídica do funcionalismo para com o Estado, a qual tem as seguintes conseqüências:

Primeiramente, é inaceitável [que se entenda] a vedação do Art. 3 III GG como incidente somente sobre o mero “ter” uma convicção política, mas também sobre o expressar e agir conforme esta convicção política, pois expressar e agir segundo uma convicção política estão evidentemente assegurados por direitos fundamentais especiais, principalmente os direitos individuais de liberdade, que giram em torno de uma ação (portanto: Art. 2 I, 4, 5, 8, 9 GG). Estes contêm suas *próprias* descrições de seus limites, que não poderiam ser mantidos ou concretizados pelo legislador se o Art. 3 III GG não o permitisse.

A despeito disso, aquela proibição formal do Art. 3 III GG não vale de maneira absoluta. Deveria ser óbvio que não pode ser tido como inadmissível considerar, no momento da alocação de um professor em uma escola confessional, sua convicção religiosa, ou dar preferência a uma mulher para a profissão de diretor de uma escola para meninas, ou não contratar, então, um alemão, porque ele foi educado no exterior e não é fluente na língua alemã. Pode-se, com isso, fundamentar estes limites no fato de que o Art. 3 III GG (“por causa de”) proíbe somente o prejuízo ou o favorecimento intencionados, mas não uma vantagem ou desvantagem, que representem conseqüências de uma regra com propósito totalmente diferente deste, como, por exemplo, as normas de proteção às gestantes ou para proteção da ordem constitucional, dentre outras, ou que recorram à “natureza da matéria” (cf. BVerfGE 7, 155 [170]).

Finalmente, uma prescrição constitucional não pode ser interpretada isoladamente; ela deve, pelo contrário, ser interpretada a partir do contexto da Constituição (BVerfGE 19, 206 [220]; 30, 1 [19]; 33, 23 [29]). Colocado neste contexto, pode-se excluir por excelência a hipótese de que a mesma Constituição que constituiu a República Federal da Alemanha a partir da amarga experiência do destino que acometeu a democracia Weimariana como uma democracia aguerrida e capaz de se defender, tenha mandado entregar, com ajuda do Art. 3 III GG, esse Estado aos seus inimigos (cf. BVerfGE 30, 1 [20]; 28, 36 [49]; 13, 46 [49]).

4. (...).

IV.

1. – 2. (...).

A presente decisão foi, em sede de conclusão²⁶⁴, prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *v. Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*, *Hirsch*,
Dr. *Rinck*, Dr. *Rottmann*, *Wand*

Opinião discordante do Juiz *Seuffert* sobre a decisão (*Beschluss*)
do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

1. – 3. (...).

Seuffert

Opinião discordante do Juiz Dr. *Rupp* sobre a fundamentação da decisão (*Beschluss*)
do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

I. – III. (...)

Dr. *Rupp*

Opinião discordante do Juiz *Wand* sobre a decisão (*Beschluss*) do
Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

I. – III. (...)

Wand

²⁶⁴ A ressalva diz respeito às três opiniões divergentes abaixo indicadas, que se referiram, todavia, somente à fundamentação. Cf. a síntese das fundamentações das três opiniões em GRIMM / KIRCHHOF (1993: 437 s.).

39. BVERFG 8, 28

(BESOLDUNGSRECHT)

Controle concreto

11/06/1958

MATÉRIA²⁶⁵ :

O Superior Tribunal Estadual de *Nürnberg* apresentou ao TCF sua dúvida quanto à constitucionalidade da lei de mudança e complementação do **salário do funcionalismo público** (*Besoldungsrecht*) em face do Art. 3 I GG (igualdade), porque esta excluía do rol de contemplados por um aumento salarial de vinte por cento certas categorias de aposentados, como o autor da ação original (um funcionário dos correios do antigo Reich). Esta ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Estadual de *Nürnberg* por não ter seu autor direito segundo a nova lei.

A apresentação não foi admitida pelo TCF, em síntese, porque faltaria a relevância para a decisão do caso concreto, mesmo que a parte especificamente questionada do § 6º I da lei fosse declarada inconstitucional, pois uma vez suprimida uma parte do dispositivo, ele não seria estendido a grupos antes não contemplados, [porém mais restrito].

No mais, em sua fundamentação o TCF se distanciou – o que resta claro no excerto abaixo reproduzido – da decisão publicada em BVerfGE 6, 273, onde, em razão da matéria, pode-se chegar a conclusão de que, se o legislador tivesse observado o Art. 3 I GG, teria adotado o texto mais extenso, contemplando um partido político excluído de um benefício. No presente caso, não se excluiu apenas um grupo do benefício, mas se privilegiou, em desrespeito ao Art. 3 I GG, um grupo específico.

Como a Apresentação não foi admitida para o julgamento, o TCF não entrou no mérito da constitucionalidade do dispositivo questionado. A inadmissibilidade ficou, portanto, restrita à devida verificação da impossibilidade de questionar a exclusão de um privilégio por esse meio processual.

²⁶⁵ Cf. acima a **Decisão 2.**, porém com outra abordagem (relativa, especificamente, à questão da interpretação).

1. (...).
2. Se uma Lei de Vencimentos com propósito e conteúdo claros viola o Art. 3 I GG porque ela não contempla determinados grupos de servidores públicos, então um tribunal não pode reconhecer a um funcionário público o salário previsto naquela lei deste grupo [excluído] por meio de interpretação extensiva.
3. Se o legislador favorecer determinados grupos em violação ao Art. 3 I GG, o Tribunal Constitucional Federal pode declarar a nulidade do dispositivo que outorga o favorecimento ou verificar que a não contemplação de determinados grupos é inconstitucional. No entanto, ele não pode estender o favorecimento aos grupos excluídos, quando não se puder determinar com segurança que o legislador teria, em observância ao Art. 3 I GG, formulado uma tal regra.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 11 de junho de 1958

– 1 BvL 149/52 –

(...)

RAZÕES

A.

1. – 3. (...).

B.

A Apresentação Judicial não é admitida [as condições e pressupostos processuais não estão presentes].

1. – 2. (...).

a) (...).

b) (...).

O Tribunal Constitucional Federal em verdade declarou, junto ao exame de constitucionalidade de um decreto que concedia benefícios a apenas um grupo de partidos políticos, em violação do Art. 3 I GG, dada a sua redação restritiva, somente o dispositivo restritivo como nulo (BVerfGE 6, 273 *et seq.*), de modo que passaram a ser contemplados, a partir do teor restante do dispositivo, todos os partidos [também os antes excluídos]. Nesse caso, tratou-se, todavia, de uma especial situação de fato: Quando o legislador, violando o Art. 3 I GG, favorecer apenas um grupo de pessoas, o Tribunal Constitucional

Federal não poderá, em princípio, restabelecer a igualdade fixando ele mesmo, no lugar do legislador, um novo teor legal que abranja também os grupos de pessoas [antes] não contemplados. Nestes termos, o legislador poderia possivelmente desistir de toda e qualquer regra legal, se ele reconhecesse junto ao exercício de seu poder discricionário o alcance [na situação a ser regulamentada] do Art. 3 I GG. Uma decisão do Tribunal Constitucional Federal baseada no Art. 3 I GG deve preservar na medida do possível a liberdade de conformação do legislador. Isso é plenamente possível no caso de leis que onerem um determinado grupo de pessoas em desrespeito àquele direito fundamental, oportunidade em que o Tribunal Constitucional Federal declara a norma em questão como nula, deixando, destarte, ao legislador todas as novas possibilidades de conformação. Todavia, quando uma lei violar o Art. 3 I GG por meio do favorecimento de um certo grupo de pessoas, o Tribunal Constitucional Federal poderá declarar a nulidade do dispositivo favorecedor ou verificar que a não contemplação de determinados grupos – portanto a omissão do legislador – é inconstitucional. Em ambos os casos, o legislador poderia decidir de que modo ele, por meio de uma nova regra, iria observar o princípio da igualdade. Ao contrário, uma decisão que – como a decisão (*Beschluss*) de 21 de fevereiro de 1957 (BverfGE 6, 273 *et seq.*) – declarar a inconstitucionalidade de [somente] parte de um dispositivo é somente admissível quando o Tribunal Constitucional Federal pode com segurança reconhecer que o legislador, se tivesse observado o Art. 3 I GG, teria escolhido também a redação restante, ou seja, que teria estendido [o benefício da] a lei, sem alteração, a todos os grupos que deveriam ser contemplados segundo o Art. 3 I GG. Isto pôde ser deduzido naquela decisão. Tratou-se lá de um decreto junto ao qual era duvidoso afirmar se já a própria lei que lhe servira de fundamento quisera obrigar à contemplação de *todos* os partidos (*op. cit.*, p. 281). Especificamente, porém, o governo federal, que fora autorizado à edição do decreto, estabeleceu o tratamento diferenciado entre os partidos apenas por razões evidentemente formais, nomeadamente para a facilitação da execução técnica, mas não – segundo a natureza da matéria – para compreender um círculo limitado de partidos.

Tais ou semelhantes pressupostos não existem, entretanto, no presente caso. (...).

4. (...).

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 3 GG:

BLECKMANN, Albert. *Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1995.

EPINEY, Astrid. *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995.

HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, 1993.

KALLINA, Hans-Michael. *Willkürverbot und neue Formel: der Wandel der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG*. 2001.

SACHS, Michael. *Grenzen des Diskriminierungsverbots*, 1987.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 3 GG:

BVerfGE 4, 144 (155) – *Abgeordneten-Entschädigung*; 6, 84 (91) – *Sperrklausel*; 10, 59 (74 et seq.) – *Elterliche Gewalt*; 17, 1 (23) – *Waisenrente I*; 17, 122 (130 s.) – *Wiedergutmachung*; 37, 217 (249 et seq.) – *Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen*; 55, 72 (88 et seq.) – *Präklusion I*; 74, 9 (24, 28 et seq.) – *Arbeitsförderungsgesetz 1979*; 74, 182 (200) – *Einheitswerte I*; 75, 108 (157) – *Künstlersozialversicherungsgesetz*; 84, 239 (268 et seq.) – *Kapitalertragssteuer*; 85, 191 (206 et seq.) – *Nachtarbeitsverbot*; 87, 1 (36 s.) – *Trümmerfrauen*; 88, 87 (96 s.) – *Transsexuelle II*; 89, 276 (286) – *§ 611a BGB*; 92, 91 (109 et seq.) – *Feuerwehrrabgabe*; 93, 121 (134 et seq.) – *Einheitswerte II*; 99, 1 (8 et seq.) – *Bayerische Kommunalwahlen*; 101, 54 (101) – *Schuldrechtsanpassungsgesetz*; 105, 73 (110 et seq.) – *Pensionsbesteuerung*.

§ 11.

Liberdade de crença, consciência e confessional. Recusa da prestação do serviço militar de guerra (Art. 4 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 4° (*Liberdade de crença, consciência e confessional, Recusa da prestação do serviço militar de guerra*)

(1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.

(2) É garantido o livre exercício de religião.

(3) Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas.

40. BVERFGE 32, 98

(GESUNDBETER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

19/10/1971

MATÉRIA:

A esposa do reclamante faleceu, porque se recusou, por motivos religiosos, a receber uma transfusão de sangue. O reclamante professava a mesma fé de sua mulher. Por isso, deixou de persuadir a esposa a realizar a necessária transfusão, declarando ao médico que realizou o diagnóstico revelador da necessidade da transfusão que confiava em Deus e que eles fariam **orações pela saúde** (no entanto, o termo *Gesundbeter*, que alinha a decisão, designa aqueles que oram pela saúde). O reclamante foi condenado a uma pena pecuniária por omissão de socorro. Segundo a acusação, a

omissão de socorro consistia no fato de não ter persuadido a esposa a aceitar a prescrição médica, a fim de realizar a necessária transfusão de sangue. Em sua Reclamação Constitucional, alegou que a convicção religiosa comum a ele e a esposa falecida ordenava-lhes a se limitar às orações.

O TCF admitiu e julgou a Reclamação Constitucional procedente para o efeito de revogar a condenação penal. Em sua fundamentação, valeu-se da figura dogmática do “efeito de irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*) – comumente traduzido, assim como no caso da *Drittwirkung*, como “eficácia horizontal” – do direito fundamental à liberdade de crença do Art. 4 I GG. Ela foi utilizada para afastar a tipificação da conduta do reclamante como omissão de socorro. Como pressuposto da tomada de influência do direito fundamental do Art. 4 I GG na esfera penal (ou seja: da *Ausstrahlungswirkung*), o TCF também realizou, nessa decisão, uma importante contribuição para a concretização da área de proteção da liberdade de crença, distinguindo entre liberdade interna e externa de crença (cf. abaixo B. II. 2.).

Da eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental da liberdade de crença em relação a condenação por omissão de socorro (§ 330c StGB²⁶⁶).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 19 de outubro de 1971

- 1 BvR 387/65 -

(...)

RAZÕES

A. – I.

O reclamante pertence à associação religiosa “*Evangelischer Brüderverein*” (Irmandade Evangélica). Sua mulher era também membro dessa comunidade. Após o nascimento de seu quarto filho, a esposa, que sofria com uma grave anemia, se negou a submeter-se a tratamento hospitalar de recomendação médica e, principalmente, a permitir a realização de uma transfusão de sangue. Seu marido não procurou convencer sua mulher no sentido de fazer valer a recomendação médica. Um tratamento não foi [destarte] realizado. A mulher, que até o fim permanecera plenamente consciente, faleceu.

²⁶⁶ Segundo JÜRGEN SCHWABE (op. cit.), atualmente § 323c.

1. (...).

2. Na segunda audiência principal, o Tribunal Estadual de *Ulm* condenou o reclamante pelo crime de omissão de socorro, por meio de decisão (*Urteil*) prolatada a 14 de janeiro de 1965, ao pagamento de multa no valor de 200 marcos alemães (DM), alternativamente a 10 dias de prisão.

O Tribunal Estadual verificou os seguintes fatos: (...).

(...) o médico teria reconhecido que houvera perigo de vida, e recomendara tanto ao reclamante quanto à sua mulher a internação num hospital para que pudesse ser realizada uma transfusão de sangue. Ele deixara claro que, sem tal tratamento, ela poderia morrer. O reclamante disse, então, ao médico que sua mulher ficaria boa novamente sem tratamento hospitalar se fosse pedida ajuda a Deus e se houvesse grande fé; ambos seriam pessoas de fé, ensinadas a acreditar na palavra de Deus e nela confiar. Por isso, ele mesmo seria contra um tratamento hospitalar. Depois disso, falara com sua mulher e declarara que estaria deixando a ela a decisão. Se ela quisesse, ela poderia dirigir-se ao hospital. Na Assembléia [na igreja], todavia, ensinara-se um outro caminho, pois que se encontra na Sagrada Escritura: “Se alguém estiver doente, que chame os presbíteros da Igreja para que rezem por ele, e a oração feita com fé salvará o doente²⁶⁷”. Depois disso, a mulher do reclamante declarara, então, que recusava um tratamento hospitalar e pedira, assim, que fosse chamado um irmão de sua comunidade religiosa para que rezasse com eles. Pouco tempo depois, a esposa falecera.

(...).

II. – III.

B.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I.

O Tribunal Constitucional Federal não tem que, nos moldes da Reclamação Constitucional, examinar as decisões (*Urteile*) dos tribunais ordinários em toda a sua extensão em face de possíveis erros de aplicação jurídica (BVerfGE 7, 198 [207]; 17, 302 [304]; 18, 85 [92 *et seq.*]). No presente caso, deve-se examinar apenas se as decisões

²⁶⁷ Bíblia Sagrada, Tiago 5, 14.

impugnadas ignoraram, junto à interpretação e aplicação do dispositivo penal do § 330c StGB, os efeitos dos direitos fundamentais sobre esta norma.

II.

O exame das decisões impugnadas mostra que elas intervêm de modo inadmissível no direito fundamental do reclamante à liberdade de crença e de confissão religiosa (Art. 4 I GG).

1. (...).

2. Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto].

3. A liberdade de crença não é garantida ilimitadamente.

a) Em verdade, ela não está sujeita, nem ao limite do Art. 2 I GG, nem ao limite do Art. 5 II GG.

O Art. 4 I GG declara como invioláveis a liberdade de crença, de consciência e de confissão religiosa (cf. BVerfGE 12, 1 [4]). Ele é, em relação ao Art. 2 I GG, *lex specialis*. O entendimento de que a liberdade de crença seria limitada pelos direitos de outrem, pela ordem constitucional e a lei moral seria inconciliável com a relação de subsidiariedade

do Art. 2 I GG em face da especificidade dos direitos de liberdade individualmente considerados, tal qual reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal em jurisprudência consolidada (cf. entre outras: BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*], 20, 50 [55 s.] com maiores referências).

A liberdade de crença também não é limitada pelo Art. 5 II GG. Depõem contra essa tese já o teor e lócus [sistemático] do Art. 4 GG. (...).

b) A outorga de liberdade do Art. 4 I GG tem origem, como todos os direitos fundamentais, no conceito de ser humano da *Grundgesetz*, ou seja, no ser humano como personalidade autônoma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social. Esse vínculo social do indivíduo reconhecido pela *Grundgesetz* faz também com que direitos fundamentais que são garantidos sem reserva fiquem sujeitos a determinadas limitações mais externas. Todavia, os limites da liberdade de crença podem ser estabelecidos – assim como no caso da liberdade artística (cf. BVerfGE 30, 173 [193]) – tão somente pela própria Constituição. Porque a liberdade de crença [o dispositivo constitucional que a garante] não contém reserva em favor do legislador ordinário, não pode ser relativizada nem pela ordem jurídica em geral, nem por uma cláusula indeterminada, que, sem um ponto de partida constitucional e sem suficientes mecanismos da devida segurança jurídica [princípio Estado de direito], dão vazão a uma ameaça dos bens [jurídico-constitucionais] necessários à existência da comunidade político-estatal. Ao contrário, um conflito a ser avaliado no contexto da garantia de liberdade de crença deve ser solucionado segundo o ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e sob a observância da unidade desse sistema axiológico fundamental. Como parte desse sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade de crença corresponde ao mandamento de tolerância, com base especialmente na dignidade humana garantida no Art. 1 I GG, que, enquanto mais alto valor, domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; cf. também BVerfGE 30, 173 [193]).

Tais razões excluem a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa. A eficácia horizontal do direito fundamental garantido pelo Art. 4 I GG vem aqui na forma de axioma, que pode influenciar o tipo e a extensão da sanção estatal lícita. Para o direito penal, isto significa:

Quem, em dada situação concreta, em razão de sua convicção religiosa, se decide por um fazer ou não fazer pode entrar em conflito com os padrões morais dominantes

na sociedade e com os deveres jurídicos neles fundados. Se esse alguém, por meio de tal comportamento, de acordo com a interpretação tradicional, realizar uma conduta tipificada penalmente, deve-se perscrutar, à luz do Art. 4 I GG, se, de acordo com as circunstâncias especiais do caso, a aplicação da pena ainda corresponderia, por excelência, ao sentido da cominação penal estatal. Um tal acusado não se insurge contra a ordem jurídica estatal por carência de uma mentalidade cordata, em consonância com a ordem jurídica; também ele quer manter intacto o bem jurídico protegido pela ameaça da pena. Ele se vê, porém, em uma situação limite, na qual a ordem jurídica geral se encontra em conflito com o mandamento da fé pessoal, sentindo-se no dever de seguir, no caso, o mandamento mais elevado da fé. Ainda que esta decisão possa ser objetivamente condenável segundo conceitos axiológicos geralmente dominantes na sociedade, ela não chega a ser tão reprovável a ponto de justificar a utilização contra o acusado da arma mais poderosa disponível à sociedade, qual seja, do direito penal. A sanção criminal não é – independentemente de sua dimensão – sob nenhum aspecto (retribuição, prevenção, ressocialização do condenado) uma sanção adequada. O dever resultante do Art. 4 I GG de todo o Poder Público de respeitar a crença religiosa séria, nos mais amplos limites, deve ter como conseqüência o abrandamento do direito penal, toda vez que o conflito concreto – entre um dever jurídico existente segundo as convicções dominantes e um mandamento religioso – provocar, no acusado, uma tal aflição espiritual, que, em face da cominação penal, que o identifica como violador da lei, a sanção passe a representar uma reação social exagerada e, por isso, violadora de sua dignidade humana.

4. A aplicação destes critérios no caso particular tem como resultado que o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual ignoraram a eficácia horizontal do Art. 4 I GG no momento da interpretação e aplicação do § 330c StGB. Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa. (...).

(...).

5. (...).

6. Uma vez que as decisões impugnadas já violam o Art. 4 I GG, não há mais a necessidade de um exame segundo o parâmetro do Art. 2 I GG.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager,
Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Brox, Dr. Simon

41. BVERFGE 24, 236
(AKTION RUMPELKAMMER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/10/1968

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão conjunta sobre duas Reclamações Constitucionais. O primeiro reclamante era o “Movimento Católico da Juventude Rural”, uma associação organizada em todo o território federal alemão, mas não dotada de personalidade jurídica. Em 1965, a juventude católica promoveu em toda a Alemanha a assim alcunhada “**Campanha quarto de despejo**” (*Aktion Rumpelkammer*), que em suma coletava papel e pano velho para vendê-los a atacadistas. O dinheiro auferido pela venda era destinado à juventude rural de países pobres. A campanha foi amplamente anunciada dos púlpitos da igrejas.

O segundo reclamante era empresa de coleta de material velho que durante e graças à campanha da Igreja quase fora à bancarrota. Ajuizou uma ação cominatória contra a reclamante, que foi condenada a não preparar e anunciar sua campanha a partir dos púlpitos. O Tribunal Estadual de *Düsseldorf* fundamentou sua decisão com base na verificação da situação de concorrência entre a empresa e o movimento, concluindo que a propaganda feita no púlpito seria imoral ou desleal.

Enquanto o objeto da primeira Reclamação Constitucional era a decisão do Tribunal Estadual de *Düsseldorf* com o fundamento de que este violava os direitos fundamentais da reclamante derivados dos Art. 2 e 4 GG, o objeto da segunda era a possível Reclamação Constitucional da reclamante, uma espécie de Reclamação “conexa” preventiva, próxima da figura jurídico-processual brasileira do “Recurso Adesivo” (*Anschlussberufung* para a segunda instância e *Anschlussrevision* para a terceira instância).

O TCF julgou inadmissível a segunda Reclamação Constitucional ajuizada pela empresa que se sentia prejudicada pela Campanha do Movimento Católico. Ele o fez por dois motivos: primeiramente, porque o reclamante não teria alegado substancialmente a violação por órgão do poder público (no caso, pelo Tribunal Estadual de *Düsseldorf*) de direito fundamental seu (demonstrada por um prejuízo próprio, atual e imediato). Em segundo lugar,

não há a possibilidade de uma tal Reclamação conexa ou adesiva pelo simples fato de ser essa figura, própria do direito processual recursal, não aplicável no caso da Reclamação Constitucional que, conforme demonstrado no Capítulo de Introdução, não é recurso, mas ação extraordinária.

A primeira Reclamação Constitucional foi, por sua vez, admitida e julgada procedente. A decisão do Tribunal Estadual de *Düsseldorf* foi revogada e o processo devolvido para novo julgamento do feito.

1. O direito fundamental previsto no Art. 4 I e II GG cabe, não somente a igrejas e comunidades religiosas e ideológicas, mas também a associações que tenham por objetivo, não toda a vida religiosa, mas apenas o cuidado parcial da vida religiosa ou ideológica de seus membros.
2. O Art. 4 II GG garante também o direito de promover coletas em prol de propósitos eclesiais ou religiosos. O mesmo vale para uma ação de ajuda pontual no âmbito da vida religiosa habitual, como a propaganda realizada no púlpito.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de outubro de 1968
– 1 BvR 241/66 –**

no processo relativo à Reclamação Constitucional proposta pelo Movimento Católico da Juventude Rural (*Katholische Landjugendbewegung Deutschlands*) (...)

RAZÕES

I.

1. (...).

No início de 1965, a reclamante promoveu, em todo o território federal, a “Campanha Quarto de Despejo” (*Aktion Rumpelkammer*). Ela coletava roupas usadas, trapos e papel velho e vendia todo o material a atacadistas. Com isso, a reclamante alcançou rendimento de vários milhões de marcos alemães, que foi destinado à juventude rural em países subdesenvolvidos. Cada uma das ações foi por ela divulgada por meio de anúncios no púlpito das igrejas católicas e notas pela imprensa.

2. (...) o Tribunal Estadual condenou a reclamante a deixar de fazer a preparação de sua coleta de material usado em *Breitenbrunn*, por meio de propaganda realizada no púlpito. (...).

3. – 5.(...).**II.**

1. A Reclamação Constitucional do reclamante não é admitida. (...).

(...).

2. A Reclamação Constitucional da reclamante é admitida.

(...).

III.

A Reclamação Constitucional da reclamante é procedente. A decisão impugnada viola o direito fundamental da reclamante ao livre exercício religioso (Art. 4 II GG), porque ela não contemplou suficientemente, no momento da interpretação e aplicação do conceito “imoralidade” [no caso: “deslealdade”] da concorrência, a existência e alcance daquele direito fundamental.

1. (...).

2. a) O direito fundamental ao livre exercício da religião (Art. 4 II GG) está incluído no conceito de liberdade de crença e de confissão (Art. 4 I GG). Esse conceito abrange, pois, indiferentemente de se tratar de confissão religiosa ou de ideologia não religiosa ou desligada da religião, não apenas a liberdade interior de crer ou não crer, ou seja, de confessar uma fé, de mantê-la em segredo, de renunciar a uma crença anterior e dedicar-se a uma outra fé, mas também, da mesma forma, a liberdade das liturgias, de anunciar, de propaganda (BVerfGE 12, 1 [3 s.]). Neste ponto, o livre exercício da religião é apenas elemento da liberdade de crença e de confissão religiosa, que cabe tanto ao indivíduo como à associação religiosa ou filosófica (BVerfGE 19, 129 [132]). No mínimo desde a Constituição de Weimar, a liberdade de exercício da religião substancialmente emerge da liberdade de confissão religiosa (...).

Uma vez que o “exercício da religião” tem significado central para toda crença e toda confissão, esse conceito precisa ser, em face de seu conteúdo histórico, interpretado extensivamente. (...).

De acordo com sua interpretação extensiva, fazem parte do exercício da religião não somente os procedimentos litúrgicos e a prática e a observância dos usos religiosos, como culto religioso, coleta de contribuições, orações, recebimento dos sacramentos, procissão, hastear as bandeiras das igrejas e tocar os sinos, mas também a educação religiosa, festas laicas e atéias, bem como outras manifestações da vida religiosa e filosófica.

b) O direito fundamental previsto no Art. 4 I e II GG cabe não somente a igrejas e comunidades religiosas e filosóficas, mas também a associações que tenham por objetivo, não toda a vida religiosa, mas apenas o cuidado parcial da vida religiosa ou ideológica de seus membros. (...).

(...).

c) As coletas organizadas pela reclamante por motivos religiosos caritativos e o anúncio no púlpito por ela realizado fazem parte do exercício de religião garantido pelo Art. 4 II GG.

Junto à avaliação do que no caso concreto deva ser tratado como exercício de religião e ideologia, não pode deixar de ser considerado como as organizações religiosas e filosóficas vêm a si próprias (auto-entendimento). É certo que o Estado laico tenha, em princípio, que interpretar os conceitos constitucionais a partir de aspectos neutros, universais, válidos abstratamente e não vinculados confessional ou ideologicamente (BVerfGE 10, 59 [84 s.]; 12, 45 [54]; 19, 1 [8]; 19, 226 [238 *et seq.*]; 19, 268 [278 *et seq.*]). Porém, numa sociedade pluralista, onde a ordem jurídica pressupõe justamente o auto-entendimento religioso e ideológico, como ocorre com a liberdade de culto, o Estado violaria a autonomia e auto-suficiência das igrejas e das organizações religiosas e filosóficas em sua própria esfera, garantidas pela *Grundgesetz*, se ele não considerasse, na interpretação do exercício da religião resultante de uma determinada confissão religiosa ou ideologia (BVerfGE 18, 385 [386 s.]), o seu [respectivo] auto-entendimento.

Com base no auto-entendimento das igrejas católica e evangélica, o exercício da religião abrange não apenas o campo da fé e do culto religioso, como também a liberdade para o desdobramento e, tomando influência no mundo [real], o que corresponde às suas tarefas religiosas e diaconais (...).

(...).

d) (...).

Irrelevante para a análise da “ação quarto de despejo” como atividade de exercício religioso é, ainda, a afirmação de que, em razão das coletas beneficentes, 90% dos coletores de material usado teriam sido obrigados a encerrar suas atividades [em razão da concorrência por assim dizer “desleal” dos coletores voluntários]. Sem levar em conta que, segundo a avaliação do Tribunal Estadual considerada, aqui abalizada pelo Tribunal Constitucional Federal, a coleta realizada pela reclamante era permitida no volume por ela praticado e que não se sabe se a diminuição da atividade econômica da coleta de pano velho não se deva a alterações estruturais macro-econômicas, [mesmo assim, mesmo se

fosse o caso] uma modificação na estrutura deste ramo empresarial precisaria ser tolerada como conseqüência inevitável das coletas beneficentes. Um direito subjetivo constitucional do empresário à preservação do volume de negócios e à salvaguarda de demais possibilidades lucrativas não existe na economia de livre concorrência.

e) Se a coleta realizada pela reclamante fosse, assim, parte do exercício de religião assegurado pelo Art. 4 II GG, o Tribunal Estadual precisaria ter observado também a eficácia horizontal desse direito fundamental sobre o julgamento da propaganda realizada no púlpito como constituindo “concorrência desleal”²⁶⁸ (*“Sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung”*).

(...). Junto à interpretação do conceito de “contrariedade aos bons costumes” (*“Sittenwidrigkeit”*) [da dogmática brasileira representado pelo adjetivo “desleal”] do ato de concorrência, o Tribunal Estadual precisaria ter, portanto, avaliado o tipo especial de concorrência entre um empresário e um “concorrente” que age no contexto do exercício religioso a partir do bem jurídico de maior valor, qual seja: o do livre exercício da religião, não podendo julgar os fatos verificados como concorrência desleal. Revoga-se a decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual no que se refere à condenação da reclamante (§ 95 II BVerfGG).

2. (...).

3. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, o Juiz Dr. Böhmer está doente
(Dr. Müller), Dr. Brox, Dr. Zeidler.

42. BVERFGE 33, 23

(EIDESVERWEIGERUNG AUS GLAUBENSGRÜNDEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

11/04/1972

MATÉRIA:

O reclamante foi condenado pelo Tribunal Estadual de *Düsseldorf* a uma pena pecuniária prevista na lei processual penal alemã (§ 70 I StPO) por ter se recusado, enquanto testemunha, a prestar juramento. A **recusa de prestação de juramento** teve **motivação religiosa** (daí a alcunha da decisão: *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*). Por isso, ajuizou sua Reclamação Constitucional alegando violação do Art. 4 I GG.

²⁶⁸ Se o tivesse feito, a conclusão seria o afastamento desta subsunção típica, ou seja, a conduta não configuraria concorrência desleal.

O TCF julgou, em decisão não unânime (5:2), procedente a Reclamação: considerou que faz parte da área de proteção do direito fundamental de crença e consciência também o agir de acordo com as regras estabelecidas pela religião, por mais exóticas que sejam. Como se trata de um direito fundamental outorgado sem reserva, a intervenção consubstanciada na aplicação da pena só poderia ser justificada com base na proteção de um bem jurídico constitucional atingido concretamente no caso pelo exercício da liberdade religiosa. Não é o caso: por trás do propósito da regra processual (reforçar o compromisso de verdade de depoimentos testemunhais) não se encontra um bem jurídico com essa dignidade. No mais, na interpretação e aplicação do § 70 I StPO qualquer juízo ou tribunal deveria trazer à pauta o parâmetro do Art. 4 I GG (eficácia horizontal). Como isso não ocorreu, os tribunais do feito violaram a liberdade de crença e consciência do reclamante.

Os autos do processo tiveram que retornar ao Superior Tribunal de *Düsseldorf* para nova decisão sobre as custas processuais. O Estado de *Nordrhein-Westfalen* foi condenado ao pagamento das custas processuais, por ter tido a Reclamação Constitucional êxito.

1. O juramento prestado sem a invocação de Deus não tem, segundo a concepção do constituinte, nenhuma base religiosa ou, de um outro modo, transcendente.
2. Uma convicção de fé que rejeite, por motivos religiosos, também o juramento de testemunha prestado sem a invocação de Deus é protegida pelo Art. 4 I GG.
3. O § 70 I StPO [Código de Processo Penal] deve ser interpretado conforme a Constituição no sentido de se considerar também o direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG como motivo legal, que autoriza à recusa da prestação de juramento.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 1º de abril de 1972

- 2 BvR 75/71 -

(...)

RAZÕES

A. - I.

Em uma ação penal movida perante o Tribunal Estadual de *Düsseldorf*, o reclamante, um pastor evangélico, depusera como testemunha. Apelando ao seu direito fundamental de liberdade de crença e de consciência, recusou-se a prestar o juramento de testemunha,

uma vez que, segundo as palavras de Cristo no Sermão da Montanha (Mateus 5, 33-37), todo juramento lhe seria proibido. Pela decisão (*Beschluss*) de 18 de outubro de 1965, o Tribunal Estadual de *Düsseldorf*, considerando o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV da Constituição do Reich Alemão de 11 de agosto de 1919 (WRW), declarou injustificada a recusa à prestação do juramento e condenou o reclamante, conforme § 70 I StPO, à pena pecuniária de 20 marcos alemães (20 DM), alternativamente a dois dias de prisão, bem como ao pagamento das despesas causadas pela recusa.

O Superior Tribunal Estadual de *Düsseldorf* rejeitou a reclamação ordinária (*Beschwerde*) interposta contra essa decisão: (...).

II.

O reclamante, por meio da Reclamação Constitucional, volta-se contra as decisões do Tribunal Estadual e do Superior Tribunal Estadual de *Düsseldorf* alega a violação de seu direito fundamental, garantido pelo Art. 4 I GG, de liberdade de crença e de consciência. (...).

III.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

Ainda que o juramento de testemunha, quando prestado sem a invocação de Deus conforme o § 66c II StGB, seja, segundo a ordem axiológica da *Grundgesetz*, uma corroboração inteiramente secular da veracidade de um testemunho, sem base religiosa ou de outro modo transcendente, a convicção religiosa oposta do reclamante é, apesar disso, protegida pelo Art. 4 I GG. O reclamante tinha, pois, o direito de se recusar à prestação do juramento. Ele não podia ser prejudicado, estando no exercício de seu direito fundamental, com a condenação a uma pena pecuniária e ao pagamento das despesas causadas.

I.

(...)

II.

O reclamante é protegido pelo direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG, em sua convicção religiosa, que não permite sua avaliação pela Constituição e

pela lei ordinária, considerando o atual juramento, mesmo em sua forma laica, ainda como uma ação de base religiosa, proibida por Deus segundo o teor do Sermão da Montanha. Ele não se recusa a prestar o juramento de testemunha sem “motivo legal” nos termos do § 70 I StPO, não podendo, portanto, nem mesmo indiretamente por meio da imposição de pena administrativa (*Ordnungsstrafe*), ser impedido de comportar-se segundo os mandamentos de sua fé.

1. A liberdade de crença, conforme o Art. 4 I GG, garante ao indivíduo um espaço jurídico no qual está em posição de estabelecer o estilo de vida correspondente à sua convicção (BVerfGE 12, 1 [3]). Disto faz parte, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma fé, mas também o direito do indivíduo de orientar todo o seu comportamento segundo os ensinamentos da sua crença, agindo segundo sua convicção religiosa íntima (BVerfGE 32, 98 [106]). Do mandamento endereçado ao Estado de neutralidade ideológica e religiosa (BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]) e do princípio da paridade das igrejas e confissões religiosas (BVerfGE 19, 1 [8]; 24, 236 [246]) depreende-se que a representatividade ou a relevância social de uma determinada atitude religiosa não faz diferença. Como expressão específica da dignidade humana garantida pelo Art. 1 I GG, o Art. 4 I GG protege justamente também a convicção religiosa mais rara, que se distancie dos ensinamentos das igrejas e das comunidades religiosas. Ao Estado é defeso privilegiar determinadas confissões religiosas (BVerfGE 19, 206 [216]) ou avaliar a crença ou não-crença de seus cidadãos (BVerfGE 12, 1 [4]).

O direito de liberdade de crença assegurado pela *Grundgesetz* não é relativizado nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada de ponderação de bens jurídicos. Seus limites podem ser estabelecidos somente pela própria Constituição, isto é, de acordo com a ordem axiológica constitucional e levando em conta a unidade do sistema axiológico fundamental (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 93 [108]). Especialmente a estreita relação entre a liberdade de crença e a dignidade humana, enquanto mais alto valor do sistema dos direitos fundamentais, exclui a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa (BVerfGE 32, 98 [108]). Característico de um Estado que tem a dignidade humana como o mais alto valor constitucional e que garante a liberdade de consciência e de crença sem reserva legal, e do qual o titular jamais poderá ser abstratamente privado (*“unverwirkbar”*), é, pelo contrário, que ele permita também

às minorias (*Außenseiter und Sektierern*) o livre desenvolvimento de sua personalidade segundo suas convicções religiosas subjetivas, desde que estas não entrem [até o ponto em que não entrem] em contradição com outros valores da *Grundgesetz* e que não decorram prejuízos sensíveis para a coletividade e direitos fundamentais de terceiros de seu comportamento.

2. a) O reclamante nega-se, em razão de convicção religiosa própria baseada na Bíblia, a prestar o juramento de testemunha. Ele alega que, segundo o seu conhecimento religioso, todo juramento é proibido pela palavra divina. Já o ato de jurar como tal representa, do seu ponto de vista, um auto-amaldiçoamento, ligado a idéias de magia, no caso de quebra do juramento, o que é incompatível com a doutrina cristã. Esta conduta religiosa encontra um certo respaldo no texto bíblico (Mateus 5, 33-37), sendo defendida por um segmento da nova teologia (referências em *Hildburg Bethke*. “Eid, Gewissen, Treuepflicht” – “Juramento, consciência, dever de lealdade” [1965], especialmente *Gollwitzer*, p. 7; *Fürst*, p. 68 *et seq.*; *Bauernfeind*, p. 79 *et seq.*). Já só por isso, ela [tal conduta religiosa] não pode deixar de ser considerada com base no Art. 4 I GG. É vedado ao Estado avaliar tais convicções religiosas de seus cidadãos ou mesmo [principalmente] as classificar como “certas” ou “erradas”.

b) A recusa de prestar o juramento pelo reclamante deixa o âmbito da crença interior por princípio fechada ao acesso estatal e entra em conflito com um dever, o qual a comunidade estatal impõe, em princípio, a todos os cidadãos no interesse da eficaz administração da Justiça. O legislador vê no juramento de testemunha, especialmente no processo penal, como meio indispensável, em regra, para encontrar a verdade, pressupondo, portanto, ao contrário de outras leis processuais (cf., por exemplo, § 391 ZPO), o princípio da prestação obrigatória do juramento.

Mesmo que aqui o direito infraconstitucional, em si considerado, exija do reclamante a prestação do juramento de testemunha, seu direito fundamental superior de poder, de acordo com seu reconhecimento religioso, recusar-se ao juramento e de não ser indiretamente – por meio de uma pena – compelido a um fazer que contrarie esse seu reconhecimento [religioso], não está submetido a nenhuma limitação derivada do sistema axiológico da própria *Grundgesetz*²⁶⁹.

²⁶⁹ Limite do chamado hodiernamente de “direito constitucional de colisão” (*kollidierendes Verfassungsrecht*).

Tal limitação não é, principalmente, uma consequência do Art. 136 WRW c.c. Art. 140 GG. A relação entre esse dispositivo da Constituição de Weimar recepcionada na *Grundgesetz* e o direito fundamental da liberdade de crença não justifica a interpretação “a contrario” do Art. 136 IV WRW, realizada pela decisão ora impugnada do Superior Tribunal Estadual, no sentido de que todos podem ser coagidos, pelas leis vigentes, à prestação do juramento em sua forma não religiosa. O constituinte desligou a liberdade de crença e de consciência do artigo da Constituição de Weimar relativo à Igreja, acolhendo-o sem reserva legal diretamente no rol de direitos fundamentais vinculantes encontrado no topo da Constituição (cf. BVerfGE 19, 206 [219 s.]; 24, 236 [246]). O Art. 136 WRW deve ser, por isso, interpretado à luz da, em comparação com a anterior (cf. Art. 135 WRV), consideravelmente ampliada abrangência do direito fundamental à liberdade de crença e de consciência. Ele foi superado pelo significado e pelo peso intrínseco do Art. 4 I GG no contexto da ordem constitucional da *Grundgesetz* (cf. também *Herzog*, em: *Maunz, Dürig, Herzog, Grundgesetz*, Art. 4, nota marginal 117; *Bahlmann, Der Eidzwang als verfassungsrechtliches Problem* – “A obrigação de juramento como problema constitucional”, Escrito em homenagem a Adolf Arndt, p. 37 [47 *et seq.*]). Que obrigações civis podem ser impostas com poder coercitivo estatal na acepção do Art. 136 I WRW em face do direito de liberdade do Art. 4 I GG, só pode ser verificado sob o domínio da *Grundgesetz* segundo o padrão da decisão axiológica [constitucional] encerrada no Art. 4 I GG.

Um obstáculo de natureza sistemático-constitucional que restrinja o âmbito da garantia do Art. 4 I GG, que exclua a aceitação [da justificativa] da escolha religiosa do reclamante no caso [da recusa] da [prestação] do juramento de testemunha, não pode ser depreendido também do fato de os Art. 56 e 64 II GG obrigarem o Presidente Federal e outros órgãos constitucionais a prestar um juramento oficial (*Amtseid*). Tais obrigações surgem a partir da decisão voluntária de aceitar a eleição para a investidura de um órgão constitucional, na qual o Estado é, de modo acentuado, diretamente representado, e, por isso, pressupõe, em princípio, a total identificação do eleito com os valores estabelecidos na Constituição. Ao contrário, todo indivíduo é obrigado a depor perante um juízo [ou tribunal] como testemunha e, de acordo com a lei, jurar dizer a verdade em seu depoimento. A obrigação de prestar juramento pode ser imposta com os meios de coação previstos na lei (cf. § 70 StPO e § 390 ZPO). Em todos os casos nos quais um tribunal determina a prestação do juramento por uma testemunha que se recusa a fazê-lo por motivos religiosos, surge um conflito que o cidadão em questão não pode evitar. Essa

diferença fundamental entre o juramento de testemunha e o juramento oficial já exclui a possibilidade de tratar de maneira igual ambas as formas de juramento (...).

c) O reclamante pode exigir, com fulcro no Art. 4 I GG, que seja liberado da obrigação altamente pessoal de juramento, porque sua convicção religiosa proíbe esta ação. Outros interesses coletivos com *status* constitucional ou direitos fundamentais de terceiros não serão, por isso, feridos.

(...).

O interesse da comunidade estatal numa funcional administração da Justiça que tem seu lugar no sistema axiológico da *Grundgesetz* (cf. Art. 92 GG) e que - uma vez que toda atividade jurisdicional serve, em última instância, à proteção dos direitos fundamentais, não deve ser pouco valorizada - não é atingido pela aceitação, no caso concreto, de uma decisão baseada na fé que vai de encontro à admissibilidade do juramento. O reforço da veracidade de um depoimento testemunhal, tida pelo legislador como meio indispensável da instrução probatória, não precisa ser necessariamente alcançado justamente na forma de um juramento, com a utilização da palavra “jurar”²⁷⁰

(...).

(...).

3. (...).

Na medida em que o legislador não regulou a autorização para a recusa do juramento de testemunha por motivos religiosos de forma a corresponder com o Art. 4 I GG, manifesta o direito fundamental seu efeito direto e, se necessário, corretivo no direito processual penal vigente (cf. BGHSt – 19, 323 [330]). Assim, o § 70 I StPO deve ser interpretado conforme a Constituição para o efeito de se considerar como “razão legal”, que autoriza à recusa da prestação de juramento, não somente os casos enumerados pelo Código de Processo Penal (§§ 60 ao 63 e 66e StPO), mas também que, no caso concreto, o direito fundamental do Art. 4 I GG dispensa da obrigação de jurar em um depoimento (cf. BVerfGE 25, 296 [305] sobre um direito de recusa de prestar testemunho derivado diretamente do Art. 5 I GG). (...).

(...).

²⁷⁰ J. SCHWABE (*op. cit.*, p. 132) anotou neste ponto: “Hoje §§ 66d, 155 StGB”.

III.

(...)

IV.

A presente decisão foi prolatada com 5 votos a 2.

(*ass.*) *Seuffert, Dr. v. Schlabrendorff, Dr. Rupp, Hirsch,*
Dr. Rinck, Dr. Rottmann, Dr. Wand

Opinião discordante do Juiz Dr. *v. Schlabrendorff* sobre a decisão do
Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal de 11 de abril de 1972

- 2 BvR 75/71 -

No que tange à questão da recusa de prestação de juramento por testemunha, não
consegui anuir à decisão a que chegou a maioria do Senado. Minha opinião divergente
baseia-se nos seguintes pontos:

1. – 6. (...).

Eu sintetizo: A [necessidade de] proteção da coletividade é mais elevada do que o
pequeno ônus sofrido pela convicção defendida pelo reclamante.

(*ass.*) Dr. *v. Schlabrendorff*

43. BVERFGE 93, 1

(KRUZIFIX)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo

(indiretamente)

16/05/1995

MATÉRIA:

Segundo o claro teor do § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola
Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO)
“em toda sala de aula deve ser colocado um **crucifixo**” (*Kruzifix*). Por ocasião
da iniciação escolar (1^a. Série) da Reclamante nº 3, havia em sua sala de
aula um crucifixo completo (cruz e corpo de cristo) de 80 cm de
comprimento por 60 cm de largura, colocado logo acima e ao meio do

quadro negro. Após muitas discussões entre os pais da Reclamante e a Administração da escola, estes chegaram a um acordo provisório: troca do crucifixo com corpo por uma cruz sem corpo de tamanho menor colada lateralmente, acima da porta de entrada. Com a iniciação dos dois filhos menores e troca de ano o conflito veio novamente à tona.

Os pais das crianças (Reclamantes 3 a 5) ajuizaram, no mês de fevereiro de 1991, em nome próprio e em nome de seus filhos, uma ação contra o Estado da Baviera requerendo a retirada dos crucifixos, com pedido de medida liminar. Com base no supra citado § 13 I 3 VSO, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar. Em sua fundamentação lê-se, entre outros, que pela colocação de cruces em salas de aula não teriam sido violados nem o direito dos pais de educar os filhos nem os direitos fundamentais dos filhos. O § 13 I 3 VSO não teria o objetivo de fazer da cruz um instrumento de ensino ou objeto da aula geral. A cruz serviria tão somente a apoiar os pais junto à educação religiosa de seus filhos, o que não seria problemático do ponto de vista constitucional. Os limites do quadro constitucionalmente permitido de elementos ideológico-religiosos na educação escolar não teriam sido ultrapassados. O princípio da não identificação religiosa no ambiente estudantil requer observância diferente do que ocorreria “no âmbito puramente secular”, porque na área da educação as idéias ideológico-religiosas teriam mais significado do que nunca. O conflito entre a liberdade religiosa negativa (dos alunos reclamantes) e positiva (dos demais alunos) precisaria ser solucionado em observância do mandamento de tolerância e segundo o princípio da concordância. Por isso, os reclamantes não poderiam exigir que sua liberdade negativa de confissão religiosa tivesse uma prevalência absoluta em relação à liberdade positiva de confissão religiosa daqueles estudantes que foram educados em um determinado contexto confessional e que querem praticá-lo na escola. Ao contrário, poderia ser esperado dos reclamantes tolerância e respeito em relação às convicções religiosas dos outros, quando, na escola, se confrontarem com seu exercício religioso.

A Reclamação ordinária (*Beschwerde*) dos reclamantes, interposta junto à Corte (Superior) Administrativa do Estado da Baviera, não foi provida. Faltariam tanto a ameaça de dano irreversível (*periculum in mora*) quanto reais chances de êxito da ação principal.

A Reclamação Constitucional foi ajuizada pelos pais dos alunos e pelos próprios alunos contra as decisões dos tribunais administrativos. Elas foram julgadas procedentes. Houve, entretanto, três opiniões divergentes (uma das quais, da Juíza *Haas*, divergente também da opinião minoritária com a publicação de seu segundo voto, cf. abaixo). As decisões impugnadas ferem, segundo o TCF (ou a maioria do Primeiro Senado), os direitos fundamentais dos reclamantes 1 e 2 do Art. 4 I; 6 II 1 GG, além do Art. 19 IV GG, por ter a Corte (Superior) Administrativa negado a causa do pedido liminar. Os principais fundamentos foram reproduzidos abaixo.

1. A colocação de uma cruz ou crucifixo nas salas de aula de uma escola pública de ensino obrigatório, que não é escola confessional, fere o Art. 4 I GG.
2. O § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental da Baviera é incompatível com o Art. 4 I GG e nulo.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995
– 1BvR 1087/91 –**

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à colocação de cruzes ou crucifixos nas salas de aula.

I.

1. Segundo o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) de 21 de junho de 1983 (GVBl., p. 597), deve ser colocada uma cruz em cada sala de aula das escolas fundamentais públicas. (...).
2. – 3. (...).

II. – III. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

C.

A Reclamação Constitucional é procedente. (...)

I.

(...)

II.

As decisões impugnadas ofendem (também) os direitos fundamentais dos Art. 4 I c.c. 6 II 1 GG, dos reclamantes 1 e 2 e o direito fundamental do Art. 4 I GG, dos reclamantes 4, 5 e 6. Elas se baseiam no § 13 I 3 VSO, que, por sua vez, é incompatível com a *Grundgesetz* e nulo.

1. O Art. 4 I GG, protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. O Art. 4 I GG, deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos. Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença, aos atos nos quais esta se manifesta, e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta. Por essa razão, o Art. 4 I GG revela sua eficácia assecuratória de liberdade justamente em áreas da vida não deixadas à auto-organização social, mas que são tomadas, por precaução, pelo Estado (BVerfGE 41, 29 [49]). Isso leva também em conta o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV, o qual proíbe expressamente que alguém seja coagido à participação em atividades religiosas.

O Art. 4 I GG não se limita, porém, a impedir que o Estado se imiscua nas convicções, atos e manifestações religiosas do indivíduo ou de comunidades religiosas. Ele lhe impõe, antes, também o dever de lhes garantir uma gama de atividades, na qual a personalidade pode se desenvolver em seu âmbito ideológico e religioso (cf. BVerfGE 41, 29 [49]), e de lhes proteger contra ataques ou obstáculos perpetrados por seguidores de outras orientações religiosas ou de grupos religiosos concorrentes. O Art. 4 I GG não

fornece ao indivíduo e às comunidades religiosas, entretanto, uma pretensão ao auxílio estatal para a expressão de sua convicção religiosa. Pelo contrário, do Art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às diferentes religiões e confissões. O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro nas questões religiosas. Ele não pode, por isso, ameaçar a paz religiosa da sociedade. Esse mandamento encontra seu fundamento não apenas no Art. 4 I GG, mas também no Art. 3 III, Art. 33 I, assim como no Art. 140 GG c.c. Art. 136 I e IV e Art. 137 I WRV. Tais dispositivos não admitem a introdução de formas jurídicas religiosas estatais e proibem que se privilegie determinadas confissões assim como a exclusão de outros crentes (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; jurisprudência consolidada). Isto não se dá em razão da representatividade numérica ou da relevância social de uma crença (ver BVerfGE 32, 98 [106]). O Estado tem que, pelo contrário, observar um tal tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas que seja orientado pelo princípio da igualdade (cf. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Também naqueles casos em que o Estado colabora com tais comunidades ou as incentiva, não pode haver identificação com determinadas comunidades religiosas (cf. BVerfGE 30, 415 [422]).

O Art. 4 I GG abrange, associado ao Art. 6 II 1 GG, o qual garante aos pais o cuidado com a educação de seus filhos como direito natural, também o direito à educação dos filhos em seus aspectos religioso e ideológico. É assunto dos pais a transmissão aos seus filhos daquelas convicções relativas a questões religiosas ou ideológicas que consideram como sendo corretas (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]). A isso corresponde o direito de manter a criança afastada de convicções religiosas que lhes parecerem equivocadas ou lesivas.

2. O § 13 I 3 VSO intervém nesse direito fundamental, assim como as decisões impugnadas, as quais se baseiam naquela regra.

a) O § 13 I 3 VSO prescreve a colocação de cruzes em todas as salas de aula das escolas fundamentais da Baviera. O conceito de cruz abrange, segundo a interpretação dos tribunais do processo originário [de conhecimento], a cruz com e sem o corpo de Cristo. No exame da norma deve-se incluir, por isso, ambos os significados. Os reclamantes requereram no seu pedido de medida liminar, em verdade, somente a retirada de crucifixos. O Tribunal Administrativo admitiu expressamente, contudo, que ali também poderiam

ser consideradas as cruzes sem o corpo de Cristo, e julgou improcedente o pedido também nesse sentido mais amplo.

Aliada à obrigação escolar geral, as cruzes nas salas de aula fazem com que os estudantes, durante as aulas, em razão da vontade do Estado, [sempre] se deparem com este símbolo, sem que tenham a possibilidade de evitar a confrontação com um símbolo [de religião da qual não são adeptos], sendo obrigados destarte a estudar [por assim dizer] “sob a cruz”. Por isso, a colocação de cruzes nas salas de aula é diferente da confrontação freqüente no dia a dia com símbolos religiosos das mais variadas orientações religiosas. De um lado, esse tipo de confrontação [ora mencionado] não é provocado pelo Estado, mas conseqüência da propagação de diferentes convicções e comunidades religiosas na sociedade. De outro lado, esse tipo de confrontação não encerra o mesmo grau de inevitabilidade. Ainda que o indivíduo não tenha controle sobre se encontrará símbolos ou manifestações nas ruas, no transporte público ou ao entrar em prédios, trata-se, porém, em regra, de encontros fugazes, e, mesmo no caso de uma confrontação mais longa, esta não se baseia em uma coerção imponible, em caso de necessidade, por meio de sanções.

Em razão da duração e da intensidade, o efeito das cruzes nas salas de aula é ainda maior que o seu efeito nas salas de tribunal. Já em relação à coerção de participar de uma lide sob a cruz, contrariando convicções religiosas ou ideológicas pessoais, o Tribunal Constitucional Federal vislumbrou uma intervenção na liberdade de crença de um litigante judeu, que enxergava ali uma identificação do Estado com a fé cristã (cf. BVerfGE 35, 366 [375]).

(...).

b) A cruz é símbolo de uma determinada convicção religiosa e não apenas uma expressão da cultura ocidental co-marcada pelo Cristianismo.

As muitas tradições cristãs por séculos acabaram mesmo entrando nos fundamentos culturais gerais da sociedade, dos quais também os opositores do Cristianismo e os críticos de sua herança histórica não podem se desvencilhar. Destes devem ser distinguidos, porém, os conteúdos específicos da religião cristã ou mesmo de uma determinada confissão cristã, incluindo sua realização litúrgica e representação simbólica. Uma confissão estatal destes conteúdos religiosos, à qual também terceiros por meio de contatos com o Estado sejam expostos, atinge a liberdade de crença. Desta tese o Tribunal Constitucional Federal partiu na decisão sobre a constitucionalidade das escolas mistas com características cristãs, no modo tradicional vigente em *Baden*, quando verificou que a afirmação permitida do

Cristianismo se refere, em primeiro lugar, ao reconhecimento do marcante fator educacional e cultural, como ele foi constituído na história ocidental, mas aos postulados de fé da religião cristã. Apenas com uma tal limitação, essa afirmação é legitimada pelo prosseguimento de fatos históricos (cf. BVerfGE 41, 29 [52]) também em relação aos não cristãos.

A cruz representa, como desde sempre, um símbolo religioso específico do Cristianismo. Ela é exatamente seu símbolo por excelência. Ela é a representação plástica da redenção da humanidade do pecado original levada a termo no sacrifício e morte de Cristo, ao mesmo tempo em que representa também a vitória de Cristo sobre Satã e a morte, bem como seu reinado sobre a Terra, sofrimento e triunfo em um só ato (cf. o verbete “cruz” em: *Höfner / Rahner* (Org.), *Lexikon für Theologie und Kirche* – “Léxico de Teologia e Igreja, 2. ed., 1961, v. 6, p. 605 *et seq.*; *Fahlbusch* e outros (Org.), *Evangelisches Kirchenlexikon* – “Léxico da Igreja Evangélica”, 3. ed., 1989, v. 2, p. 1462 *et seq.*). Para os fiéis cristãos, a cruz é, por isso, de modos diversos, objeto de reverência e de devoção. A decoração de uma construção ou de uma sala com uma cruz é entendida até hoje como alta confissão do proprietário para com a fé cristã. Para os não cristãos ou ateus, a cruz se torna, justamente em razão de seu significado, que o Cristianismo lhe deu e que teve durante a História, a expressão simbólica de determinadas convicções religiosas e o símbolo de sua propagação missionária. Seria uma profanação da cruz, contrária ao auto-entendimento do Cristianismo e das igrejas cristãs, se se quisesse nela enxergar, como nas decisões impugnadas, somente uma expressão da tradição ocidental ou como símbolo de culto sem específica referência religiosa. A base religiosa da cruz torna-se também clara a partir do contexto do § 13 I VSO.

c) O impacto da cruz sobre os alunos também não pode ser negado, como fizeram as decisões impugnadas.

Ainda que seja correto dizer que a colocação de uma cruz na sala de aula não implica em coação à identificação ou a determinados testemunhos e de modos de comportamento, tampouco tem como conseqüência que a aula das disciplinas laicas seja marcada pela cruz ou que seja orientada aos seus postulados religiosos simbólicos ou exigências comportamentais. As possibilidades de impacto da cruz, porém, não se esgotam aí. A educação escolar não serve apenas ao aprendizado de técnicas racionais fundamentais ou ao desenvolvimento de capacidades cognitivas. Ela deve fazer também com que os potenciais emocionais e afetivos dos alunos sejam desenvolvidos. A atividade escolar tem, assim, como escopo promover de maneira abrangente o desenvolvimento de suas

personalidades, principalmente influenciando também seu comportamento social. É nesse contexto que a cruz em sala de aula ganha seu significado. Ela tem caráter apelativo e identifica os conteúdos religiosos por ela simbolizados como exemplares e dignos de serem seguidos. Não bastasse, isso ocorre, além do mais, em face de pessoas que, em razão de sua juventude, ainda não puderam consolidar suas formas de ver o mundo, que ainda deverão aprender e desenvolver a capacidade crítica e a formação de pontos de vista próprios, e que, por isso, são muito facilmente sujeitas à influência mental (cf. BVerfGE 52, 223 [249]).

As decisões impugnadas também não negam totalmente o caráter apelativo da cruz. Mesmo não reconhecendo na cruz um significado cristão específico em relação aos estudantes não cristãos, em face dos estudantes cristãos, todavia as decisões impugnadas vêm na cruz uma expressão essencial de sua convicção religiosa. Semelhantemente, o governador da Baviera sustenta que a cruz teria nas aulas ordinárias apenas um valor simbólico não específico, enquanto que, junto à oração escolar e nas aulas de religião, ela se transformaria num símbolo religioso específico.

3. O direito fundamental da liberdade de crença é garantido sem reserva. Isso não significa, porém, que quaisquer limites seriam sempre inadmissíveis. Estes só podem, no entanto, derivar da própria Constituição. Não cabe ao legislador a instituição de limites que já não estejam fundados na Constituição. Nada obstante, não existem no presente caso fundamentos constitucionais que poderiam justificar a intervenção.

a) Do Art. 7 I GG não pode ser derivada uma tal justificação.

No entanto, o Art. 7 I GG outorga ao Estado uma tarefa educacional (ver BVerfGE 34, 165 [181]). Ele tem que não somente organizar o sistema educacional, instituindo ele mesmo escolas, mas também pode estabelecer os objetivos educacionais e os métodos de formação. Neste mister, ele é independente dos pais (cf. BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 s.]). Por isso, não somente a educação escolar e a familiar podem entrar em conflito. Ao contrário, é também inevitável que, na escola, as diferentes convicções religiosas e ideológicas dos estudantes e de seus pais se choquem de maneira especialmente intensa.

Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (*praktische*

Konkordanz)²⁷¹, o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]).

Tal equilíbrio [compensação recíproca] não requer do Estado que ele renuncie, junto ao cumprimento da tarefa educacional outorgada pelo Art. 7 I GG, completamente a conteúdos religioso-ideológicos. Mesmo um Estado que garante amplamente a liberdade de crença e que se obriga, assim, à neutralidade religiosa e ideológica, não pode ignorar as opiniões e as convicções axiológicas historicamente enraizadas e culturalmente transmitidas, nas quais se baseia a coesão social e das quais depende também a realização de suas próprias tarefas. A fé cristã e as igrejas cristãs tiveram neste diapasão, pouco importando como hoje se avalia seu legado, uma extraordinária força de gênese cultural. As tradições do pensamento, as experiências sensoriais e os padrões de comportamento daí surgidos não podem ser indiferentes ao Estado. Isto vale sobretudo para a escola, na qual principalmente as bases culturais da sociedade são transmitidas e renovadas. Além disso, o [mesmo] Estado que obriga os pais a enviar seus filhos à escola pode levar em consideração a liberdade de religião daqueles pais que desejam uma educação de cunho religioso. A *Grundgesetz* reconheceu isto ao autorizar, no Art. 7 V GG, a existência de escolas públicas de cunho religioso-ideológico e de aulas de religião como matéria ordinária (Art. 7 III GG) e, além disso, ao deixar espaço para o exercício ativo da convicção religiosa (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 s.]).

Não obstante, não é possível, junto à organização da escola pública de ensino obrigatório, atentar inteiramente para todas as concepções educacionais existentes em uma sociedade pluralista. Principalmente, não se pode concretizar o aspecto negativo e o aspecto positivo da liberdade de religião em uma mesma e única instituição estatal sem problemas. Disso decorre que o indivíduo não se pode valer ilimitadamente do Art. 4 I GG no ambiente escolar.

Cabe ao legislador estadual a solução da inevitável relação conflituosa entre a liberdade religiosa negativa e a positiva, levando em conta o mandamento da tolerância religiosa, que tem que buscar no processo de formação da vontade pública um acordo cujo cumprimento possa ser exigido de todos (*ein für alle zumutbarer Kompromis*). Ele pode se orientar em sua regulamentação, de um lado, no fato de o Art. 7 GG permitir influências religioso-ideológicas no âmbito do sistema educacional. Por outro lado, [deve buscar orientação no] o Art. 4 GG [que] ordena que, junto à escolha por uma determinada

²⁷¹ Desenvolvido originalmente por KONRAD HESSE, em seu tradicional Manual de Direito Constitucional da R.F.^a

orientação escolar, os constrangimentos religioso-ideológicos sejam excluídos tão completamente quanto possível. Ambos os dispositivos [constitucionais mencionados] devem ser vistos conjuntamente e harmonizados na interpretação, pois só a concordância [prática] dos bens jurídicos protegidos nos dois artigos é correspondente à vontade da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 41, 29 [50 s.]).

O Tribunal Constitucional Federal chegou, a partir do exposto, à conclusão de que a introdução de referências cristãs na configuração da escola fundamental pública não é em si proibida ao legislador estadual, não importando se os responsáveis legais, que não podem, junto à educação de seus filhos, subtrair-se desta escola, não desejem uma educação religiosa. Pressuposto é, entretanto, que somente o mínimo indispensável de elementos de coação sejam utilizados. Isso significa, principalmente, que a escola não pode entender sua tarefa na esfera religioso-ideológica de maneira missionária, não podendo desejar vinculação [da aula de religião] a conteúdos religiosos cristãos. A afirmação do Cristianismo baseia-se, deste modo, no reconhecimento do marcante fator cultural e de formação, e não em determinadas verdades religiosas. Faz parte do Cristianismo, como fator cultural, justamente a idéia da tolerância em face do pensamento diferente. A confrontação dessa afirmação do Cristianismo com uma concepção do mundo de cunho cristão não implica, em todo caso, numa desvalorização discriminatória de convicções filosóficas não cristãs, tão logo não se trate de uma transmissão de fé [proselitismo], mas do esforço pela realização da personalidade autônoma no âmbito religioso-ideológico, segundo a determinação fundamental do Art. 4 GG (cf. BVerfGE 41, 29 [51 s.]; 41, 65 [85 s.]). O Tribunal Constitucional Federal declarou, por isso, que a regra a respeito das escolas comunitárias cristãs do Art. 135 II da Constituição da Baviera é somente com base em uma interpretação conforme a Constituição compatível com a *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 41, 65 [66 e 79 *et seq.*]), ressaltando, em face da escola mista com caráter cristão no sentido tradicional de Baden, não se tratar de uma escola bi-confessional (cf. BVerfGE 41, 29 [62]).

A colocação de cruzes nas salas de aula ultrapassa os limites traçados, segundo o supra exposto, da orientação religioso-ideológica da escola. Como já verificado, a cruz não pode ser separada de sua específica referência ao conteúdo religioso do Cristianismo, não podendo ser reduzida a um signo geral da tradição cultural ocidental. Ela simboliza o núcleo essencial da convicção religiosa cristã, que, ainda que tenha moldado de modo variado o mundo ocidental, não é de forma alguma compartilhada por todos os membros da sociedade, mas, pelo contrário, rejeitada por muitos no exercício de seu direito fundamental previsto no Art. 4 I GG. Sua colocação em escolas públicas de ensino

obrigatório é, destarte, incompatível com o Art. 4 I GG, desde que não se tratem de escolas religiosas cristãs.

b) A colocação da cruz também não é justificada pela liberdade de crença positiva dos pais e alunos cristãos. A liberdade de crença positiva cabe a todos os pais e alunos da mesma maneira, e não apenas aos cristãos. O conflito daí derivado não é resolvido segundo o princípio majoritário, pois justamente o direito fundamental da liberdade de crença visa a proteção, de maneira especial, das minorias. Além disso, do Art. 4 I GG não pode ser deduzida uma pretensão ilimitada dos titulares do direito fundamental ao exercício de sua [respectiva] convicção religiosa em instituições estatais. Quando a escola, em harmonia com a Constituição, deixar espaço para tanto, como ocorre no caso das aulas de religião, da oração escolar e de outros eventos religiosos, tais atividades têm que ser marcadas pelo princípio da voluntariedade, deixando àqueles que não partilham da fé cristã possibilidades não discriminatórias de afastamento [ou não participação]. Esse não é o caso da colocação de cruces em salas de aula, de cuja presença e apelo o não-cristão não se pode esquivar. Finalmente, não seria compatível com o mandamento da concordância prática reprimir os sentimentos daqueles que pensam diferente [não-cristãos] para que os alunos cristãos possam, além da aula de religião e devoção voluntária, estudar, também nas matérias laicas, sob o símbolo de sua religião.

D.

(...)

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*

Opinião discordante dos Juízes *Seidl* e *Söllner* e da juíza *Haas*

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995

– 1 BvR 1087/91 –

A decisão tomada pela maioria do Senado, segundo a qual o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera que determina a colocação de uma cruz em cada sala de aula fere a *Grundgesetz*, não é por nós compartilhada (...).

I. – III. (...)

(ass.) *Seidl, Söllner, Haas*

Opinião discordante da juíza *Haas*

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995

– 1 BvR 1087/91 –

Além disso, eu não compartilho nem da fundamentação da maioria do Senado sobre a admissibilidade da Reclamação Constitucional, nem dos argumentos sobre o fundamento da ordem [derivada do julgamento de procedência – efeito específico da decisão]

1. – 2. (...).

(Ass.) Haas

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 4 GG:

BADURA, Peter. *Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz*, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “‘Kopftuchstreit’ auf dem richtigen Weg?”. *NJW* 2001, p. 723 – 728.

HUSTER, Stefan. *Die ethische Neutralität des Staates*, 2002.

KÄSTNER, Karl-Herrmann. “Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung”. *AöR* 123 (1998), p. 408 – 443.

SCHOCH, Friedrich. *Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft*. In: Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, p. 150 – 167.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 4 GG:

BVerfGE 12, 45 (53 *et seq.*) – *Kriegsdienstverweigerung I*; 35, 366 (373 *et seq.*) – *Kreuz im Gerichtssaal*; 41, 29 (44 *et seq.*) – *Simultanschule*; 48, 127 (159 *et seq.*) – *Wehrpflichtnovelle*; 52, 223 (236 *et seq.*) – *Schulgebet*; 69, 1 (21 *et seq.*) – *Kriegsdienstverweigerung II*; 70, 138 (162 *et seq.*) – *Loyalitätspflicht*; 78, 391 (395) – *Totalverweigerung I*; 80, 354 (358) – *Totalverweigerung II*; 83, 341 (353 *et seq.*) – *Bahai*; 102, 370 (384 *et seq.*) – *Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas*; 104, 337 (345 *et seq.*) *Schächten*; 105, 279 (292 *et seq.*) – *Osho*; BVerfG NJW 2003, 3111 *et seq.* – *Kopftuch*.

§ 12.

Liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (Art. 5 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 5º (*Liberdade de expressão do pensamento, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica*)

(1) ¹Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. ²A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. ³Não haverá censura.

(2) Estes direitos 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.

(3) ...

NOTA INTRODUTÓRIA:

O Art. 5 I GG contém 5 direitos fundamentais que, juntos, compõem, segundo alguns, uma única “liberdade de comunicação”. Mas essa tem o condão de designar tão somente o âmbito da vida (opinião dominante e do TCF), onde se encontram as 5 seguintes “liberdades” de comunicação (individual e social), quais sejam:

- liberdade de expressão ou de opinião (Art. 5 I 1, 1º sub-período GG), como o direito de livremente expressar e divulgar a opinião por palavra escrita e imagem;
- liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2º sub-período GG), como direito de se informar livremente a partir de fontes a todos acessíveis (não

engloba direito à prestação da informação pelo Estado – liberdade do chamado *status negativus*);

- liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1ª variante²⁷² GG);
- liberdade de noticiar por radiodifusão, ou simplesmente liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2ª variante GG);
- liberdade de noticiar por cinematografia, ou simplesmente liberdade de cinematografia (Art. 5 I 2, 3ª variante GG).

Embora os direitos de comunicação social (contidos Art. 5 I 2 GG, correspondendo aos três último da lista supra) tenham sido positivados na Grundgesetz a partir de sua área de proteção objetiva (ex.: “a liberdade de imprensa ... (é) garantida”), eles outorgaram também direitos subjetivos. Esse entendimento é praticamente unânime na literatura especializada e, pelo menos, desde o *Spiegelurteil* (**Decisão 50.**) o entendimento oficial do TCF. Como se verá, a dogmática em torno da liberdade de imprensa em torno de suas duas dimensões (a subjetiva e a objetiva) serviu em grande parte de protótipo do desenvolvimento da dogmática geral dos direitos fundamentais.

As decisões abaixo tratam, à exceção da hoje praticamente sem significado prático liberdade de noticiar por cinematografia (a liberdade para a realização de um filme continua, porém, sendo tutelada pelo Art. 5 I 1 GG e principalmente pelo Art. 5 III GG – liberdade artística), dos direitos fundamentais restantes de comunicação individual e social.

²⁷² Mais freqüentemente denominada “alternativa”. Daí a citação usual como Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. GG (ou como aqui: Art. 5 I 1, 1. Alt. GG).

44. BVERFGE 7, 198 (LÜTH-URTEIL)

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISÃO JUDICIAL

15/01/1958

MATÉRIA:

O cidadão alemão *Erich Lüth*, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por *Veit Harlan*, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “*Jud Süß*”, de 1941). *Harlan* e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth*, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos

fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.
2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.
3. O juiz de varas cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional Federal revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.
4. As normas do direito civil também podem ser “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG e, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.
5. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.
6. O Direito fundamental do Art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.
7. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958

— 1 BvR 400/51 —

Dispositivo da decisão:

A decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual de Hamburgo, datada de 22 de novembro de 1951 (...) viola o direito fundamental do reclamante decorrente do art 5 I GG, sendo,

por isso, revogada. A matéria²⁷³ será devolvida ao Tribunal Estadual de Hamburgo [para nova decisão]²⁷⁴.

RAZÕES:

A.

O reclamante, à época diretor do conselho e gerente do órgão da imprensa estatal da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo, declarou, a 20 de setembro de 1950, por ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, como presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo, perante produtores e distribuidores de filmes, o seguinte:

“Depois que a cinematografia alemã no terceiro Reich perdeu sua reputação moral, um certo homem é com certeza o menos apto de todos a recuperar esta reputação: Trata-se do roteirista e diretor do filme ‘Jud Süß’. Poupe-mos de mais prejuízos incomensuráveis em face de todo o mundo, o que pode ocorrer, na medida em que se procura apresentar justamente ele como sendo o representante da cinematografia alemã. Sua absolvição em Hamburgo foi tão somente uma absolvição formal. A fundamentação daquela decisão (já) foi uma condenação moral. Neste momento, exigimos dos distribuidores e proprietários de salas de cinema uma conduta que não é tão barata assim, mas cujos custos deveriam ser assumidos: Caráter. E é um tal caráter que desejo para a cinematografia alemã. Se a cinematografia alemã o demonstrar, provando-o por meio de fantasia, arrojado óptico e por meio da competência na produção, então ela merece todo apoio e poderá alcançar aquilo que precisa para viver: Sucesso junto ao público alemão e internacional”.

²⁷³ Ou seja, os autos do processo originário.

²⁷⁴ Como o controle de constitucionalidade é concentrado na Alemanha, as decisões do TCF que julgam a constitucionalidade de decisões dos tribunais ordinários não julgam seu mérito propriamente dito, mas somente seus aspectos relevantes para o direito constitucional (avaliam a possível violação de direito fundamental cometida pelos tribunais ordinários). Trata-se da aplicação do critério do chamado direito constitucional específico (*spezifisches Verfassungsrecht*). Na divisão de competências entre os tribunais constitucionais e os tribunais ordinários verifica-se, que o TCF não é a última instância revisional tal qual o STF brasileiro, mas um tribunal cuja competência se limita a decidir sobre o direito constitucional (direitos fundamentais e direito constitucional da organização do Estado). A consequência é que em casos como o presente, o Tribunal verifica uma violação de direitos fundamentais partida das decisões dos tribunais, suspende tais decisões por representarem violações constitucionais, mas não decide a questão principal do mérito, devolvendo os autos para uma segunda decisão, que cabe, então, ao tribunal ordinário. Cf., no mais, **Cap. Introdução, II. 1.**

A firma *Domnick-Film-Produktion GmbH*, que naquele tempo estava produzindo o filme *'Unsterbliche Geliebte'* (a amante imortal) segundo o roteiro e sob a direção do diretor de cinema *Veit Harlan*, exigiu do reclamante que ele desse uma explicação sobre que legitimidade (legal) teria ele ao realizar as declarações supra reproduzidas contra *Harlan*. O reclamante respondeu, com a Carta de 27 outubro de 1950, entregue à imprensa como “carta aberta”, entre outras coisas, o seguinte:

“O Tribunal do júri não negou o fato de que Veit Harlan foi, por um grande período, o “diretor nº 1 da cinematografia nazista” e que seu filme ‘Jüd Süß’ foi um dos expoentes mais importantes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus. Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote.”

A *Domnick-Film-Produktion GmbH* e a *Herzog-Film GmbH* (esta como distribuidora nacional do filme *'unsterbliche Geliebte'*) ajuizaram, junto ao Tribunal Estadual de Hamburgo, uma ação cautelar com pedido de medida liminar contra o reclamante, liminar esta que lhe proibia:

1. pedir aos proprietários de salas de cinema e empresas de distribuição de filmes que não incluíssem em seus programas o filme “*Unsterbliche Geliebte*”,
2. Conclamar o público alemão a não assistir a este filme.

O Superior Tribunal Estadual de Hamburgo indeferiu a apelação do reclamante contra a decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual.

Consoante o pedido do reclamante foi fixado às sociedades cinematográficas um prazo para o ajuizamento da ação (principal). Ajuizada a ação, o Tribunal Estadual de Hamburgo prolatou, no dia 22 de novembro de 1951 a seguinte decisão (*Urteil*):

“Condena-se o acusado, sob pena pecuniária a ser fixada judicialmente ou pena de prisão, a deixar

1. de pedir aos proprietários de anfiteatros e empresas de distribuição de filmes que não incluam o filme “Unsterbliche Geliebte”, que fora produzido pela autora “1”, cuja distribuição nacional fora confiada contratualmente à autora “2” em seus programas,
2. de conclamar o público alemão a não assistir a este filme.
(...)”.

O Tribunal Estadual enxerga nas expressões do reclamante uma convocação imoral ao boicote. Seu objetivo teria sido impedir a apresentação de *Harlan* como “criador de filmes representativos”. A convocação do reclamante acarretaria até mesmo “que na prática *Harlan* seria desligado da produção de filmes normais de ficção, pois qualquer filme deste tipo poderia, através do seu trabalho de direção, transformar-se num filme representativo”. Uma vez, entretanto, que *Harlan* por causa de sua participação no filme ‘*Jud Süß*’ fora absolvido, tendo essa absolvição transitada em julgado, e em função da decisão no processo de desnazificação (*Entnazifizierung*), segundo a qual ele não precisaria mais se submeter a nenhuma limitação no exercício de sua profissão, essa atitude do reclamante se chocaria com a “democrática concepção moral e jurídica do povo alemão”. Não se teria acusado o reclamante porque ele teria expressado uma opinião negativa sobre a reapresentação de *Harlan*, mas porque ele convocou o público a, por meio de um certo comportamento, tornar impossível o retorno de *Harlan* [ao mercado] como diretor de cinema. Tal convocação ao boicote se teria voltado contra as autoras, sociedades civis do setor cinematográfico, pois se a produção do filme em pauta não tivesse retorno financeiro, elas estariam ameaçadas por um sensível prejuízo patrimonial. Os elementos objetivos do tipo de uma ação não permitida [delito civil] do § 826 BGB estariam, portanto, presentes no caso, existindo o direito [do autor] à fixação da obrigação do réu de abstenção [das expressões].

O reclamante apelou desta sentença junto ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo. Ao mesmo tempo, impetrou sua Reclamação Constitucional, na qual arguiu violação de seu direito fundamental à livre expressão do pensamento (Art. 5 I 1 GG). [Segundo sua petição], ele teria feito crítica moral e política em face do comportamento de *Harlan* e das sociedades cinematográficas. Para tanto ele teria o direito, pois o Art. 5 GG não garantiria somente a liberdade do discurso sem a intenção de provocar um

efeito, mas justamente a liberdade para a provocação do efeito através da palavra. Suas expressões teriam representado juízos de valor. O tribunal teria erroneamente julgado se a expressão seria correta no que tange ao seu conteúdo e se poderiam ser aceitas, ao passo que relevante seria tão somente julgar se ela seria juridicamente permitida. Isso elas seriam, pois o direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento teria um caráter social e garantiria um direito público subjetivo à tomada de influência na formação da opinião pública por ação intelectual e à participação na “conformação do povo para com o Estado”. Este direito encontraria seus limites tão somente nas “leis gerais” (Art. 5 II GG). Quando por meio da expressão do pensamento se quisesse influenciar a vida pública e política, só poderiam ser consideradas como “leis gerais” aquelas que contivessem normas de direito público, não podendo destas participarem as normas do Código Civil sobre delitos (*unerlaubte Handlungen*). Ao contrário, aquilo que na esfera do direito civil não seria permitido, poderia ser justificado na esfera do direito público por meio do direito constitucional; os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos com dignidade constitucional, seriam para o direito civil “causas [normativas] superiores de justificação”.

(...)

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida (...).

II.

O reclamante afirma que o Tribunal Estadual feriu seu direito fundamental à livre expressão do pensamento fundado no Art. 5 I 1 GG por meio de sua decisão [condenatória].

1. A decisão do Tribunal Estadual, um ato do poder público na forma especial de ato do Poder *Judiciário*, só pode violar *por seu conteúdo*²⁷⁵ um direito fundamental do reclamante se este direito fundamental tivesse que ser observado no momento da formação da convicção judicial.

A decisão proibiu ao reclamante expressões por meio das quais ele pudesse induzir outros a se juntarem à sua concepção sobre a volta ao mercado de Harlan, condicionando suas condutas diante de filmes por ele feitos de acordo com essa concepção [ou seja:

²⁷⁵ Os destaques são do Organizador. Cf. a respeito: Martins (2004).

fazendo com que o público não fosse assistir ao novo filme de *Harlan*]. Isso significa objetivamente uma limitação na livre expressão de pensamento do reclamante. O Tribunal Estadual fundamenta a sua decisão com o fato de ter considerado as expressões do reclamante como uma ação não permitida [delito civil] segundo o § 826 BGB em face das autoras e reconhecendo a estas, por isso, e com fulcro nas normas do direito civil, o direito à proibição das expressões. Destarte, o direito decorrente da lei civil reconhecido pelo Tribunal Estadual levou, por meio de sua decisão, a uma determinação do poder público que limitou a liberdade de expressão do reclamante. A decisão só pode violar o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG, se as normas aplicadas do direito civil fossem, pela norma de direito fundamental, de tal sorte influenciadas e modificadas em seu conteúdo, que elas não pudessem mais justificar aquela decisão do Tribunal.

A questão fundamental, de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito precisaria ser visto em cada caso, é controvertida (...). As posições mais extremas nesta discussão apresentam-se, de um lado, pela tese de que os direitos fundamentais seriam exclusivamente direcionados contra o Estado; por outro lado, apresenta-se a concepção de que os direitos fundamentais, ou pelo menos alguns, no mínimo os mais importantes entre eles, também valeriam nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos. (...). Também agora não existe motivo para discutir exaustivamente a questão controvertida sobre a “eficácia horizontal”. Para se chegar aqui a uma conclusão adequada ao presente problema, basta o seguinte:

Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.

Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 *et seq.*, 197 *et seq.*]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um

ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (*Medium*) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar sobretudo em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da *ordre public lato sensu*, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se sobretudo de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extra-jurídicos, como os “bons costumes”. Pois para a decisão a respeito da questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de entrada” (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil (*Dürig*, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, die Grundrechte, Tomo II, p. 525).

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. Contra uma tal decisão, o Tribunal Constitucional Federal pode ser acionado pela via da Reclamação Constitucional sem afetar o afastamento do erro de direito [que é da competência exclusiva das instâncias ordinárias] pelas instâncias cíveis. O tribunal constitucional tem que julgar se o tribunal ordinário avaliou de maneira procedente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais na área do direito civil. Disso resulta ao mesmo tempo a limitação de seu exame revisional: Não é da competência do tribunal constitucional julgar as decisões dos juízes cíveis em sua plenitude no que tange a erros de direito; o Tribunal Constitucional precisa avaliar tão somente o chamado “efeito de radiação” (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional. O sentido do instituto da Reclamação Constitucional é fazer com que todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possam ser avaliados no que tange à sua consonância com os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG). Tampouco o Tribunal Constitucional Federal é competente para agir contra os tribunais cíveis enquanto instância revisional ou mesmo super-revisional; tampouco pode ele isentar-se em geral do exame superveniente destas decisões e passar ao largo de uma em si já praticada inobservância de normas e critérios de direito fundamental.

2. A problemática da relação dos direitos fundamentais com o direito privado parece colocada de maneira diferente no caso do direito fundamental da livre expressão do pensamento (Art. 5 GG). Esse direito fundamental é garantido pela Constituição – assim como o fora na Constituição de Weimar (lá, pelo seu Art. 118) somente dentro dos limites das “leis gerais” (Art. 5 II GG). Mesmo antes de perscrutar quais leis são “leis gerais” neste sentido, poder-se-ia defender a posição de que em tal caso a Constituição

mesma, por meio da remição ao limite das leis gerais limitou, desde o início, a vigência dos direitos fundamentais àquela área à qual os tribunais, por sua interpretação destas leis, ainda os deixa. A conclusão desta interpretação precisaria ser aceita, ainda que ela representasse uma limitação do direito fundamental, não podendo, por isso, jamais ser considerada como uma “violação” do direito fundamental.

Este não pode ser, no entanto, o sentido da referência às “leis gerais”. O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des droits les plus précieux de l’homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, *“the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom”* (Cardozo).

Deste significado primordial da liberdade de expressão do pensamento resulta para o Estado livre e democrático que, partindo da visão deste sistema constitucional, não seria procedente deixar o alcance material, principalmente deste direito fundamental, passível de qualquer relativização por parte da lei ordinária (e com isso necessariamente por meio da jurisprudência dos tribunais que interpretam as leis). Pelo contrário, aqui também vale o princípio que foi acima desenvolvido genericamente para a relação dos direitos fundamentais com o ordenamento de direito privado: As leis gerais precisam ser interpretadas, no que tange ao seu efeito limitador dos direitos fundamentais, de tal forma a garantir que o conteúdo axiológico deste direito, que, na democracia liberal fundamenta uma presunção a favor da liberdade do discurso em todas as áreas, vale dizer, sobretudo na vida pública, seja sempre protegido. A relação recíproca entre o direito fundamental e a “lei geral” não deve ser entendida, portanto, como uma limitação unilateral da vigência do direito fundamental por meio das ‘leis gerais’; ocorre, pelo contrário, um efeito de troca recíproca ou sinalagmático (*Wechselwirkung*)²⁷⁶ no sentido de que se as “leis gerais” colocam, de um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro, elas mesmas precisam ser por sua vez interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito

²⁷⁶ Que está na base da teoria e dogmática dos “limites de limites” (*Schrankschranken*) aplicado ao direito fundamental do Art. 5 I 1 GG.

fundamental no Estado livre e democrático, limitadas naqueles pontos onde manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental.

(...).

3. O conceito da “lei geral” sempre foi controverso. Não se faz necessário saber se o termo chegou ao Art. 118 da Constituição de 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*) por causa de um lapso de redação (cf. sobre isso: *Häntzchel*, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, Tomo II, p. 658). Em todo caso, ele foi interpretado, durante o período de vigência daquela Constituição, de tal sorte que sob o termo deveriam ser entendidas todas as leis que “não proibissem uma opinião em si, que não se voltassem contra a expressão da opinião em si”, mas que, ao contrário, “servissem à proteção de um bem jurídico por excelência, sem ocupar-se de uma opinião específica”, que servissem à proteção de um valor coletivo que tivesse prevalência sobre a liberdade de expressão (cf. a junção das formulações de conteúdo convergentes feita por *Klein e v. Mangoldt*, *op. cit.*, p. 250 s., assim como as “Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito Público” – *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*²⁷⁷, Vol. 4, 1928, p. 6 *et seq.*, principalmente p. 18 *et seq.*, 51 *et seq.*). A esta tese anuem também os intérpretes da *Grundgesetz* (cf. *Ridder*, in: *Neumann – Nipperdey – Scheuner*, Die Grundrechte, Tomo II, p. 282: “Leis que não inibam o puro efeito da pura expressão do pensamento”). Em sendo o conceito de “leis gerais” assim entendido, então conclui-se como sendo o sentido da proteção do direito fundamental, resumidamente, o seguinte:

A concepção segundo a qual somente a expressão de uma opinião é protegida pelo direito fundamental, mas não o efeito pretendido sobre as outras pessoas por meio dela, tem que ser recusada. O sentido da expressão da opinião é justamente deixar o “efeito intelectual atuar sobre o meio”, “mostrar-se convincente e formador de opinião frente à coletividade” (*Häntzchel*, HdbDStR II, p. 655). Por isso é que os juízos de valor, que sempre têm um efeito intelectual, isto é, objetivam o convencimento dos interlocutores, são protegidos pelo Art. 5 I 1 GG; a proteção do direito fundamental se baseia, em primeira linha, no posicionamento do falante que expressa um juízo de valor, por meio do qual ele procura influenciar outras pessoas. Uma separação entre expressão protegida e efeito não protegido da expressão não faria sentido.

²⁷⁷ A *VVDStRL* é uma das publicações de direito público mais respeitadas nos países de língua germânica. Em seus primeiros volumes, publicados na década de 1920, encontram-se importantes contribuições de insígnis juristas como *Kelsen*, *Smend*, *Heller*, *C. Schmitt*, entre outros.

A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, então a intervenção não deixará de ser permitida, porque ela se efetivou por meio de uma expressão de opinião. Faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”: O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso.

4. Partindo deste entendimento, não existe problema em reconhecer também, em relação a normas de direito civil, a qualidade de “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG. Se isso ainda não aconteceu na literatura (o que também fora apontado por *Klein, v. Mangoldt, op. cit.*, p. 251), quer dizer que os autores só viam os direitos fundamentais em seu efeito havido entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura só eram consideradas leis gerais limitadoras aquelas que regravam a ação do Estado em face do indivíduo, ou seja, leis de direito público. Se, no entanto, o direito fundamental da livre expressão do pensamento também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado, e sua importância se revela aqui em prol da admissibilidade de uma expressão do pensamento também em face de cada co-cidadão, então precisa ser também observado de outro lado o eventual efeito contrário, qual seja: o efeito limitador do direito fundamental, próprio de uma norma de direito privado, desde que ela exista para a proteção de bens jurídico superiores. Não se poderia aceitar o fato de prescrições do direito civil que protejam a honra ou outros bens jurídicos substanciais da personalidade humana não poderem ser consideradas suficientes para colocar limites ao exercício do direito fundamental da livre expressão do pensamento sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem que ser fixadas.

O reclamante teme que, através da limitação da liberdade da expressão em face de um indivíduo, se pudesse trazer o risco de o cidadão ver a sua possibilidade de influenciar a opinião pública pela expressão de sua opinião reduzida a um grau ínfimo e por isso a liberdade indispensável da discussão pública de questões importantes para a coletividade não restaria mais garantida. Este perigo existe de fato (v. a respeito *Ernst Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 1957, p. 65, 83-85, 153). Para enfrentá-lo, não é necessário, entretanto, que o direito civil seja no geral tirado deste grupo das leis gerais. Necessário é aqui também tão somente que o

conteúdo de liberdade do direito fundamental seja defendido com consequência. O direito fundamental terá que pesar na balança, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão.

Conclui-se, portanto: Mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal.

III.

O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais supra desenvolvidas traz como conclusão que a argüição do reclamante é fundamentada (...).

1. (...).
2. (...).

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [*sittenwidrig*] – por violar os “bons costumes”, faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disto, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas.

a) Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com *Harlan*. Até mesmo o tribunal estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o reclamante teria agido em função de “motivos indignos ou egoísticos”. Isto não foi contestado por nenhuma das partes.

b) O objetivo das expressões do reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que *Harlan* se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã; ele queria impedir que *Harlan* fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse que ser necessariamente ligado à pessoa de *Harlan*. Os tribunais não podem julgar se a fixação deste objetivo é aceitável do ponto de vista material, mas tão somente se a sua manifestação na forma escolhida pelo reclamante fora juridicamente admissível.

As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de *Harlan* pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como naquele tempo, *Harlan* seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.

c) – d)(...).

IV.

O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito

fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada.

45. BVERFGE 12, 113

(SCHMID-SPIEGEL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

25/01/1961

MATÉRIA:

O reclamante *Schmid*, à época (final de 1953, início de 1954) presidente de um Superior Tribunal Estadual, envolveu-se em uma discussão política sobre a greve enquanto instrumento político, quando, em um discurso depois publicado em uma revista sindical, afirmou categoricamente que 95% da imprensa era, por depender economicamente dos grandes anunciantes, pró-empresariado e contra os movimentos sindicalistas. Recebeu várias cartas de representantes da imprensa, que o acusavam de ser comunista, colocando em dúvida inclusive sua aptidão para o posto de presidente do Superior Tribunal Estadual. A partir desse ensejo, um repórter da Revista Semanal “Der *Spiegel*” à época (e ainda hoje) a revista semanal mais influente, uma das mais prestigiosas e de maior tiragem na Alemanha, marcou uma entrevista com o Juiz *Schmid*. Na entrevista, *Schmid* apresentou vários artigos publicados de sua autoria, onde teria se expressado contra idéias comunistas. Apesar disso, pela publicação da entrevista tal “suspeita” de comunismo não foi desfeita, mas, pelo contrário, reforçada por uma determinada maneira de expor os fatos que, mesmo sem ser toda frontalmente inverídica, induzia o leitor. Entre outras passagens da “entrevista” recheada de “comentários”, que alternavam declarações atuais do juiz com ações passadas no início da década de 1930, quando era advogado e quando o contexto político era de muita turbulência, lê-se: “para um tão alto juiz, trata-se, no mínimo, de tentativas memoráveis de declarar a greve política ilegal como legal”.

O juiz reagiu, no dia 17 de março de 1954, em artigo publicado no jornal “*Allgemeine Zeitung*” de *Stuttgart*, comparando o artigo publicado

na *Spiegel*, para ele eivado de um sensacionalismo sem limites, à pornografia (cf. texto reproduzido abaixo).

A partir disso, o redator chefe da *Spiegel* e a editora promoveram uma ação penal privada por difamação, em 20 de junho de 1954. O juiz foi condenado ao pagamento de pena pecuniária (350 marcos alemães), suplementarmente à prisão, em primeira instância, no dia 24 de janeiro de 1955, pelo *Amtsgericht* (tribunal de primeiro grau) de *Göttingen*. O Recurso de revisão direta do reclamante foi provido pelo Superior Tribunal de *Celle* em 22 de junho de 1955. Esse remeteu os autos do processo para nova decisão por um juízo do Tribunal de Primeira Instância de *Einbeck*, que absolveu o reclamante em 24 de outubro de 1955: verificou a presença de injúria, mas reconheceu o interesse legítimo do § 193 StGB, que exclui a ilicitude. Depois da apelação dos autores da ação penal privada, o Tribunal Estadual de *Göttingen* condenou o reclamante ao pagamento de 150 marcos alemães por injúria em 11 de janeiro de 1956. O recurso de revisão, junto ao Superior Tribunal de *Celle*, não foi provido (decisão – *Urteil* – de 24 de outubro de 1956), reconhecendo os fundamentos do tribunal *a quo* (da apelação – *Berufungsgericht*).

Contra essas decisões, *Schmid* ajuizou sua Reclamação Constitucional já no dia 11 de janeiro de 1956, alegando violação dos Art. 1, 2, 5, 38 e 101 I 2 GG. O TCF julgou presentes todas as condições processuais, à exceção da argüição de violação do Art. 101 I 2 GG, e julgou, no mérito, a Reclamação Constitucional procedente, porque as decisões violaram o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento de *Schmid*, derivado do Art. 5 I 1 GG.

A defesa de interesses legítimos abrange também respostas na imprensa que correspondam a um tipo de ataque da imprensa e seu efeito na formação de opinião pública (Art. 5 I e II GG; § 193 StGB).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de janeiro de 1961

– 1 BvR 9/57 –

no processo da Reclamação Constitucional do presidente do Superior Tribunal Estadual, Dr. *Schmid*.

(…)

RAZÕES:

I.

1. (...).

Em 17 de março de 1954, o reclamante publicou no “*Allgemeine Zeitung*” de *Stuttgart* um parecer que recebeu da redação o título “Quanto maior a bota” e o subtítulo “Com literatura excitante faz-se melhor negócio”. Texto:

“O senhor me pergunta o que digo sobre o artigo [publicado na] da *Spiegel*²⁷⁸ sobre mim.

(...) Quem criou a mentira, isso não sei, a *Spiegel* a espalha. São inúmeras as distorções intencionais e também as por insuficiência. É um tipo de jornalismo que corresponde, na área da política, ao que é a pornografia na área da moral, com a única diferença de que a primeira ainda se pode ler abertamente. É a chamada *literatura excitante* que parece ser necessária no lar da civilização. O aspecto decisivo é a altura do salto. A qualidade que resulta daí - nada melhor e mais simples do que disse *Karl Kraus*

“Quanto maior a bota, tanto maior o salto.” ”

Em 20 de junho de 1954, o redator responsável da seção Alemanha da *Spiegel* e, em 23 de julho de 1954, também o editor interpuseram ação civil, em razão do artigo [publicado] no “*Botnanger Rundschau*”, contra o reclamante por difamação e injúria. o reclamante foi condenado por decisão do Tribunal Estadual de *Göttingen* de 11 de janeiro de 1956 a uma multa pecuniária de 150 marcos por injúria, suplementarmente a uma semana de detenção. Foi concedido aos autores da ação civil o direito de publicação.

2. – 3.

II.

(…)

²⁷⁸ Revista semanal de maior tiragem na Alemanha.

III.

A Reclamação Constitucional é precedente.

Um tribunal que decide sobre injúria aplica, com as disposições sobre defesa da honra dos §§ 185 *et seq.* StGB [do Código Penal], direito positivo infraconstitucional; por isso suas decisões não estão em geral submetidas ao exame pelo Tribunal Constitucional Federal. Elas só podem ser examinadas em relação ao aspecto de se verificar se, na aplicação das disposições sobre proteção da honra, o direcionamento de todo o direito para a ordem axiológica da *Grundgesetz* foi equivocado e com isso foram violados direitos fundamentais do condenado. Este é o caso aqui. As decisões do Tribunal Estadual de *Göttingen* e do Superior Tribunal Estadual de *Celle* ferem o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 5 I GG, porque ignoram a importância constitucional da formação de opinião pública e, conseqüentemente, avaliam incorretamente a influência do direito fundamental da liberdade de expressão sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos legais sobre a defesa da honra.

1. Já em sua decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [207 *et seq.*] o Senado [Primeiro Senado do TCF] esclareceu que a relação entre o direito fundamental da liberdade de expressão e as “leis gerais” que o restringem não deve ser compreendida como restrição unilateral da eficácia do direito fundamental por meio dessas leis; “ocorre, pelo contrário, um efeito transacional sinalagmático (*Wechselwirkung*) no sentido de que se as leis gerais colocam, de um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro elas mesmas precisam ser, por sua vez, interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito fundamental no Estado livre e democrático, limitadas naqueles pontos onde manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental.” A *Grundgesetz* atribuiu ao direito fundamental de liberdade de expressão uma maior importância. Como o Senado já expôs em decisões anteriores, a liberdade de opinião, como expressão direta da personalidade na sociedade, é um dos direitos humanos mais nobres; só isso já lhe concede seu significado especial. Além disso, o direito fundamental é constitutivo por excelência para a ordem democrática livre, garantindo o debate intelectual, o livre confronto de idéias e interesses, que são vitais para o funcionamento da Ordem estatal (BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [208]). Só o livre debate sobre assuntos de importância geral assegura a livre formação da opinião pública que se consuma no Estado livre, democrático, de forma necessariamente

“pluralística”, no antagonismo de opiniões diferentes, defendidas por diferentes motivos, mas de qualquer forma apresentadas com liberdade, sobretudo em discurso e réplica. A todo cidadão é garantido pelo Art. 5 I 1 GG o direito de participar dessas discussões públicas. A imprensa é, ao lado do rádio e da TV, o instrumento mais importante da formação de opinião pública; por isso, conforme o Art. 5 I 2 GG, a liberdade de imprensa goza da proteção específica de direito fundamental.

O alcance do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento tem que exercer influência essencial sobre a ponderação, ordenada pelo § 193 StGB, entre a honra e a liberdade de expressão, caso aspectos da formação da opinião pública venham à pauta. O Superior Tribunal Federal (BGH) leva isso em consideração, qualificando a justificativa do § 193 StGB como uma “expressão” do direito fundamental da livre expressão do pensamento e levando em conta o significado da formação da opinião pública em sua aplicação (BGHSt. 12, 287 [293 s.]) e, divergentemente da antiga jurisprudência, reconhecendo a defesa de interesses públicos por parte da imprensa, tendo em vista sua função no Estado democrático, como defesa de interesses legítimos, na acepção do § 193 StGB (BGHZ 31, 308 [312]).

Do ponto de vista de uma réplica, que corresponde ao efeito alcançado na opinião pública pela primeira publicação, define-se também a delimitação constitucional do excesso punível.

2. No presente caso, os tribunais enfrentaram a matéria dos autos erroneamente, apenas sob o aspecto da defesa da honra pessoal e do prejuízo do interesse resultante da violação da honra, sem apreciar a especificidade de uma disputa levada a cabo na imprensa e do elemento, a ela imanente, da formação de opinião pública.

a) – c) (...).

(...) “*Spiegel*”, portanto, ofereceu a seus leitores intencionalmente apenas verdades parciais, sob a aparência de verdade total.

Como contesta o reclamante, a configuração que ele pôde dar à sua contribuição ao tema colocado em discussão publicamente foi definida de forma decisiva por aquela forma de reportagem da “*Spiegel*” e pela necessidade de agir contra sua influência sobre a opinião pública. Se a “*Spiegel*”, por sua reportagem sobre o reclamante, se expôs à suspeita justificada de não noticiar com confiabilidade, então uma contribuição adequada para a discussão pública pôde ser a crítica feita à “*Spiegel*”, segundo a qual ela seria de forma geral adepta daquela forma de apresentação de fatos. Dessa forma a própria “*Spiegel*” deu ensejo a um juízo de

valor depreciativo (Cf. BGHSt. 12, 287 [294]) e teve que, por princípio, aceitar um tal juízo, mesmo diminuindo seu prestígio. Somente a “refutação objetiva”, concedida pelo Tribunal Regional ao reclamante, das críticas a ele feitas não foi suficiente como reação à influência do artigo [publicado na] da *Wolga* sobre a formação da opinião pública. Como o artigo deve seu efeito global menos às inverdades em si do que à supressão de fatos e ao deslocamento dos destaques, uma tal refutação foi bastante difícil, e somente com ela a impressão duradoura de uma publicação na muito lida revista semanal não pôde ser superada na prática.

Em síntese: Se os tribunais não deixam valer a causa justificativa da defesa de interesses legítimos para a crítica de uma manifestação intelectual comparável à pornografia como literatura excitante para os leitores, é porque partem do pressuposto de que o reclamante tinha interesse apenas na defesa de sua honra pessoal, na aceção do § 193 StGB. A ação do Art. 5 I GG sobre esta norma ordena, porém, reconhecer seu interesse legítimo no efeito sobre a formação de opinião pública a respeito de uma importante questão da política de cargos e funções públicas e considerar sua opinião como reação contra uma informação incorreta da opinião pública sobre o assunto. Como um tal exame falta nas decisões contestadas, o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 5 I GG foi violado. Revoguem-se as decisões (*Urteile*). O Tribunal Constitucional Federal considera necessário remeter os autos do processo a um outro tribunal. Uma vez que ele não é vinculado ao § 354 II StPO, os autos podem ser confiados a qualquer tribunal competente em razão da matéria, [podendo ser] inclusive um tribunal de um outro Estado-membro.

46. BVERFGE 25, 256 (BLINKFÜRER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/02/1969

MATÉRIA:

O Reclamante, editor e chefe de redação do pequeno semanário *Blinkfürer*, distribuído sobretudo na região de Hamburgo, ajuizou contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt* uma ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento de indenização por perdas e danos, causados por uma convocação feita pelos réus ao boicote, dentre outros, do pequeno jornal. A motivação da conclamação ao boicote, feita por circular enviada aos distribuidores e varejistas (bancas de jornal) no final de agosto

de 1961, parceiros comerciais das grandes editoras mencionadas, foi forçar os demais órgãos de imprensa a não publicarem em seus produtos a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental, pois tais órgãos da mídia oriental estariam, no seu entendimento, a serviço da “propaganda injuriosa” do governo da República Democrática Alemã (a extinta DDR) contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático. Está-se no auge da Guerra Fria, no ano da construção do Muro de Berlim.

O Tribunal Federal (BGH), como órgão jurisdicional ordinário de última instância, enxergou na conclamação ao boicote um legítimo exercício da liberdade de imprensa e, por isso, para não violá-la, julgou a ação definitivamente improcedente. Contra ela, o reclamante alegou violação dos seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 2, 3 e 5 GG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, realizando uma interessante ponderação entre os exercícios das liberdades de imprensa em colisão, o que o Tribunal Federal (BGH) não havia realizado. Ao contrário do que aconteceu no *Lüth-Urteil*, aqueles que aqui se valeram do meio de expressão “conclamação ao boicote”, fizeram-no a partir do abuso de uma posição de poderio econômico e não com base na discussão *predominantemente* intelectual.

A convocação ao boicote por empresa da imprensa escrita por motivos políticos, que seja imposto principalmente com meios do poder econômico, não é protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão e viola o direito fundamental da liberdade de imprensa.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 26 de fevereiro de 1969

RAZÕES:

A. - I.

O Reclamante era editor e chefe de redação do semanário *Blinkfuer*, distribuído principalmente em *Hamburg*. Em um suplemento do periódico publicava-se a programação dos canais de televisão e estações de rádio da Alemanha ocidental e central, assim como dos canais e estações do setor oriental de Berlim.

As empresas editoriais *Axel Springer & Sohn KG*, *Hammerich & Lesser KG* e *Die Welt Verlags-GmbH* – a seguir: os réus – eram, na época que aqui interessa, editores dos jornais

“*Bild*”, “*Bild am Sonntag*” (...). No final de agosto de 1961, os réus enviaram a vários jornais e comerciantes de revistas em Hamburgo uma circular, com o seguinte conteúdo:

“Prezado amigo,

Os atos de violência impiedosa que a população em Berlim oriental e naquela Zona²⁷⁹ há semanas tem sofrido, despertaram revolta por toda parte do mundo livre. A seqüência de violações do direito e de medidas de força perpetrados contra nossos irmãos do leste não cessam. Nós aqui, na parte livre da Alemanha, não podemos nos contentar em ler diariamente a respeito em silenciosa irritação e, de resto, permanecermos omissos. Cada um tem o dever de defender a liberdade em sua área. Mesmo do setor do comércio alemão de jornais e revistas, os acontecimentos dos últimos dias exigem decisões claras. Mostra-se cada vez mais que os detentores do poder na zona (oriental) utilizam-se do Rádio e da Televisão como puro instrumento de propaganda. Filmes e demais programas de entretenimento cujas sinopses na programação divulgadas pela emissora se mostrarem apolíticas são arbitrariamente interrompidos para que os propagandistas do SED²⁸⁰ despejem seus discursos demagógicos contra nós. Nestes discursos, somos todos caluniados de forma baixa e os acontecimentos em Berlim são falseados de um modo execrável.

Por isso, parece incompreensível que ainda existam especuladores que se mostrem prontos para a publicação da programação da Zona (de Ocupação) Oriental para a disseminação das mentiras vindas de *Pankow*²⁸¹. Nesta época de provação do nosso povo, espera-se dos comerciantes de jornais e revistas que eles se distanciem daqueles periódicos que, até agora, ainda não estão prontos para desistir da publicação (das programações) dos canais de televisão e das estações de rádio da Zona (de Ocupação) Oriental, tais como, por exemplo, “*Bildfunk*”, “*Fernsehprogramme*” e “*Lotto-Toto-Expres*”. As editoras *AXEL SPRINGER* e *DIE WELT* estão convencidas de que a grande maioria de seus parceiros comerciais compartilham dessa opinião e agem segundo ela. E, obviamente, não podemos pretender com isso que os

²⁷⁹ O texto reproduzido na decisão pelo TCF refere-se, neste momento, à Zona de Ocupação Soviética, onde se encontrava Berlim Oriental. A animosidade entre os dois blocos (a Zona de Ocupação Soviética, de um lado, e as Zonas de Ocupação Americana, Britânica e Francesa, de outro) resta patente pela oclusão do vocábulo “soviética”. Trata-se de sinais do auge da Guerra Fria...

²⁸⁰ O “*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*” (Partido Único Socialista Alemão) foi o partido (único) que governou a DDR (*Deutsche Demokratische Republik* ou República Democrática Alemã) até 1990 com Reunificação (*Wiedervereinigung*) e o conseqüente desaparecimento daquele Estado da Comunidade Internacional dos Estados.

²⁸¹ “*Pankow*” é o nome de um bairro localizado ao norte de Berlim, antes da queda do muro pertencente ao lado oriental.

[comerciantes] conscientes tenham desvantagens por causa de sua postura [correta]²⁸². Em existindo alguns comerciantes que queiram lucrar com essa situação e, apesar do exposto, continuar comercializando produtos [da imprensa] que favoreçam a propaganda de *Ulbricht*, as editoras supra nomeadas avaliarão se poderão prosseguir as suas relações comerciais com tais comerciantes [que “furarem” o boicote]. Os senhores entenderão, em face da situação atual, a necessidade do presente apelo. Para que os senhores possam explicá-lo aos seus clientes de forma adequada, o seu distribuidor irá municiá-los com panfletos (v. modelo anexo)²⁸³. Mostre através de sua postura que você é, enquanto comerciante de jornais e revistas, consciente de sua responsabilidade perante o leitor alemão.

Com os melhores votos

Editora *AXEL SPRINGER*.

Editora *DIE WELT*”.

Anexada a esta circular estava o modelo do panfleto anunciado que tinha o seguinte teor:

“Nada de programação oriental mais!

Os tempos politicamente agitados exigem de nós uma decisão clara. O setor de comércio alemão de revistas tomou agora esta decisão. Ele acredita que se trata de uma óbvia obrigação nacional provisoriamente não oferecer mais nenhuma revista que publique a programação de rádio e televisão orientais.

O rádio e a televisão do Leste transformaram-se em um puro instrumento de propaganda [político-ideológica]. Somos todos caluniados e manchados de maneira baixa, os acontecimentos em Berlim são falseados de um modo execrável. Bons programas de entretenimento e valiosos filmes antigos são interrompidos para que os discursos demagógicos de propagandistas do SED sejam despejados contra nós. O setor de comércio de revistas alemão sabe o que deve fazer: Ele está disposto, deste modo, a não sofrer abusos por parte de *Ulbricht*.

Existem muitas revistas boas de programação que lhes informam detalhadamente da programação da rádio e televisão. Eu irei sempre orientá-los,

²⁸² Qual seja, segundo o entendimento dessas editoras, a atitude de boicote dos citados periódicos.

²⁸³ O modelo anexo, que devia explicar aos clientes leitores o porquê de não se oferecer mais certas revistas, começava com a frase “Nada mais de programa do Leste” e terminava com o parágrafo: “Existem muitas revistas boas com a programação (...). Eu quero sempre poder orientá-los. Entretanto, para revistas com a programação do Leste não há mais espaço a partir de hoje. Os senhores precisam entender”.

com prazer. Entretanto, para revistas com a programação do Leste não há mais espaço a partir de hoje na minha banca. Isso os senhores precisam entender.

(ass.) Sua banca de jornais e revistas.”.

Com a fundamentação de que os requeridos estariam promovendo contra ele uma concorrência desleal, porque as circulares enviadas conteriam uma conclamação ao boicote contra sua firma, o reclamante ajuizou uma ação em processo de conhecimento pedindo a condenação dos requeridos ao pagamento de uma indenização por perdas e danos. O Tribunal Estadual de Hamburgo e o Superior Tribunal Estadual julgaram a ação procedente. A partir da Revisão do requerido, o Tribunal Federal (BGH) reformou, com a decisão (*Urteil*) de 10 de julho de 1963 (NJW 1964, p. 29, JZ 1964, p. 95), a decisão prolatada na apelação (*Berufungsurteil*), julgando a ação, então, improcedente e condenando o [ora] reclamante ao pagamento das custas processuais.

(...).

II.

Contra decisão (*Urteil*) do Tribunal Federal (BGH), o reclamante impetrou uma Reclamação Constitucional. Nela, ele arguiu violações dos Art. 2, 3 e 5 GG.

(...).

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

O processo movido nas instâncias ordinárias correspondia a uma lide cível que deveria ser decidida com base no ordenamento jurídico de direito privado. O ordenamento axiológico objetivo constituído pela *Grundgesetz* influencia, entretanto, a interpretação destas normas, se estas forem passíveis de serem interpretadas à luz das normas constitucionais (BVerfGE 7, 198 [205]). No contexto do § 823 I BGB, o direito constitucional é relevante para a verificação da anti-juridicidade da violação. Há de se analisar, de um lado, até que ponto o boicote é abrangido pelo direito à liberdade de expressão, mas também, por outro lado, até que ponto o reclamante pode valer-se do direito fundamental à liberdade de imprensa. O Tribunal Federal (BGH) desconheceu,

na sentença atacada, o alcance do direito à liberdade de expressão do pensamento do lado dos réus; do lado do reclamante, ele não considerou o direito fundamental à liberdade de imprensa.

1. O Tribunal Federal considera tanto a convocação dos réus feita aos comerciantes para a interrupção da revenda de jornais com a programação da Alemanha do Leste, como a ameaça da possibilidade de uma suspensão de distribuição, justificadas por força do Art. 5 I 1 GG. Desta feita, ele expandiu demais a área de proteção do direito fundamental a ser definida a partir de sua essência.

A exigência dos réus dirigida aos comerciantes de revistas apresenta, independentemente dos motivos que a embasaram, enquanto convocação para o bloqueio organizado, pelo menos parcial, da venda do “*Blinkfuer*”, uma convocação ao boicote. Em consequência da posição de poder econômico dos réus e da ameaça de interrupção de entrega de seus produtos dirigida aos comerciantes de jornal, essa exigência tornou-se apta a impedir que seus destinatários tivessem a possibilidade do livre arbítrio [para seguir ou não o boicote].

Uma convocação ao boicote embasada pela expressão de uma opinião determinada é protegida pelo Art. 5 I 1 GG, principalmente naquelas situações onde a convocação ao boicote, enquanto arma na disputa intelectual de opiniões, seja usada junto a uma questão que essencialmente interessa ao público, ou seja, quando seu fundamento não é uma disputa privada, mas a preocupação em torno dos problemas políticos, econômicos, sociais ou culturais da coletividade (BVerfGE 7, 198 [212]). A convocação ao boicote pode pertencer à área de proteção do Art. 5 I 1 GG, mesmo quando aquele que a expressou se encontra numa situação de concorrência profissional, comercial ou outras relações negociais com o boicotado, pois uma tal situação *per se* não impossibilita uma discussão intelectual. Em detendo aquele que expressou a convocação ao boicote uma certa posição de poder econômico, pode, destarte, até mesmo emprestar, pela [prática da] convocação, um peso mais significativo à expressão de sua opinião, à qual serve a convocação. Essa desigualdade econômica das posições isoladamente considerada ainda não torna inadmissível a convocação ao boicote, porque segundo os parâmetros constitucionais não se pode proibir ao economicamente mais forte que ele promova uma campanha intelectual em torno de opiniões.

Não obstante, os meios dos quais se serve aquele que expressou a convocação ao boicote para a imposição do mesmo têm que ser admitidos constitucionalmente. Uma

convocação ao boicote não poderá ser, então, protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando ela não se basear somente em argumentos intelectuais, ou seja, não se limitar à força do convencimento a ser alcançado pela via de apresentações, explicações e ponderações, mas, além destes, valer-se daqueles meios que tiram dos destinatários a possibilidade de se tomar uma decisão em consonância com sua completa liberdade interior e livre de qualquer pressão econômica. A esses últimos meios pertencem principalmente a ameaça ou mera informação de desvantagens gravosas e a exploração da dependência social ou econômica, quando essas tiverem o objetivo de dar à convocação ao boicote uma ênfase especial. A liberdade da discussão intelectual é um pressuposto indispensável para o funcionamento da democracia livre, pois somente ela garante a discussão pública sobre assuntos do interesse geral e de significado político (cf. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 *et seq.*]). O exercício da pressão econômica, que traz para o atingido graves desvantagens e que tem por objetivo impedir a divulgação de opiniões e notícias garantidas constitucionalmente, viola a igualdade de chances no processo de formação da opinião. Ele contraria também o sentido e a substância do direito fundamental à livre expressão da opinião que tem a função de garantir a luta *intelectual*²⁸⁴ das opiniões.

Uma avaliação das ações dos réus segundo esses critérios mostra que o Tribunal Federal (BGH) expandiu demais a área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, pode-se partir, juntamente com os tribunais responsáveis pela instrução probatória, que a circular atacada pelo reclamante foi publicada, não em virtude de motivos de concorrência comercial, mas de motivos políticos. A circular fora composta poucas semanas depois da construção do muro em volta da fronteira setorial berlinense, que mexeu muito com a opinião pública no mundo ocidental e principalmente na República Federal [da Alemanha], desafiando-a à reação defensiva. Ao mesmo tempo, foram introduzidas, naquela época, na República Democrática Alemã, outras limitações à liberdade e à livre locomoção; também foi incrementada a propaganda direcionada contra os órgãos políticos da República Federal [da Alemanha]. Os réus queriam, segundo o teor da circular, responder a esta propaganda depois que eles mesmos, já no verão do ano de 1960, interromperam a publicação dos programas das estações da região central da Alemanha, fundamentando tal atitude na falta de reciprocidade.

²⁸⁴ Destaque não se encontra no original, porém também na coletânea de J. SCHWABE, *op. cit.*, p. 156.

Os meios que os réus utilizaram para a imposição do boicote não são compatíveis com o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Se os réus tivessem expressado sua opinião sobre a publicação da programação das estações da região central da Alemanha nos jornais e revistas por eles publicados e se limitado a convocar os leitores ao boicote dos jornais e revistas em pauta, não se poderia contestar essa atitude do ponto de vista constitucional. Deste modo, teriam os réus, que fizeram de interesses públicos os seus próprios, se dirigido àqueles a quem [uma tal informação / opinião] interessa. Ao contrário, a circular dirigida aos comerciantes de jornais e revistas não foi apropriada para provocar uma discussão intelectual pública sobre a permissibilidade e propósito da publicação dos programas das estações e canais da região central da Alemanha, vez em que tais destinatários eram dependentes econômica ou juridicamente dos réus. Os réus detinham, na época da decisão do tribunal da instrução no processo originário, uma posição de domínio no mercado enquanto editores de jornais e revistas. Isso vale sobretudo para a região de Hamburgo, na qual se concentrava a venda do semanário “*Blinkfuer*”. Desta posição de poder em face dos comerciantes destinatários da sua circular se utilizaram os réus para conferir à sua convocação maior efeito, na medida em que eles a ligavam com a notificação de uma possível interrupção de entrega dirigida aos “furadores do boicote”. Até o Tribunal Federal (BGH) admite que uma tal informação revestida na forma de uma simples alusão deva ser entendida como um meio de coerção a ser levado a sério. Com meios econômicos e exploração da posição de monopólio dos réus queria-se, portanto, travar uma luta de opiniões políticas.

A matéria em pauta distingue-se neste ponto substancialmente da matéria do assim chamado *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198 *et seq.*). A expressão da opinião embasada na apelação à responsabilidade moral e política feita pelo diretor de Senado *Lüth* não pôde, absolutamente, limitar imediata e eficazmente a possibilidade de desenvolvimento humano e artístico do diretor de cinema *Harlan*, pois *Lüth* não dispunha de nenhum meio coercitivo para dar ênfase à sua convocação. Ele pôde somente dirigir-se à consciência responsável e à moralidade dos seus destinatários e tinha que deixar à livre decisão daqueles, se eles quereriam ou não segui-lo. [Aqui], pelo contrário, a ameaçada interrupção de entrega pelos réus podia – em face de sua posição de domínio do mercado – acarretar aos atingidos [pela concretização da ameaça, n. org], distribuidoras no atacado e comerciantes varejistas, claras desvantagens que talvez ameaçassem a sua sobrevivência. A interrupção teria, com certeza, também como conseqüência a perda de clientes, pois, ao lado de algumas revistas publicadas pelos réus, os clientes costumavam comprar também outros

jornais e revistas. Em face destes fatores, os comerciantes destinatários da circular estavam, graças à pressão massiva da possível interrupção de entrega, necessariamente limitados a proceder à ponderação entre vantagens e desvantagens do não atendimento do apelo dos réus e a agir com base nos argumentos puramente econômicos. Por isso, não se pode mais considerar as atitudes dos réus como meio adequado para a realização de seu apelo.

2. A decisão contestada até cita, em suas razões e no contexto da sustentação oral realizada na Revisão, a afirmação dos réus, segundo a qual o reclamante não poderia se valer do direito fundamental do Art. 5 GG, porque dele teria abusado. O Tribunal Federal não enfrentou, entretanto, essa argüição. A análise teria, no entanto, que ter sido feita, vez em que o reclamante era editor e chefe de redação do semanário “*Blinkfürer*”. O reclamante estava autorizado, com base na liberdade de imprensa, às informações sobre as programações das estações e canais orientais, as quais os réus queriam evitar segundo o teor da circular. O Tribunal Federal (BGH) até considera também a transcrição da programação no semanário “*Blinkfürer*” como legalmente não proibida, mas pelo contrário como certamente permitida. Ele não foi, entretanto, neste mister, conseqüente ao não contrapor o direito fundamental à liberdade de expressão, tal qual evocado pelos réus, à liberdade de imprensa que cabia por sua vez ao reclamante junto à reprodução das programações de rádio e TV da rede alemã-central, mas, ao contrário, acolheu a tese da existência de um conflito entre a liberdade de expressão dos réus com um bem jurídico protegido pelo direito civil do reclamante. Destarte, o Tribunal Federal não reconheceu o significado da liberdade de imprensa para a posição do direito material do reclamante.

Certamente, os órgãos da imprensa não podem, a princípio, evocar a liberdade de imprensa em face do exercício da liberdade de expressão de outrem, fundamentando-o tão somente em desvantagens econômicas, quando têm que aceitá-las. As liberdades de expressão e imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre; elas não servem à garantia de interesses econômicos. Mas, para a proteção da instituição da imprensa livre, há de se assegurar a independência de seus órgãos contra grupos de alto poderio econômico que se valham de meios inadequados para a composição e distribuição de produtos da imprensa [BVerfGE 20, 162 (175 s.)]. Para o alcance do objetivo da liberdade de imprensa, qual seja, a facilitação e garantia da formação de uma opinião pública livre, exige-se que a imprensa seja protegida contra tentativas de se destruir a concorrência das opiniões por meio dos instrumentos da pressão econômica.

O boicote ao semanário “*Blinkfüer*” violou essa liberdade garantida constitucionalmente. Ele perseguia, com efeito, o objetivo de impedir novas publicações da programação da rede de rádio e televisão central-alemã e tirar do público informações, na medida em que novas distribuições deste semanário deveriam deixar de ser efetuadas pelos comerciantes de jornais. O reclamante estava, entretanto, dependente deste aparato de distribuição. O comportamento dos réus dirigia-se contra a liberdade de noticiar, coibindo a livre circulação de informações pela aplicação de meios principalmente econômicos.

Ante o exposto, a Reclamação Constitucional já é procedente em razão da violação do Art. 5 I 1 GG, sem haver a necessidade de se avaliar se a decisão judicial atacada também viola outros direitos fundamentais. Suspenda-se a decisão conforme o § 95 II BVerfGG e devolva-se a matéria ao Tribunal Federal.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager,
Rupp-v. Brünneck, Dr. Brox, Dr. Ziedler

47. BVERFG 44, 197 (SOLIDARITÄTSADRESSE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

02/03/1977

MATÉRIA:

O reclamante prestava, em 1976, o serviço militar obrigatório e publicou, em nome dos soldados de sua caserna, em um jornal local, uma **manifestação de solidariedade** (*Solidaritätsadresse*) para com os moradores de uma região onde seria em breve construída uma usina nuclear. O texto da publicação era bastante crítico com relação a esse plano governamental. O reclamante tentou também convencer vários colegas de caserna a assinarem uma lista de apoio à resistência dos aludidos moradores.

Com base em um dispositivo da lei de soldados (§ 15 II SG), que proibia a prática de campanha política por militares no ambiente do quartel, seu comandante aplicou, depois de colher a devida anuência jurisdicional, a pena de prisão disciplinar por 14 dias. Essa decisão foi corroborada pelo competente tribunal militar, que julgou improcedente a Reclamação

ordinária (*Beschwerde*) do reclamante. Em seguida, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional alegando violação de seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 5, 17a e 103 I GG. O TCF julgou, por maioria (4 a 3 votos), a Reclamação Constitucional improcedente, pois reconheceu, no § 15 II SG, um limite constitucional ao direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento, aplicado no caso também em observância do princípio da proporcionalidade.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 2 de março de 1977.

- 2 BvR 1319/76 -

Dispositivo da decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:

A. - I.

O reclamante presta o serviço militar obrigatório desde 1º de janeiro de 1976.

Em 13 de novembro de 1976, foi publicado no “*Kommunistische Volkszeitung*” [Jornal Popular Comunista] a seguinte “manifestação de solidariedade de soldados da caserna de *Immendingen* à população de *Kaiserstuhl*”:

“Nós soldados de *Immendingen* somos solidários com sua resistência tenaz contra a construção da usina atômica em *Wyhl*. Muitos de nós mesmos vimos de regiões onde usinas nucleares planejadas ou já construídas ameaçam as condições de vida. Em *Brockdorf* pudemos ver como o Estado tenta, com todos os meios de força policial e militar, impor os interesses econômicos das empresas nucleares contra a vontade popular. A polícia e a tropa de segurança enfrentaram os manifestantes com cassetetes, jatos d’água, gás tóxico e cavalos. O local da construção foi protegido com cerca de arame farpado, muros e cães pastores alemães, como em campos de concentração. Em *Wyhl* também aumentam os sinais de que o Estado quer acabar com a resistência da população com meios militares, até o exército e a polícia de fronteira já foram vistos no local. Nós, soldados, declaramos que não nos permitiremos colaborar com esse trabalho sujo. Apelamos a todos vocês para que se antecipem aos planos do governo estadual e ocupem o canteiro de obras. Nenhuma usina nuclear, nem em *Wyhl* nem em lugar algum!

Em dois dias 30 soldados, a maioria dos soldados fixos, da companhia 4./292 de *Immendingen* assinou.”

Em 29 de novembro de 1976, o comandante do batalhão de infantaria de *Immendingen*, ao qual pertence o reclamante com a patente de cabo, ordenou contra ele, com permissão judicial, prisão disciplinar por 14 dias. A fundamentação da medida disciplinar teve o seguinte teor:

“Em um dia não mais determinável no começo de novembro de 1976, na caserna Primeiro Sargento *Schreiber*, em *Immendingen*, ele tentou, no alojamento militar, influenciar um outro soldado para uma causa política, animando o soldado a se manifestar contra a construção da usina nuclear de *Wyhl* e incentivando-o a assinar uma lista, por ele levada, de “manifestação de solidariedade de soldados da caserna de *Immendingen* à população de *Kaiserstuhl*”. Ele também providenciou a circulação dessa lista entre os colegas de companhia.”

(...).

II. – III. (...)

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida. A via jurisdicional foi esgotada (...).

II.

A Reclamação Constitucional é, porém, improcedente. A punição disciplinar não intervém de maneira não permitida no direito fundamental do reclamante previsto no Art. 5 I GG. Outros direitos fundamentais também não foram violados.

1. A medida disciplinar do comandante do batalhão e a decisão do Tribunal Militar condenam o reclamante por ter infringido seu dever fixado no § 15 II SG, segundo o qual, dentro dos alojamentos e instalações de serviço e durante o tempo livre, o direito da livre expressão encontra seus limites na regra básica da camaradagem. O soldado deve se comportar de forma a não perturbar seriamente os interesses comuns do serviço; principalmente não pode fazer propaganda para um grupo político, fazendo discursos, distribuindo textos ou trabalhando como representante de organizações políticas. O respeito mútuo não pode ser ameaçado.

O § 15 II SG não viola a *Grundgesetz*. (...).

2. a) (...).

O conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública (cf. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [124 s.]). Porém, para soldados, conforme o Art. 17a GG, entre outros também o direito fundamental da liberdade de expressão pode ser limitado por meio de obrigações legalmente justificadas, estatuídas no contexto das exigências do serviço militar (cf. § 6 II SG) e com o objetivo de manter a capacidade de funcionamento do exército (cf. BVerfGE 28, 282 [292]).

b) A medida disciplinar contestada não está eivada com nenhuma violação constitucional. A interpretação do § 15 II SG, na qual se pautou a decisão do Tribunal Militar, não limita o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I GG com intensidade maior do que aquela permitida constitucionalmente.

O § 15 II SG quer excluir qualquer comportamento que pressione um camarada em seu tempo livre do serviço e contra sua vontade no sentido de participar de uma discussão política. Na aplicação normativa não deve ser desconsiderado que o soldado na caserna não mora isolado e que, por isso, só consegue proteger sua esfera privada sob condições muito difíceis. Ele está exposto a atividades políticas de outros soldados, sem ter a possibilidade de delas se desviar. Seu direito fundamental à observância incondicional de sua vida privada (Art. 1 I, Art. 2 I GG), seu direito “de ser deixado em paz” (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6 s.]) estão, nessa situação peculiar, desde o início ameaçados e merecem, por isso, de proteção em medida especial. Essa situação exclui a interpretação do § 15 II SG, feita restritivamente, ou seja, apenas à luz do Art. 5 I GG, sob o ponto de vista apenas do interesse em um exercício “ativo” desse direito fundamental. Igual consideração merece, em face das condições especiais da vida militar, o direito de proteção dos outros de não serem obrigados a se expor contra sua vontade, a uma exigência inoportuna ou à influência por parte de seus companheiros com suas ideologias. À luz de todos os direitos fundamentais atingidos, há de se limitar, portanto, as atividades políticas de soldados no espaço do exército e também no tempo livre de forma geral, de sorte que, desde o início, sejam bloqueadas possíveis discussões entre soldados. Isso tanto mais porque a liberdade do reclamante de ser ativista político durante seu tempo livre e fora dos alojamentos militares e fazer propaganda de suas opiniões políticas permanece intangível.

c) (...).

3. (...).

III.

A decisão foi prolatada com 4 votos a 3.

(ass.) *Zeidler, Geiger, Rinck, Hirsch, Rottmann, Niebler, Steinberger*

Opinião divergente do juiz Dr. *Rottmann* sobre a decisão do

Segundo Senado de 2 de março de 1977

– 2 BvR 1319/76 –

Não posso concordar com a posição da maioria do Senado. A punição disciplinar fere o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I GG.

1. (...).

2. (...).

(...). A importância destacada do direito fundamental da liberdade expressão na democracia livre exige uma interpretação e aplicação do § 15 II SG que não cessem em uma ameaça abstrata, mas que no respectivo caso particular façam uma ponderação entre o bem protegido pela norma e o direito fundamental do Art. 5 I GG. Caso contrário, o “cidadão de uniforme” fica na iminência de cair no esquecimento.

3. O comportamento imputado [como acusação] ao reclamante foi uma contribuição à luta intelectual de opiniões sobre uma questão pública de essencial importância. A punição disciplinar por isso atinge a liberdade de expressão do pensamento em seu significado central como condição de um processo político livre e aberto (BVerfGE 42, 163 [170]), do qual o reclamante, mesmo como soldado em serviço militar, a princípio deve poder continuar participando (...).

4. (...).

(ass.) Dr. *Rottmann*

Endosso a opinião divergente do colega Dr. *Rottmann*.

(ass.) Dr. *Geiger*

Opinião divergente do juiz *Hirsch* sobre a decisão do Segundo Senado de 2 de março

de 1977 – 32 BvR 1319/76 –

Endosso a opinião divergente do juiz Dr. *Rottmann*, com a seguinte complementação:

A violação do Art. 5 GG torna-se bem nítida se pensarmos que o reclamante, com respeito ao mandamento da tolerância e respeito, fez menos, segundo os fatos em questão,

do que p.ex. teria conseguido e podido provocar em uma aula de educação cívica mediante uma intervenção [contribuição] para a discussão. Se lá tivesse se discutido sobre a questão da construção da usina nuclear e iniciativas populares pertinentes, as discussões posteriores “na hora do almoço no quarto da caserna” praticamente não teriam como ser evitadas. Pelo contrário, na decisão contestada se discorre como se todas as conversas fora do serviço sobre política “no quarto da caserna” fossem puníveis.

Se a finalidade do § 15 SG consiste, em sua totalidade, em constranger o soldado, semelhantemente ao que ocorre com os funcionários públicos e juizes, a respeitar os interesses dos colegas ou companheiros e garantir a “paz no trabalho”, então não se pode prescindir, no caso concreto, do exame sobre se o comportamento incriminado foi, em geral, capaz de ferir a finalidade de proteção normativa (assim também o Tribunal Administrativo Federal na chamada decisão *Strachwitz* de 14/11/1973, NJW 1974, p. 874 *et seq.* = NZWehrr. 1974, p. 107 *et seq.*) e se alguém se sentiu incomodado. Ambas as condições não foram atendidas. Não é defesa ao Tribunal Constitucional Federal uma tal constatação em casos de intervenções nos direitos fundamentais de maior intensidade como ocorre aqui (BVerfGE 43, 120; EuGRZ 1977 p. 109), a qual embasou a opinião da maioria do Senado. A razão de, apesar disso, o direito fundamental dever ser preterido, não foi a contento esclarecida. Por exemplo, deve ser possível perguntar a um colega sobre o que ele pensa a respeito de uma iniciativa popular, se ele quer participar de uma manifestação ou procissão. Talvez ficasse a conseqüência da opinião da maioria mais claramente reconhecível se partíssemos de um caso onde o reclamante tivesse colhido assinaturas para uma campanha de cristãos engajados contra a pena de morte ou contra a impunidade do aborto ou contra o fechamento de um jardim da infância e o jornal da igreja tivesse noticiado a respeito.

Hirsch

48. BVERFGE 93, 266

(“SOLDATEN SIND MÖRDER”)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

10/10/95

MATÉRIA:

Trata-se de quatro casos julgados conjuntamente, onde militares ajuizaram ações penais privadas contra as seguintes manifestações:

1. O reclamante, na época um estudante de 30 anos, hospedara-se na casa de amigos em um local próximo de um treino militar da NATO (OTAN) realizado em setembro de 1988 e chamado “*Certain Challenge*”. O reclamante, que reconhecidamente se recusara a prestar o serviço militar (*Kriegsdienstverweigerer*), ao perceber a presença, em local próximo à sua hospedagem, de 7 a 10 grandes veículos militares do Exército norte-americano, ficou revoltado e escreveu em um lençol com tinta vermelha a frase “A SOLDIER IS A MURDER” (*sic*).

A faixa foi pendurada por ele, por volta das 10 horas, em um cruzamento à margem da cidade. Por volta das 12 horas, passou por lá um oficial das Forças Armadas alemãs, o Coronel Ü, que, notando a presença da faixa, informou a polícia. Os policiais retiraram a faixa do local por volta das 14:00 horas. O coronel Ü. ajuizou contra o reclamante uma ação penal privada, que foi julgada procedente. O reclamante foi condenado por injúria à pena pecuniária prevista no § 185 StGB. Tal decisão condenatória foi, em sua essência, confirmada na segunda e na terceira instância (Recurso de Revisão). Contra todas essas decisões, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional, alegando que elas violaram, entre outros, seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento do Art. 5 I 1 GG.

2. O reclamante, nascido em 1949, é conselheiro estudantil e reconhecido por ter se recusado a prestar o serviço militar (*Kriegsdienstverweigerer*). Quando, em novembro de 1989, na escola profissional da cidade onde residia, ocorreu uma exposição de caricaturas sobre as forças armadas intitulada “mexam-se”, o reclamante compôs um panfleto com imagens e o seguinte texto:

“São soldados assassinos potenciais?

Uma coisa é certa:

Soldados são formados para a prática de assassinatos. O ‘Não matará’ transforma-se em ‘Deves matar’. Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [alemãs] (Bundeswehr).

Genocídio, assassinato, destruição, brutalidade, tortura, crueldade, terror, ameaça, desumanidade, vingança, represália. ...

... aprendido na paz,

... perfeitamente aplicado na guerra.

Este é o instrumentário do soldado.

Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [alemãs] (Bundeswehr)

Quando soldados cumprem o “seu dever”, dão ou seguem ordens, quem dança são os civis.

Militarismo mata, também sem armas, também sem guerra.

Para isso só existe uma resposta:

Pela paz, pelo desarmamento e pela humanidade: Não prestar o serviço militar.
Resistência contra o militarismo!”

Poucos panfletos foram entregues a pessoas (20 a 30), outros foram afixados ou colocados no vidros dos carros estacionados. Um soldado e o Ministério da Defesa entraram com ações penais privadas. Igualmente condenado por injúria em todas as instâncias ordinárias, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional com o mesmo fundamento supra.

3. O reclamante enviou uma “carta do leitor” ao jornal “*Allgemeine Zeitung*” de Mainz. O ensejo foi a absolvição do médico Dr. A. no assim chamado processo dos soldados de Frankfurt. Sob o título “Eu declaro a minha solidariedade – Sobre a absolvição no processo dos soldados”, a carta tinha o seguinte teor:

“Lá existia, durante quatro anos, muitas milhas quadradas de terra, sobre as quais o assassinato era obrigatório, enquanto a meia hora de distância, ele [assassinato] era proibido, de maneira igualmente inflexível. Eu dizia: Assassinato? É claro, assassinato. Soldados são assassinos’. Essa citação de Kurt Tucholsky tirada da [Revista] *Weltbühne* de 1931, pela qual, no mais, o editor, que mais tarde receberia o prêmio Nobel da paz, Carl von Ossietzky, também foi acusado e absolvido (!), é hoje também atual; sim, talvez até mais atual hoje.

Em tempos de ‘Nova língua’ orwellxiana – acontece que a ‘política da insegurança militar’ é convertida em ‘política de segurança’, acontece que não se fala mais em guerra, mas sim em ‘Defesa’ – uma língua que nomeie as coisas com precisão não é mais desejada

Em nosso país, somente são reconhecidos como pessoas que recusam o serviço militar (Kriegsdienstverweigerer), quem recusar o serviço militar [literalmente porém: “serviço de guerra” – *Kriegesdienst*] (essa palavra ainda existe mesmo na *Grundgesetz*) em si, como atividade abominável, como assassinato. E o que pode ser senão essa a tarefa de um exército? A decisão [política] por uma ‘defesa’ militar, por um exército, inclui sempre a prontidão para a guerra, para o genocídio legitimado pelo Estado. Com a diferença, em relação ao citado acima de Tucholsky, que esta seria uma guerra total, com a conseqüência da extinção de toda a vida biológica complexa.

Eu declaro minha solidariedade plena com o Senhor A. e declaro, pela presente, em público: ‘Todos os soldados são assassinos potenciais’.

Vários militares ajuizaram ações penais privadas. Segue, com pequenas alterações, o mesmo ocorrido nos dois casos anteriores.

4. A reclamante mostrou, em uma exposição de motocicletas (“Greger-Racing-Show”), onde havia um Estande das Forças Armadas Alemãs, uma faixa de 1 por 3 metros de comprimento, com a frase:

“*Soldaten sind potentielle MÖRDER.*” (“Soldados são potenciais assassinos”)

Na terça parte inferior da palavra grafada em maiúsculo, “*Mörder*” (assassino/s), estava sobre-escrita a palavra “*Kriegsdienstverweigerer*” (“pessoas que recusam o serviço militar”). Foram distribuídos panfletos nos quais, em síntese, se acusava as Forças Armadas de enaltecer o fascínio da técnica, silenciando a respeito dos horrores da guerra. No verso do panfleto em pauta, havia uma foto com vários equipamentos de guerra e pessoas mortas no chão com o título “civilistas mortos na guerra do Vietnã. Seguem semelhantes ações de militares e condenações da reclamante e das demais pessoas, que se encontravam na manifestação”.

O TCF julgou as Reclamações Constitucionais, em sua essência, admitidas para o julgamento do mérito, e, na extensão de suas admissibilidades, também procedentes, revogando todas as decisões judiciais, por vislumbrar, sobretudo, uma *interpretação das expressões* feita de modo inconstitucional. Em suma, os tribunais instanciais deixaram, segundo o TCF, de analisar possíveis interpretações da expressões que fizessem parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento e que, no momento da justificação da intervenção consubstanciada nas decisões judiciais, poderiam mostrar que, nesse caso, tais intervenções não restariam justificadas. Essa insuficiência de interpretações das expressões à luz do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG foi a “razão fundamental” (*tragender Grund*), por excelência, do reconhecimento da inconstitucionalidade das decisões judiciais instanciais.

Esse julgado ecoou por um bom tempo na literatura especializada, principalmente nas revistas jurídicas. Vários comentários e observações sobre

a decisão foram publicados (*Entscheidungsanmerkungen*)²⁸⁵. As vozes foram bem distribuídas entre os aquiescentes e os críticos. Porém, as críticas foram de ordem tão fundamental (algumas até mesmo virulentas, como raramente acontece), que o então Juiz *Dieter Grimm*, que participou da decisão como membro do Primeiro Senado, sentiu a necessidade de publicar um artigo bastante minucioso na revista semanal jurídica NJW, explicando a decisão.

A decisão em relação às Reclamações 1, 3 e 4 não foram unânimes (5 votos a 3). Com relação à reclamação 2, foi unânime só em face da conclusão e não da fundamentação. A então novata Juíza *Haas* fez publicar, ao cabo da decisão, seu voto dissidente (ao qual se seguiriam vários outros em decisões mais recentes...).

—————

Sobre a relação da liberdade de expressão do pensamento e a proteção da honra em juízos de valor coletivos [críticas] sobre soldados.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de outubro de 1995
– 1 BvR 1476, 1980/91 e 102, 221/92 –
(...)

RAZÕES:

A.

As Reclamações Constitucionais julgadas conjuntamente referem-se a condenações penais por injúria contra as Forças Armadas e [alguns] soldados em particular por meio de declarações como “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos potenciais”.

²⁸⁵ Esses funcionam como uma espécie de termômetro da repercussão de uma decisão jurisdicional. Revistas jurídicas dedicam normalmente uma seção para decisões acompanhadas por “*Anmerkungen*”.

I. – IV. (...)²⁸⁶**B.**

As Reclamações Constitucionais são, em sua essência, admitidas.

(...).

C.

As Reclamações Constitucionais são, até onde admitidas, procedentes. As decisões impugnadas não observaram o direito fundamental dos reclamantes do Art. 5 I 1 GG na extensão necessária.

I.

1. As declarações pelas quais os reclamantes foram condenados por injúria gozam da proteção do Art. 5 I 1 GG. Essa norma constitucional dá a todos o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito ou imagem. Pensamentos são, diferentemente de afirmações de fatos, caracterizados pelo posicionamento ideológico subjetivo daquele que se expressa sobre o objeto da expressão (cf. por último BVerfGE 90, 241 [247 *et seq.*]). Eles contêm seu julgamento sobre fatos, idéias ou pessoas; a proteção do direito fundamental se refere a esse posicionamento pessoal. Por isso ele existe, independentemente de ser a expressão racional ou emocional, fundamentada ou sem base alguma e se é considerada por outros como útil ou prejudicial, valiosa ou sem valor (BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). A proteção não se refere apenas ao conteúdo da expressão, mas também à sua forma. Pelo fato de ser formulada de modo polêmico ou ofensivo, ela não deixa de fazer parte da área de proteção do direito fundamental (BVerfGE 54, 129 [138 s.]; 61, 1 [7 s.]). Além disso, protegida é também a escolha do local e hora da expressão. Aquele que se expressa não tem apenas o direito de manifestar seu pensamento. Ele também pode escolher aquelas circunstâncias a partir das quais espera conseguir a maior divulgação ou o maior efeito possível da divulgação de seu pensamento.

No caso das expressões que fundamentaram as decisões condenatórias em face dos reclamantes por injúria, trata-se de pensamentos nesse sentido, que sempre estão sob a proteção do direito fundamental. Com suas expressões, segundo as quais soldados seriam

²⁸⁶ Nesses quatro tópicos (I. a IV.), o TCF apresenta, com detalhes, os quatro casos dos quatro processos originários.

assassinos ou assassinos potenciais, os reclamantes não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinato no passado. Muito mais expressaram um juízo de valor sobre soldados e sobre a profissão de soldado, que em certas circunstâncias força ao homicídio²⁸⁷. Os tribunais (instanciais) penais consideraram a expressão como sendo um juízo de valor não uma afirmação de fatos.

2. Existe, na condenação por causa dessas expressões, uma intervenção na área de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento.

3. O direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento não é, contudo, garantido sem reservas. Segundo o Art. 5 II GG, ele encontra, pelo contrário, seus limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais para proteção da [infância e] juventude e no direito da honra pessoal. A estes pertence também o § 185 StGB, que serve de base às decisões atacadas. Para poder sustentar a condenação, o dispositivo [do § 185 StGB] deve, por sua vez, estar de acordo com a *Grundgesetz* e, além disso, ser interpretado e aplicado de forma constitucional (BVerfGE 7, 198 [208 s.]; jurisprudência consolidada).

II.

Contra o § 185 StGB não existem objeções constitucionais categóricas.

1. O dispositivo penal é compatível com o Art. 5 I 1 GG.

a) O dispositivo protege, em primeira linha, a honra pessoal. No contexto do direito geral da personalidade derivado do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, a própria honra goza de proteção de direito fundamental (BVerfGE 54, 148 [153 s.]). Ela pode ser ferida sobretudo por expressões do pensamento. Por isso, é expressamente reconhecida no Art. 5 II GG como causa justificativa de limitações à liberdade de expressão. Disso não resulta, contudo, que o legislador possa restringir ao seu bel prazer a liberdade de expressão em favor da honra pessoal (BVerfGE 7, 198 [208]). Ao contrário, ele deve, sobretudo ao fazer uso da autorização do Art. 5 II GG, levar em consideração o direito fundamental restringido e evitar limitações exageradas da liberdade de expressão. Porém, o § 193 StGB leva em conta essa exigência na medida em que exclui a ilicitude da expressão quando esta for feita em defesa de interesses legítimos. Esse dispositivo, o qual conforme o § 185 StGB deve ser observado antes de

²⁸⁷ No original da decisão lê-se “... unter Umständen zum Töten anderer Menschen zwingt”, literalmente: “... em certas circunstância força [o soldado] a matar outras pessoas”. É que “*töten*” (matar) corresponde juridicamente ao tipo homicídio (culposo ou doloso, mas não qualificado), ao passo que “*ermorden*” (assassinar) corresponde ao tipo homicídio doloso qualificado por motivo torpe, meio cruel etc. Essa diferença, inclusive entre a acepção vulgar (genérica) do termo “*Mörder*” (assassino) e a acepção jurídica, foi objeto de análise pelo TCF nesta decisão.

qualquer condenação, é, graças à sua formulação ampla, particularmente aberto à influência da liberdade de expressão, o que permite uma compensação menos onerosa possível (*schonendster Ausgleich*) para os bens jurídicos colidentes (BVerfGE 12, 113 [125 s.]).

b) Como se depreende do § 194 III 2 StGB, a proteção do § 185 StGB não se refere, porém, apenas a pessoas, mas também a autoridades ou a outras repartições que cumpram tarefas da Administração pública. Neste ponto, a norma não pode ser justificada a partir do aspecto da honra pessoal, pois órgãos estatais não têm nem honra “pessoal” nem são titulares do direito geral da personalidade. Não obstante, como norma protetora de órgãos estatais, o § 185 StGB faz parte das leis gerais na acepção do Art. 5 II GG. Como leis gerais consideram-se todas as leis que não proíbem uma opinião, que não se dirigem contra a expressão do pensamento, mas que servem por excelência à proteção de um bem jurídico a ser protegido, sem considerar [sem se voltar contra] uma opinião determinada (BVerfGE 7, 198 [209]; jurisprudência consolidada). Este é o caso do § 185 StGB. Sem um mínimo de aceitação por parte da sociedade, os órgãos estatais não podem cumprir suas tarefas. Por isso, devem ser em princípio protegidos contra ataques verbais, que ameaçam minar esses pressupostos (BVerfGE 81, 278 [292 s.]). No entanto, a proteção penal não deve abranger os órgãos estatais contra crítica pública, eventualmente também revestida de uma forma dura, a qual deve ser garantida pelo direito fundamental da liberdade de expressão de maneira especial (BVerfGE 28, 191 [202]). Essa exigência é, por sua vez, suficientemente levada em conta pelo § 193 StGB, o qual abre espaço para a influência do Art. 5 I 1 GG e ganha maior importância quando o § 185 StGB é utilizado para proteger órgãos públicos e não a honra pessoal.

2. O § 185 StGB também não é muito indefinido e assim não fere o Art. 103 II GG. Ele até se distingue das demais disposições do Código Penal pelo fato de identificar o tipo penal tão somente pelo conceito de injúria, mas não defini-lo mais detalhadamente. Mesmo se isso tivesse que ser visto como insuficiente para um dispositivo penal promulgado sob a vigência da *Grundgesetz*, o conceito de injúria recebeu um conteúdo suficientemente claro em sua essência depois da consolidação de uma jurisprudência centenária e unânime, conteúdo este que fornece aos tribunais critérios suficientes para a sua aplicação, deixando claro aos destinatários da norma quando estes poderão ser punidos por injúria (BVerfGE 71, 108 [114 *et seq.*]). Se ainda persistem controvérsias não esclarecidas sobre [o conceito de] injúria coletiva, [só] por isso a clareza da norma não é comprometida.

III.

A interpretação e aplicação das leis penais são assunto dos tribunais penais. Quando se tratar de leis que limitem a liberdade de expressão do pensamento, então o direito fundamental limitado deve ser, conforme a consolidada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, observado para que sua importância axiológica também seja mantida ao nível da aplicação do direito (BVerfGE 7, 198 [208 s.]).

1. No estágio da interpretação normativa, o Art. 5 I 1 GG exige uma ponderação, a ser feita no contexto dos elementos típicos das leis em questão, entre, de um lado, o significado da liberdade de expressão e, de outro, do bem jurídico, em cujo interesse a liberdade foi limitada. Uma interpretação do § 185 StGB que dilate o conceito de injúria a tal ponto dele extrapolar as exigências da proteção à honra ou às instituições (BVerfGE 71, 162 [181]) ou que não deixe mais espaço para a observância da liberdade de expressão (BVerfGE 43, 130 [139]) é incompatível com a referida ponderação. Da mesma forma, o Art. 5 I 1 GG proíbe uma interpretação do § 185 StGB que provoque um efeito assustador quanto ao uso do direito fundamental, que leve à omissão de crítica permitida por medo de sanções (BVerfGE 43, 130 [136]; jurisprudência consolidada).

Principalmente na interpretação do § 193 StGB, conta que a liberdade de expressão é por excelência constitutiva para a ordem livre e democrática (BVerfGE 7, 198 [208 s.]). Por isso, um interesse legítimo não pode só existir quando o próprio cidadão atingido deu ensejo à expressão ou quando alguém se defende contra ataques pessoais, mas também quando ele participa de uma discussão pública sobre relevantes questões sociais ou políticas (BVerfGE 12, 113 [125, 127]). É o que deve ser principalmente respeitado quando as normas de proteção à honra dos §§ 185 *et seq.* StGB forem relacionados não a pessoas, mas a órgãos estatais. Então não servem à proteção da honra pessoal, mas tentam garantir o reconhecimento público, que é necessário para que os órgãos estatais cumpram sua função. Se essa finalidade de proteção entrar em conflito com a liberdade de expressão do pensamento, então a importância desta deverá ser bastante valorizada, porque o direito fundamental surgiu justamente da necessidade de proteção da crítica ao poder e nela encontra, inalteradamente, seu significado.

2. No estágio da aplicação dos §§ 185 *et seq.* StGB no caso concreto, o Art. 5 I 1 GG exige um sopesamento do prejuízo, de um lado, que a honra pessoal poderá sofrer e, de

outro, daquele ameaçado quanto à liberdade de expressão. Junto a esse sopesamento devem ser consideradas todas as circunstâncias essenciais (BVerfGE 7, 198 [212]; jurisprudência consolidada). O resultado dessa ponderação não pode ser antecipado de forma geral e abstrata, devido ao seu casuísmo. Mas, na jurisprudência, foi desenvolvida uma série de elementos que fornecem critérios para a ponderação concreta.

Assim, a liberdade de expressão sempre terá que ceder, quando a expressão atingir a dignidade de outrem. Este princípio formulado para a liberdade artística (BVerfGE 75, 369 [380]) requer validade também para a liberdade de expressão, pois a dignidade humana como raiz de todos os direitos fundamentais não é ponderável [comparável] com nenhum direito fundamental isolado [tendo sempre primazia, primazia abstrata]. Mas como não são apenas direitos fundamentais isolados, mas todos eles são concretizações do princípio da dignidade humana, sempre é necessária uma fundamentação cuidadosa quando se defende a tese de que o uso de um direito fundamental se chocou com a dignidade humana intangível.

Igualmente, a liberdade de expressão cede lugar, via de regra, à proteção da honra no caso de expressões depreciativas que se apresentam como injúria formal ou ignominiosas (*Schmähung*) (BVerfGE 61, 1 [12]). Devido ao efeito repressor sobre a liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal definiu mais restritivamente o conceito de crítica ignominiosa (*Schmähkritik*) desenvolvido pelos tribunais competentes em razão da matéria. Assim, mesmo uma crítica exagerada ou até ofensiva em si não torna a expressão uma ignomínia. Muito mais deve ocorrer que, na expressão, não esteja mais em primeiro plano a discussão do assunto, mas a difamação da pessoa. Ela também deve consistir da depreciação pessoal, além da crítica polêmica e excessiva (BVerfGE 82, 272 [283 s.]). Por esse motivo, a crítica ignominiosa em expressões sobre uma questão que essencialmente toque a opinião pública estará presente apenas excepcionalmente e, de resto, permanecerá restrita à chamada disputa particular (cf. BGH, NJW 1974, p. 1762)²⁸⁸. Caso o tribunal considere, erroneamente, uma expressão como injúria formal ou ignomínia, com a consequência de que uma ponderação concreta, que considere todas as circunstâncias do caso particular, não seja feita, estará presente aí um erro constitucional considerável que leva à revogação da decisão, se esta nele se basear (BVerfGE 82, 272 [281]).

²⁸⁸ Decisão do Tribunal Federal (BGH), publicada na revista jurídica “*Neue Juristische Wochenschrift*” – Nova Revista Jurídica Semanal, no ano e página indicados no texto.

Se a expressão não puder ser classificada nem como ataque à dignidade humana nem como injúria formal ou ignomínia, então, para a ponderação, será decisiva a gravidade do prejuízo dos bens jurídicos atingidos. Mas aqui é indiferente, diversamente do caso de afirmações de fatos, a princípio, se a crítica é justificada ou se o juízo de valor é “correto” (BVerfGE 66, 116 [151]; 68, 226 [232]). Por outro lado, faz diferença se o direito fundamental da liberdade de expressão foi usado no contexto de uma discussão particular, onde se perseguem interesses pessoais, ou no contexto de uma questão que toque essencialmente a opinião pública. Se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública, vale uma presunção a favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes deste necessitam conseqüentemente de uma fundamentação que considere a importância constitutiva da liberdade de expressão para a democracia, na qual se enraíza a regra da presunção.

3. Porém, o pressuposto de qualquer apreciação jurídica de expressões é que seu sentido tenha sido apreendido corretamente. Se houver tal falha na condenação por delito de expressão [crime contra a honra], isto pode resultar na repressão de uma expressão permitida. Além disso, há o perigo de que tal condenação pudesse ter um efeito negativo sobre o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão em geral, porque aqueles que quiserem expressar-se arriscariam ser punidos devido a uma interpretação distante ou inconsistente de sua expressão (BVerfGE 43, 130 [136]). Como nestas circunstâncias já se tomam, no nível de interpretação [da expressão], decisões prévias sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de expressões, o Art. 5 I 1 GG estabelece não apenas exigências quanto à interpretação e aplicação de leis que restrinjam os direitos fundamentais, mas também quanto à interpretação de expressões polêmicas.

O objetivo da interpretação é a verificação do sentido objetivo de uma expressão. Por isso, decisiva não é a intenção subjetiva daquele que se expressa, nem o entendimento subjetivo daquele atingido pela expressão, mas o sentido que ela tem segundo o entendimento de um público não preconceituoso e ponderado. Sempre se deve partir do teor da expressão. Mas este não determina seu sentido plenamente. O sentido só é [plenamente] determinado, ao contrário, pelo contexto lingüístico onde se situa a expressão polêmica e pelas circunstâncias de sua ocorrência, conquanto fossem reconhecíveis pelos destinatários. A análise isolada de uma parte da expressão controversa não atende, assim, normalmente às exigências de uma verificação confiável do seu sentido (BVerfGE 82, 43 [52]).

Decisões que falharem na verificação do sentido de uma expressão polêmica e nisso basearem sua apreciação jurídica, infringirão o direito fundamental da liberdade de expressão. O mesmo vale quando um tribunal, junto a expressões ambivalentes, se valer somente daquele significado que leva à condenação, sem ter antes excluído as outras interpretações possíveis por razões lógico-rationais (BVerfGE 82, 43 [52]). Obviamente, o tribunal não precisa investigar alternativas distantes, baseadas nem no teor nem nas circunstâncias da expressão, ou mesmo desenvolver possibilidades de interpretação abstratas que não encontram respaldo nas circunstâncias concretas. Se as formulações ou circunstâncias, porém, admitirem uma interpretação [segundo a qual a expressão] não [seja] injuriosa, então toda decisão judicial penal que não a enfrentar, violará o Art. 5 I 1 GG. Aqui se deve considerar também que algumas palavras ou conceitos podem ter diferentes significados em diferentes contextos de comunicação. Este é o caso, entre outros, de conceitos que são usados na terminologia jurídica com acepção diferente daquela da linguagem coloquial. Por isso, trata-se, com efeito, de um considerável erro constitucional basear uma condenação no sentido técnico específico, embora a expressão tenha ocorrido em um contexto coloquial (BVerfGE 7, 198 [227]; 85, 1 [19]).

As exigências do Art. 5 I 1 GG quanto à verificação do sentido de expressões são sujeitas ao reexame pelo Tribunal Constitucional Federal, principalmente quando se tratar, como ocorre no caso das decisões judiciais penais, de uma intervenção grave no direito fundamental. O Tribunal Constitucional Federal sempre o destacou. (BVerfGE 43, 130 [136 s.]; 54, 129 [136 *et seq.*]; 61, 1 [6, 9 s.]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 s.]). Não existe aqui divergência da jurisprudência consolidada sobre o alcance da competência de exame do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 s.]). De fato, também na condenação por delitos de expressão [crimes contra a honra] o Tribunal Constitucional Federal examina se os tribunais ignoraram o significado e o alcance do direito fundamental da liberdade de expressão. De resto, fica a cargo da exclusiva competência dos tribunais especializados. No contexto de delitos de expressão, isto diz respeito a questionamentos como: se a expressão polêmica realmente ocorreu, que teor teve, de quem se originou e em que circunstâncias foi colocada, ainda mais quando as provas [produzidas nos autos] se baseiam na única impressão geral da audiência (BVerfGE 43, 130 [137]). As alegações do voto vencido, que divergem dessa jurisprudência consolidada, não dão ensejo para que se abandone a prática, até aqui adotada, de restringir a proteção de direito fundamental da liberdade de expressão.

IV.

As decisões contestadas não atendem a essas exigências

1. – 3. (...).

V.

Para as decisões impugnadas com o meio processual idôneo [Reclamação Constitucional admitida] individualmente consideradas, tem-se o seguinte:

1. Processo 1 BvR 1476/91
a) – b) (...) ²⁸⁹.
2. Processo 1 BvR 1980/91
a) – c) (...).
3. Processo 1 BvR 102/92
a) – b) (...).
4. Processo 1 BvR 221/92
a) – c) (...).

VI.

Em nenhum dos quatro casos se pode dizer que os tribunais não teriam chegado a outras conclusões, se tivessem examinado outras possibilidades de interpretação das expressões, se tivessem observado a diferença entre uma expressão depreciativa sobre todos os soldados do mundo e os soldados das Forças Armadas e se tivessem usado o conceito de crítica ignominiosa no seu sentido dado pela Constituição (*verfassungskonform*). Por isso, as decisões atacadas devem ser revogadas e os autos reenviados. Isso não significa, porém, nem que os reclamantes foram absolvidos, nem que as ofensas a alguns soldados ou a membros de certas forças armadas, perpetradas por expressões como “soldados são assassinos” são declaradas permitidas. As respectivas expressões devem ser por sua vez apreciadas novamente, considerando as exigências do Art. 5 I 1 GG ora apresentadas.

²⁸⁹ Sob “a)”, o TCF trata dos problemas de interpretação da decisão de primeira instância e sob “b)”, dos problemas da segunda instância, o mesmo valendo para os demais processos abaixo, sendo que, sob “c)” tratou-se de problemas da *Revisionsinstanz* (terceira instância).

Essa decisão resultou, com relação às Reclamações Constitucionais 1), 3) e 4), em cinco votos a três, e com relação à Reclamação Constitucional 2), unânime.

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*
Opinião discordante da Juíza *Haas* sobre a decisão do Primeiro Senado
de 10 de outubro de 1995 - 1 BvR 1476/91 e 102, 221/92 -

1. - 4. (...).

Haas

49. BVERFGE 90, 27 (PARABOLANTENNE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 09/02/1994

MATÉRIA:

O reclamante, cidadão turco, requereu, da locadora do apartamento onde reside, a autorização para a instalação de uma **antena parabólica** (*Parabolantenne*), no edifício do condomínio, para a recepção de canais de televisão turcos. A locadora denegou a autorização. Dentre outros motivos, ela alega que a instalação afetaria a fachada do prédio. Inconformado, o reclamante entrou em juízo com uma ação cominatória, mas sua ação foi julgada improcedente e seu recurso de apelação não foi provido. Os tribunais consideraram, seguindo uma jurisprudência consolidada na área do direito condominial e locatício, que a instalação de uma antena parabólica não fazia parte do uso ordinário do imóvel e, como uso extraordinário, necessitava da anuência da locadora.

Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante alegou que as decisões violaram seu direito fundamental à liberdade de informação. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, pois verificou a alegada violação, principalmente porque os tribunais ordinários ignoraram a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à liberdade de informação, errando na ponderação entre o direito de propriedade da locadora e os interesses do locatário, por terem considerado

aquele, abstratamente, superior a este, além de terem aplicado o mandamento ou princípio da igualdade, derivado do Art. 3 GG, erroneamente.

Abaixo reproduziu-se a decisão na íntegra.

1. Canais de televisão e estações de rádio cuja recepção na Alemanha seja [tecnicamente] possível, representam informações a todos acessíveis na aceção do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG. A elas pertencem também canais e estações estrangeiros de radiodifusão.
2. Quando a recepção depender de equipamentos técnicos que conectem a informação a todos acessíveis a indivíduos determinados, a proteção do direito fundamental estende-se também à consecução e uso de tais equipamentos.
3. Não se pode contestar, do ponto de vista constitucional, que os tribunais civis, em casos comuns, deneguem uma pretensão do locatário à anuência do locador para a instalação de uma antena parabólica, quando o locador disponibilizar uma conexão a cabo.
4. O interesse de estrangeiros que morem na Alemanha na recepção de canais de radiodifusão de seus países de origem deve ser observado junto à ponderação entre os interesses do locador e do locatário. Um desrespeito do princípio da igualdade não pode, em face disso, ser identificado.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 9 de fevereiro de 1994

- 1 BvR 1687/92 -

no processo da Reclamação Constitucional do Sr. K... - Procurador: Advogados *Michael Mundstock* e *Gisa Mundstock*, Gervinusstraße 1, Essen – contra a decisão do Tribunal Estadual de Essen de 25 de setembro de 1992 - 10 S 258/82 -.

Dispositivo da Decisão:

A Decisão do Tribunal Estadual de *Essen* de 25 de setembro de 1992 – 10S 258/92 – viola o direito fundamental do reclamante com lastro no Art. 5 I 1, 2º sub-período da *Grundgesetz*. Revogue-se. Remeta-se a matéria de volta ao Tribunal Estadual.

O Estado de *Nordrhein-Westfalen* deve ressarcir ao reclamante as suas custas processuais necessárias.

RAZÕES:

A.

A Reclamação Constitucional refere-se à instalação de uma antena parabólica por um locatário.

I.

1. O reclamante é cidadão turco. Ele mora conjuntamente com sua esposa, sete filhos e uma enteada, desde 1990, em um apartamento locado em Essen. A locadora é uma sociedade de construção civil. O edifício possuía uma antena coletiva, pela qual podiam ser recebidos cinco canais de televisão alemães. No início de 1992, o reclamante requereu à locadora a sua anuência para a instalação de um equipamento de recepção por satélite para que ele pudesse receber sinais também de canais turcos de televisão.

Depois da sociedade de construção civil ter-lhe negado a autorização, ajuizou uma ação judicial.

2. a) O juízo monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) julgou a ação improcedente. Dos §§ 535, 536 BGB não decorreria um direito à anuência. A recepção de programas de televisão por meio de um equipamento de recepção de sinais de satélite não faria parte dos usos ordinários de um apartamento locado. Também do contrato de locação não se poderia derivar um direito à aquiescência pretendida. Junto à ponderação de interesses exigida pelo § 242 BGB, o interesse da locadora na manutenção da fachada do edifício prevaleceria sobre o interesse pela informação do reclamante. Este poderia manter o contato com seu país de origem também por meio de programas de rádio. Além disso, seus filhos teriam condições de traduzir-lhe as notícias recebidas pelos canais alemães de televisão. De resto, existiria a possibilidade do acesso à informação por vídeo. Existiriam, neste sentido, videotecas turcas com uma ampla oferta. Finalmente, o reclamante disporia em um ano de uma conexão a cabo, que transmitiria uma ampla oferta [entre outros] também de canais estrangeiros. De outra feita, encontrar-se-ia no comprometimento óptico permanente da fachada um prejuízo intenso que a locadora não poderia também aceitar, entre outros motivos, porque, por causa do mandamento de tratamento igual de todos os locatários, seria obrigada a autorizar também a todos os demais locatários a respectiva instalação de uma antena parabólica.

b) O Tribunal Estadual negou provimento à apelação (*Berufung*) do reclamante, porque, mesmo em face das necessidades crescentes de informação e entretenimento, a instalação de um equipamento de recepção de sinais de satélite não faria parte de um uso contratual [ordinário] de um imóvel locado em um condomínio de apartamentos. Os pressupostos sob os quais a anuência devesse ser concedida segundo uma decisão do Superior Tribunal Estadual de Frankfurt am Main de 22 de julho de 1992 (WuM 1992, p. 458) não estariam presentes. Além de faltar o compromisso da assunção dos custos de instalação, teria restado claro que uma conexão a cabo seria, no ano seguinte, instalada no condomínio. Com isso, o direito do locatário à ampla informação já estaria sendo considerado. O interesse do reclamante em receber canais no idioma turco não justificaria, em face da breve instalação da conexão a cabo, a permissão de um uso extraordinário, com base na qual então também outros locatários poderiam igualmente se valer, suscitando motivos especiais. Da decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main* se depreenderia, com efeito, que depois da instalação de uma conexão a cabo mais nenhuma antena particular teria que ser tolerada. Por isso, o interesse especial mais extenso por informações do reclamante precisaria ser preterido na ponderação entre os interesses do locatário e os da locadora. Ele poderia, depois da instalação do sistema a cabo, por meio de programas de rádio e pelo menos um canal de televisão, informar-se no idioma turco.

II.

O reclamante impugna com sua Reclamação Constitucional a decisão sobre a apelação e alega a violação de seu direito fundamental à liberdade de informação decorrente do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG. Na fundamentação, discorre essencialmente que: a decisão violaria seu direito fundamental, porque ele estaria impedido, graças à denegação da autorização para a instalação de uma antena parabólica, de receber canais de televisão turcos, os quais seriam transmitidas [só] via satélite. Com um equipamento para recepção de sinais de satélite, poderiam ser recebidos na República Federal da Alemanha dez canais de televisão em língua turca. No caso, tratar-se-ia de fontes de informação a todos acessíveis na aceção do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG.

O direito fundamental à liberdade de informação influencia a relação jurídica entre locador e locatário. Seu significado fundamental estaria sendo ignorado quando o juízo monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) lhe asseverou que as notícias

transmitidas em língua alemã poderiam ser traduzidas por seus filhos ou quando o Tribunal Estadual classificara a recepção do sinal de canais turcos como uso extraordinário. Ele teria feito parte dos trabalhadores imigrantes da primeira geração e teria um interesse especial em manter o contato com seu país de origem por meio da recepção de canais de televisão turcos. Um interesse tão digno de proteção teriam seus filhos que teriam crescido com a língua alemã e em parte estariam ainda na escola. Eles teriam um direito a aprender algo sobre seu país de origem pela televisão para a proteção de sua identidade cultural.

Ele teria, por isso, um direito à instalação de uma antena individual, enquanto não existisse uma antena coletiva que possibilitasse a recepção de canais turcos. Em todo caso, ele não precisaria ter de contentar-se com a conexão a cabo, pois nesta somente um canal turco de televisão seria transmitido por somente seis horas por dia, preenchidas sobretudo por comerciais e filmes. O Tribunal Estadual não teria examinado se a locadora denegou a autorização para a instalação da antena parabólica a partir de motivos racionais. A incorreta classificação de sua pretensão como uso extraordinário permitiria a conclusão de que a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à liberdade de informação nos §§ 535, 536 BGB [em sua interpretação e aplicação] não teria sido suficientemente considerado.

III.

O requerido do processo originário [principal] comunicou que o imóvel locado pelo reclamante já estaria, desde julho de 1993, contando com uma conexão a cabo.

B.

A decisão atacada viola o direito fundamental do reclamante à liberdade de informação.

I.

Segundo o Art. 5 I 1, 2º sub-período GG todos têm o direito de livremente informar-se a partir de fontes informação universalmente acessíveis.

1. O significado deste direito fundamental já foi exposto no passado pelo Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 27, 71 [80 *et seq.*]). Para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e para a manutenção da ordem democrática ele não é menos importante do que a liberdade de expressão do pensamento e a liberdade de noticiário pelos meios de comunicação social [Mídia]. Ele os complementa pela perspectiva do

recipiente da informação. O processo de comunicação, o qual o Art. 5 I GG pretende proteger no interesse da formação individual e pública de opinião (cf. BVerfGE 57, 295 [319]), estaria somente parcialmente compreendido se a recepção da informação não participasse da proteção. A liberdade de informação é garantida de forma ampla pelo Art. 5 I 1, 2º sub-período GG. Não se pode deduzir do dispositivo constitucional a restrição da proteção a determinados tipos de informações. São protegidas, no entanto, somente informações que partam de fontes a todos acessíveis. Uma fonte de informação será universalmente acessível quando ela for adequada e voltada a oferecer informações à coletividade, ou seja, a um grupo individualmente indeterminado de pessoas (cf. BVerfGE 27, 71 [83 s.]; 33, 52 [65]). Esta qualidade define-se exclusivamente a partir de dados fáticos. Normas que regulamentam o acesso à informação não representam o contorno da área de proteção da liberdade de informação [seu limite], mas devem ser, enquanto limites de um direito fundamental, controladas no que tange à sua constitucionalidade. Os meios de comunicação de massa pertencem, segundo essa definição, àquelas fontes de informação que gozam da proteção do direito fundamental (cf. BVerfGE 27, 71 [83]). É o que vale principalmente para o caso de programas de rádio e televisão. A *Grundgesetz* não faz distinção entre fontes nacionais e estrangeiras. Por isso, a todos acessíveis [na acepção do dispositivo constitucional] são também todos os canais de televisão e estações de rádio cujas recepções são possíveis na República Federativa da Alemanha. Se a recepção depender de aparato técnico que possibilite a conexão individual à informação destinada à coletividade, então a proteção do direito fundamental se estende também à consecução e ao uso de um tal aparato. De outra forma, o direito fundamental restaria praticamente sem valor naqueles casos onde o acesso à informação pressupõe meios técnicos de suporte. Assim, a instalação de uma antena parabólica que possibilite a recepção de canais de televisão [e/ou estações de rádio] transmitidos via satélite é igualmente protegida pelo direito fundamental do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG.

2. Esse direito fundamental exige atenção também no âmbito da lide cível sobre a instalação de antenas em imóveis locados. É certo que a liberdade de informação segundo o Art. 5 II GG tenha como limite, entre outros, aqueles positivados nas leis gerais. A estas pertencem também as prescrições do código civil (*BGB*) que definem os direitos e obrigações de locatários e locadores. Por outro lado, a Constituição exige que, junto à interpretação de tais normas e nomeadamente junto à concretização de cláusulas gerais, os direitos fundamentais atingidos sejam observados para que seu conteúdo axiológico

válido em face de [todo] o ordenamento jurídico tenha eficácia também ao nível da aplicação normativa (cf. BVerfGE 7, 198 [205 *et seq.*] – jurisprudência consolidada).

Não existem normas na *BGB* que tratem expressamente da instalação de antenas em imóveis locados. No entanto, geralmente os tribunais civis fundamentam decisões sobre conflitos envolvendo a instalação de tais aparatos receptores nas prescrições gerais dos §§ 535, 536, 242 BGB. Quando, com base nestas normas, se pretende realizar a instalação de um aparato receptor, necessário se faz que, junto à sua interpretação e aplicação, seja considerado o direito fundamental da liberdade de informação. Por outro lado, deve-se observar que o direito fundamental do proprietário, decorrente do Art. 14 I 1 GG, é tangenciado quando ele for condenado, com base nos dispositivos mencionados, a tolerar a existência de um equipamento de recepção de sinais de satélite em sua propriedade.

Isso torna necessário em regra uma ponderação no caso concreto entre os interesses tutelados pelo direito fundamental limitado e os interesses implícitos na lei que o limita, a qual deve ser efetuada a partir de elementos interpretáveis do tipo legal de direito civil. Na discussão em torno da instalação de antenas parabólicas em imóveis locados há de ser definido sobretudo o que deve ser considerado um bom uso contratual na acepção do § 536 BGB, observando-se o princípio da boa fé. Neste diapasão, devem ser observados os interesses do locador na manutenção óptica da fachada do prédio e os interesses de informação do locatário no uso das fontes de informações [universalmente] acessíveis. Por serem ambos estes interesses tutelados por direitos fundamentais, e não havendo absolutamente prevalência de um sobre o outro, a decisão depende de qual prejuízo no contexto da harmonização de interesses abstratamente fixada pelo legislador mais pesará no caso concreto.

II.

A decisão impugnada não atende suficientemente às exigências [supra] descritas. O Tribunal Estadual até não ignorou que o direito fundamental da liberdade de informação deve ser observado junto à interpretação e aplicação dos §§ 535, 536, 242 BGB. Ele descuidou, todavia, dos interesses especiais do reclamante estrangeiro por motivos que não podem valer em face do direito fundamental à liberdade de informação.

1. Os parâmetros desenvolvidos pelos superiores tribunais estaduais em uma série de decisões para a solução do conflito de interesses entre locador e locatário em face da

instalação de antenas externas, decisões estas nas quais o Tribunal Estadual se baseia em sua decisão, em geral levam em consideração o direito fundamental da liberdade de informação, não compreendendo, entretanto, a especial situação de interesses do caso em pauta, situação esta que o Tribunal Estadual deveria ter enfrentado.

a) Segundo a citada jurisprudência, a recepção de rádio e televisão é uma parte essencial da vida doméstica, pertencendo, assim, ao uso ordinário de uma residência. Destarte, o locatário não se comporta de modo a desrespeitar o contrato no momento em que instala equipamentos para uma boa recepção de canais de radiodifusão. Ele tem uma pretensão jurídica à instalação de uma antena individual na parte exterior do imóvel enquanto não existirem antenas coletivas suficientes (cf. BayObLG, WuM 1981, p. 80 s.).

Ao contrário, falta-lhe uma pretensão jurídica direta quando sua intenção de atender suas necessidades for além de uma antena coletiva existente. Nesse caso, para a pretendida instalação de uma antena complementar, ele depende da anuência do locador, que, no entanto, não poderá denegá-la de forma abusiva. O princípio da boa fé, que domina também a relação jurídica locatícia, proíbe que o locador denegue sem motivo procedente a instalação de equipamentos que torne a vida no imóvel locado substancialmente mais agradável, enquanto o locador sofrer por isso um prejuízo apenas irrelevante e o imóvel locado não for [substancialmente] depreciado. (cf. BayObLG, *op. cit.*; KG, NJW 1985, p. 2031 *et seq.*). Para antenas parabólicas, vale, também segundo a jurisprudência civil, que o locador terá que conceder a anuência quando não providenciar a conexão a cabo. No entanto, o locador pode condicionar sua anuência à condição da instalação ser feita por um profissional habilitado e do locatário deixá-lo livre de custos, taxas e responsabilidades; além da condição do locatário assumir o custo da retirada do equipamento, quando do término da relação locatícia. Além disso, o locador tem o direito de determinar um lugar onde a antena a um só tempo possibilite a devida recepção do sinal do satélite e prejudique a estética apenas na medida do mínimo necessário. Por outro lado, a disponibilização de uma conexão a cabo representa um motivo racional para a não autorização de uma antena parabólica (cf. OLG Frankfurt, WuM 1992, p. 458).

Essa interpretação parte do argumento de que o interesses pela informação do locatário, no contexto de uma ponderação de bens jurídicos e interesses, sobrepuja em regra os interesses do proprietário na não modificação do prédio. Isso porque, enquanto os prejuízos relativos à informação são vultosos, os prejuízos [infligidos à propriedade], na maioria das vezes de natureza puramente estética, poderiam ser atenuados ou, com a instalação de equipamentos de recepção coletivos, [até mesmo] totalmente evitados. Esses

preceitos valem, segundo a jurisprudência em pauta, para o caso médio típico. No entanto, podem ser imaginados casos nos quais o interesse pela informação do locatário – por causa p. ex. da constituição física da antena parabólica ou do prédio – tivesse que ceder ao interesse do proprietário (cf. OLG Frankfurt, *op. cit.*). O atendimento destes preceitos assegura, via de regra, a aplicação constitucional de prescrições legais civis. Elas levam a uma harmonização adequada dos interesses protegidos por direito fundamental de ambas as partes. O interesse do proprietário na manutenção da fachada de seu prédio é atendido na medida em que a instalação de antenas parabólicas pode ser evitada por meio da disponibilização de uma conexão ao sistema a cabo. Do outro lado, em face da oferta de canais a cabo, o prejuízo à liberdade de informação do locatário, que não pode então instalar uma antena parabólica, torna-se muito tênue.

b) Todavia, tal ponderação aplicada ao típico caso médio não considera suficientemente os interesses especiais de estrangeiros residentes na República Federal da Alemanha. Eles estão geralmente interessados em receber os canais de seu país de origem para se informar sobre o que lá acontece e para poderem manter com eles laços culturais e lingüísticos. Essa possibilidade só existe com o acesso ao pequeno número de canais estrangeiros, os quais são transmitidos pela rede nacional do sistema a cabo, na maioria das vezes por meio de equipamentos de recepção de sinais de satélite.

Diferentemente do caso de locatários nacionais, a jurisprudência civil vislumbrou por isso um prejuízo considerável da liberdade de informação na recusa [da autorização para a instalação] de uma antena parabólica para locatários estrangeiros, cujos canais do país de origem não são transmitidos pela rede do sistema a cabo. Sua situação é similar à daquele locatário nacional que não esteja conectado nem a uma antena parabólica coletiva nem a uma rede a cabo de banda larga. Um locatário que se encontre nesta situação poderia normalmente exigir do locador a anuência para a instalação de uma antena parabólica. (cf. OLG Karlsruhe, WuM 1993, p. 525; também: OLG Hamburg, WuM 1993, p. 527; OLG Hamm, DWW 1993, p. 331). Essa jurisprudência encontra-se em harmonia com as exigências constitucionais. O interesse do locatário estrangeiro na recepção de canais e estações de radiodifusão do seu país de origem, protegido pelo Art. 5 I 1, 2º sub-período GG, deve ser observado junto à sua ponderação com os interesses do proprietário. Um privilégio inconstitucional de estrangeiros não está presente no caso. De fato, o Art. 3 III GG proíbe um tratamento desigual por causa de certas características. A estas não pertence a cidadania [no caso estrangeira, característica de “estrangeiro”], mas, entretanto, a origem. O atendimento dos interesses crescentes por informação de locatários estrangeiros não privilegia este por

causa de seu país de origem e não provoca, pela via oposta, um prejuízo dos locatários alemães por causa de sua origem.

O direito fundamental ao livre acesso à informação a partir de fontes universalmente acessíveis vale para todos independentemente de sua origem. Quando esse direito – como no caso da instalação de antenas parabólicas em espaços locados – colidir com interesses protegidos por direito fundamental de terceiros, então uma ponderação será necessária no contexto da [aplicação das] normas civis. Assim, as circunstâncias decisivas do caso devem ser observadas. Nesse caso, inexistente diferenciação baseada em origem. Também no caso de locatários alemães devem ser observadas circunstâncias inusitadas que diferenciem substancialmente um caso [concreto] do caso típico médio. O resultado da ponderação não é pré-estabelecido pela observância dos interesses especiais de informação que os estrangeiros normalmente têm em face de [cidadãos] alemães. Pelo contrário, ele constitui somente um fator de ponderação entre outros. O status de nacional não leva necessariamente à denegação, assim como o status de estrangeiro não leva necessariamente ao reconhecimento, da pretensão jurídica à instalação de uma antena parabólica.

Se não se trata de um privilégio generalizado de um grupo de pessoas por causa de sua origem, mas ao contrário da observância de todos os fatores relevantes de decisão na ponderação, então também resta excluída a possibilidade dos locatários alemães de um edifício terem que ser [automaticamente] autorizados à instalação de antena parabólica pelo fato de um estrangeiro tê-lo sido em razão de sua situação especial. Onde um locatário já possa receber seus canais de televisão do país de origem via cabo, falta, ao contrário, o pré-requisito da obrigação de tratamento igual em face de outro locatário que, para tanto, depende de uma antena parabólica.

c) Assim, está presente [no caso em pauta] uma inobservância do direito fundamental à liberdade de informação na interpretação e aplicação de normas de direito privado quando o acesso via satélite de canais do país de origem de um locatário estrangeiro é impedido com o fundamento segundo o qual a instalação de uma antena parabólica representaria um uso extraordinário da residência, que ultrapassaria o uso contratual do objeto da locação. Da mesma forma, o significado do direito fundamental à liberdade de informação é ignorado quando a pretensão de um locatário estrangeiro de instalar uma antena parabólica for recusada com o fundamento segundo o qual o mesmo direito teria que ser estendido a todos os outros locatários. Pelo contrário, junto à ponderação com o interesse do proprietário pode ser certamente considerado o aspecto de muitos locatários de um edifício terem, com base em suas respectivas circunstâncias especiais, um interesse

legítimo na antena parabólica, interesse esse que não poderia ser satisfeito por uma antena coletiva. Além disso, é incorreto não trazer à ponderação a opção por canais de televisão do país de origem, indicando-se outras possibilidades de acesso à informação, porque o Art. 5 I 1, 2º sub-período GG protege a liberdade de informação de forma abrangente, dando a todos o direito de decidir a partir de que fontes universalmente acessíveis pretendem informar-se. Isso vale também em face da menção de outras fontes de informação do mesmo tipo, como p. ex., os canais de televisão recebidos sem antenas parabólicas, mas sobretudo em face da menção de outros tipos de fontes de informação como rádio, jornais, vídeos ou mesmo traduções de programas transmitidos em língua alemã a serem feitas por parentes. Ao contrário, não é compatível com o Art. 5 I 1, 2º sub-período GG discriminar, na ponderação entre os interesses do locador e do locatário, qual quantidade de canais de televisão de seu país de origem o locatário poderá receber sem o uso de uma antena parabólica.

Finalmente, o direito fundamental da liberdade de informação é ignorado quando os tribunais civis assegurarem, na ponderação, desde o início, a prevalência dos interesses do locador sobre os interesses pela informação do locatário, sem precisar que características da coisa locada justificam uma tal conclusão.

2. O Tribunal Estadual não logrou evitar esse erro no transcorrer de sua decisão. É certo que ele não seguiu a argumentação do juízo monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) de que as necessidades do reclamante de informação do seu país de origem poderiam ser sanadas por meio de traduções de notícias em alemão ou por meio de vídeos turcos. No entanto, sujeitou o reclamante, da mesma forma, às estações de rádio em língua turca e à futura recepção de um canal turco de televisão via cabo. No mais, partiu da consideração de que a recepção de canais de televisão que são transmitidos via satélite e somente podem ser recebidos com uma antena parabólica não faz parte do uso contratual da coisa locada, mas representaria um uso extraordinário.

Finalmente, deixou o propósito do reclamante ser superado pelos interesses da proprietária, porque, caso contrário, todos os locatários, em face de motivos relacionados ao preceito da igualdade, poderiam ambicionar [a permissão para instalação de] uma antena parabólica. Do outro lado, os interesses da proprietária na imutabilidade da fachada do prédio foram considerados, sem maiores esclarecimentos, como superiores.

Outros motivos que autonomamente pudessem legitimar a conclusão não podem ser vislumbrados. A decisão baseia-se, assim, em uma desconsideração do direito

fundamental à liberdade de informação. Não se pode excluir a possibilidade de que o Tribunal Estadual, mediante uma consideração suficiente do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG, chegaria a uma outra conclusão.

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm
Söllner, Kühling, Seibert*

50. BVERFG 20, 162 (SPIEGEL-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 05/08/1966

MATÉRIA:

A editora na revista semanal “Der *Spiegel*”, a *Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH u. Co. KG*, ajuizou uma Reclamação Constitucional contra, entre outros, ordens de busca e apreensão do juiz da instrução e sua confirmação pelo Tribunal Federal (BGH). Os escritórios e todos os demais ambientes da editora sediada em *Hamburg*, além de sua redação principal, localizada em *Bonn*, foram objeto de buscas, entre outubro e novembro de 1962. O motivo da busca e posterior apreensão de um amplo material jornalístico foi um artigo publicado na edição de 10 de outubro de 1962 da revista “Der *Spiegel*”, intitulado: “Preparado só até certo ponto para a defesa” (“*Bedingt abwehribereit*”). No artigo eram apresentados dados e feita uma discussão em torno da situação militar da República Federal da Alemanha e da NATO (OTAN), assim como revelados problemas estratégicos e militares e planos para o futuro. A ordem de prisão e busca e apreensão, endereçada ao diretor da editora *Rudolf Augstein* e ao redator responsável, se baseou na suspeita do crime de traição à pátria previsto no então vigente § 100 I StGB²⁹⁰.

A Reclamação Constitucional foi julgada improcedente. O Primeiro Senado, porém, ficou exatamente dividido: 4 juízes votaram pela constitucionalidade e 4 pela inconstitucionalidade das medidas. No caso

²⁹⁰ Cf. até esse ponto a síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, p. 135 e a notícia na nota de rodapé 1 sobre mudanças dos dispositivos posteriores à prolação da decisão.

de empate, o julgamento é, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, de confirmação da constitucionalidade do(s) objeto(s) do exame e, no caso de uma Reclamação Constitucional, pela improcedência.

Sobre a questão da constitucionalidade de buscas e apreensões em escritórios da imprensa.

(...).

Decisão parcial (*Teilurteil*) do Primeiro Senado de 5 de agosto de 1966 a partir das audiências realizadas nos dias 25, 26 e 27 de janeiro de 1966.

(...)

Dispositivo da Decisão:

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:

A.

1. – 5. (...).

B.

1. (...).

2. A Reclamação Constitucional não é admitida, quando (...)

3. Pelo contrário, a Reclamação Constitucional é admitida, quando (...)

4. (...).

C.

1. Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação

e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.

2. Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida constitucionalmente. A *Grundgesetz* garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa. Se, primeiramente – correspondendo à posição sistemática da dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo. Ele garante o instituto “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras conseqüências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia da imprensa, assegurada pelo Art. 5 GG, estende-se da obtenção da informação até a divulgação das notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa também uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o “sigilo da fonte” (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido.

3. A liberdade de imprensa implica na possibilidade de entrar em conflito com outros valores protegidos constitucionalmente; aqui, pode-se tratar de direitos e interesses dos

indivíduos, das associações e grupos, mas também da própria comunidade. Para regulamentar tais conflitos, a *Grundgesetz* indica a ordem jurídica geral, à qual a imprensa também está submetida. Os bens jurídicos de outros, como os da coletividade, que no mínimo se igualam à liberdade de imprensa em importância, também devem ser respeitados por ela. A posição de certa forma privilegiada dos membros da imprensa lhes é concedida por força de sua tarefa [constitucional] e somente no contexto desta. Não se trata de privilégios pessoais; imunidades em face de normas jurídicas válidas gerais têm que poder ser justificadas de acordo com seu tipo e alcance sempre a partir da matéria [respectivamente em pauta].

A remissão à ordem jurídica geral encontra-se no Art. 5 II GG, segundo o qual a liberdade de imprensa tem como limites [também] as leis gerais. O Tribunal Constitucional Federal manifestou-se, na decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 *et seq.*]), sobre a relação da liberdade de imprensa com as leis gerais. Segundo ela, a liberdade de expressão é restringida pelas leis gerais, mas estas devem ser sempre interpretadas tendo em vista a liberdade de expressão e, por isso, em razão de seu efeito limitador serem também, por sua vez, restringidas. Estes princípios valem, por analogia, também para a liberdade de imprensa; eles ganham aqui um significado especial, já que expressões pela imprensa perseguem em regra o escopo de contribuir para a formação da opinião pública, e, portanto, avocam inicialmente a presunção da legitimidade, mesmo se elas atingirem a esfera jurídica de terceiros (*op. cit.*, p. 212). O sentido desta decisão, aplicado à liberdade de imprensa, é o de preservá-la de uma relativização por meio das leis gerais – e dos tribunais que as aplicam – e lhe garantir, por meio da obrigatoriedade de os tribunais terem de orientar a interpretação das leis gerais sempre pelo valor fundamental da liberdade de imprensa, um espaço adequado, bem como impedir qualquer restrição da liberdade de imprensa que não seja estritamente necessária à observância de bens jurídicos de pelo menos igual valor. Aqui se sobressai especialmente o lado jurídico-objetivo e institucional da liberdade de imprensa, sua influência como parâmetro e base de interpretação para a ordem jurídica geral.

4. As regulamentações sobre a traição da pátria (§§ 99, 100 StGB) são “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG. Não existem dúvidas fundamentadas contra sua constitucionalidade. Principalmente, não se impõem aquelas objeções por vezes levantadas por causa de uma definição insuficiente dos elementos do tipo penal (Art. 103 II GG). As prescrições também não são inconstitucionais, se interpretadas conforme a constituição, ao definirem a revelação de segredos de Estado por publicações na imprensa, como a “traição jornalística à pátria”.

A proteção em relação ao exterior [em face do “inimigo estrangeiro”] da existência da República Federal da Alemanha, que é o objetivo das normas de direito penal sobre a traição à pátria, colide com a liberdade de imprensa, quando a imprensa publica fatos, assuntos ou informações cujo sigilo atenderia ao interesse da defesa do país. Esse conflito não pode ser decidido de antemão e de forma geral com fundamentação contrária à liberdade de imprensa, já que esta teria a existência da República Federal da Alemanha como pressuposto necessário e sucumbiria ela mesma com sua perda. Pois, como existência da República Federal da Alemanha, que deve ser protegida e mantida, deve-se entender não apenas sua estrutura organizacional, mas também sua ordem fundamental democrática e livre. É próprio desta que os negócios de Estado, inclusive os militares, sejam conduzidos pelos órgãos estatais competentes para tal, mas que estejam submetidos à crítica ou ratificação constante por parte do povo.

Sob tal ótica, a necessidade do sigilo militar no interesse da segurança de Estado e a liberdade de imprensa não são opostos que se excluem. Ambas devem ser associadas entre si pelo objetivo maior, de manter a existência da República Federal da Alemanha – no sentido compreendido corretamente. Os conflitos entre ambas as necessidades do Estado devem ser, portanto, resolvidos tendo em vista esse objetivo. No caso particular, deve ser considerada a importância dos fatos informados etc., tanto para o adversário potencial como para a formação do julgamento político do povo; devem-se ponderar os perigos para a segurança do país que podem surgir por meio da publicação com a necessidade de ser informado sobre processos importantes também na área de política de defesa. Nesse sentido, o Art. 5 I GG exerce uma influência restritiva na interpretação das normas penais citadas.

D.

O exame da ordem de busca e apreensão, utilizando-se os parâmetros constitucionais expostos, resultou que, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, não pôde ser constatada uma violação do Art. 5 I 2 GG na aplicação do direito penal material.

I. – II. (...)

E.

A necessidade de, na interpretação e aplicação das leis gerais, considerar a liberdade de imprensa e sua importância para a ordem democrática livre, vale também para o Código de Processo Penal, principalmente para medidas processuais penais coercitivas,

como buscas e apreensões que sejam realizadas, em razão de uma publicação na imprensa ou a esta relacionados, junto a um órgão de imprensa ou ainda junto a um membro da imprensa envolvido.

Estas medidas coercitivas, cuja ordem fica a cargo da discricionariedade do juiz ou das autoridades competentes, contêm por sua própria natureza, via de regra, uma intervenção considerável na esfera de vida protegida pelos direitos fundamentais dos atingidos, sobretudo nos direitos fundamentais dos Art. 2 e 13 GG. Por isso, sua aplicação submete-se de antemão ao princípio jurídico geral da proporcionalidade (BVerfGE 19, 342 [348-349]; 17, 108 [117]; 16, 194 [202]). A respectiva intervenção deve guardar proporção adequada com a gravidade do crime e do grau de suspeição da culpa; além disso, precisa ser justamente a medida coercitiva [escolhida pela autoridade] necessária para a averiguação e investigação do crime. Esse não será o caso quando outros meios, menos drásticos, estiverem disponíveis. Finalmente, a busca deve prometer o resultado de obtenção de provas adequadas.

No caso de buscas e apreensões em órgãos de imprensa há de se notar adicionalmente a possível ou provável intervenção na liberdade de imprensa. Isso diz respeito primeiramente ao impedimento do exercício do direito fundamental, que pode ocorrer em conseqüência de buscas ou apreensões – p.ex., por bloqueio de ambientes de trabalho necessários ou retenção de material necessário para o trabalho em curso –, porém, mais ainda, com a quebra do sigilo da fonte que normalmente está associada a tais medidas coercitivas. Como a relação de confiança entre a imprensa e seus funcionários e informantes é condição essencial para o funcionamento de um órgão da imprensa, e uma ameaça a essa relação de confiança pode servir para provocar efeitos negativos, para além do presente caso, a outros órgãos de imprensa e, assim, à própria liberdade de imprensa, existe aqui necessariamente um conflito entre o interesse na persecução penal e o interesse na proteção da liberdade de imprensa que deve ser resolvido com ajuda da jurisprudência supra citada do Tribunal Constitucional Federal.

Fundamentalmente, é tarefa do legislador proceder a essa ponderação de bens jurídicos. O Código de Processo Penal leva em conta essa exigência de forma limitada: As regulamentações pertinentes (§§ 53 I, n° 5, 97 V StPO - Código Processo Penal) consideram apenas o caso em que existe uma publicação de teor punível e, com isso, fala-se na persecução penal do autor, remetente ou informante. Elas partem da chamada responsabilidade em garantia (*Garantenhaftung*), segundo a qual, no interesse da relação de confiança entre informante e funcionário da imprensa, deve se aceitar uma maior

dificuldade na persecução penal se pelo menos um redator da publicação em questão foi ou poderá ser condenado por causa da publicação. Aqui devem ser consideradas as normas do direito de imprensa, segundo as quais existe, para publicações de teor punível, uma responsabilidade penal agravada para o “redator responsável”, eventualmente também para outros funcionários participantes da produção e divulgação da publicação do respectivo periódico. Se os pressupostos da responsabilidade em garantia são cumpridos, então vale para o redator responsável ou outros funcionários envolvidos o direito à recusa de prestar testemunho do § 53 I, n° 5 StPO (Código de Processo Penal) e – para se evitar a burla à recusa de prestar testemunho – tem vigência a proibição de apreensão no domicílio dos funcionários mencionados, consoante o § 97 V StPO, assim como a proibição, daí derivada pela jurisprudência, de busca. A proibição de apreensão vale, segundo a nova redação das normas citadas dada pela terceira lei de alteração do direito penal, de 4 de agosto de 1953 (BGBl. I, p. 735), apenas para a averiguação da pessoa do autor, remetente ou informante da publicação punível, e, por outro lado, não para todas as comunicações por escrito entre o membro da imprensa, que tem o direito de se recusar a prestar o testemunho, e o informante, ou para as anotações do membro da imprensa sobre as informações a ele reveladas.

A proteção do sigilo da fonte não é previsto nos casos onde a investigação se dirige contra um informante de uma publicação que não é anti-jurídica, bem como no inquérito contra um redator responsável ou um outro membro da imprensa acusado. O funcionário da imprensa, nesse caso, pode, em sua condição, negar quaisquer declarações, porém não existem restrições à busca e apreensão em seu domicílio, ainda que essas medidas atinjam documentos dos quais se pode obter o nome do informante.

Todos os Estados-membros promulgaram em suas leis de imprensa estaduais novas normas que, apesar de diferenças consideráveis nos detalhes, fortalecem a proteção do sigilo da fonte, afastando-se da responsabilidade em garantia e desvinculando, até certo ponto, a proibição de busca e apreensão do direito a não prestar testemunho. A questão de verificar se essas normas se mantêm dentro dos limites de competência do legislador estadual não necessita, no caso presente, de julgamento, já que no momento decisivo da intimação do mandado de busca só se considerou o Código de Processo Penal como base legal.

Como as normas do Código de Processo Penal citadas concretizam pelo menos parcialmente a proteção do sigilo de fonte, são elas compatíveis com o Art. 5 I 2 GG. Essas normas não contêm regulamentação completa. Elas não excluem a possibilidade

da proteção do sigilo da fonte ser mais intensamente considerada no exercício da discricionariedade judicial junto à decisão sobre se e em que medida uma busca ou apreensão devam ser ordenadas. Por isso, em razão da falta de uma nova regulamentação jurídica, ficou a cargo do juiz, no momento decisivo do presente caso, a tarefa de proceder à ponderação necessária, considerando a importância axiológica do direito fundamental da liberdade de imprensa.

F.

A instrução probatória não confirmou a afirmação original da reclamante de que o mandado de busca teria sido arbitrário, porque o processo contra a “*Spiegel*” teria sido ensejado pelo Ministério Federal da Defesa com base em considerações incongruentes, o que teria influenciado decisivamente a ordem judicial em pauta, tendo o Ministério Público Federal desempenhado o papel de mero órgão coadjuvante do Ministério da Defesa. O conteúdo do artigo intitulado “Preparado só até certo ponto para a defesa” do nº 41 da revista havia chamado a atenção de um técnico do Ministério Público; ele o apresentou ao procurador competente, Dr. K., que encomendou um parecer do Ministério Federal da Defesa sobre se haveria segredos militares entre os fatos publicados no artigo. O Dr. W., na época conselheiro superior de governo, foi apontado pelo chefe de departamento competente do Ministério da Defesa como um dos responsáveis, em casos como este, pela elaboração do parecer. Ele consultou, de forma totalmente objetiva e independente, os técnicos militares competentes e elaborou com eles o parecer, sem influência de outras autoridades; o parecer foi – como de praxe – escrito em papel oficial do ministério com o timbre “Ministro Federal da Defesa”, e foi assinado pelo perito “por ordem de”. Não há razão para se duvidar da independência pessoal do perito. Antes da apresentação do parecer, foi realizada uma reunião de relatores com o Ex-Ministro da Defesa St.

O ministro questionou primeiramente se um parecer seria realmente necessário, mas decidiu então que o parecer deveria se estender a todo o artigo. Ele não influenciou o conteúdo do parecer a ser elaborado. O Secretário de Estado viu o parecer pronto apenas superficialmente; após o envio do parecer, foi enviada uma cópia ao ministro.

O então Secretário de Estado do Ministério Federal da Defesa, H., viajou em 20 de outubro de 1962 para *Karlsruhe* para uma reunião com o Ministério Público sobre o assunto. Nessa ocasião, apresentou ao Ministério Público a perspectiva de apoio total – principalmente técnico – do Ministério para os procedimentos seguintes; ele frisou que

o Ministério estaria interessado, sobretudo, em um reconhecimento dos “locais de vazamento” da própria casa, e que a investigação, portanto, deveria ser efetuada independentemente da posição hierárquica daqueles eventualmente atingidos. Em longas exposições, ele explicou em que situação difícil a República Federal da Alemanha teria ficado frente aos seus aliados em razão de incidentes daquele tipo. Os detalhes sobre a forma de prosseguimento do processo contra a “*Spiegel*” não foram discutidos; tampouco foi discutido o conteúdo do parecer do Dr. W.. A testemunha Dr. Wa., porém, viu, nas exposições do Secretário de Estado acerca do efeito do artigo sobre os aliados, uma confirmação do parecer; isto o levou à decisão de intervir imediatamente. Em outras reuniões no Ministério Público realizadas nos dias seguintes, foram discutidos detalhes do processo contra a “*Spiegel*”. A condução da ação ficou totalmente nas mãos do Ministério Público. O Ministério Federal da Defesa corroborou seu interesse no prosseguimento do processo, mas não se constatou, na instrução probatória, nenhuma tentativa, por parte do Ministério, de influenciar inconvenientemente o processo. A reclamante abandonou sua afirmação contrária, reproduzida no início, após a instrução.

G.

O prosseguimento do exame da ordem de busca, utilizando os parâmetros constitucionais expostos sob “E.”, resultou que, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, não pode ser constatada violação do Art. 5 I 2 GG na aplicação do Código Processual Penal.

I.

1. – 2. (...).

3. Em resumo, constata-se: Quando da autorização da ordem de busca, foi ignorada a ponderação exigida pelo princípio da proporcionalidade e pela decisão axiológica fundamental do Art. 5 I 2 GG. A aplicação da lei que levasse em conta estas exigências deveria ter evidenciado no presente caso que uma busca tão abrangente configuraria uma intervenção desproporcional.

A gravidade do crime de traição à pátria e a ameaça potencial da segurança de Estado pela traição de segredos militares não podem, sozinhas, ser suficientes para preferir a proteção da liberdade de imprensa e justificar medidas processuais coercitivas de qualquer tipo. Aqui se estaria, ao se ignorar a tarefa que cabe à imprensa em razão da ordem estatal livre, colocando a traição jornalística à pátria no mesmo patamar da traição comum à pátria. Além disso, ignorar-se-ia que aqui não se trata de deixar impunes publicações de

conteúdo anti-jurídico ou privilegiá-las em geral quanto à persecução penal, mas somente de constatar se a utilização de um determinado meio processual penal foi adequado em face das circunstâncias do caso. Também segundo a opinião aqui defendida, a liberdade de imprensa não deve ser tomada como pretexto para crimes graves contra a segurança do Estado. No presente caso, não se trata de uma violação já comprovada de bem jurídico superior protegido pelas disposições sobre traição à pátria, mas deveria ser investigado primeiramente se e em que medida existiu tal violação. Se nesse estágio do processo, para o qual vale a presunção de inocência do Art. 6 II da Convenção Européia de Direitos Humanos, já basta o fato de que uma traição à pátria se torne objeto da investigação para que a ponderação, em si necessária, não seja realizada ou seja submetida a exigências mais brandas, o debate público livre é, pois, limitado de forma inadmissível num âmbito essencial da vida do Estado.

Já por esta razão, não há que se falar na obrigatoriedade de delação nos termos do § 138 StGB. No mais, mesmo a proteção limitada do sigilo da fonte, segundo o Código Processual Penal, não conhece uma classificação por tipo de crime. Além disso, esta norma penal objetiva impede a execução de um crime capital ainda não cometido; sua relação com um crime de imprensa não é visível.

Com a única exceção da lei de imprensa de *Baden-Württemberg*, as leis de imprensa de todos os outros Estados-membros concedem aos jornalistas e outros membros da imprensa o direito de se recusar a prestar testemunho, independentemente do tipo e gravidade do crime perseguido. Tal norma existe na *Baviera* já há 17 anos, sem que tenha resultado qualquer dissensão. Uma comparação com a ordem jurídica de outros Estados democráticos não pode oferecer argumentos convincentes contra a posição aqui defendida, quando ela se restringir apenas à existência ou inexistência de um dispositivo legal único e determinado, não respeitando o respectivo sistema jurídico em sua totalidade – como, p.ex., não observando que a Inglaterra ou o direito federal dos EUA não concedem a nenhuma profissão um direito legal de recusa à prestação do testemunho –nem considerando a prática jurídica e a consciência democrática da respectiva sociedade.

A importância da liberdade de imprensa exige que a aplicação de medidas coercitivas na persecução penal seja submetida a condições rígidas, e, ao mesmo tempo, justifica um exame amplo da situação concreta do processo pelo Tribunal Constitucional Federal. Caso a proteção do direito fundamental o exija, também aspectos consideráveis do curso adequado do processo devem ser preteridos, e desconfortos processuais devem ser suportados (BVerfGE 17, 108 (118)). Aqui não se discutirá até que ponto valeria uma

outra regra, no caso do Estado de Defesa ou em situações semelhantes de necessidade com base no Estado de Sítio.

II.

(...).

1. (...)

Se este processo continua a ser denominado pela reclamante como “leviano”, há, então, um exagero de exigências constitucionais. Tratava-se de se esclarecer se uma suspeita deveria continuar sendo investigada. Para esta decisão não se pode exigir a “certeza” suficiente para a condenação ou absolvição. Se uma busca em ambientes da imprensa não deve estar já previamente fora de cogitação, não se pode colocar como pressuposto para a ordem aquilo que deve ser esclarecido apenas pela e depois da busca.

A imprensa não goza no processo penal de nenhum privilégio; ela tem, como qualquer cidadão que por seu comportamento despertar séria suspeita de ter violado norma penal, que tolerar medidas de investigação dos órgãos de persecução penal. O correlato da liberdade de imprensa é uma imprensa que trabalhe consciente de sua responsabilidade (BVerfGE 12, 113 [130]). Principalmente no Estado democrático livre, contrapõe-se à liberdade de imprensa a co-responsabilidade da imprensa para com a segurança do Estado. Isoladamente, os órgãos da imprensa podem ter objetivos diversos e persegui-los com diversos meios e métodos jornalísticos. De qualquer forma, não se pode reconhecer uma “presunção” no sentido de que um órgão da imprensa, na dúvida, tenha trabalhado consciente de sua responsabilidade e, por isso, de antemão esteja acima da suspeita de um comportamento culpável.

2. O Ministério Público e os juízes de instrução tiveram que decidir se a medida de busca nos escritórios da reclamante com a finalidade de encontrar material de prova apta ao esclarecimento dos fatos seria, segundo a natureza do matéria, admissível. As medidas de consecução de provas, como busca e apreensão, intervêm, por sua natureza, de forma sensível, nos direitos fundamentais do cidadão. Como são, porém, eventualmente imprescindíveis para a persecução penal eficaz, o inocente que incorreu em suspeita da prática de ilícito penal tem, em certa medida, que as tolerar. Se as medidas são tomadas contra um órgão da imprensa, o conflito inevitável com o direito fundamental da liberdade de imprensa obriga à moderação e ponderação criteriosa das posições pró e contra a

admissibilidade da medida processual. De tudo isso resulta o postulado do Estado de direito da proporcionalidade da medida em cada caso. Acima já foi dito detalhadamente o que aqui deve ser ponderado contra as exigências da liberdade de imprensa: a importância geral do bem jurídico para cuja manutenção as medidas coercitivas devem ser tomadas; sua ameaça pela ação concreta, que configura objeto da investigação; a gravidade da suspeita; a adequação e necessidade do meio processual cogitado.

Já foi dito que – também na opinião da reclamante – a imprensa não está livre da aplicação das normas processuais penais sobre busca e apreensão. É necessária a ponderação axiológica objetiva no caso concreto, e não a salvaguarda de um privilégio permanente da “imprensa” devido a sua “função pública” e coisas do gênero. A *adequação* do meio não necessita, no presente caso, de fundamentação mais detalhada. Era de se supor com grande probabilidade que a busca na redação da “*Spiegel*” levaria à descoberta de provas (§ 102 StGB). Os registros do material de notícias publicado (e eventualmente a ser publicado), cuja existência na redação era de se supor com certeza, puderam fornecer esclarecimentos tanto sobre o caráter sigiloso de alguns dados, assim como sobre o tipo de cooperação com informantes do Ministério da Defesa, sobretudo também acerca do elemento subjetivo da suspeita do crime de traição à pátria dos membros da redação da “*Spiegel*”. Sobretudo para os principais procuradores de justiça envolvidos, Dr. Wa. e Dr. K., a idéia determinante foi a de que fatalmente deveria existir na redação um “rascunho”, um “dossiê”, “relatório”, cuja apreensão contribuiria decisivamente para um esclarecimento rápido e completo de todo o caso e suas implicações.

No exame da necessidade da medida, partiu-se do pressuposto de que o trabalho da imprensa deve ser livre de qualquer intervenção por parte do poder público que não seja imprescindível – esta foi particularmente a posição do Ministério Público Federal, que a destacou expressamente ao juiz da instrução e a deu, como ordem geral, na reunião de 22 de outubro de 1962, aos seus funcionários executivos. Por outro lado, houve que considerar que se tratava de uma suspeita séria de uma conduta punível contra a segurança do Estado e, com isso, da ameaça de um bem jurídico que, em importância, não fica atrás da liberdade de imprensa. Tratava-se de ponderar se a suspeita era tão séria, o crime em questão tão perigoso, o interesse público no esclarecimento total do caso tão considerável, que fizesse com que uma restrição da liberdade de imprensa, a qual não poderia ser considerada ameaçadora à existência e continuação de publicação da revista, pudesse ser tolerada. O Ministério Público Federal e os juízes de instrução decidiram nesse sentido; sua decisão não demonstra que teriam deixado de lado a ponderação

necessária ou que teriam fundamentalmente ignorado os parâmetros axiológicos constitucionais. Quando a imprensa se ocupa de questões particulares da área militar, os pesos se deslocam: a necessidade de informação da população cede lugar, porque primeiramente os leitores não podem formar um julgamento independente por falta de conhecimentos técnicos e, por outro lado, porque não necessitam desses conhecimentos para a construção de sua decisão política. Por outro lado, porém, os detalhes informados, comparavelmente insignificantes para a população local, podem ser valiosos para o serviço especializado de notícias estrangeiro. Por isso, também a imprensa, nessas publicações, tem que ponderar entre a necessidade de informar e o interesse de Estado. Não pode se furtrar a isto alegando “liberdade de imprensa”.

A traição à pátria ameaça potencialmente a existência do Estado e justifica, em princípio, forte reação do poder público. Os Art. 21 II e Art. 91 GG deixam claro que no caso de ameaça da existência da República Federal da Alemanha é exigida, também pela Constituição, uma ação conseqüente irreprimível. No caso concreto, na situação política da época [“Crise de Cuba”], o perigo era muito mais evidente; a credibilidade da República Federal da Alemanha dentro da Aliança do Atlântico Norte parecia questionada. Se, além disso, se considerar a alta probabilidade, depreendida do artigo, da existência de uma cooperação criminosa com oficiais superiores das Forças Armadas, não se pode negar um interesse público urgente no esclarecimento rápido e completo de todo o caso. O Ministério Público Federal e os juízes da instrução puderam partir do pressuposto de que o esclarecimento total só seria possível mediante a descoberta de provas documentais concretas que esperavam obter pela busca na redação. O valor de tais provas foi muito superior ao das declarações de testemunhas. Só então se pôde chegar ao esclarecimento preciso sobre os documentos que haviam sido utilizados no artigo, sobre sua qualidade como segredos de Estado, para os quais um sigilo formal existente poderia ser um forte indício sobre outro material sigiloso existente, destinado à impressão; sobretudo, porém, como os documentos haviam chegado à “*Spiegel*”, e, com isso, sobre a presença dos elementos típicos do crime de traição à pátria por pessoas importantes da “*Spiegel*” e sobre a dimensão do respectivo envolvimento em ações criminosas de pessoas [informantes] do Ministério Federal da Defesa. Tudo isto não podia ser esperado de interrogatórios – em um primeiro momento inevitavelmente inúteis. O primeiro interrogatório teria alertado todos os envolvidos, uma busca posterior não teria achado nenhum material comprometedor.

3. A objeção da reclamante de que a busca na redação teria sido ilegal e inconstitucional, tendo em vista o direito ao sigilo por parte do informante da imprensa decorrente da liberdade de imprensa, não é fundamentada.

Não há dúvida de que do direito fundamental da liberdade de imprensa resulta uma certa proteção do sigilo da fonte e dos informantes da imprensa. Mas o legislador é bastante livre em sua conformação. Não há um mandamento constitucional com conteúdo determinado da proteção ao informante. (...).

(...).

a) – d) (...).

4. (...).

H.

I. – II. (...)

J.

(...).

51. BVERFG 102, 347

(BENETTON / SCHOCKWERBUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

12/12/2000

MATÉRIA:

A firma italiana de indústria e comércio de roupas *Benetton* é conhecida mundialmente por um tipo de publicidade institucional de estilo engajado e, muitas vezes, polêmico. Não raro, seus anúncios são acusados de ser chocantes (**propaganda chocante** = *Schockwerbung*).

A reclamante, que é uma editora, que publica a revista semanal “*Stern*”, volta-se contra duas decisões do Tribunal Federal (BGH), que a proibiram de publicar três anúncios publicitários da firma *Benetton*, vez em que, segundo o BGH, tais anúncios violariam o § 1 UWG, uma cláusula geral que proíbe a concorrência desleal a partir do conceito jurídico indeterminado da violação dos “bons costumes” (*gute Sitten*). Na fundamentação, alegou, em suma, que os dois anúncios exploravam o sentimento de compaixão das pessoas em face da miséria do mundo e do medo relativo ao desequilíbrio ambiental. O terceiro anúncio, mais polêmico

ainda, onde era mostrada a parte superior das nádegas de um homem nu com a frase em forma de carimbo *H.I.V. POSITIVE*, estaria atingindo até mesmo a dignidade humana dos portadores do vírus H.I.V. Em todos os anúncios não havia textos explicativos, mas tão somente a logomarca “*United Colors of Benetton*”.

Em sua Reclamação Constitucional, a reclamante arguiu, entre outras, a violação de seus direitos fundamentais derivados do Art. 5 I 1 GG (liberdade de expressão) e Art. 5 I 2 GG (liberdade de imprensa). O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, porque reconheceu uma violação da liberdade de imprensa do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG. Em sua fundamentação, o TCF sustentou que o BGH violou a liberdade de imprensa, vez em que, em sua interpretação das expressões, além de partir de alguns falsos pressupostos (como, por exemplo, que a expressão comercial teria a princípio menor peso), não realizou uma *interpretação orientada pelo direito fundamental* da liberdade de imprensa, ou seja, não enfrentou a possibilidade das expressões representarem uma contribuição para o debate social, sobre questão relevante e para a formação da opinião pública e, assim, não se chocarem contra os bons costumes e, por via de consequência, não justificando a aplicação do § 1 UWG como limite concretizado da lei geral na acepção do Art. 5 II GG.

1. A liberdade de imprensa de uma editora de revistas pode restar violada quando lhe for proibida a publicação de anúncios publicitários sobre os quais o anunciante goza da proteção da liberdade de expressão do pensamento.
2. Da avaliação constitucional da publicidade institucional a partir de temas de crítica social.

Decisão (*Urteil*)

do Primeiro Senado de 12 de dezembro de 2000
com base na audiência de 8 de novembro de 2000

– 1 BvR 1762/95 , 1 BvR 1787/95 –

no processo da Reclamação Constitucional de G... AG & Co. KG

— Procurador: Professor Dr. *Gunnar Folke Schuppert*, Unter den Linden 6, Berlin
– contra a) decisão do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 — 1 BvR 1762/95

—, b) decisão do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 — I ZR 110/93 — 1 BvR 1762/95 -.

Dispositivo da decisão:

As decisões do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 – I ZR 180/94 e I ZR 110/93 – violam o direito fundamental da reclamante decorrente do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa *Grundgesetz*. Revogue-se. Devolva-se a matéria ao Tribunal Federal (BGH). A República Federal da Alemanha deve ressarcir as custas processuais necessárias.

RAZÕES:

A.

A reclamante, uma empresa da imprensa escrita, volta-se em sua Reclamação Constitucional contra duas decisões do Tribunal Federal (BGH), pelas quais se lhe foi proibida a publicação de anúncios publicitários por causa de uma ofensa aos bons costumes (§ 1 da Lei contra Concorrência Desleal, a seguir: UWG).

I.

Na revista editorada pela reclamante, chamada “Stern”, foram publicados três anúncios da Firma Benetton, que comercializa produtos têxteis internacionalmente. Um anúncio mostra um pato sujo de petróleo nadando em uma mancha de petróleo. Em um outro anúncio, aparecem crianças de diferentes idades trabalhando intensamente no terceiro mundo. O terceiro anúncio compõe-se de uma foto de nádegas masculinas sobre as quais foram carimbadas as palavras “H.I.V. POSITIVE”. No canto de cada foto, encontra-se respectivamente sobre uma tarja verde a frase “*United Colors of Benetton*”. Os dois primeiros anúncios são objeto da Reclamação Constitucional 1 BvR 1787/95, ao passo que a Reclamação Constitucional 1 BvR 1762/95 refere-se ao terceiro anúncio.

O Centro de Combate à Concorrência Desleal [uma associação civil sem fins lucrativos] exigiu extra-judicialmente da reclamante que essa se abstivesse da publicação dos anúncios e procurou a tutela judicial quando aquela se recusou a atender seu pedido. O Tribunal Estadual julgou a ação procedente. As Revisões diretas (*Sprungrevisionen*) da reclamante não tiveram êxito junto ao Tribunal Federal (BGH). A própria firma *Benetton*

procurou defender-se junto aos tribunais cíveis, inutilmente, contra a correspondente intimação (*Abmahnung*) (cf. *BGHZ* 130, 196). Todavia, ela não ajuizou uma Reclamação Constitucional.

II.

O Tribunal Federal (BGH) fundamentou suas decisões atacadas como segue:

1. – 2. (...).

III. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes. Ambas as decisões do Tribunal Federal (BGH) impugnadas pela reclamante violam a sua liberdade de imprensa garantida pelo Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG.

I.

1. A área de proteção da liberdade de imprensa abrange o conteúdo completo de um órgão da imprensa (*sic*), subsumindo-se a ela também os anúncios publicitários. (cf. BVerfGE 21, 271 [278 s.]; 64, 108 [114]). Desde que a expressão de pensamento de terceiros goze da proteção do Art. 5 I 1 GG, a liberdade de imprensa engloba a proteção de tal expressão quando de sua publicação em um órgão da imprensa: A um órgão da imprensa não se pode proibir a publicação de uma expressão de pensamento de terceiro se ao próprio autor da expressão é autorizada sua publicação e divulgação. Nesta extensão, a empresa da imprensa pode argüir uma violação da liberdade de expressão de terceiro em uma lide judicial. Isso vale também em uma lide civil quando os pedidos se referirem a obrigações de não fazer [ou de abstenção – *Unterlassungsansprüche* – a serem impostas respectivamente à parte contrária] fundadas no direito concorrencial.

A proteção do Art. 5 I 1 GG – aqui colocada na liberdade de imprensa²⁹¹ – alcança também expressões comerciais, assim como a pura publicidade econômica, que

²⁹¹ O Art. 5 I 1 GG que protege a liberdade de expressão continua, porém, independente da liberdade de imprensa, sendo que uma violação pode e deve ser alegada autonomamente. O TCF só quis dizer que a expressão, ao ter sido publicada em órgão da imprensa, “entra” na liberdade desta, porque da liberdade de imprensa faz parte também veicular opiniões de terceiros.

tenham um conteúdo axiológico constitutivo de opinião pública (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). Desde que numa foto venha à tona uma expressão do pensamento – uma posição, um juízo de valor ou uma certa ideologia –, também esta fará parte da área de proteção do Art. 5 I 1 GG (cf. BVerfGE 30, 336 [352]; 71, 162 [175]).

Todas as três fotos publicitárias polêmicas fazem jus a tais pré-requisitos. Elas mostram mazelas gerais (poluição ambiental, trabalho infantil, marginalização de infectados pelo H.I.V.) e contêm, com isso, ao mesmo tempo um juízo de valor [negativo] sobre questões sociais e políticas relevantes. Trata-se de imagens vivas com conteúdos formadores de opinião. Mesmo as decisões atacadas o reconhecem quando nelas se lê que os anúncios se ocupam da miséria do mundo. Expressões do pensamento que persigam tal escopo [de mostrar a miséria do mundo] e com isso direcionam a atenção do cidadão para mazelas gerais, gozam de maneira especial da proteção do Art. 5 I 1 GG (cf. BVerfGE 28, 191 [202]).

Tal reconhecimento não é desautorizado pelo fato de a firma *Benetton* tratar dos temas aludidos no contexto de uma publicidade institucional pura, desistindo de qualquer comentário, subscrevendo-a simplesmente com o seu logotipo. Devido a este fato pode até mesmo surgir a impressão de que a empresa anunciante em verdade não pretenda oferecer uma contribuição à formação da opinião pública, mas chamar a atenção para si. Uma tal interpretação, pela qual se questiona a relação subjetiva daquele que se expressa com o conteúdo da expressão, não é, porém, a única possível, não sendo sequer a mais provável. Na percepção do público, as mensagens partidas dos anúncios são consideradas em geral como suas e também os tribunais não apresentaram dúvidas a respeito. Também na visão do fotógrafo *Oliviero Toscani*, que criou os anúncios, Benetton os utiliza como veículo de divulgação de uma postura intelectual anti-racista, cosmopolita e livre de tabus (*Oliviero Toscani*, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, 3ª. ed., 2000, S. 44).

2. A proibição corroborada pelas decisões atacadas de reimpressão dos polêmicos anúncios na revista semanal “Stern”, limita a liberdade de imprensa da reclamante. Por ser a proibição ligada à cominação de pena pecuniária no valor de até 500.000 DM – alternativamente ordem de prisão – ou ordem de prisão de 6 meses para o caso do descumprimento da decisão, ela foi faticamente impedida de proceder a uma futura publicação dos anúncios.

3. Essa proibição não é justificada constitucionalmente.

a) O § 1 UWG, sobre o qual o Tribunal Federal (BGH) se baseia em sua decisão de proibição da publicação, é uma lei geral na acepção do Art. 5 II GG (cf. BVerfGE 62,

230 [245]; 85, 248 [263]). Ele serve à proteção dos concorrentes, dos consumidores e dos demais participantes do mercado, assim como à proteção da coletividade (cf. *Baumbach / Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 21ª ed. 1999, UWG Introdução, Notas de margem 42, 51, 55; *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5ª ed. 1998, p. 13). A liberdade da atividade econômica não pode implicar em vantagens na concorrência para o indivíduo a serem auferidas mediante práticas legalmente inadmissíveis. Esses objetivos encontram-se em harmonia com a ordem axiológica da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 32, 311 [316]).

b) – c) (...)

d) Com êxito, todavia, argüiu a reclamante que o Tribunal Federal (BGH) teria, em sua avaliação jurídico-concorrencial dos anúncios, ignorado o significado e o alcance da liberdade de expressão do pensamento.

aa) Se uma decisão de direito civil tangencia a liberdade de expressão do pensamento, então o Art. 5 I 1 GG exige que os tribunais considerem, junto à interpretação e aplicação do direito privado, o significado daquele direito fundamental (cf. BVerfGE 7, 198 [206 *et seq.*]; 86, 122 [128 s.]; jurisprudência consolidada). As decisões atacadas foram embasadas no § 1 UWG, em uma norma, portanto, do direito civil. Sua interpretação e aplicação no caso particular é da competência [exclusiva] dos tribunais cíveis. O Tribunal Constitucional Federal somente pode intervir quando se reconhecerem erros que se firmem sobre uma apreciação fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, principalmente da extensão de sua área de proteção, e também que tenham uma certa relevância para o caso jurídico concreto (cf. BVerfGE 18, 85 [92 s.]; jurisprudência consolidada).

É o que ocorre no presente caso.

bb) O Tribunal Federal (BGH) até reconheceu corretamente tratar-se, nos anúncios, de expressões do pensamento que têm por objeto problemas econômicos, políticos, sociais e culturais e, por isso, gozariam de maneira especial da proteção do Art. 5 I 1 GG. O significado e o alcance deste direito fundamental não foram porém devidamente considerados, nas decisões atacadas, no momento de sua interpretação do § 1 UWG e – no caso do terceiro anúncio (H.I.V. POSITIVE), no momento de sua aplicação. Limitações daquele que é um direito constitutivo por excelência da ordem estatal democrática livre, o direito da livre expressão do pensamento (cf. BVerfGE 20, 56 [97]; jurisprudência consolidada) necessitam fundamentalmente de uma justificação por interesses suficientemente importantes relativos ao bem comum ou de direitos e interesses de terceiros, [igualmente] dignos de proteção. É o que vale de forma especial no caso de expressões críticas a respeito de questões sociais ou

políticas. Todavia, não se depreende das decisões atacadas indicações neste sentido [do exame criterioso para a decisão do caso do significado e alcance do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento] (...).

aaa) Segundo o entendimento do Tribunal Federal (BGH), o § 1 UWG proíbe um comportamento publicitário que desperte nos destinatários sentimentos de compaixão mediante a apresentação de grandes sofrimentos de pessoas e animais e explore esses sentimentos, sem ensejo racional, para fins comerciais concorrenciais, na medida em que o anunciante se apresenta como igualmente atingido, provocando, destarte, a solidariedade dos consumidores com seu nome e sua atividade comercial.

Esse julgamento perpetrado pelo Tribunal Federal (BGH) a partir da interpretação do § 1 UWG de ofensa à moral é certamente louvável, enquanto regra de boa formação moral, podendo, enquanto tal, ser considerada aceita por boa parte da população. Por trás dela, encontra-se o desejo de viver em uma sociedade na qual não se reaja à miséria com a busca fria do lucro, mas com empatia e medidas de socorro, ou seja, de maneira a reagir-se diretamente contra a miséria. Se com esse julgamento se protege, ao mesmo tempo, interesses públicos ou privados suficientemente importantes, não é, entretanto, reconhecível de plano.

bbb) Mesmo o Tribunal Federal (BGH) não aceitou o argumento do autor do processo originário de que dos anúncios se poderia depreender um ônus [incômodo] considerável infligido ao público. Agressões desferidas contra o bom gosto ou uma configuração chocante de anúncios não são consideradas por aquele tribunal (BGH) como uma violação da moralidade na acepção do § 1 UWG. Esse julgamento não há de ser afastado por motivos constitucionais. Um efeito incômodo que pudesse justificar regras limitadoras do direito fundamental não pode ser visto no fato de o público ser confrontado também fora dos editoriais dos meios de comunicação social (Mídia) com imagens que retratem realidades desagradáveis ou que suscitem a compaixão. Isso vale também quando se acusa, como o fez a Associação Alemã para a Proteção Jurídica da Concorrência e do Direito Autoral (*Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*), um aumento generalizado de tais propagandas por causa do efeito de imitação. O ânimo do cidadão livre da [confrontação com a] miséria do mundo não representa um interesse para cuja proteção o Estado possa limitar posições de direito fundamental. Diferentemente, pode-se chegar a outra conclusão quando se mostra imagens asquerosas, que provoquem o medo ou que ameacem crianças e adolescentes. Quando o autor do processo original classifica os anúncios como invasivos e inconvenientes por

eles apelarem com força sensorial-sugestiva aos sentimentos dos consumidores, os quais se relacionem com os produtos da empresa anunciante ou sua atividade comercial, não se pode com ele concordar. Grande parte da publicidade contemporânea se caracteriza pela busca em despertar a atenção e ganhar a simpatia do público a partir de motivos que dêem ênfase aos sentimentos. Publicidade comercial com imagens que, com força sugestiva, desperte desejos libidinosos, que evoquem o ímpeto por liberdade e descomprometimento ou que prometam o brilho da celebridade social está em toda parte. Pode ser que os consumidores estejam mais “duros” em face de tais motivos, como alega o autor do processo originário. Um tal efeito de acostumar-se não justifica, contudo, a atribuição de efeitos onerosos ao apelo até hoje menos gasto do sentimento de compaixão.

ccc) Interesses de concorrentes ou princípios da concorrência de desempenho não foram igualmente atingidos. O Tribunal Federal (BGH) destaca-o explicitamente. Também não se vislumbra nada nesse sentido. Publicidade institucional destacada de produtos passou a ser utilizada, sem que com isso a concorrência entre as performances das empresas sofresse um prejuízo reconhecível. Concorrentes que considerem uma publicidade deste tipo como boa para os negócios, podem, assim como a firma *Benetton*, dela fazer uso.

ddd) Poder-se-ia estar, em tese, e no máximo em relação ao anúncio sobre “trabalho infantil”, frente a um caso de proteção de pessoas fotografadas. Todavia, não se verifica aqui que um direito [subjeto] tenha sido atingido. As crianças fotografadas não são individualizáveis. Não obstante, ainda que sejam apresentadas em uma perspectiva que provoca compaixão, não são vistas, absolutamente, de forma jocosa ou de qualquer outra forma negativa. O contexto publicitário enquanto tal não é suficiente para configurar uma violação de pretensões de respeito de pessoas humanas.

eee) Interesses da coletividade não foram tocados. (...)

cc) – dd) (...)

ee) A decisão atacada no processo 1 BvR 1762/95 não se baseia somente na interpretação do § 1 UWG já supra discutida. O Tribunal Federal (BGH) considera o anúncio objeto deste processo como desleal, porque ele se chocaria de maneira notória contra os preceitos da proteção da dignidade humana, na medida em que ele apresentaria as pessoas acometidas de AIDS como “carimbadas” e, destarte, marginalizadas.

aaa) Essa fundamentação pode ser seguida em tese. Uma interpretação do § 1 UWG no sentido de que uma publicidade por imagem que viole a dignidade humana de pessoas fotografadas se choque contra a moral e bons costumes (*sittenwidrig*) não é

problemática do ponto de vista constitucional. Ela atribui valor a um bem tutelado que justifica limitações da liberdade de expressão do pensamento também no contexto de áreas sensíveis da crítica social e política. O Art. 1 I GG obriga o Estado a proteger todas as pessoas contra ataques à dignidade humana como contra a humilhação, estigmatização, perseguição, proscricção etc. (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Anúncios publicitários que marginalizem pessoas individualizadas ou grupos de pessoas de maneira a ferir a dignidade humana, proscruvendo-as, ridicularizando-as ou tirando-lhes, de qualquer forma, a dignidade, podem, fundamentalmente, por isso, ser proibidas pelo direito concorrencial, mesmo se tais anúncios gozarem da proteção dos direitos fundamentais de comunicação do Art. 5 GG ou da proteção de outros direitos fundamentais.

bbb) Todavia, a aplicação destes princípios aos anúncios em pauta (H.I.V. POSITIVE) não passa no crivo do exame [de constitucionalidade], sob o parâmetro do Art. 5 I 1 GG.

(...).

O Tribunal Federal (BGH) interpretou o anúncio “H.I.V. POSITIVE” no sentido de considerar que sua mensagem carimba os doentes de AIDS, apresentando-os, com isso, como marginalizados da sociedade. Em outra passagem da decisão, o BGH afirma que o anúncio estigmatizaria os doentes de AIDS em seu sofrimento, marginalizando-os. Dever-se-ia combater a mentalidade contaminada do “carimbo” de certos membros da sociedade. Pelo menos pelos próprios infectados pelo H.I.V., o anúncio seria visto como notoriamente escandaloso, sendo ferida sua dignidade humana. Também outros observadores do anúncio não escapariam desse efeito.

Tão claro neste sentido não é, entretanto, o anúncio. Ele mostra sem comentários uma pessoa, que aparece como carimbado como “H.I.V. POSITIVE”. Com ele, não se deduz que o dado escandaloso, mas também não tão distante da realidade de uma discriminação e marginalização de infectados pelo H.I.V., seja corroborado, fortalecido ou, ainda, só desprestigiado [como não tão problemático]. No mínimo, tão provável é a interpretação de que se deve chamar a atenção para um estado de coisas digno de críticas, qual seja: a marginalização de infectados pelo H.I.V., de tal sorte a se verificar [no anúncio] uma tendência de denúncia [de um fato social indesejado]. Com a foto, poder-se-ia também, como a reclamante com razão assevera, igualmente fazer a propaganda de um Congresso sobre a AIDS.

A linguagem das imagens pode ser considerada, em termos convencionais, inadequada, por ser sedutora. Da pessoa fotografada não se vê nada além da metade

superior das nádegas nuas, sobre a qual aparecem em letras maiúsculas a abreviação “H.I.V.” e abaixo colocado na diagonal como se tivesse sido carimbada a palavra “POSITIVE”. Disto não se pode depreender nem cinismo nem uma tendência afirmativa. A representação tem por objetivo, correspondendo a um *Medium* de anúncio publicitário, prender a atenção do observador.

Uma interpretação do anúncio no sentido de ser uma conclamação crítica também não pode ser impugnada pela indicação do contexto publicitário. É incomum que uma empresa do ramo têxtil faça publicidade institucional com a utilização de sérios temas sócio-políticos, contrastando notoriamente com a auto-representação comum dos concorrentes. Isso pode alimentar dúvidas quanto à seriedade da intenção crítica e ser assim considerado escandaloso, em face do mandamento de honestidade formulado pelo Tribunal Federal (BGH). Entretanto, a impressão de que o anúncio por sua vez estigmatizaria ou marginalizaria os infectados pelo H.I.V. também não pode ser provocada pelo contexto publicitário. Sua tendência crítica, seu efeito chocante restam inocultáveis. Diferente talvez seria o caso se com o anúncio se quisesse chamar a atenção para um produto concreto, no qual uma ligação com certos objetos e serviços pudesse criar um efeito jocoso ou de desconsideração do problema. A frase “*United Colors of Benetton*” sozinha não provoca todavia esse efeito.

A interpretação do anúncio pelo Tribunal Federal (BGH), segundo a qual este feriria a dignidade humana de doentes de AIDS, parece, ao contrário, substancialmente mais distante da realidade; em todo caso, ela não é a única possível. É o que mostra também a declaração do fotógrafo *Oliviero Toscani* sobre esta publicidade: “Com este pôster, eu queria sinalizar que a *Benetton* continua ainda sempre pronta a imiscuir-se, na medida em que nós nos colocamos tanto contra a marginalização de doentes de AIDS quanto contra o racismo” (*op. cit.*, p. 78).

ff) A decisão impugnada pela Reclamação Constitucional 1 BvR 1762/95 (H.I.V. POSITIVE) não atende, portanto, às exigências que se fazem à interpretação de expressões do pensamento em prol da proteção da liberdade de expressão do pensamento. O Tribunal Federal (BGH) desconheceu a possibilidade bastante provável de que o anúncio queria, com uma intenção crítica, direcionar a atenção pública para uma discriminação e marginalização de doentes de AIDS de fato existentes. Nesta interpretação não reside uma violação da dignidade da pessoa humana dos doentes de AIDS. Em seu novo tratamento da matéria, o Tribunal Federal deverá enfrentar a alternativa exegética ora demonstrada.

II.

Uma vez que as decisões impugnadas já devem ser revogadas por violarem o Art. 5 I 1 GG, não se faz necessário o exame da pela reclamante também alegada violação do princípio geral da igualdade, assim como da possibilidade de uma violação do Art. 5 III GG [no caso: liberdade artística].

Papier, Kühling, Jaeger, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt.

52. BVERFG 52, 283
(TENDENZBETRIEB)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 06/11/1979

MATÉRIA:

A reclamante, uma editora responsável pela publicação do jornal *K-Anzeiger*, demitiu o diretor de um de seus cadernos, sem antes ouvir a comissão dos Representantes dos Empregados (*Betriebsrat*), conforme prescreve o § 102 I 1 BetrVG (cf. abaixo, no texto da decisão, o nome da lei e o teor do dispositivo). A reclamante entendeu que, por ser uma **empresa** que desempenha uma **atividade de tendência** (*Tendenzbetrieb*), entendida como tal aquela empresa ou atividade que não possua apenas fins lucrativos, mas também possua como fim a perseguição de certos objetivos políticos, religiosos, beneficiar-se-ia do § 118 I 1 BetrVG (cf. abaixo, *idem*), não estando sujeita às regras da lei em pauta.

O empregado demitido ajuizou uma ação trabalhista julgada improcedente na primeira instância, mas reformada pelo Tribunal Estadual Trabalhista de *Düsseldorf*, que deu provimento ao recurso de apelação do autor. Ao recurso de revisão, interposto pela reclamante, o Tribunal Federal do Trabalho negou provimento. Afirmando a violação de seu direito fundamental da liberdade de imprensa do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG, que viu violado pelas decisões do Tribunal Estadual e do Tribunal Federal do Trabalho, as quais teriam imposto a obrigação de ouvir a comissão dos representantes dos empregadores, comprometendo assim sua liberdade de tendência, um dos aspectos mais relevantes da liberdade de imprensa, a

reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional. Os tribunais trabalhistas teriam interpretado e aplicado o § 118 I 1 BetrVG de forma a desconhecer a eficácia horizontal da liberdade de imprensa na relação jurídico-trabalhista.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente, por não vislumbrar, na necessidade de ouvir a comissão de representantes dos empregados, uma intervenção específica na liberdade de tendência do jornal (cf. abaixo, sob **B. II. 1.** – análise da sistemática constitucional e **B. II. 2.** – respectiva interpretação e exame de possíveis vícios de constitucionalidade, encontrados na interpretação e aplicação do § 118 I 1 BetrVG feitas pelos tribunais trabalhistas).

1. O direito fundamental da liberdade de imprensa proíbe ao Estado o exercício de influência direta sobre a tendência de produtos da imprensa; ele também não pode, por meio de normas jurídicas, submeter ou abrir a imprensa a influências externas – não-estatais – que forem incompatíveis com o postulado fundado no Art. 5 I 2 GG, para se respeitar a liberdade de imprensa.
2. Isso vale também para normas de proteção à tendência, que têm como objeto a relação entre o editor e a comissão de representantes dos empregados de uma empresa de tendência.
3. É compatível com o Art. 5 I 2 GG interpretar o § 118 I 1 da Lei de Constituição de Empresas (*Betriebsverfassungsgesetz* – BetrVG) no sentido de que esta norma, quando da dispensa de um funcionário de empresa de tendência, não exclua o dever de oitiva prévia da Comissão dos Representantes dos Empregados conforme o § 102 I 1 BetrVG, bem como que os motivos da dispensa, decorrentes do tipo de empresa, devam ser também comunicados à Comissão dos Representantes dos Empregados, embora a comissão dos representantes dos empregados deva restringir suas objeções a aspectos sociais.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 6 de novembro de 1979
– 1 BvR 81/76 –**

no processo sobre a Reclamação Constitucional da firma D.... – procurador: Advogado Dr. *Edgar Kull*, Kochstrasse 50, Berlin 61 – contra a) decisão do Tribunal Federal do Trabalho de 7 de novembro de 1975 – 1 AZR 282/74, b) decisão do Tribunal Estadual do Trabalho de *Düsseldorf* de 3 de maio de 1974 – 13 Sa 103/73.

Dispositivo da decisão:

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:**A.**

O objeto da Reclamação Constitucional é saber se a reclamante, como titular de uma empresa da imprensa, tem seu direito fundamental de liberdade da imprensa violado pelo fato de que a dispensa de um redator sem a oitiva prévia da Comissão dos Representantes dos Empregados foi tida como nula nas decisões judiciais contestadas.

I.

Segundo o § 102 I da Lei de Constituição de Empresas (BetrVG) de 15 de janeiro de 1972 (BGBl. I, p. 13), a Comissão dos Representantes dos Empregados deve ser consultada antes de qualquer dispensa. O empregador deve lhe comunicar os motivos da dispensa. A dispensa efetuada sem consulta da Comissão dos Representantes dos Empregados é nula. Conforme o § 118 I BetrVG, as normas da lei não são aplicáveis a empresas de tendência, caso a natureza particular da atividade se oponha a elas; as normas sobre a informação em assuntos econômicos (§§ 106 – 110 BetrVG) não são aplicáveis, e as normas sobre alterações empresariais (§§ 111 – 113 BetrVG) somente são aplicáveis quando regulamentem a compensação ou atenuação de desvantagens econômicas para os empregados. As normas em pauta têm o seguinte teor:

“§ 102

(1) A Comissão dos Representantes dos Empregados deve ser consultada antes da dispensa. O empregador deve lhe comunicar os motivos da dispensa. Uma dispensa efetuada sem a consulta da Comissão dos Representantes dos Empregados é nula.

(2) – (7) ...

§ 118

(1) As normas desta lei não são aplicáveis a empresas que servem direta e preponderantemente:

1. a fins políticos, de associação política, religiosos, filantrópicos, pedagógicos, científicos ou artísticos; ou

2. finalidades da informação ou expressão do pensamento para as quais seja aplicável o Art. 5 I 2 GG, desde que a natureza particular da empresa se oponha à sua aplicação. Os §§ 106 a 110 não são aplicáveis e os §§ 111 – 113 somente são aplicáveis quando regulamentem a compensação ou atenuação de desvantagens econômicas para os empregados em consequência de alterações na empresa.

(2) ... “

II.

A reclamante publica, dentre outros, o jornal diário “*K.-Anzeiger*”. O autor da ação original trabalhava como redator da seção de entretenimento daquele jornal. Sua tarefa consistia na composição e configuração de uma página sobre música pop do caderno de fim de semana “Páginas Coloridas”. Em decorrência de uma nova concepção planejada para as “Páginas Coloridas”, o cargo de um chefe substituto de seção deveria ser ocupado. Como a reclamante não via o autor da ação como adequado para o cargo, deu-o a outra pessoa e ofereceu ao autor da ação a transferência para outras redações. Após a recusa das ofertas de transferência por parte do autor da ação, a reclamante rescindiu o vínculo empregatício no final daquele ano. A Comissão dos Representantes dos Empregados não foi consultada antes da decisão sobre a rescisão.

Por meio de sua ação, o autor requereu a declaração de que o vínculo empregatício não havia sido extinto com a rescisão. Ele considerou a rescisão nula, já que a oitiva da comissão dos representantes dos empregados não havia ocorrido; no mínimo, a rescisão não havia sido justificada sob o aspecto social.

(...).

III. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

Ela se dirige contra decisões dos tribunais competentes proferidas em litígio entre duas partes particulares, para cujo julgamento são decisivas normas do direito do trabalho, principalmente § 118 I 1 BetrVG. O Tribunal Constitucional Federal não deve examinar completamente a interpretação e aplicação destas normas; a ele compete apenas garantir que, na sua aplicação, sejam observadas as normas e parâmetros dados pelos direitos

fundamentais (BVerfGE 42, 143 (148) – *DGB*, com maiores referências bibliográficas). Por isso, é-lhe, em princípio, proibido substituir a interpretação dos tribunais especializados pela sua. Ao exame constitucional está sujeita apenas a questão de saber se a interpretação procedida pelos tribunais está de acordo com os preceitos constitucionais da liberdade de imprensa, aqui único parâmetro de exame possível (Art. 5 I 2 GG), ao qual a reclamante pode se remeter enquanto editora do “*K.-Anzeiger*”.

II.

A interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho é compatível com o Art. 5 I 2 GG. As decisões contestadas são, portanto, válidas.

1. a) O direito fundamental da liberdade de imprensa abrange a liberdade de estabelecer, manter, alterar e concretizar a tendência de um jornal; este é um pressuposto fundamental da imprensa livre, tal qual garantida pelo Art. 5 I 2 GG. Uma imprensa livre, não dirigida pelo poder público e não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre e sua função é possibilitar informação abrangente, reproduzir a diversidade de opiniões existentes, bem como formar e defender opiniões próprias. Isto pressupõe a existência de um número relativamente grande de produtos da imprensa independentes do Estado e concorrentes entre si segundo sua tendência, orientação política ou postura ideológica (BVerfGE 12, 205 [206] – *Fernsehurteil*; cf. também BVerfGE 20, 162 [175]), o que, por sua vez, depende da possibilidade da orientação de um jornal ser definida e concretizada de forma independente ou livre de influências. Ao Estado não estão proibidas apenas as intervenções diretas, sobretudo aquelas sob a forma de tomada de influência por ele próprio, Estado, sobre a tendência dos jornais; ele também não pode submeter nem abrir a imprensa, mediante normas legais, à influência externa – não estatal –, o que seria incompatível com o postulado fundado no Art. 5 I 2 GG, para se respeitar a liberdade de imprensa (cf. BVerfGE 20, 162 [175]).

b) Em relação às relações internas das empresas da imprensa, isso é uma questão de proteção à tendência (*Tendenzschutz*) tal qual regulada (também), sob os aspectos da liberdade de imprensa, pelo § 118 BetrVG. Assim, é necessário esclarecer qual influência deve ser vista como “externa”, de forma que o direito fundamental da liberdade de imprensa proíba ao Estado possibilitar ação sobre a determinação ou concretização da tendência de um jornal.

Essa questão coloca-se no presente caso apenas na relação entre o editor e a comissão de representantes dos empregados, não na relação entre o editor, de um lado, e os redatores ou jornalistas de outro; isto é ignorado nas petições do autor da ação original, do Sindicato das Indústrias Gráficas e de Papel (*IG Druck und Papier*) e da Associação Alemã de Jornalistas. Trata-se apenas da obrigação de consultar a comissão de representantes dos empregados antes de uma dispensa relacionada à tendência da empresa. Para o julgamento da obrigação, não é importante que a violação desta obrigação provoque, segundo o § 102 I 2 BetrVG, a nulidade da rescisão e, com isso, atinja a relação entre editor e redator.

Na relação do editor com a comissão de representantes dos empregados, o primeiro é, indubitavelmente, competente para definir e concretizar a tendência do jornal, e está protegido, nesta competência, pelo Art. 5 I 2 GG; pode ficar em aberto a questão de se, e eventualmente em que medida, cabe aos redatores o direito de co-gestão.

Tais competências não cabem à comissão de representantes dos empregados de uma empresa de tendência. Ela é o órgão de representação dos empregados na empresa. Sua função consiste na defesa dos interesses de todos os empregados em questões sociais, pessoais e – de forma restrita – econômicas; para tanto, deve cooperar com o empregador, com base na confiança recíproca, para o bem dos empregados e da empresa (§ 2 I BetrVG). Essa função não tem nenhuma relação intrínseca com a liberdade de imprensa. O mesmo vale quanto à composição da comissão de representantes dos empregados. Os empregados de uma empresa da imprensa não são apenas aqueles que determinam sua tendência, mas também – e geralmente em sua maioria – aqueles empregados que não têm funções relacionadas à tendência da empresa, ou seja, pessoal técnico, ou que, de forma geral, não se ocupa com o conteúdo do jornal. A estes não cabe influência sobre a tendência do jornal, nem mesmo através do canal da comissão de representantes dos empregados. O direito fundamental do Art. 5 I 2 GG não pode ser usado para justificar tal influência, porque esta só pode caber aos titulares da tendência. Isto não muda se funcionários titulares da tendência também estão na comissão de representantes dos empregados, pois esta atua para todos os funcionários, e não no interesse de tarefas específicas ligadas à tendência. Por conseguinte, à comissão de representantes dos empregados não cabe, sob o aspecto constitucional, uma tomada de influência sobre a tendência do jornal. Tal influência seria “externa”; sua justificativa causaria uma limitação da liberdade de imprensa do editor.

c) Uma limitação deste tipo seria compatível com a *Grundgesetz* somente se fosse permitida pela própria constituição ou se o legislador fosse autorizado

constitucionalmente a permiti-la e tivesse feito uso desta autorização de forma legítima. Ambos não são o caso.

Não são visíveis, no âmbito em questão, limites constitucionais diretos à liberdade de imprensa. Principalmente o princípio do Estado social (Art. 20 I GG) não pode ser usado como limite. Uma restrição constitucional da liberdade de imprensa pressuporia, pois, que o princípio do Estado social contivesse a incumbência concreta e vinculante de se introduzir a co-gestão da comissão de representantes dos empregados na empresa de imprensa. Não é necessário expor que não se trata disso no presente caso. Tampouco podem os direitos fundamentais dos empregados limitar, diretamente e por força de direito constitucional, o direito fundamental dos editores do Art. 5 I 2 GG; os direitos fundamentais também não abrangem uma tarefa constitucional vinculante de se introduzir a co-gestão da comissão de representantes dos empregados nas empresas da imprensa (cf. BVerfGE 50, 290 [349] – *Mitbestimmungsgesetz*). Não é necessário decidir aqui em que medida o legislador teria competência, com base no Art. 5 II GG, para restringir a liberdade de imprensa dos editores em favor de uma co-gestão empresarial dos empregados. Isto porque o legislador não fez uso da autorização para restringir o direito fundamental do Art. 5 I 2 GG por meio de “leis gerais”. O § 118 I 1 BetrVG não restringe a liberdade de imprensa, mas justamente a protege – dentro do alcance da norma – contra lesão causada pelos direitos de co-gestão empresarial (cf. BVerfGE 46, 73 [95]). O § 102 I BetrVG, segundo o qual a comissão de representantes dos empregados deve ser consultada antes de qualquer rescisão, deve certamente ser qualificado como “lei geral”. Ele apenas não contém, sob o aspecto aqui essencial, uma limitação da liberdade de imprensa dos editores: Se este dispositivo legal restringir a liberdade de imprensa, sua aplicação é excluída pelo § 118 I 1 BetrVG.

Portanto, se aqui não são encontradas normas que estejam restringindo a liberdade de imprensa dos editores, então o significado do princípio do Estado social e dos direitos fundamentais dos empregados não pode ter importância para a interpretação de normas *limitadoras dos direitos fundamentais* (cf. BVerfGE 50, 290 [349]). Onde falta uma norma restritiva, não pode valer o princípio de uma interpretação “à luz” do direito fundamental restringido, assim como não pode valer a associação proporcional do bem jurídico protegido pelo direito fundamental e do bem protegido pela norma restritiva. O princípio do Estado social também deve ser, certamente, utilizado para a interpretação de normas *conformadoras de direito fundamental* [destaque no original]. Mas esta interpretação – com toda a incerteza da delimitação – não pode se transformar em uma limitação do

direito fundamental. Por isso, é decisivo saber se a interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho leva a uma limitação do alcance da liberdade de imprensa ora exposto, não limitado nem pela própria *Grundgesetz* nem por um legítimo limite imposto pela lei.

2. Este não é o caso. À comissão de representantes dos empregados não é atribuída, na interpretação do § 118 I 1 BetrVG dada pelo Tribunal Federal do Trabalho, contestada pela reclamante, uma influência sobre a tendência do jornal incompatível com o Art. 5 I 2 GG. Portanto, a decisão do Tribunal Federal do Trabalho não é repreensível do ponto de vista constitucional.

a) Quando a reclamante se lhe opõe, remetendo-se ao teor, à evolução histórica da proteção da tendência e à gênese do § 118 I 1 BetrVG, suas objeções se referem à interpretação infraconstitucional desta norma, a partir da qual não se pode concluir se a exclusão de uma oitiva da comissão de representantes dos empregados é constitucionalmente ordenada no caso de rescisões relacionadas à tendência. Portanto, pode restar em aberto se as conclusões da reclamante neste ponto são procedentes.

b) Não se pode compreender a posição da reclamante de que a liberdade de decisão do empregador seria inconstitucionalmente limitada já pelo simples dever de informar à comissão de representantes dos empregados os motivos rescisórios relacionados à tendência. Não é perceptível que este dever leve necessariamente a uma influência indireta da comissão de representantes dos empregados sobre a concretização da tendência de um jornal; além disso, a possibilidade de uma influência direta está de qualquer forma excluída. No todo, não é visível que a determinação sobre a tendência de um jornal esteja exposta à influência externa, como a reclamante supõe.

O empregador reserva para si a liberdade de formação de sua decisão; ele não será impedido pela oitiva da comissão dos representantes dos empregados de impor a medida decidida. Mesmo no caso da não-divulgação dos motivos relacionados à tendência, ele teria que aceitar que sua decisão enfrente incompreensão ou rejeição por parte de membros da comissão dos representantes dos empregados e do pessoal – que eventualmente defendem uma orientação política diferente daquela do jornal – e ameaça a paz na empresa, ainda mais quando os funcionários da empresa verão a rescisão como mais injustificada se os motivos não são informados. Pode até haver alguns argumentos a favor de que a divulgação de motivos, incluindo aqueles relacionados à tendência, possa ser mais útil à paz na empresa do que a sua ocultação, vez que tem o condão de minar o fundamento

para suspeições incorretas. O dever de divulgação de motivos rescisórios ligados à tendência dificilmente exporá o empregador, portanto, a uma pressão maior dos membros da comissão dos representantes dos empregados ou do pessoal do que seria a pressão no caso da não-divulgação.

Nessas circunstâncias, a interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho não é problemática do ponto de vista constitucional. É verdade que seria igualmente compatível com o Art. 5 I 2 GG se os motivos rescisórios relacionados à tendência não tivessem que ser comunicados; mas tal interpretação do § 118 I 1 BetrVG não é a única possível e, pois, [não é necessariamente a interpretação] ordenada constitucionalmente. O Tribunal Federal do Trabalho pôde decidir pela interpretação contestada na Reclamação Constitucional. A favor desta interpretação está o fato de que possibilita à comissão dos representantes dos empregados cumprir suas tarefas legais mais do que a interpretação defendida pela reclamante. A comissão dos representantes dos empregados só pode cuidar, no que lhe compete, da defesa dos interesses pessoais e sociais de um titular da tendência atingido pela rescisão, se lhe for possível dar seu parecer sobre a rescisão. Se a rescisão não se baseasse em motivos puramente relacionados à tendência, mas também em motivos não relacionados à tendência, ela [a comissão dos representantes dos empregados] não teria condições de apreciar os aspectos não relacionados à tendência, no caso de renúncia à informação prévia. Mas também no caso de uma rescisão para a qual o empregador faz valer motivos exclusivamente relacionados à tendência, a notificação prévia da comissão dos representantes dos empregados serve para o cumprimento de suas funções legais. Além da oitiva frustrar quaisquer tentativas de que se apresentem motivos apenas ligados à tendência, evitando, assim, o surgimento de uma atmosfera de desconfiança entre empregador e comissão dos representantes dos empregados, a comissão tem, neste caso, também o direito de fazer valer aspectos livres de qualquer tendência; pois a autonomia da tendência protegida constitucionalmente pelo Art. 5 I 2 GG não isenta a empresa do respeito às normas legais nem do respeito adequado aos interesses sociais e econômicos do empregado.

c) Contrariando a concepção da reclamante, não está relacionada ao dever de oitiva prévia da comissão dos representantes dos empregados, conforme a interpretação do Tribunal Federal do Trabalho, a ameaça de um “confronto relacionado à tendência” entre o empregador e a comissão dos representantes dos empregados, nem a conseqüente perda ou restrição da liberdade de decisão sobre a tendência de um jornal. Esta ameaça só existiria em tese se a comissão dos representantes dos empregados pudesse opinar também sobre os motivos

rescisórios relacionados à tendência. Porém, o Tribunal Federal do Trabalho limita-a aos aspectos não relacionados à tendência. Não é visível, nesta situação jurídica, por quais motivos ocorreria uma discussão sobre a tendência em discurso e réplica. Tal situação pode ocorrer somente se os membros da comissão dos representantes dos empregados se comportarem ilicitamente, o que o empregador pode enfrentar com meios legais, p.ex., por meio de ação junto à Justiça do Trabalho (§ 2 I, n°4 Lei da Justiça do Trabalho) ou – no caso de grave violação do dever – conforme o § 23 I 1 BetrVG. Esta possibilidade não permite concluir no sentido da inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Tribunal Federal do Trabalho.

A atitude de destinatários da lei que extrapolar conteúdo regulamentar de uma norma não pode ser imputada à lei, a não ser que a hipótese legal não esteja delimitada clara e inequivocamente, de tal sorte que os atingidos possam reconhecer a situação jurídica e definir seu comportamento de acordo com ela (BVerfGE 38, 61 [82]). A mesma reflexão vale para o controle de constitucionalidade de uma decisão judicial quando esta provoca, na interpretação e aplicação da lei, um efeito jurídico que em si é compatível com a lei e a Constituição, e quando ela caracteriza de forma inequívoca e clara o limite do comportamento legítimo.

Esses pressupostos estão presentes na decisão contestada: Caso a comissão dos representantes dos empregados se restrinja a fazer valer os aspectos não relacionados à tendência, ela conseqüentemente age de forma legal; um parecer sobre os motivos rescisórios relacionados à tendência não seria compatível com § 118 I 1 BetrVG. Juridicamente, não pode aqui haver mais dúvida sobre as competências da comissão dos representantes dos empregados. Se ela se mantiver dentro do limite a ela determinado, não pode ocorrer uma influência sobre a tendência [mesmo] durante um conflito relacionado à tendência.

d) Finalmente, o mesmo vale para a objeção – da mesma forma puramente factual – da reclamante de que a experiência ensinaria que o simples direito de ser ouvido mais cedo ou mais tarde se fortalece, transformando-se em direito de co-gestão. Também aqui a regra normativa decisiva é aquela segundo a qual se trata de um direito de ser ouvido e não de um direito de co-decisão.

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heussner*

53. BVERFGE 12, 205

(1. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle abstrato / Contencioso federativo**(entre União e Estados-membros)**

28/02/1961

MATÉRIA:

Os dois processos aqui decididos (controle abstrato e lide entre União e Estados-membros) tinham como objeto parte do ordenamento jurídico da radiodifusão vigente à época. Trata-se da primeira de pelo menos 8 decisões fundamentais sobre a radiodifusão²⁹² que se sucederiam (**1ª Decisão da Radiodifusão = 1. Rundfunkentscheidung**).

O controle abstrato era relativo à lei de anuência da Cidade-Estado de *Hamburg* (unidade da federação) ao § 3 do Contrato Estatal (*Staatsvertrag*) de 16 de fevereiro de 1955 sobre a NDR (*Norddeutscher Rundfunk*), a Empresa de Radiodifusão setentrional alemã. O dispositivo em pauta entregava à NDR o monopólio das produções de programações de radiodifusão e, ao mesmo tempo, o monopólio sobre a criação e administração de equipamentos de transmissão nas unidades da federação (*Länder*) *Niedersachsen, Schleswig-Holstein e Hamburg*.

No litígio entre a União e Estados-membros, vários Estados questionaram o fato de o Governo Federal ter criado, em 25 de junho de 1960, a *Deutschland-Fernsehen-GmbH*, que deveria gerenciar um segundo canal de televisão de alcance nacional, ao lado da ARD, a “*Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland*”.

O TCF declarou o § 3 do Contrato Estatal como nulo, até o ponto em que previa um monopólio da técnica de transmissão da NDR, e verificou a inconstitucionalidade da fundação da *Deutschland-Fernsehen-GmbH*.

Nesta decisão, o TCF lançou as bases de sua dogmática da liberdade de radiodifusão, que ele mesmo aperfeiçoaria nas demais

²⁹² Quais sejam: BVerfGE 31, 314 – 2. *Rundfunkentscheidung*, 57, 295 (**Decisão 54.**)– 3. *Rundfunkentscheidung*, 73, 118 – 4. *Rundfunkentscheidung*, 74, 297 – 5. *Rundfunkentscheidung*, 83, 238 – 6. *Rundfunkentscheidung*. Quanto aos respectivos objetos das decisões cf. no final da síntese da matéria da presente decisão.

decisões supra citadas. Nesta primeira, tratou, entre outros assuntos, especificamente da radiodifusão como *medium* e fator da formação da opinião pública, da garantia institucional da radiodifusão, de sua situação especial, quando comparada à (liberdade de imprensa), devida à escassez das frequências de transmissão e ao elevado investimento necessário para o exercício da liberdade, além dos problemas da compatibilidade com o Art. 5 GG de um monopólio de sociedades de direito público na realização de radiodifusão, do mandamento de medidas organizacionais a serem tomadas pelo legislador para a garantia de uma conformação pluralista da radiodifusão e da liberdade da empresa pública de radiodifusão em relação ao Estado.

1. – 9. (...).

10. O Art. 5 GG exige leis pelas quais os produtores de programas de radiodifusão sejam organizados de tal forma que todos os funcionários envolvidos tenham influência em seus órgãos e possam opinar sobre toda a programação, e que tornem obrigatórias diretrizes que garantam, em face de seu conteúdo, um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de fevereiro de 1961
com base na audiência de 28, 29 e 30 de novembro de 1960

– 2 BvG 1 2/60 –

(...)

RAZÕES

A. – D. (...)

E.

I. – II. (...).

III.

(...).

(...). Sem prejuízo de uma ainda a ser discutida peculiaridade da instituição radiodifusão, a radiodifusão faz parte, assim como a imprensa, dos modernos e imprescindíveis meios de comunicação de massa, por meio dos quais se influencia a opinião pública, contribuindo para sua formação. A radiodifusão é mais do que apenas

“meio” da formação de opinião pública: Ela é sempre um fator eminente da formação de opinião pública. Essa participação na formação da opinião pública não se restringe absolutamente aos noticiários, comentários políticos, séries sobre problemas políticos da atualidade, passado ou futuro; a formação de opinião acontece igualmente em peças radiofônicas, programas musicais, transmissão de programas de variedades, e até mesmo na configuração cênica de uma apresentação. Cada canal [de tv ou estação de rádio, pois a radiodifusão se aplica a ambos] seguirá uma certa tendência pela seleção e configuração de seus programas, especialmente quando se tratar da decisão sobre o que não deve ser transmitido, o que não precisa interessar aos ouvintes, o que pode ser desprezado sem prejuízo para a formação da opinião pública, e como o conteúdo a ser transmitido pode ser configurado e dito.

Sob essa ótica, resta claro que a liberdade institucional não é menos importante para a radiodifusão do que para a imprensa, tratando-se aquela de um meio de comunicação de massa moderno, imprescindível, pelo menos tão importante quanto a imprensa, e um fator de formação de opinião pública. É o que o Art. 5 GG claramente expressa quando, no 2º período de seu 1º parágrafo [Art. 5 I 2 GG], garante, ao lado da liberdade de imprensa, a “liberdade de noticiar por radiodifusão e pela cinematografia”.

Com isso, ainda não se disse nada a respeito da forma pela qual essa liberdade da radiodifusão em geral e a de noticiar por radiodifusão devam ser especialmente garantidas para satisfazer o Art. 5 GG. Nesse contexto, torna-se significativa a particularidade que distingue a radiodifusão da imprensa. Ainda que seja impreciso afirmar que editoras de jornais, gráficas de jornais e jornais possam ser fundados e mantidos em quantidade aleatória. A diferença entre a imprensa e a radiodifusão constitui-se no fato de que, na imprensa alemã, existe um número relativamente grande de produtos de imprensa independentes, que concorrem entre si conforme sua tendência, orientação política ou posição ideológica, enquanto na área da radiodifusão o número dos responsáveis pelas produções permanece, tanto por motivos técnicos quanto em razão do investimento extraordinariamente alto que pressupõem, relativamente pequeno. Esta situação peculiar havida na área da radiodifusão exige medidas especiais para concretização e manutenção da liberdade de radiodifusão garantida pelo Art. 5 GG. Um dos meios que servem a esse escopo é o princípio pelo qual as instituições de radiodifusão existentes [canais de tv e estações de rádio] estão estruturadas: Para a realização de programas de radiodifusão cria-se por lei uma pessoa jurídica de direito público que não está submetida à influência estatal ou no máximo está submetida a uma supervisão jurídica estatal limitada; seus órgãos colegiados são compostos de fato, e de forma proporcional, por

representantes de todos os importantes grupos políticos, ideológicos e sociais; eles têm o poder de controlar os profissionais que decidem sobre a configuração da programação ou que sejam [ao menos] co-responsáveis por ela, corrigindo-a [quando necessário] de forma a fazer com que os princípios citados na lei de uma participação adequada e ativa de todos os interessados na radiodifusão, sejam atendidos. Não se contraria o Art. 5 GG quando se concede um monopólio da realização de programas de radiodifusão a uma instituição dotada de tais garantias, sob as condições técnicas atuais e em nível estadual; do Art. 5 GG não decorre absolutamente a necessidade de justificar tal monopólio para uma instituição no Estado-membro.

O Art. 5 GG não exige, para garantir a liberdade no campo da radiodifusão, a forma encontrada nas leis estaduais de radiodifusão e assumida para as instituições de radiodifusão do direito federal. Particularmente, não é exigido pela Constituição federal que produtores de programas de radiodifusão possam ser apenas instituições do direito público. Uma sociedade com personalidade jurídica de direito privado poderia ser mantenedora de produções desse tipo se ela oferecesse, segundo sua forma de organização, garantia suficiente de que nela, como na instituição de direito público, todas as forças socialmente relevantes têm a palavra e que a liberdade de noticiar permanece intangível. Constitucionalmente, não há objeção contra esse tipo de sociedade, se, por exemplo, se colocar à disposição, por lei, uma forma de sociedade especial, que garanta os fins específicos da radiodifusão e principalmente a manutenção de sua liberdade institucional, e se cada sociedade que atenda às exigências citadas e que organize programas radiofônicos for submetida à supervisão estatal, semelhantemente aos bancos e seguros.

O Art. 5 exige, igualmente, que esse moderno instrumento da formação de opinião não seja entregue ao Estado nem a *um* grupo social. Os produtores de programas de radiodifusão devem estar, portanto, de tal sorte organizados que assegurem a todas as forças sociais que venham ao caso uma possível tomada de influência em seus órgãos, que possam opinar na programação total e que sejam obrigatórias diretrizes que garantam, em face do conteúdo da programação, um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo. Isso só pode ser garantido se esses princípios organizacionais e objetivos se tornarem vinculantes por lei. O Art. 5 GG exige, pois, a promulgação de tais leis.

(...).

Ante o exposto, a fundação e existência da *Deutschland-Fernsehen GmbH* violam o Art. 5 GG.

54. BVERFGE 57, 295

(3. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle concreto

16/06/1981

MATÉRIA:

Trata-se da **terceira decisão** fundamental do TCF **sobre a radiodifusão** (3. *Rundfunkentscheidung*). O Estado de *Saarland* (Sarre) foi o primeiro Estado-membro da República Federal da Alemanha a estabelecer os pressupostos jurídicos para a realização de programas privados de radiodifusão. Ele o fez pela Lei nº 806 sobre a realização de programas de radiodifusão em Saarland (GVRS), do ano 1964, modificada em 1967 (*Saarländisches Rundfunkgesetz* – Lei da Radiodifusão de Saarland). Por isso, a presente decisão por vezes é alcunhada também de *Saarländisches Rundfunkgesetz*.

A referida lei criava a necessidade de uma concessão para os realizadores privados de programas de radiodifusão (§ 38 GVRS)²⁹³. Competente para a outorga da concessão era o governo estadual (§ 39 I 1 GVRS); não existia um direito à concessão (§ 39 I 5 GVRS). Os realizadores tinham que ter, de acordo com o § 40 I GVRS, a forma jurídica de uma sociedade anônima com sede em *Saarland*. Existiam dispositivos específicos para os realizadores privados. Estes estavam, porém, vinculados aos mesmos princípios a que estava a empresa pública de radiodifusão do Estado de *Saarland*, e submetidos à fiscalização estatal. A concessão pressupunha que a sociedade interessada tivesse criado, em seus estatutos, um conselho consultivo, que tivesse alguns direitos de co-gestão, definidos pela lei, e que assegurasse que no conselho fiscal participassem dois membros do conselho consultivo. O conselho consultivo tinha, segundo o § 46b I 1 GVRS, a missão de representar a coletividade em face do realizador e zelar pelo cumprimento dos dispositivos legais e dos correspondentes dispositivos do estatuto.

No processo originário, suspenso pelo Tribunal Administrativo de *Saarland*, pela decisão de apresentação (*Vorlagebeschluss*) de 21 de agosto de 1978 para tomada de decisão sobre a questão constitucional pelo TCF, uma sociedade anônima, que estava sendo criada, volta-se contra o indeferimento de seu pedido de concessão para a realização de programas

²⁹³ Cf. síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Vol. 2., p. 43.

de radiodifusão pelo governo do Estado de *Saarland*. O TCF declarou os dispositivos apresentados pelo Tribunal Administrativo de *Saarland* inconstitucionais e, por isso, nulos.

1. O Art. 5 I 1 GG exige, para a realização de programas privados de radiodifusão, uma legislação na qual sejam tomadas precauções para a garantia da liberdade de radiodifusão. Essa necessidade existe também quando a condição especial da radiodifusão, decorrente da escassez das frequências de emissão e dos altos custos da realização de programas de radiodifusão, deixa de existir em razão do desenvolvimento [técnico] moderno.
2. Uma das questões que o legislador tem de regulamentar é a decisão sobre as diretrizes da Lei de Radiodifusão. Seguindo o modelo legislativo adotado, o legislador deve garantir que a totalidade da oferta dos canais [e estações] nacionais corresponda, em essência, à diversidade de opiniões existentes. Além disso, ele deve tornar obrigatórios princípios que, em face do conteúdo da programação, garantam um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo. Deve prever uma supervisão estatal limitada, regulamentar o acesso à realização de programas de radiodifusão privados, determinar critérios de seleção, enquanto esse acesso não possa ser concedido a qualquer candidato. Não deve ser decidido [aqui] se também o financiamento da radiodifusão privada necessita de regulamentação legal.
3. Os dispositivos que a lei determinou sobre a realização de programas de radiodifusão no Sarre [*Saarland*] para programas em língua alemã são, em partes essenciais, insuficientes em face das referidas exigências constitucionais; são por isso nulos.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 16 de junho de 1981

após a audiência de 24 de março de 1981

— 1 BvL 89/87 —

(...)

RAZÕES

A.

O objeto do processo é a questão de saber se os dispositivos da Lei da Realização de Programas de Radiodifusão no Sarre [*Saarland*], que diz respeito à organização privada dos programas em língua alemã, são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I. – IV. (...)

B.

A Apresentação Judicial é admitida.

I. – II. (...)

C.

I.

(...)

II.

O Art. 5 I 2 GG exige um estatuto legal para a realização de programas radiodifusão privados. Por ela devem ser fixadas as medidas necessárias para garantir a liberdade de radiodifusão.

1. Para produzir os seus efeitos, a liberdade de radiodifusão garantida constitucionalmente no Art. 5 I 2 GG necessita de uma conformação legal. Esta resulta da tarefa e da peculiaridade da garantia.

a) A liberdade de radiodifusão serve à mesma tarefa que todas as garantias do Art. 5 I GG: garantia da livre formação de opinião individual e pública, isso no sentido amplo, não limitado à simples notícia ou transmissão de opiniões políticas, mas qualquer transmissão de informação em sentido amplo (cf. BVerfGE 12, 205 [260] – *Deutschlandfernseher*, 31, 314 [326] – *Umsatzsteuer*, 35, 202 [222 s.] – *Lebach*). A livre formação de opinião completa-se em um processo de comunicação. Por um lado, pressupõe a liberdade de expressar e divulgar opiniões; por outro lado, a liberdade de tomar conhecimento de opiniões expressadas, de se informar. Garantindo liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de informação como direitos humanos, o Art. 5 I GG procura, ao mesmo tempo, salvaguardar esse processo constitucionalmente. Ele fundamenta, até aqui, direitos subjetivos e, nesse contexto, regulamenta a liberdade de expressão como princípio objetivo da ordem jurídica geral, sendo que os elementos de direito subjetivo e objetivo se condicionam e sustentam mutuamente (cf. BVerfGE 7, 198 [204 s.] – *Lüth*).

A radiodifusão é “meio” e “fator” desse processo constitucionalmente protegido da livre formação de opinião (BVerfGE 12, 205 [260]). Conseqüentemente, a liberdade de radiodifusão é precipuamente uma liberdade *que serve* à liberdade da formação de opinião em seus elementos jurídico-subjetivo e jurídico-objetivo: Ela configura, nas

circunstâncias da moderna comunicação de massa, uma complementação necessária e um fortalecimento dessa liberdade; ela atende à missão de garantir a formação de uma opinião pública livre e ampla pelo veículo radiodifusão.

Esta tarefa determina a peculiaridade e o significado da liberdade de radiodifusão:

A formação pela radiodifusão da opinião pública e individual livres exige inicialmente a liberdade de [do medium] radiodifusão em face do domínio e influência estatais. Assim, a liberdade de radiodifusão tem, como os direitos de liberdade clássicos, um significado de resistência [à intervenção do Estado]. Mas com isto ainda não está garantido o que deve ser garantido. Pois a simples liberdade em face do Estado ainda não significa que a formação de opinião livre e ampla pelo medium radiodifusão seja possível; esta tarefa não tem como ser cumprida somente mediante uma conformação negatória [de *status negativus* da liberdade de radiodifusão]. Muito mais necessária é uma ordem positiva que garanta que a diversidade das opiniões existentes seja expressa na radiodifusão da forma mais ampla e completa possível, oferecendo-se, desse modo, informação abrangente. Para se atingi-lo, são necessárias regulamentações processuais, materiais e organizacionais que sejam orientadas pela função da liberdade de radiodifusão e por isso adequadas a concretizar o que o Art. 5 I GG quer garantir.

b) A forma legal exigida está submetida à reserva legal (BVerfGE 47, 46 [78 s.] – *Sexualkundeunterricht*; 49, 89 [126 s.] com mais referências – *Kalkar*): As decisões necessárias [a serem tomadas pela instância política] são decisões essenciais, porque, abstraindo-se o significado objetivo da radiodifusão para a vida individual e pública contemporânea, elas surgem em um âmbito relevante para os direitos fundamentais, sendo essenciais para sua concretização (BVerfGE 47, 46 [79]). Precisamente, encontram-se neste ponto diversas posições de direitos fundamentais que podem colidir entre si: por um lado, a pretensão jurídica decorrente da liberdade de informação à informação ampla e verídica; por outro lado, a liberdade de expressão do pensamento daqueles que produzem as programações ou falam nos programas. É função do legislador harmonizar [resolver] tais colisões.

Essa reserva legal é uma reserva parlamentar – estadual – (cf. BVerfGE 47, 46 [79]): Somente o parlamento²⁹⁴ deve determinar o que é essencial para a garantia da liberdade de radiodifusão; ele não pode deixar a decisão ao Executivo, p.ex. na forma de uma ampla competência geral que abranja a autorização para encargos, nem deixando

²⁹⁴ Ou seja, o Legislativo, no caso estadual, não pode, como se depreende do desenvolvimento do texto, delegar essa tarefa à Administração.

que isso aconteça não expressamente, mas por normas, na espécie não suficientemente definidas. Tampouco a garantia da liberdade de radiodifusão deve ser confiada a uma disciplina contratual ou baseada em Regulamento dos produtores.

A tarefa decorrente do Art. 5 I GG, de conformar legalmente [infraconstitucionalmente] não autoriza, porém, uma limitação do direito fundamental. Esta só é permitida em conformidade com o Art. 5 II GG, segundo o qual os direitos do parágrafo 1º do Art. 5 [Art. 5 I GG] encontram seus limites [somente] nos dispositivos das leis gerais, nas normas legais para proteção da juventude [e infância] e no direito da honra pessoal.

É assunto da própria decisão do legislador como ele cumprirá sua tarefa. A *Grundgesetz* não lhe prescreve nenhuma forma determinada da organização de radiodifusão; o essencial é que a formação de opinião livre, ampla e verídica seja garantida conforme exposto e que prejuízos ou desenvolvimentos errôneos sejam evitados. O legislador tem que tomar medidas que garantam que a radiodifusão não seja entregue a um ou a alguns grupos sociais, que as forças sociais em questão se manifestem na programação total e que a liberdade de noticiar permaneça intangível (cf. BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 s.]).

c) Essa necessidade de conformação legal também existe quando, graças ao desenvolvimento [tecnológico] moderno, deixar de existir a situação especial da radiodifusão marcada pela escassez das freqüências de emissão e pelo altos custos envolvidos na realização de programas de radiodifusão. O Tribunal Constitucional Federal partiu desta situação especial em sua jurisprudência até hoje (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]), restando em aberto o que valeria no caso da cessação dessa situação especial (cf. BVerfGE 31, 314 [326]). Também nesse caso, permanece, portanto, a exigência constitucional de disposições legais para a garantia da liberdade de radiodifusão. Não obstante ser verdade que tais disposições sejam mais necessárias em uma situação de restrição inevitável [numérica de participantes do processo] a poucos responsáveis por produções de radiodifusão, tornando necessários [também até] outros meios do que em uma situação na qual essa restrição não mais exista, permanece, contudo, conforme exposto, a necessidade de se garantir a liberdade de radiodifusão por meio das medidas legais.

Também com a supressão das restrições existentes não se poderia esperar com segurança que a programação em sua totalidade correspondesse às exigências da liberdade de radiodifusão, por força das leis próprias da concorrência. Certamente, muito leva a

crer que um número limitado [de empresas] seria atingido, como, por exemplo, ocorre atualmente no campo dos jornais diários supra-regionais. Mas se trata de mera possibilidade. Enquanto que, no caso da imprensa, o desenvolvimento histórico levou a um certo equilíbrio, de tal sorte que ele é hoje suficiente, em princípio, para assegurar o que existe em termos de informação e formação de opinião abrangentes a partir da imprensa, não se pode falar, pelo menos por enquanto, de um estado de coisas semelhante no campo da radiodifusão privada. Por isso, é incerto se, no caso da correção da falha atual na “programação total” como soma de todos os programas nacionais transmitidos, todos ou pelo menos uma parte considerável dos grupos sociais e correntes intelectuais realmente conseguiriam a palavra; se, portanto, surgiria um “mercado de opiniões” no qual a diversidade das correntes de opinião pudesse de fato e sem cortes ter a palavra. Além disso, devem ser consideradas, justamente em um *Medium* da importância da radiodifusão, as possibilidades de uma concentração de poder sobre a opinião pública e do risco do abuso implícito no propósito da manipulação da opinião pública (BVerwGE 39, 159 [167]; BayVerfGH, VerfGH 30, 78 [97]). Em uma tal situação não se atenderia ao mandamento constitucional de garantia da liberdade de radiodifusão, se apenas as intervenções estatais fossem excluídas e a radiodifusão fosse entregue ao jogo livre das forças [sociais, econômicas] (cf. BVerfGE 31, 314 [325]), ainda mais porque os desenvolvimentos equivocados já iniciados podem ser – se é que possível – corrigidos apenas em parte e somente com dificuldades consideráveis.

Assim, é da responsabilidade do legislador fazer com que haja uma programação total, na qual a diversidade de opiniões, constitutiva para uma democracia livre, possa ser representada. Há que se enfrentar o perigo de opiniões que deveriam ser divulgadas acabarem sendo excluídas da formação da opinião pública e dos titulares de opinião que detenham o uso de frequências de emissão, e meios financeiros dominarem a formação da opinião pública (cf. Superior Tribunal Administrativo de *Münster*, DVBl. 1977, p. 210). Isso certamente não é possível com toda a segurança; pelo menos deve haver uma probabilidade suficiente de que tal diversidade equilibrada encontre o seu lugar no sistema de radiodifusão ordenado juridicamente.

Nada muda com relação a esta necessidade também quando se consideram cumpridas as exigências da liberdade de radiodifusão, pelo menos pelas instituições de direito público existentes, de forma que – em todo caso segundo seu objetivo – todos os grupos e tendências sociais importantes possam se expressar naquelas instituições de direito público e que os participantes [telespectadores ou ouvintes] possam ser amplamente

informados. Pois uma consideração unilateral adicional de apenas algumas tendências de opinião na radiodifusão privada perturbaria, ou mesmo eliminaria, o equilíbrio do “acesso à palavra” dos grupos sociais, essencial em face da totalidade dos canais [ou estações] nacionais acessíveis aos participantes.

2. Não é necessário, no presente processo, expor exaustivamente e com detalhes quais exigências a *Grundgesetz*, após as explicações acima, coloca a uma normatização legal de radiodifusão privada. Isso vale principalmente para a questão de saber se o financiamento de produções de radiodifusão privada – por causa de seus possíveis efeitos sobre a configuração da programação ou sobre a situação de outros titulares de meios de comunicação de massa, especialmente a imprensa – precisa ser disciplinado pela lei.

a) De qualquer forma, uma das questões essenciais que o legislador tem que resolver é a decisão sobre as diretrizes da Lei de Radiodifusão: a introdução da radiodifusão privada necessita de uma base legal e da decisão do parlamento. Isso vale também para as tentativas de regulamentação restritas no tempo e no espaço, porque estas têm a mesma relevância, em face dos direitos fundamentais, que teria uma regulamentação definitiva. Evidentemente, o legislador tem então uma liberdade de conformação (*Gestaltungsfreiheit*) muito maior, pois tais tentativas servem ao ganho de experiência (cf. BVerfGE 54, 173 [202] com mais referências bibliográficas).

b) O legislador não pode se contentar com uma tal decisão básica. São necessários mais dispositivos legais que garantam, dentro do modelo de regulamentação adotado, que a radiodifusão não seja entregue a um ou a poucos grupos sociais, e que as forças sociais representativas tenham, em face da programação total, acesso à palavra.

Caso o legislador se decida por uma – segundo o decisão *Fernsehurteil* (BVerfGE 12, 205 [262]) constitucionalmente não censurável – estrutura “pluralista interna” das empresas [de radiodifusão], portanto uma organização na qual a influência das forças sociais representativas é feita internamente por meio dos órgãos das respectivas empresas, é necessária sobretudo uma regulamentação adequada, que leve em conta fundamentalmente a diversidade existente e o peso das forças sociais representativas, além da garantia da influência efetiva daquele órgão no qual tais forças estão representadas.

O legislador pode, contudo, escolher outras possibilidade de conformação, contanto que garanta, por meio de medidas adequadas, que a oferta total dos canais nacionais

corresponda realmente, em sua essência, à diversidade de opiniões existentes. Se ele quiser engendrar e manter a liberdade de radiodifusão por meio de diversidade externa [“pluralista exterior”], ele não pode, junto a esta escolha, desistir da regulamentação; a garantia da liberdade permanece sob sua responsabilidade (v. acima 1.c)). Enquanto não houver à disposição um número suficiente de frequências, uma possibilidade de cumprir esta responsabilidade estaria em uma tal conformação, na qual diversos titulares de opinião pudessem usar a mesma frequência em horários limitados.

c) Além disso, o legislador tem que tornar obrigatórios princípios sobre o conteúdo da programação total, que garantam um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuos (BVerfGE 12, 205 [263]). No caso de estrutura “pluralista interna” dos produtores, esta exigência vale para toda a programação de cada produtor. No caso de um modelo “pluralista exterior”, não cabe equilíbrio aos diversos produtores, mas eles continuam obrigados à informação objetiva, abrangente e verídica e a um mínimo de respeito mútuo. Além disso, todos os produtores estão vinculados aos limites do Art. 5 II GG. Sobretudo deve ser atentado para a proteção da juventude [pela radiodifusão infância] nas Leis de Radiodifusão.

d) Uma outra norma legal necessária para a radiodifusão privada é a regulamentação de uma supervisão estatal limitada que deve ter – apenas – a função de garantir o cumprimento dos dispositivos promulgados para a garantia da liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 12, 205 [262]).

e) Finalmente, junto a qualquer forma de ordem legal da radiodifusão é imprescindível um exame prévio, no sentido de se verificar se as exigências expostas foram atendidas quando da criação de empresas privadas de radiodifusão ou da admissão de novas. Caso o legislador se decida por uma organização de radiodifusão que abranja a radiodifusão privada, ele tem que criar normas de acesso que garantam o referido exame e eventualmente fundamentem a recusa do acesso, prevendo, tanto para o exame quanto para a decisão, um devido processo legal. Um tal procedimento de autorização só pode ter, além do exame das condições gerais como, por exemplo, a capacidade civil ou a confiabilidade do requerente, a função de garantir a liberdade de radiodifusão, motivo pelo qual é ordenado constitucionalmente.

Cabe ao legislador determinar as condições da concessão ou recusa da autorização. A ele é negado, pela reserva parlamentar, transferir o direito de decisão sobre a realização de radiodifusão privada ao Executivo (v. acima 1 b)). Essa reserva e o princípio da separação de poderes ordenam-lhe que ele mesmo delimite a esfera jurídica que se abre à medida

estatal. A lei deve regular a atividade da Administração em seu conteúdo, não podendo se restringir a estabelecer princípios gerais (BVerfGE 52, 1 [41] – *Kleingarten*). O mesmo vale para uma revogação da autorização.

f) Caso as possibilidades de divulgação à disposição não permitam abrir acesso à realização de programas de radiodifusão privados para todos os candidatos que surgirem, nas normas sobre acesso devem ser incluídas também regras sobre a seleção de candidatos. É o que ordena o princípio da igualdade (Art. 3 I GG).

A questão sobre a quem deve ser concedida uma das poucas possibilidades de produção de programa não pode ser, por isso, deixada a critério do acaso ou do livre jogo das forças [sociais e econômicas]. Também não basta deixar a decisão à discricionariedade juridicamente não vinculada do Executivo [a qual responde só politicamente]. Isso seria incompatível com a reserva legal (cf. BVerfGE 33, 303 [345 s.] – *Numerus clausus*). Muito mais deve o legislador determinar as condições sob as quais o acesso deve ser concedido ou negado, devendo fixar o devido processo legal no qual será tomada uma decisão a respeito. O dever de igual tratamento pode ser satisfeito sem maiores dificuldades dentro de um sistema que possibilite uma distribuição - se necessário, uma diminuição proporcional - de horários de transmissão. Se isso não for suficiente ou se o legislador se decidir por um sistema no qual são concedidas apenas licenças para canais completos a respectivamente um produtor, ele deve estabelecer princípios de seleção que garantam chances iguais aos candidatos (BVerfGE 33, 303 [345]); o grau de concretização das chances deve ser determinado por meio de critérios objetivamente adequados e individualmente exigíveis (cf. BVerfGE 43, 291 [316 s.]).

III.

1. – 4. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*,
Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

55. BVERFGE 73, 118

(4. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle abstrato

04/11/1986

MATÉRIA:

Trata-se do controle abstrato da lei de radiodifusão de *Niedersachen* (*Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*), proposto pelo Deputado Federal *Hans-Jochen Vogele* por 200 de seus colegas. É a **quarta decisão** fundamental do TCF **sobre a radiodifusão** (4. *Rundfunkentscheidung*).

Até o início da década de 1980, a realização de programas de televisão na RFA era reservada a instituições de direito público. As condições básicas constitucionais do sistema de radiodifusão resultavam, em grande medida, das três decisões anteriores do TCF sobre a radiodifusão, dos anos 1961, 1971 e 1981. O TCF frisou, nessas três decisões, a situação peculiar da radiodifusão em relação à imprensa, situação essa que se referia à escassez de frequências disponíveis e do vultoso volume de investimentos financeiros necessários para a realização de programas de televisão. Embora essa situação ainda persistisse em meados da década de 1980, ela havia se modificado bastante com o avanço da técnica de transmissão e avanço da transmissão via satélite e da transmissão a cabo. As leis estaduais (primeiro em *Saarland*, agora em *Niedersachen*, passaram a modificar o sistema de radiodifusão, admitindo, ao lado dos realizadores públicos, os realizadores privados. A admissão do novo sistema, chamado de sistema dual (metade público e metade privado) suscitou algumas preocupações, como, sobretudo, a necessidade de se garantir a diversidade da representação das diversas correntes ideológicas e opiniões na televisão, tendo em vista a impedir o surgimento dos chamados poderes sobre a opinião, o monopólio da formação da opinião pública por poucos realizadores privados.

Vários dispositivos da presente lei foram considerados pelo TCF insuficientes para uma tal garantia. Por isso, declarou sua nulidade em face do Art. 5 I 2, 2ª Alternativa GG. Nessa decisão, o TCF determinou a necessidade da subsistência de uma forte radiodifusão pública, pois a privada não poderia substituí-la na missão de informar com total isenção. A lei seria, em seus fundamentos (a criação do sistema dual), compatível com a

Constituição. No entanto: “um grupo de seus dispositivos não conseguem garantir a *liberdade de radiodifusão* do modo prescrito constitucionalmente (...). Além disso, há a necessidade de regulamentação legal complementar para a proteção da liberdade de radiodifusão”. Tais declarações deixam claro que o TCF enxerga na liberdade de radiodifusão um conteúdo jurídico-objetivo muito grande e um papel de “liberdade que serve” (*dienende Freiheit*) ao processo democrático.

1. a) No sistema dual de radiodifusão, da forma como se configura atualmente na maioria dos Estados-membros alemães, com base nas novas Leis da Mídia, o imprescindível “atendimento básico” é função das instituições de direito público, cujos canais terrestres atingem quase toda a população e estão em condições de oferecer uma programação completa em face de seu conteúdo. Essa tarefa abrange as funções essenciais da radiodifusão para a ordem democrática, assim como para a vida cultural da Alemanha. Nela, a radiodifusão de direito público e sua característica peculiar encontram sua razão de ser. As tarefas que lhe cabem tornam necessário garantir os pressupostos técnicos, organizacionais, de recursos humanos e financeiros.

b) Se e na medida em que o cumprimento das tarefas citadas for efetivamente assegurado pela radiodifusão de direito público, parece legítimo não colocar, em face da amplitude da programação e da garantia de diversidade equilibrada na radiodifusão privada, as mesmas exigências feitas à radiodifusão de direito público. As medidas que o legislador tem que tomar devem ser, porém, determinadas e adequadas a atingir e garantir o máximo possível de diversidade equilibrada [também] na radiodifusão privada. Decisivo para o controle pelos grêmios [externos] criados para garantia da diversidade e pelos tribunais é o padrão básico que abrange os pressupostos essenciais da diversidade de opiniões: a possibilidade, para todas as tendências de opinião – também aquelas das minorias – de se expressarem na radiodifusão privada, e a exclusão da influência fortemente desproporcional de alguns produtores ou canais sobre a formação da opinião pública, sobretudo o impedimento do surgimento de poder de opinião dominante. A tarefa do legislador é garantir a imposição estrita deste padrão básico a partir de regulamentos processuais, materiais e organizacionais.

2. Em princípio basta, para estas e outras exigências da liberdade de radiodifusão, uma concepção de ordenamento da radiodifusão privada, financiada pelos recursos

provenientes da publicidade, a qual defina claramente, ao lado das exigências mínimas, as condições da garantia obrigatória da diversidade e equilíbrio entre os canais, que transfira o cuidado de seu cumprimento, assim como as decisões importantes sobre o conteúdo dos canais, para um órgão externo, independente do Estado, que esteja sob a influência das forças e tendências sociais representativas e que tome medidas legais efetivas contra uma concentração do poder de opinião.

3 (...).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 4 de novembro de 1986,
Com base na audiência de 3 de junho de 1986

– 1 BvF 1/84 –

no processo do requerimento de exame da Lei de Radiodifusão do Estado da Baixa Saxônia (*Niedersachsen*) de 23 de maio de 1984 (GVBl., p. 147) em face de sua compatibilidade com a *Grundgesetz*. Requerente: Dr. Hans-Joachim Vogel, MdB [Membro da Câmara Federal = Deputado Federal] e 200 outros membros da Câmara Federal Alemã - Procurador: Professor Dr. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kätnerweg 24, Hamburg 65 -.

(...)

RAZÕES

A. I. – IV.; B. I – II.; C. I. – VI. (...)

(ass.) *Herzog, Simon, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner, Henschel*

56. BVERFG 35, 202

(LEBACH)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 05/06/1973

MATÉRIA:

O reclamante participou, na condição de coadjuvante, com dois outros homens, de um latrocínio praticado em 1969, que chamou muito a atenção da opinião pública, tendo ampla cobertura pela imprensa e televisão locais. O latrocínio passou a ser conhecido como o “assassinato de soldados de *Lebach*”

(nome de um lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha). Quatro soldados, que guardavam um depósito de munição, foram, durante a noite, brutalmente assassinados, um quinto foi gravemente ferido. Armas e munições foram roubadas. Os dois principais acusados foram condenados, em agosto de 1970, à prisão perpétua. O reclamante foi condenado, por tê-los auxiliado na preparação da ação criminosa, a seis anos de reclusão.

A ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, além dos dois condenados à prisão perpétua, também o reclamante era apresentado com foto e nome, para depois serem representados por atores com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais, dos acontecimentos da noite do crime e, finalmente, da sua perseguição e prisão pela polícia. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do reclamante.

As tentativas do reclamante de conseguir em juízo uma medida liminar que pudesse impedir a transmissão do programa resultaram infrutíferas: tanto o Tribunal Estadual de *Mainz* quanto o Superior Tribunal Estadual de *Koblenz* julgaram improcedente o pedido do reclamante.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por conseqüência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes.

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos

pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (*Kunsturhebergesetz*) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 5 de junho de 1973

com base na audiência de 2 e 3 de maio de 1973

– 1 BvR 536/72 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional dirige-se contra o indeferimento de um pedido de uma medida liminar do reclamante por parte de decisões judiciais civis. Pela requerida medida liminar, a ZDF [canal de televisão “*Zweites Deutsches Fernsehen*” - Segunda Televisão Alemã] deveria ser proibida de transmitir um documentário por ela produzido caso o reclamante fosse nele apresentado ou seu nome fosse mencionado.

I.

O reclamante, nascido em 1945, participara de um crime grave, o chamado assassinato do soldado de Lebach, que foi objeto de um processo no Tribunal do Júri (...).

(...).

II.

1. – 2. (...).

III.

1. Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante alega que as decisões impugnadas violaram os seus direitos fundamentais do Art. 1 I GG e Art. 2 I GG e o fundamenta como segue:

(...).

2. O Ministro Federal da Justiça apresentou, em nome do governo federal, o seguinte posicionamento:

(...).

3. O Ministério da Justiça [do Estado-membro, portanto equivalente a uma secretaria estadual no Brasil] de *Rheinland-Pfalz* expressou-se em nome do governo estadual depois de ouvir órgãos locais da Administração pública (...)

4. A *ZDF* considera a Reclamação Constitucional notoriamente improcedente e argumenta aqui como segue:

(...).

5. O Tribunal Constitucional Federal deu ainda oportunidade para falar a várias outras instituições e entidades representativas:

a) – e) (...).

IV.

1. – 2. (...).

B.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I.

(...)

II.

1. (...).
2. (...).

O rádio e a televisão são, assim como a imprensa, meios de comunicação de massa imprescindíveis que têm influência decisiva, tanto para a ligação entre o povo e os órgãos públicos e seu controle, quanto para a integração da comunidade em todos os setores da vida social. Disponibilizam ao cidadão a informação ampla e necessária sobre os acontecimentos e sobre desenvolvimentos no Estado e na vida social. Possibilitam a discussão pública e as mantêm, na medida em que informam sobre as diversas opiniões, dando ao indivíduo e aos diversos grupos sociais a oportunidade de atuar como formadores de opinião e representando eles mesmos um fator decisivo no processo permanente da formação de opinião e vontade públicas (cf. BVerfGE 12, 113 [125]; 12, 205 [260]). Apesar da definição parcimoniosa de seu teor (“noticiário”), a liberdade de radiodifusão não se distingue essencialmente da liberdade de imprensa; vale da mesma forma para programas puramente informativos e para programas de outros tipos. Informação e opinião podem ser transmitidas tanto em um filme televisivo ou em programa musical, como por meio de notícias ou comentários políticos; cada canal de televisão tem, já pela escolha e a forma do programa a ser transmitido, um efeito formador de opinião (cf. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).

Tampouco a liberdade de radiodifusão permite de antemão uma distinção dos programas segundo o interesse defendido ou a qualidade da apresentação; uma restrição a produções “sérias”, que sirvam a um interesse digno de reconhecimento, público ou privado, resultaria ao final em uma avaliação ou direcionamento por parte de órgãos estatais, o que justamente contrariaria a essência desse direito fundamental (cf. BVerfGE 25, 296 [307]; 34, 269, 282 *et seq.*). Conseqüentemente, uma estação de rádio ou um canal de televisão pode se valer, em princípio, da proteção do Art. 5 I 2 GG, indiferentemente de se tratar de programas políticos, debates críticos sobre questões que tocam no interesse da coletividade ou peças radiofônicas, programas de variedades ou de entretenimento. A eficácia da garantia constitucional, portanto, não depende da respectiva prova de um interesse “justo” ou “legítimo” do programa examinado (cf. *Adolf Arndt, op. cit.*). Conseqüentemente, a liberdade de radiodifusão não abrange apenas a seleção do conteúdo apresentado, mas também a decisão sobre o tipo e o modo de apresentação, inclusive a definição de qual das diferentes formas de programa é escolhida para tanto.

Só quando o exercício da liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido com o programa concreto, o tipo e modo da configuração e o efeito previsto ou atingido. A Constituição regulou o possível conflito entre a liberdade de radiodifusão e os interesses, por ela atingidos, de cidadãos, grupos ou da comunidade pela referência à ordem jurídica geral; conforme o Art. 5 II GG, a promoção de programas de radiodifusão submete-se às restrições que decorrem das leis gerais. Segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, o respeito ali ordenado a outros bens jurídicos não pode, contudo, relativizar a liberdade de radiodifusão; pelo contrário, as leis restritivas da liberdade de radiodifusão devem ser interpretadas tendo em vista a garantia constitucional, eventualmente sendo elas mesmas limitadas, para garantir a concretização adequada à liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 20, 162 [176 s.]; 7, 198 [208 *et seq.*]). Isso exige no, caso particular, uma ponderação geral e concreta dos bens jurídicos opostos entre si.

III.

1. Fazem parte das leis gerais, consoante o Art. 5 II GG, também as normas dos §§ 22, 23, que fundamentam as decisões impugnadas, da Lei de Direitos Autorais de Obras de Artes Plásticas e Fotografia de 9 de janeiro de 1907 (RGBl., p.7). (...).

(...).

2. Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apresentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade

que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. *Adolf Arndt, op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.

IV.

1. Destes preceitos gerais resultam, para a avaliação de programas de televisão do presente tipo, os seguintes critérios significativos do ponto de vista constitucional:

a) – d) (...).

Resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará em regra uma intervenção grave na sua esfera [privada] da personalidade.

2. – 5. (...).

V.

As decisões impugnadas não conseguem passar no exame segundo os critérios constitucionais [supra] desenvolvidos.

1. – 2. (...).

3. Pode restar pendente a questão de saber se ao documentário em pauta, que pretende reconstruir um acontecimento real de forma verossímil, poderia ser atribuído o caráter

de uma obra de arte segundo o Art. 5 III GG. Também na aplicação desta norma constitucional deveria ser considerado que a liberdade artística, embora os limites do Art. 5 III GG não valham para ela, não é superior à proteção da personalidade garantida pelos Art. 1 e 2 II GG (cf. BVerfGE 30, 173 [193 *et seq*] – *Mephisto* – [cf. a seguir – próxima decisão estudada]).

VI.

As decisões contestadas ferem, portanto, os direitos fundamentais do reclamante do Art. 2 I c. c. Art. 1 GG e devem ser revogadas segundo o § 95 II BVerfGG. (...).
(...).

(ass.) *Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon*

Seleção de 13 indicações bibliográficas sobre o Art. 5 I GG:

BULLINGER, Martin. *Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks*, 1999

CALLIESS, Christian. “Inhalt, Dogmatik und Grenzen der Selbstregulierung im Medienrecht”, *AfP* 2002, p. 465 – 475.

DÖRR, Dieter. “Der Einfluss der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf das Medienrecht”, *VerwArch.* 92 (2001), p. 149 – 183.

FIEDLER, Christoph. *Meinungsfreiheit in einer vernetzten Welt*, 2002.

FRYE, Bernhard. *Die Staatsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk*, 2001.

GRIMM, Dieter. “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”. *NJW* 1995, p. 1697 – 1705.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, 2000.
_____. *Kommunikationsfreiheiten*, 2002.

KÜBLER, Friedrich. “Legitimationsfragen der Medienregulierung”, *AfP* 2002, p. 277 – 283.

RÜHL, Ulli F. H. *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, 1998.

SCHULZ, Wolfgang. *Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung*, 1998.

STOCK, Martin. *Innere Medienfreiheit – Ein modernes Konzept der Qualitätssicherung*, 2001.

STORR, Stefan. “Medienkonzentrationsrecht im Zeitalter der Medienkonvergenz”,
ThürVbl. 2003, p. 169 - 176

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 5 I GG:

BVerfGE 27, 71 (79 *et seq.*) – *Leipziger Volkszeitung*; 31, 314 (323 *et seq.*) – 2. *Rundfunkentscheidung*; 42, 143 (147 *et seq.*) – *Deutschland-Magazin*; 43, 130 (137 *et seq.*) – *Flugblatt*; 54, 129 (135 *et seq.*) – *Kunstkritik*; 54, 148 (151 *et seq.*) – *Eppler*; 54, 208 (217 *et seq.*) – *Bölt*; 61, 1 (7 *et seq.*) – *Wahlkampf*; 66, 116 (*Springer/Wallraff*); 74, 297 (322 *et seq.*) – 5. *Rundfunkentscheidung*; 77, 346 (353 *et seq.*) – *Presse-Grosso*; 80, 124 (131 *et seq.*) – *Postzeitungsdienst*; 83, 238 (295 *et seq.*) – 6. *Rundfunkentscheidung*; 86, 1 (8 *et seq.*) – TITANIC / “geb. Mörder” etc.

§ 13.

Liberdade Artística (Art. 5 III GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 5º (Liberdade de expressão, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; **liberdade artística e científica**)

(1) ...

(2) ...

(3) ¹ A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. ² A liberdade do ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

57. BVERFG 30, 173

(MEPHISTO)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 24/02/1971

MATÉRIA:

O reclamante é uma editora que teve um produto seu, o livro “Mefisto – romance de uma carreira” de *Klaus Mann*, proibido por decisão (*Urteil*) final do Tribunal Federal (BGH) de 20 de março de 1968, que corroborou a decisão do Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*. No processo original, o autor era o filho adotivo do ator *Gustav Gründgens*, que, devido a sua falta de escrúpulos durante os anos 1930, se tornou uma grande celebridade sob a égide da Alemanha nazista. O personagem principal do romance de *Klaus Mann*, *Hendrik Höfgen*, era notoriamente, principalmente para os leitores habituais de *Klaus Mann*, inspirado em *Gründgens*. O Superior Tribunal de *Hamburg* enxergou no romance uma

violação da honra pessoal do recém falecido ator, além da violação de sua imagem e reputação social, assim como uma agressão à sua memória.

A reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 1, 2 I, 5 I e III, 14 e 103 I GG, assim como do princípio constitucional da proporcionalidade e da segurança jurídica. O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente, não obstante a grande divisão no Primeiro Senado, que levou à igualdade entre os votos que embasaram a decisão com suas “razões fundamentais” (*tragende Gründe*) e os votos discordantes²⁹⁵. O TCF não vislumbrou, sobretudo, uma violação da liberdade artística (Art. 5 III GG), que, todavia, examinou amplamente.

1. O Art. 5 III 1 GG é uma norma reguladora e definidora da relação do âmbito da arte com o Estado. Garante, ao mesmo tempo, um direito individual de liberdade.
2. A garantia da liberdade artística abrange não apenas a atividade artística, mas também a apresentação e divulgação da obra de arte.
3. Um editor de livros pode se valer do direito da liberdade artística.
4. Para a liberdade artística não valem nem as restrições do Art. 5 II GG nem as do Art. 2 I, 2º sub-período GG.
5. Um conflito entre a garantia da liberdade artística e o âmbito da personalidade protegido constitucionalmente deve ser resolvido segundo a ordem constitucional; aqui deve se considerar principalmente a dignidade humana garantida no Art. 1 I GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 24 de fevereiro de 1971

- 1 BvR 435/68 -

(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional dirige-se contra a proibição, conseguida pelo filho adotivo e sucessor do falecido ator e administrador teatral *Gustaf Gründgens*, de

²⁹⁵ Em caso de igualdade de votos, confirma-se segundo o § 15 IV 3 BVerfGG, a constitucionalidade do ato impugnado.

que a reclamante imprima, distribua e publique o livro “Mefisto, romance de uma carreira” de *Klaus Mann*.

O autor, que emigrou da Alemanha no ano de 1933, publicou o romance em 1936 na Editora *Querido*, em *Amsterdã*. Após sua morte em 1949, o romance foi publicado em 1956 na *Aufbauverlag*, em Berlim Oriental.

O romance descreve a ascensão do talentoso ator *Hendrik Höfgen*, que renegou sua convicção política e deixou para trás todas as relações humanas e éticas para fazer carreira artística a partir de um pacto com os donos do Poder da Alemanha nazista. O romance apresenta todas as condições psíquicas, intelectuais e sociológicas que possibilitaram a sua ascensão.

O ator *Gustaf Gründgens* serviu de modelo à personagem do romance, *Hendrik Höfgen*. (...)

(...).

1. – 3. (...).

B. – I. – II. (...)

C. I. – II. (...)

III.

O Art. 5 III 1 GG declara a arte, assim como a ciência, a pesquisa e o ensino, como livre. Com essa garantia de liberdade, o Art. 5 III 1 GG contém, segundo seu texto e sentido, primeiramente uma norma objetiva, reguladora da relação entre o âmbito da arte e o Estado. Ao mesmo tempo, a disposição garante àquele que trabalha nesse âmbito um direito individual de liberdade.

1. O âmbito da vida “arte” deve ser definido por meio das características estruturais próprias a ela e moldadas por sua essência. Delas deve partir a interpretação do conceito de arte da Constituição. O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo *Medium* de uma certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

A garantia da liberdade artística abrange de igual modo tanto o “âmbito do obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito do obra), mas, além disso, a apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias para o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito” no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG (...).

2. (...).

(...).

3. O Art. 5 III 1 GG garante amplamente a liberdade da atividade no campo da arte. Por isso, se para se estabelecer as relações entre artista e público são necessários meios editoriais, também as pessoas que exercem uma tal atividade intermediadora são protegidas pela garantia da liberdade artística. (...).

4. A arte está garantida, em seu caráter de autonomia e que obedece a leis próprias, sem reservas pelo Art. 5 III 1 GG [não há nenhuma reserva legal ou outro limite expresse fixado pelo dispositivo]. As tentativas de limitar a garantia de liberdade artística mediante diminuição axiológica do conceito de arte, por interpretação ou analogia extensiva decorrente de regras de limites de outros dispositivos constitucionais, não devem ter êxito em face do claro dispositivo do Art. 5 III 1 GG.

Como o Tribunal Federal (BGH), com razão, admite, particularmente inaplicável é o Art. 5 II GG, que limita os direitos fundamentais do Art. 5 I GG. A separação sistemática dos âmbitos de garantia do Art. 5 GG identifica o parágrafo 3º (Art. 5 III GG) desta norma como sendo *lex specialis* em relação ao parágrafo 1º (Art. 5 I GG) e, por isso, proíbe que os limites do parágrafo 2º (Art. 5 II GG) sejam aplicados também nos âmbitos mencionados no parágrafo 3º (Art. 5 III GG). Tampouco seria admissível separar partes isoladas do contexto de uma obra de arte literária e vê-las como expressão do pensamento consoante o Art. 5 I GG, sobre a qual se aplicariam os limites do parágrafo 2º (Art. 5 II GG). Também a gênese do Art. 5 III GG não oferece suporte para a tese de que o legislador quis ver a liberdade artística como um sub-caso da liberdade de expressão do pensamento.

(...).

Também se deve rejeitar a idéia de que a liberdade artística, conforme o Art. 2 I, 2ª Parte GG, estaria limitada pelos direitos dos outros, pela ordem constitucional e pela lei

moral. Esta posição é incompatível com a relação de subsidiariedade do Art. 2 I GG, reconhecida pelo Tribunal Federal em jurisprudência consolidada sobre a especialidade dos direitos de liberdade individual (cf. entre outros BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 s.]), relação essa que não admite uma extensão da reserva comunitária (*Gemeinschaftsvorbehalt*)²⁹⁶ do Art. 2 I, 2º sub-período GG às áreas da vida protegidas por direitos fundamentais especiais. Pelas mesmas considerações, proíbe-se aplicar o Art. 2 I GG como regra de interpretação para exegese do sentido do Art. 5 III 1 GG. Essa regra limite também não deve ser aplicada no “âmbito do efeito” da arte.

5. Por outro lado, o direito de liberdade não é concedido irrestritamente [sem reservas]. A garantia de liberdade do Art. 5 III 1 GG parte, assim como todos os direitos fundamentais, da concepção de pessoa humana da *Grundgesetz*, i.é, do ser humano como personalidade responsável por si mesma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social (BVerfGE 4, 7 [15 *et seq.*]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Todavia, a ausência de reservas do direito fundamental tem como significado o fato importante de os limites da garantia da liberdade artística só poderem ser determinados pela própria Constituição. Como a liberdade artística não contém reserva [em favor] do legislador ordinário, ela não pode ser relativizada, nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada, que, sem base constitucional e sem salvaguardas suficientes do devido processo legal [próprias da realização do princípio do Estado de direito], acabem por ameaçar os bens necessários para a existência da comunidade do Estado. Pelo contrário, um conflito a ser observado no contexto da garantia da liberdade artística deve ser resolvido por meio da interpretação constitucional, segundo o paradigma da ordem axiológica da *Grundgesetz*, observando-se a unidade de seu sistema axiológico fundamental. Como parte do sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade artística está ligada principalmente à dignidade humana garantida no Art. 1 GG, que domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais como valor máximo (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Porém, a garantia da liberdade artística pode colidir com o âmbito da personalidade igualmente protegido pela Constituição, porque uma obra de arte também pode desenvolver seus efeitos ao nível social.

²⁹⁶ Quer dizer uma reserva em favor de bens comunitários ou coletivos.

(...).

6. – 7. (...).

IV.

O Tribunal Constitucional Federal tem que decidir se os tribunais, em sua ponderação entre o âmbito da personalidade, protegido pelo Art. I 1 GG, do falecido *Gustaf Gründgens* e seu filho adotivo e a liberdade artística garantida pelo Art. 5 III 1 GG, levaram em consideração os princípios expostos. Na decisão desta questão, o resultado no Senado foi empate. Conseqüentemente, não pôde ser constatado, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, que as decisões impugnadas violam a *Grundgesetz*.

1. – 3. (...).

V.

(...)

(ass.) Dr. *Müller*, Dr. *Stein*, *Ritterspach*, *Rupp-v. Brünneck*, Dr. *Brox*

Opinião divergente do Juiz Dr. *Stein* sobre a decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 24 de fevereiro de 1971
- 1 BvR 435/68 -

I. – II. (...) ²⁹⁷

(ass.) Dr. *Stein*

Opinião divergente da Juíza *Rupp-v. Brünneck* sobre a decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 24 de fevereiro de 1971
- 1 BvR 435/68 -

Eu aquiesço à opinião divergente do Juiz Dr. *Stein* e gostaria de brevemente destacar e completar o seguinte:

1. – 4. (...).

(ass.) *Rupp-v. Brünneck*

²⁹⁷ Trata-se de um voto relativa e proporcionalmente (quando comparado à decisão propriamente dita, ou seja, da maioria do Senado) bastante extenso: BVerfGE 30, 173 (200 – 218). Quando se computa a extensão do voto discordante seguinte, que, em conclusão, também é pela inconstitucionalidade da decisão do BGH, tem-se 27 páginas para a decisão (BVerfGE 30, 173 [173 – 200]) e 27 páginas para os votos dissidentes (BVerfGE 30, 173 [200 – 227]). Embora tenha havido empate também em outras decisões, o Primeiro Senado do TCF talvez nunca tenha ficado tão dividido assim em outra decisão passada ou futura.

§ 14.

Proteção do Casamento e da Família

(Art. 6 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 6º (Casamento, família e filiação extra-matrimonial)

(1) O casamento e a família encontram-se sob proteção especial da ordem estatal.

(2) ¹Os cuidados e a educação dos filhos representam o direito natural dos pais e a obrigação que cabe sobretudo a eles. ²A comunidade estatal fiscalizará seu cumprimento.

(3) Somente com base em uma lei, poderão os filhos ser separados da família, contra a vontade dos responsáveis pela educação, se estes não cumprirem seus deveres ou se os filhos, por outras razões, estiverem correndo o risco de serem desamparados.

(4) Toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade.

(5) Aos filhos de pais não casados, devem ser criadas pela legislação as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e psíquico e para a sua colocação na sociedade que existem para os filhos de pais casados.

58. BVERFGE 6, 55
(STEUERSPLITTING)

Controle concreto

17/01/1957

MATÉRIA:

Objeto do controle concreto, proposto pelo Tribunal Financeiro de Munique, foi o § 26 EstG 1951 (*Einkommensteuergesetz* de 1951 = Lei do Imposto de Renda de 1951). Esse dispositivo afastou-se do princípio da individualização tributária ao considerar, como base de cálculo para a aferição do imposto de renda devido, a simples soma das rendas dos cônjuges. Como o imposto de renda tem uma alíquota progressiva, o cálculo conjunto representava uma desvantagem em face da tributação de solteiros. O tribunal apresentante estava convencido que a *Grundgesetz* prescreve a **divisão tributária** (*Steuersplitting*), sendo o seu contrário, portanto, inconstitucional.

O TCF verificou a incompatibilidade do § 26 EstG 1951 com o Art. 6 I GG e o declarou nulo.

1. – 4. (...).

5. O Art. 6 I GG não é apenas um “direito fundamental clássico” para a proteção da esfera privada específica do casamento e da família, assim como também não é apenas uma garantia de instituto. Ele representa igualmente, além disso, uma norma-princípio, ou seja, uma decisão valorativa vinculante para toda a área do direito privado e público que se ocupe do casamento e da família.

O dispositivo do Art. 6 I GG é, neste ponto, no mínimo, direito constitucional concretamente vinculante para o legislador, na medida em que ele mesmo se proíbe de onerar o casamento e a família por meio de intervenções perturbadoras do Estado²⁹⁸. O comprometimento do *status quo* dos cônjuges por meio [da imposição] da declaração conjunta do imposto de renda – § 26 da Lei do Imposto de Renda, na redação de 17 de janeiro de 1952 – EStG 1951 (Diário Oficial – BGBl. I, p. 33), representa uma tal intervenção perturbadora.

²⁹⁸ Nesta passagem, ou o TCF está utilizando o termo legislador em seu sentido mais amplo – do caráter reflexivo do ato legiferante estatal: sobre o assunto POSCHER (2002: 1 *et seq.*), ou aglutina incorretamente os conceitos de legislador e constituinte.

6. Faz parte da igualdade de direitos da mulher que ela tenha a possibilidade de, com as mesmas chances jurídicas, obter renda de mercado, como qualquer cidadão do sexo masculino.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 17 de janeiro de 1957

— 1 BvL 4/54 —

(...)

RAZÕES

A.; B. I. – II.; C. I – III. (...)

D.

(...)

I.

(...). Aqui é decisivo o fato de que, em face da alíquota progressiva, fixada com base na capacidade produtiva do indivíduo, os casados foram, por meio da declaração conjunta, desfavorecidos, no que tange ao resultado econômico, em relação a outras pessoas.

(...).

II.

(...)

1. (...).

2. O Art. 6 I GG é uma norma-princípio que encerra uma decisão axiológica. Ele coloca o casamento e a família como célula embrionária de qualquer comunidade, cujo significado não pode ser comparado a nenhum outro vínculo humano, sob proteção especial da ordem estatal.

Primeiramente, trata-se de um dispositivo na esteira dos direitos fundamentais clássicos que, em face das experiências da época do domínio nazista, têm o escopo de servir à proteção da esfera privada específica do casamento e da família contra opressão externa perpetrada pelo Estado. Abandonando a onipresença estatal do nacional-socialismo, a *Grundgesetz* reconhece, também em relação a esse âmbito da vida, a autonomia e auto-suficiência da pessoa humana.

Incontroverso é o fato desse reconhecimento constitucional do casamento e da família abranger igualmente a garantia de ambas esferas da vida, incluindo, portanto,

a denominada garantia do instituto [jurídico em si] (*Institutsgarantie*) ou institucional (*Einrichtungsgarantie*) [das instituições sociais “casamento” e “família”]. Nessa qualidade, [o dispositivo] assegura o casamento e a família tão somente em sua estrutura essencial, de forma que sua eficácia na realidade jurídica consista apenas na garantia do núcleo normativo do direito de família e matrimonial.

A eficácia jurídica do Art. 6 I GG não se esgota, porém, nessas funções. Como toda uma categoria de normas constitucionais – sobretudo aquelas que disciplinam a relação do cidadão para com o Estado ou que regulamentem a vida em sociedade – o Art. 6 I GG cumpre outras funções, que se vinculam reciprocamente e que se misturam. É tarefa da jurisprudência constitucional perscrutar as diferentes funções de uma norma constitucional, principalmente de um direito fundamental. Nesse estágio, deve-se dar preferência à interpretação que desenvolva melhor a eficácia jurídica da norma em pauta” (*Thoma*).

Uma interpretação do Art. 6 I GG segundo esse princípio demonstra que ele não contém apenas um reconhecimento, nem atua somente como garantia institucional, mas também, além disso, representa uma norma-princípio, ou seja, um juízo de valor vinculante para todo o âmbito do direito privado e público que se ocupe do casamento e da família.

O Art. 6 I GG determina, de acordo com o seu teor, a proteção especial por excelência do Estado ao casamento e à família, por meio do ordenamento estatal. Essa ampla formulação já identifica a regra claramente – também – como uma norma-princípio para todo o direito relativo ao casamento e à família. Somente esta interpretação corresponde também ao princípio diretivo do Estado de direito social e a colocação da norma na Constituição dentro do capítulo dos direitos fundamentais.

(...).

3. (...).

4. Para a avaliação constitucional do § 26 da Lei do Imposto de Renda de 1951 (EStG 1951) é decisiva a eficácia do Art. 6 I GG como norma atual [concreta] de proteção, pois a declaração conjunta do imposto de renda de casados fere o princípio constitucional da tributação pessoal, especificamente em prejuízo daqueles que vivem no estado civil casado, representando portanto uma intervenção perturbadora no casamento. (...).

(...).

5. De todo o exposto, conclui-se que o § 26 EStG 1951 se constitui em uma prejudicial regra de exceção contra as pessoas casadas e, com isso, em prejuízo ao casamento, viola a decisão axiológica do Art. 6 I GG.

(...).

III.

§ 26 EstG 1951 é, diante de todo o exposto, incompatível com o Art. 6 I GG e, por isso, nulo.

(...).

59. BVERFGE 47, 46

(SEXUALKUNDEUNTERRICHT)

Controle concreto / Reclamação Constitucional contra decisão judicial

21/12/1977

MATÉRIA:

O presente controle concreto, julgado conjuntamente com 3 Reclamações Constitucionais, era relativo à constitucionalidade da introdução da disciplina escolar ou **aula de educação sexual** (*Sexualkundeunterricht*) em escolas públicas do ensino fundamental²⁹⁹.

O objeto específico do controle concreto, proposto pelo Tribunal Federal Administrativo (*BVerwG – Bundesverwaltungsgericht*), eram dois dispositivos da lei orgânica do ensino fundamental e secundário (*Schulverfassungsgesetz*) de 1973, os quais deixavam a órgãos competentes e especializados da Administração Pública a definição dos objetivos e conteúdos educacionais.

De acordo com recomendações da Conferência dos Ministros da Educação (*KMK – Kultusministerkonferenz*), do ano de 1968, a Secretaria da Educação de *Hamburg* promulgou, no ano de 1970, diretrizes para a educação sexual nas escolas. Nelas, a educação sexual foi estabelecida como uma matéria interdisciplinar, como complementação da transmissão curricular ordinária de informações sobre dados da sexualidade e da reprodução humana.

²⁹⁹ Cf. a síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Vol. 1, p. 496, que serviu de base à presente síntese.

As Reclamações Constitucionais impugnaram decisões judiciais, nas quais foram indeferidos pedidos de alunos de uma escola de *Baden-Württemberg*, que não desejavam participar da aula de educação sexual.

A partir do controle concreto, o TCF declarou nulos os dispositivos das leis escolares de *Hamburg*, na extensão em que essas deixavam para a Secretaria da Educação a competência para criar diretrizes para a introdução da aula de educação sexual. As Reclamações foram julgadas improcedentes, vez em que não foi constatada uma violação dos direitos fundamentais alegados; principal e precisamente, no caso, não houve violação do Art. 6 II GG.

1. A educação sexual individual faz parte, em primeira linha, do direito natural dos pais à educação dos filhos, nos termos do Art. 6 II GG. No entanto, o Estado tem legitimidade, em razão de sua missão constitucional nas áreas da educação e formação (Art. 7 I GG), para ministrar educação sexual na escola.
2. A educação sexual na escola deve ser aberta às diversas concepções axiológicas nesta área e, em geral, observar o direito natural dos pais à educação dos filhos e as convicções religiosas ou ideológicas daqueles, sempre que estas tiverem relevância para o âmbito da sexualidade. A escola deve, em especial, não promover qualquer tentativa de doutrinação dos jovens.
3. Em se observando tais princípios fundamentais, a educação sexual, como matéria interdisciplinar, não depende da anuência dos pais.
4. Os pais têm, porém, um direito à informação tempestiva sobre o conteúdo e a linha didática e metodológica da educação sexual adotada na escola.
5. A reserva de lei obriga o legislador a decidir ele mesmo sobre a introdução da educação sexual na escola.

Isto não vale para os casos onde apenas são transmitidos conhecimentos sobre fatos biológicos e outros.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 21 de Dezembro de 1977
- 1 BvL 1/75 BvR 147/75 -
(...)

RAZÕES

A. I. – II.; B. I – II. (...)

C. – I.

(...)

1. (...).

2. Parâmetros do exame de constitucionalidade para a resposta das questões constitucionais levantadas neste contexto são principalmente o Art. 6 II 1 GG (direito dos pais à educação dos filhos), o Art. 7 I GG (missão do Estado de educação e formação) e o Art. 2 I GG (direito da personalidade do filho).

a) O Art. 6 II GG aponta o cuidado e a educação da criança como “direito natural dos pais e a obrigação que cabe sobretudo a eles”, cujo cumprimento deve ser fiscalizado pela comunidade estatal. Os pais têm “o direito e o dever de providenciar o cuidado e configurar a educação de seus filhos livremente, segundo suas próprias concepções, resguardado o Art. 7 GG, com primazia sobre outros agentes educacionais. A livre decisão dos pais sobre como eles querem cumprir essa sua responsabilidade é protegida por um direito fundamental contra intervenção do Estado, desde que tais intervenções não estejam cobertas pelo dever de ofício de fiscalização da comunidade estatal previsto pelo Art. 6 II 2 GG” (BVerfGE 31, 194 [204 s.] ligada às decisões BVerfGE 4, 52 [57]; 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 143 s.]).

As recomendações da KMK [*Kultusministerkonferenz* – Conferência dos Ministros da Educação] em relação à questão do direito dos pais à educação dos filhos na área sexual definem de forma lapidar: “A educação sexual é, em primeiro lugar, tarefa dos pais”. De fato, não faltam razões importantes a sustentar a tese de que a educação individual sexual deve caber principalmente à esfera doméstica, correspondendo ao direito natural dos pais a educação dos filhos nos termos do Art. 6 II GG. A instrução em questões sexuais pode ocorrer de forma mais natural na atmosfera protegida e segura da família (...).

(...).

b) Partindo-se dessa tese, há então de se questionar se o Estado, em geral, pode e, em caso afirmativo, sob que pressupostos, promover a educação sexual na

escola. As recomendações da KMK registram a esse respeito: “A escola é obrigada a colaborar na educação sexual, em razão de sua missão de formação e educação”. A missão do Estado de formação e educação tem seu fundamento constitucional no Art. 7 I GG (cf. BVerfGE 34, 165 [181 s.] – *hessische Förderstufe*). Como o Tribunal Constitucional Federal sustentou (*op. cit.*, p. 182), a fiscalização das escolas pelo Estado, estabelecida pelo Art. 7 I GG, abrange, em todo caso, a competência para o planejamento e a organização do ensino escolar com o objetivo de garantir um sistema escolar que ofereça a todos os jovens cidadãos, segundo suas capacidades, as possibilidades de formação correspondentes à atual vida social. Não faz parte desse âmbito de conformação estatal somente a estruturação organizacional da escola, mas também a fixação do conteúdo dos cursos de formação e dos objetivos escolares. O Estado pode, assim, perseguir seus próprios objetivos educacionais na escola, em princípio independentemente dos pais. A missão geral da escola, relativa à formação e à educação das crianças, não é subordinada, mas se encontra no mesmo patamar do direito de educar dos pais. Superioridade absoluta não goza nem o direito dos pais nem a missão educacional do Estado. Contrariamente a uma concepção nesse sentido defendida na literatura jurídica [doutrina], a missão escolar e educacional da escola também não é limitada somente à transmissão de conhecimentos. Esta missão do Estado, que o Art. 7 I GG pressupõe, tem também, ao contrário, como conteúdo atuar na transformação de cada criança em um membro da sociedade responsável por si mesmo. Por isso, as tarefas da escola dão-se também na área da educação. Mesmo que existam – como supra apresentado – razões para crer que o lugar adequado à educação sexual individual seja o lar, deve-se, entretanto, por outro lado, também considerar que a sexualidade apresenta diversas referências sociais. O comportamento sexual é uma parte do comportamento geral. Assim, não se pode proibir ao Estado que este considere a educação sexual como importante elemento da educação total de um indivíduo jovem. Disso faz parte também proteger e alertar as crianças contra ameaças de cunho sexual.

A partir de todos esses motivos, não se poderá levantar nenhuma objeção fundamental constitucional quando o Estado fizer do tema da sexualidade humana objeto de aula na escola (...).

(...).

c) Também os direitos da criança do Art. 2 I GG são atingidos pela educação sexual na escola.

A *Grundgesetz* colocou a esfera íntima e sexual do indivíduo como parte de sua esfera privada sob a proteção constitucional do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Essas prescrições da *Grundgesetz* asseguram ao indivíduo o direito de determinar por si só seu modo de pensar em relação ao sexo. Ele pode determinar sua relação com a sexualidade e, em princípio, decidir por si mesmo se, sob quais limites e com que objetivos ele aceitará a influência de terceiros nesse modo de pensar. Se, no entanto, a relação do indivíduo com a sexualidade é protegida constitucionalmente, precisa então caber também a cada jovem esse direito derivado do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Sua esfera de intimidade pode ser substancialmente atingida pelo tipo e modo pelo qual a educação sexual é ministrada na escola. O adolescente não é apenas objeto da educação paterna e estatal. Ele é, pelo contrário, desde o início e cada vez mais com o avançar da idade, uma personalidade protegida pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. A experiência ensina que particularmente os adolescentes podem ser feridos emocionalmente e ter seu desenvolvimento duramente comprometido por causa de medidas educacionais do campo da sexualidade aplicadas equivocadamente do ponto de vista pedagógico.

3. De tudo isso resulta que a educação sexual na escola se encontra, em elevada medida, sobre um campo de tensão entre o direito dos pais derivado do Art. 6 II GG, o direito da personalidade da criança [e do adolescente] segundo o Art. 2 I GG, e a missão do Estado de educação e formação, pressuposta no Art. 7 I GG. (...).

(...).

Junto à avaliação jurídica das colisões ocorridas, que resultam da relação de tensão apresentada, deve-se partir do fato de que a educação sexual, em princípio, revela uma maior afinidade com a área de competência dos pais do que com o setor escolar.

a) – b) (...).

II.

O Tribunal Constitucional Federal ocupou-se até o momento especialmente em três decisões com a reserva de lei na relação escolar: BVerfGE 34, 165 [192 s.] – *hessische Förderstufe*; BVerfGE 41, 251 [259 s.] – *Speyer-Kolleg*; BVerfGE 45, 400 [417 s.] – *Neuordnung der gymnasialen Oberstufe in Hessen*³⁰⁰. Na decisão *Oberstufenbeschluss* (*op. cit.*) verificou-se, em síntese, sob menção [expressa] de ambas as decisões mencionadas anteriormente:

³⁰⁰ “Reestruturação do Grau Superior Ginásial de Hessen”.

O princípio do Estado de direito e o princípio democrático da Grundgesetz obrigam o próprio legislador [a delegação a qualquer outro órgão lhe é vedada] a tomar as decisões essenciais sobre o ensino escolar, não podendo transferi-las à administração escolar (...). Isso vale especialmente para a esfera jurídica aberta à conformação estatal no campo do exercício de direito fundamental ...

(...).

Como um avanço decisivo desta concepção jurídica é de se observar que a reserva de lei se desligou de seu vínculo a fórmulas obsoletas (intervenção na liberdade e propriedade), sendo colocada sobre um novo fundamento a partir de sua função democrática e relativa ao Estado de direito, sobre o qual tanto o conteúdo quanto o alcance desse instituto jurídico podem ser redefinidos. A crítica dirige-se principalmente contra a definição da delimitação das escolhas reservadas ao legislador por meio do conceito “essencial” (cf. *Kisker, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages* – “Debate do 51º Congresso de Juristas Alemães, vol. II, anais M 82; *Priske, op. cit.*, p. 677). No 51º Congresso de Juristas Alemães disse-se, no debate (*op. cit.*, M 108 *et seq.* e M 115), que a palavra “essencial” deveria ser entendida, primeiramente, como conceito heurístico e não como contribuição para a dogmatização, como um conceito que expressa, fundamentalmente, tão somente uma trivialidade, a saber: que as coisas realmente importantes de um Estado do tipo democrático e parlamentarista devem ser decididas no parlamento. Na delimitação no caso particular, deve-se agir com maior cautela, prestando atenção e precavendo-se dos riscos da produção demasiado ampla de leis (*Vergesetzlichung*), que poderia trazer conseqüências desagradáveis justamente para a situação escolar. Se uma medida é essencial e, por isso, precisa permanecer reservada ao próprio parlamento, ou pelo menos pode ser efetivada com base em uma autorização parlamentar de conteúdo certo e determinado, há de ser respondido, em primeiro lugar e em geral, segundo a *Grundgesetz*. A proteção dos direitos fundamentais apresenta aqui um importante aspecto. A maioria dos dispositivos de direito fundamental prevê, de qualquer forma, que intervenções somente são permitidas se realizadas por meio da lei ou [pelo menos] com base em uma lei. Além disso, sua garantia por meio da intervenção do parlamento corresponde, em princípio, à tese tradicional da reserva legal, sem que se deva, entretanto, diferenciar entre intervenções e prestações. No âmbito relevante dos direitos fundamentais, “essencial” significa em regra, portanto, “essencial para a concretização dos direitos

fundamentais” (cf. BVerfGE 34, 165 [192] – *hessische Förderstufe*, 40, 237 [248 s.] – *Rechtsschutzverfahren im Strafvollzug*, 41, 251 [260 s.] – *Speyer-Kolleg*).

Também no âmbito escolar, a relevância dos direitos fundamentais tem um papel considerável. As fronteiras entre a missão do Estado de educação (Art. 7 I GG) e o direito dos pais (Art. 6 II GG), bem como os direitos de personalidade da criança (Art. 2 I GG), são freqüentemente permeáveis e só dificilmente traçáveis. Sua demarcação tem, para o exercício desses direitos fundamentais, sob vários aspectos, um significado importante. Ela é, por isso, uma tarefa do legislador.

III.

(...)

1. – 4. (...).

5. Isto não significa, porém, que seria prescrito por força constitucional que todas as modalidades de educação sexual, como elas, por exemplo, aquelas estabelecidas nas diretrizes hamburguesas, deveriam ser regulamentadas por lei formal (cf. BVerfGE 41, 251 [265] – *Speyer-Kolleg*). Pelo contrário, trata-se, em primeiro lugar, de definir com precisão suficiente a missão educacional da escola por meio de uma escolha parlamentar diretiva. Na fixação legal de metas vinculantes e de instruções nelas fundadas para a execução das aulas, a parcimônia é de bom alvitre. Fixações precisam sempre ser examinadas no sentido de se perscrutar se elas deixam um espaço suficiente para a liberdade pedagógica, se ao professor em aula ainda resta a margem de ação de que ele necessita para que possa corresponder à sua responsabilidade pedagógica. Particularidades dos métodos de ensino e aprendizado não podem, por isso, em princípio estar reservadas à regulamentação legal, principalmente porque na lei tais peculiaridades muito dificilmente serão normatizadas e a conformação das aulas tem que permanecer aberta a adaptações exigidas por situações concretas. (...).

IV.

(...)

§ 15.

Direitos Fundamentais escolares e liberdade de estabelecimento escolar privado

(Art. 7 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 7º (Escola)

(1) Todo o sistema escolar está sob a fiscalização do Estado.

(2) Os responsáveis pela educação têm o direito de decidir sobre a participação do filho na aula de religião.

(3) ¹A aula de religião é disciplina ordinária nas escolas públicas, à exceção das escolas não confessionais. ²Sem prejuízo do direito de fiscalização do Estado, a aula de religião será ministrada em consonância com os preceitos fundamentais das comunidades religiosas. ³Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar a aula de religião.

(4) ¹É garantido o direito de criação de escolas particulares. ²As escolas particulares, enquanto substitutas de escolas públicas, precisam de autorização do Estado, subordinando-se à legislação estadual. ³A autorização deverá ser concedida se as escolas privadas não forem, em face de seus objetivos de ensino e de suas instalações, assim como da formação científica de seus professores, inferiores às escolas públicas, e se não forem fomentadas prerrogativas dos alunos segundo a situação econômica dos pais. ⁴A autorização deverá ser denegada se não restar assegurada a posição jurídica e econômica dos membros do corpo docente.

(5) Uma escola particular do ensino primário somente deverá ser admitida se a administração escolar lhe reconhecer um interesse pedagógico especial ou se, a partir do requerimento dos pais responsáveis, houver de

ser erigida como escola comunitária, confessional ou ideológica, não existindo na localidade uma escola pública de ensino primário deste tipo.

(6) ...

60. BVERFG 52, 223

(SCHULGEBET)

Reclamação constitucional contra ato normativo (ato administrativo) / Reclamação constitucional contra decisão judicial

16/10/1979

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento conjunto de duas Reclamações Constitucionais que buscavam objetivos opostos: Enquanto a primeira (do processo 1 BvR 647/70) impugnava diretamente uma proibição perpetrada por autoridade administrativa na realização de uma prece [ecumênica] na escola pública não confessional (daí: **prece escolar** = *Schulgebet*), o reclamante do segundo processo (1 BvR 7/74) alega terem sido violados alguns de seus direitos fundamentais (sobretudo do Art. 4 I e 7 II GG) pelo fato contrário de uma prece ser realizada, sendo-lhe negada, pela última instância ordinária, a devida proteção jurídica.

O TCF recebeu ambas as Reclamações, julgando a primeira procedente e a segunda improcedente.

1. É deixado a critério dos Estados-membros, no exercício de seu poder de fiscalização sobre a escola garantido pelo Art. 7 I GG, permitir ou não, em escolas públicas não-confessionais, a realização de uma prece escolar voluntária e ecumênica fora da aula de religião.

2. A prece escolar será também em princípio não problemática do ponto de vista constitucional [também] quando um aluno ou seus pais se opuserem à sua realização. Seu direito fundamental à liberdade negativa de confissão religiosa [liberdade de “não” exercício da confissão religiosa] não será violado se eles puderem livremente e sem [quaisquer] constrangimentos decidir acerca de sua participação na prece.

3. A espontaneidade normalmente pressuposta para a observância do mandamento de tolerância não restará assegurada, excepcionalmente, se o aluno, em face das circunstâncias do caso particular, não puder, de modo dele exigível, deixar de participar [da realização da prece].

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de outubro de 1979
– 1BvR 647/70 e 7/74 –
(...)

RAZÕES

As Reclamações Constitucionais conexas referem-se à questão da admissibilidade de uma prece escolar nas escolas públicas de ensino fundamental, realizada fora da aula de religião, quando os pais de um aluno se opõem à realização da prece.

(...).

I. – II. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são recebidas.

I. – II. (...)

C.

(...)

I.

1. Parâmetros de exame para o julgamento das questões constitucionais suscitadas pela prece escolar são, em primeira linha, o Art. 6 II 1 GG (direito dos pais à educação dos filhos), o Art. 4 I 2 GG (liberdade de crença e direito ao livre exercício religioso), assim como Art. 7 I GG (responsabilidade do Estado pela educação e formação). O Art. 6 II 1 GG garante aos pais o direito e o dever de conformar livremente o cuidado e a educação de seus filhos segundo sua própria convicção, com – resguardado o Art. 7 GG – preponderância sobre os demais agentes de educação (cf. BVerfGE 24, 119 [138, 143 s.]; 47, 46 [69 s.]). Disso faz parte o direito à educação dos filhos no aspecto religioso e ideológico (BVerfGE 41, 29 [44]).

Também o Art. 4 I e o Art. 4 II GG incluem o direito dos pais de transmitir a seus filhos [somente] aquelas convicções religiosas ou ideológicas que eles considerem corretas (BVerfGE 41, 29 [47 s.]).

Por outro lado, o Art. 7 I GG atribui ao Estado uma responsabilidade [ou tarefa] educacional constitucional em face da educação escolar (BVerfGE 34, 165 [181 s.]). Ao âmbito de conformação regulamentar estatal, transmitida aos Estados-membros no caso do sistema escolar, pertence não apenas a estruturação organizacional da escola [tipos de cursos, divisão dos anos e disciplinas], mas também a definição do conteúdo dos cursos de formação e dos objetivos do ensino. O Estado pode, assim, perseguir seus próprios objetivos educacionais na escola, em princípio independentemente dos pais (BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 s.]). A missão geral do Estado de formação e educação das crianças não é subordinada, mas se encontra no mesmo patamar do direito de educar dos pais. De superioridade absoluta não goza nem o direito dos pais, nem a missão educacional do Estado (BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]).

2. O problema da prece escolar deve ser visto em termos mais amplos. Deve ser investigado se referências religiosas em escolas públicas comunitárias (de ensino obrigatório) são a priori permitidas ou se o Estado é obrigado a omitir qualquer referência religiosa ou ideológica – com exceção das aulas de religião expressamente garantidas no Art. 7 III GG – na conformação do ensino escolar naquelas escolas que não sejam escolas confessionais.

O Tribunal Constitucional Federal ocupou-se dessa questão nas decisões de 17 de dezembro de 1975 sobre a escola pública do tipo tradicional de Baden (BVerfGE 42, 29 [44 *et seq.*]) e sobre a escola pública bávara (BVerfGE 41, 65 [77 *et seq.*]). Aos fundamentos das referidas decisões faz-se [aqui] menção³⁰¹.

Segundo os aludidos fundamentos, a introdução de referências cristãs na organização [curricular] das escolas públicas não é de plano proibida, ainda que uma minoria dos titulares do direito de educar, que não podem evitar tais escolas para educação de seus filhos, não deseje uma educação religiosa. A escola não pode, porém,

³⁰¹ Passagem recorrente nas decisões do TCF. Significa que o que fora fixado nas citadas decisões é parte integrante da fundamentação da presente decisão e o texto que se segue (seus argumentos) devem ser lidos e entendidos em conjunto com os textos referidos das decisões passadas.

tornar-se uma escola missionária nem pretender vinculação a conteúdos religiosos cristãos. A escola deve ser aberta também a outros conteúdos e valores ideológicos e religiosos. O objetivo educacional de uma tal escola não pode – fora da aula de religião, a cuja frequência ninguém pode ser obrigado – ser fixado segundo os preceitos confessionais cristãos. A afirmação do cristianismo em disciplinas não religiosas baseia-se, em primeiro lugar, no reconhecimento do marcante fator cultural e educacional [que é o cristianismo], tal como ele foi constituído na história ocidental, [mas] não na verdade religiosa, sendo, por isso, legítima também em relação aos não-cristãos em face da reminiscência de fatos históricos. Faz parte deste fator também o pensamento da tolerância para com as pessoas que pensam de modo diferente.

(...).

3. Em não sendo proibidas as referências religiosas nas escolas públicas de ensino obrigatório, em observância aos princípios desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal, a realização de uma prece escolar não poderá ser em princípio impugnada constitucionalmente quando também sua realização se der no contexto da conformação escolar deixada a critério dos Estados-membros pelo Art. 7 I GG e se outros preceitos constitucionais, especialmente o direito fundamental dos envolvidos previsto no Art. 4 GG, não restarem violados (...).

a) A prece escolar, como objeto das presentes Reclamações Constitucionais, representa uma invocação a Deus – feita sobre a base da fé cristã – [mas] supra-confessional (ecumênica). (...).

(...).

A prece escolar, como ato confessional realizado fora da aula de religião, não é parte do ensino escolar geral que é transmitido em razão da tarefa do Estado relativa à educação e formação. Ela não é instrução, o que caracteriza uma aula como tal, nem transmissão de conhecimentos aos alunos, nem tampouco uma medida com o propósito de exercer influência educacional, partida da escola e professores sobre as crianças, mas, em regra, uma atividade religiosa praticada conjuntamente com o professor. Assim, a prece escolar também não representa uma transmissão de valores cristãos culturais e de formação, considerada permitida pelo Tribunal Constitucional Federal no contexto do ensino geral em escolas públicas cristãs (BVerfGE 41, 29 [52]). Da admissibilidade de tais escolas não se deriva, ainda, sem mais, a constitucionalidade da admissão da prece escolar.

b) Porque a prece escolar não representa uma parte do ensino, no sentido de uma instrução escolar, não pode também ser parte de um currículo obrigatório. Sua realização deve – o que é em linhas gerais pacífico em vista das regras contidas nos Art. 4 I e 4 II GG, bem como no Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV – basear-se no fundamento da mais completa voluntariedade. Isso não vale apenas para os alunos, como também para o professor de todas as turmas nas quais se faz uma prece escolar (cf. a esse respeito também: Art. 7 III 3 GG).

(...).

Mesmo se a prece escolar não for nem puder ser parte das atividades educacionais reguladas vinculantes, permanece ainda – e até mesmo em todas as formas mencionadas – um evento escolar da responsabilidade do Estado. Isso vale, em todo caso, quando a prece escolar ocorre dentro do horário de aula, por ensino dado pelo professor. (...).

c) Quando o Estado permite a prece escolar, no sentido supra descrito, fora da aula de religião, como exercício de religiosidade e como “evento escolar”, ele acaba por incentivar visão de mundo própria do cristianismo e, assim, um elemento religioso na escola, que excede as referências religiosas que surgem do reconhecimento do cristianismo, enquanto marcante fator cultural e de formação (BVerfGE 41, 29 [52]). A prece liga-se, também em sua forma ecumênica, a uma verdade religiosa, especificamente à crença de que Deus pode atender o pedido. Não obstante, também a admissão desse elemento religioso na escola pública (de ensino obrigatório) – em se garantindo a voluntariedade da participação – ainda permanece dentro dos limites da liberdade de conformação, a qual cabe aos Estados-membros enquanto titulares do poder disciplinar escolar por força do Art. 7 I GG, até mesmo quando o direito fundamental de pessoas que professam outra convicção for trazido à pauta, em respeito ao Art. 4 GG, para o alcance de uma concordância.

O Art. 4 GG garante não apenas a liberdade para crer, como também a liberdade externa de declarar a fé em público (BVerfGE 32, 98 [106], 41, 29 [29]). O Art. 4 I e o 4 II GG asseguram, nesse sentido, um espaço para a realização ativa da convicção religiosa. Quando o Estado admite a prece escolar nas escolas públicas, não faz com isso nada mais do que exercer o direito de conformar o sistema escolar a ele atribuído pelo Art. 7 I GG, de modo que os alunos que o desejarem possam professar sua crença religiosa – ainda que somente na forma restrita de uma invocação geral e supra confessional [ecumênica] de Deus. (...).

O Estado, porém, deve já *a priori* estabelecer o equilíbrio entre este espaço livre para o exercício da liberdade confessional positiva e a liberdade confessional negativa

dos outros pais e alunos que não querem a prece escolar. Tal equilíbrio foi aqui alcançado principalmente por meio da garantia da liberdade de escolha de participação dos alunos e professores. (...).

4. Se a admissão de uma prece escolar na forma apresentada é deixada a critério dos Estados-membros, competentes para a conformação do sistema escolar, estes não estão, pois, por outro lado, obrigados a sempre permitir a realização da prece escolar nas escolas públicas.

Do ponto de vista constitucional, os Estados-membros estão obrigados apenas a prever a aula de religião nas escolas confessionais como disciplina ordinária (Art. 7 III 1 GG). Os pais não têm um direito positivo de determinação relativo à introdução da prece escolar, assim como também não o têm em face da criação de escolas desta ou daquela orientação religiosa ou ideológica (...).

5. (...).

a) – b) (...)

II.

Mesmo que contra a prece escolar em princípio não haja uma objeção constitucional, poder-se-ia avaliar o caso de maneira diversa se, no caso concreto, um aluno ou seus pais se opusessem à realização da prece. (...).

1. De acordo com o Tribunal Estatal de *Hessen* (*Hessischer Staatsgerichtshof*), uma prece escolar, no caso de ser contestada por um aluno, deveria ser proibida, porque este não poderia ser colocado na situação de exteriorizar sua recusa da prece escolar motivada religiosa ou ideologicamente por meio [pelo fato] da não-participação. Uma tal expansão do direito ao silêncio, que então não seria violado só por ocasião do momento da coação à exteriorização daquilo que se pensa ou acredita, mas já [antes] no momento do tornar-se público o posicionamento positivo ou negativo sobre o comportamento de cunho confessional de outros, não é abrangida pelo direito fundamental à liberdade confessional negativa³⁰². (...).

(...).

³⁰² Liberdade para a não manifestação religiosa.

2. (...).

3. A oposição de um aluno que professe outra crença, ou de seus responsáveis, só poderia acarretar na inadmissibilidade da prece escolar se não fosse garantido o direito do aluno discordante de livremente e sem coação decidir sobre sua participação na prece escolar. Normalmente, o aluno pode, todavia, de modo dele exigível, esquivar-se da participação, de tal sorte que ele pode [sim] decidir com plena liberdade pela não participação na oração.

a) Como possibilidades de evasão, podem ser mencionadas: O aluno pode permanecer fora da sala de aula durante a realização da prece. Ele pode, por exemplo, entrar na sala de aula somente depois do fim da prece ou deixar a classe ao final da aula, antes do pronunciamento da prece de encerramento. O aluno ideologicamente dissidente pode também, com efeito, estar presente na sala de aula durante a prece, sem todavia pronunciar com os colegas o texto da oração; em tal momento ele pode permanecer sentado em seu lugar – ao contrário dos colegas que rezam.

b) Há de se admitir que cada uma dessas possibilidades de evasão sempre destacará o comportamento do aluno em questão, quando ocorre a prece escolar, dos demais alunos que proferirem a oração. Isso ocorre especialmente quando se tratar de apenas *um* aluno discordante: Ele se comporta de forma visivelmente diversa do conjunto dos seus colegas de classe. Esse destaque não poderia ser, então, infligido ao atingido, se o colocasse inevitavelmente no papel de marginal e o discriminasse em relação ao conjunto da classe. (...).

4. Não obstante, não se pode partir da tese de que a evasão da prece escolar constrange o aluno discordante, em regra ou também em um considerável número de casos, à apresentada posição marginal que não lhe pode ser infligida. A apreciação das condições gerais, sob as quais a prece deve acontecer, das tarefas que competem ao professor naquele contexto, e das relações fáticas na área escolar levam à conclusão de que, pelo menos em regra, não se teme a ocorrência de uma discriminação do aluno que não participe da oração.

a) – d) (...).

5. (...).

III.

(...)

1. – 2. (...).

IV.

(...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Katzenstein*,
Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

§ 16.

Liberdade de reunião (Art. 8 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 8º (Liberdade de reunião)

(1) Todos os alemães têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, sem anúncio prévio ou autorização.

(2) Tratando-se de reuniões ao ar livre, este direito pode ser limitado por lei ou com base em uma lei.

61. BVERFGE 69, 315

(BROKDORF)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

14/05/1985

MATÉRIA:

No início de 1981³⁰³, muitas organizações não-governamentais convocaram a população a protestar contra a construção da usina nuclear de *Brokdorf*. Antes mesmo do anúncio da manifestação, a secretaria estadual competente proibiu a realização da reunião por medida administrativa geral sobre um território de aproximadamente 210 quilômetros quadrados, ordenando a imediata execução da medida. A medida foi fundamentada a partir de reconhecimentos policiais, segundo os quais entre os esperados 50.000 manifestantes se encontraria um número considerável de pessoas dispostas a realizar atos de violência,

³⁰³ Cf., em relação a esse parágrafo, a síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Vol. 2, p. 195.

pois que queriam ocupar violentamente e danificar a construção, além de estarem predispostas a outras práticas violentas. Depois do aviso oficial dos organizadores, a secretaria estadual reiterou a medida proibitiva. Alguns dos organizadores impugnaram, na Justiça Administrativa, a medida administrativa geral, requerendo o efeito suspensivo da proibição. Esse pedido foi indeferido, finalmente, pelo Superior Tribunal Administrativo de *Lüneburg*. Como fundamento, o tribunal valeu-se da intempestividade do aviso prévio da reunião à autoridade competente e do prognóstico, segundo o qual atos de violência eram esperados. A necessária ponderação entre os interesses levaria, assim, o Superior Tribunal Administrativo ao indeferimento do pedido de medida cautelar do reclamante.

As Reclamações Constitucionais ajuizadas contra a imediata execução da medida administrativa geral e contra as decisões do Superior Tribunal Administrativo, que alegavam violação do Art. 8 I GG, foram julgadas parcialmente procedentes.

1. O direito do cidadão de participar ativamente do processo de formação da opinião e da vontade política pelo exercício da liberdade de reunião faz parte dos elementos funcionais indispensáveis de uma comunidade democrática. Esse significado básico do direito de liberdade deve ser observado pelo Legislador na criação de normas cerceadoras dos direitos fundamentais, bem como pela Administração e pelo Judiciário quando da interpretação e aplicação dessas normas.

2. As regras da lei de reunião (*Versammlungsgesetz*) sobre o dever de aviso prévio da reunião em locais abertos ao público e sobre as condições para sua dissolução ou proibição (§§ 14, 15) cumprem as exigências constitucionais, contanto que, quando da sua interpretação e aplicação, seja observado:

- a) que o dever de aviso prévio não interfira em demonstrações espontâneas e a infração a tal dever não autorize automaticamente a dissolução ou a proibição,
- b) que a dissolução e proibição possam ocorrer apenas com fim de proteção de bens jurídicos com o mesmo valor, sob a estrita observância do princípio da proporcionalidade e apenas no caso de uma ameaça imediata a tais

bens jurídicos, ameaça esta que possa ser deduzida de circunstâncias [imediatamente] reconhecíveis.

3. Os órgãos estatais devem agir, em face das reuniões sem hostilidade, segundo o modelo de grandes manifestações pacíficas, não retrocedendo nas suas experiências bem sucedidas sem motivo suficiente. Quanto mais os organizadores de uma reunião, de seu lado, estiverem predispostos à tomada de medidas unilaterais geradoras de confiança ou a uma cooperação relativa à manifestação, mais alta será a barreira para a intervenção da Administração pública por motivo de ameaça à segurança pública.

4. Em não se podendo recear que uma manifestação como um todo tome contornos não-pacíficos ou que seu organizador e seus auxiliares aspirem a esse estado de coisas, ou, ainda, que os aceitem, mantém-se para os participantes pacíficos a proteção da liberdade de reunião a todo cidadão garantida constitucionalmente, mesmo quando se espera ato de violência individual ou de uma minoria. Nesse caso, uma proibição preventiva de toda uma manifestação pressupõe o atendimento a estritas exigências sobre o prognóstico do perigo, bem como sobre o prévio esgotamento de qualquer meio utilizável que proporcione aos participantes pacíficos a realização do direito fundamental.

5. Já no julgamento do processo cautelar, os tribunais administrativos devem levar em consideração por meio de um exame mais cuidadoso que a imediata execução da proibição de manifestação leva, via de regra, ao impedimento definitivo da realização do direito fundamental.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 14 de maio de 1985

- 1 BvR 233, 341/81

(...)

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais relacionam-se à proibição das manifestações que foram planejadas contra a construção da estação nuclear de *Brockdorf*. Seu objeto essencial é a execução imediata de uma proibição geral das manifestações, a qual fora confirmada pelo Superior Tribunal Administrativo, proibição que fora a Assembléia Legislativa (*Landrat*) quem havia emitido preventivamente em forma de uma medida geral.

I.

1. Como base constitucional para a garantia da liberdade de manifestação, toma-se em consideração, ao lado da liberdade de expressão do pensamento, sobretudo o direito fundamental da liberdade de reunião:

“Art. 8

- (1) Todos os alemães têm o direito de reunir-se pacificamente e sem armas, sem a necessidade de anúncio prévio ou autorização.
- (2) Para as reuniões ao ar livre, esse direito pode ser limitado por lei [por lei em sentido formal] ou com base na lei [por lei em sentido material].”

A Lei de Reuniões e Passeatas, de 24 de julho de 1953, na nova redação de 15 de novembro de 1978 (BGBl. I, p. 1789), contém uma disciplina legal mais específica. No § 1, ela reforça o direito de todos, de organizar reuniões e passeatas, bem como de participar dessas reuniões. No seu Título III, ela contém as seguintes prescrições a respeito de “reuniões públicas ao ar livre e passeatas”:

“§ 14

- (1) Quem tiver a intenção de organizar uma reunião pública ao ar livre ou uma passeata, deve, no máximo com 48 horas de antecedência em relação a sua publicação, anunciá-lo à autoridade competente, sob a indicação do objeto da reunião ou da passeata.
- (2) No anúncio, deve ser indicada que pessoa é responsável pela reunião ou passeata.

§ 15

- (1) A autoridade competente pode proibir a reunião ou passeata ou fazer com que elas dependam de certas condições, se, conforme circunstâncias reconhecíveis ao tempo da edição da medida [administrativa], a segurança pública ou a ordem estiverem diretamente ameaçadas com a realização da reunião ou passeata.
- (2) Ela pode dissolver uma reunião ou passeata quando não tiverem sido anunciadas, quando elas se afastarem das indicações do anúncio ou contrariarem as condições impostas, ou quando estiverem presentes os pressupostos de uma proibição, conforme o parágrafo 1º.
- (3) *Deve-se dissolver uma reunião proibida.*
- (...)

2. (...).

II. – IV. (...)

B.

(...)

C.

(...).

I.

O parâmetro para o exame de constitucionalidade é o direito fundamental da liberdade de reunião (Art. 8 GG).

1. As medidas impugnadas no processo originário, bem como as prescrições legais que as fundamentaram, cercearam a liberdade do reclamante de realizar as manifestações planejadas. Essa liberdade de reuniões e passeatas – diferentemente de meras aglomerações ou entretenimentos públicos – é garantida no Art. 8 GG, como expressão de desenvolvimento social embasado na comunicação. Essa proteção não se limita às reuniões nas quais se argumenta e se discute; ao contrário, compreende variadas formas de comportamento coletivo, estendendo-se a formas de expressão não-verbal. De tal proteção fazem parte também reuniões com caráter de atos públicos, nos quais a liberdade de reunião é utilizada com o propósito de divulgar opinião de maneira sensacionalista e contundente. Uma vez que faltam no processo originário indícios de que a expressão de determinados conteúdos de opinião – por meio, por exemplo, de palavras de ordem, discursos, canções ou faixas – tivessem sido proibidas, não há necessidade de nenhum exame para se verificar de que maneira também o direito fundamental à liberdade de expressão pudesse ser utilizado como parâmetro de exame complementar ao Art. 8 GG.

2. O Art. 8 GG, como direito fundamental que beneficia também e principalmente minorias ideológicas, garante aos titulares do direito fundamental o direito de determinar autonomamente o lugar, o momento, a maneira e o conteúdo da reunião, bem como proíbe o poder coercitivo estatal de obrigar [tanto] à participação em uma reunião pública [quanto] à abstenção da mesma. Já nesse sentido, em um Estado livre, é devida uma especial primazia ao direito fundamental [em pauta]. O direito de reunir-se com os outros, ilimitadamente e sem necessidade de autorização, sempre valeu como sinal da liberdade, independência e maturidade do cidadão consciente. Ao mesmo tempo, no entanto, em sua aplicabilidade para reuniões políticas, a garantia

de liberdade incorpora uma decisão fundamental, que, em seu significado, supera a proteção contra a intervenção estatal no livre desenvolvimento da personalidade. No círculo jurídico anglo-americano, a liberdade de reunião enraizada no pensamento jus-naturalista foi desde cedo entendida como manifestação da soberania popular e, portanto, como um direito democrático do cidadão de participação ativa no processo político. (...).

(...).

a) Na jurisprudência de³⁰⁴ Tribunal Constitucional, que até agora ainda não se ocupou com a liberdade de reunião, a liberdade de expressão do pensamento é tida há muito como um dos elementos funcionais indispensáveis e basilares de uma coletividade democrática. Ela vale como manifestação imediata da personalidade humana e como um dos mais distintos direitos humanos, constituinte para uma ordem estatal democrática de liberdade, porquanto possibilita o constante debate intelectual e o conflito das opiniões como elemento vital dessa forma estatal (cf. BVerfGE 7; 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Se a liberdade de reunião é entendida como liberdade de anúncio coletivo de opinião, nada fundamentalmente diferente [do que vale para a liberdade de expressão do pensamento] pode valer para ela. Contra isso não se pode argumentar que, especialmente nas manifestações coletivas, o momento argumentativo que, via de regra, caracteriza o exercício da liberdade de expressão do pensamento, regrida ao segundo plano. À medida que o manifestante anuncia sua opinião por presença física, em total publicidade e sem qualquer intermediação dos meios de comunicação social [mídia], ele também desenvolve sua personalidade de forma imediata. Em sua formulação ideal típica, as manifestações coletivas representam o modo corporal e coletivo de tornar visíveis as convicções, de forma que os participantes vivenciem, de um lado, na comunhão com os outros uma certificação desta convicção. De outro lado, para que testemunhem para fora da manifestação – já por meio da mera presença, do modo da apresentação, do compartilhamento da experiência recíproca ou da escolha do local – no sentido literal da expressão, uma tomada de posição e o seu ponto de vista. O risco de tais anúncios de opinião poderem ser manipulados de forma demagógica e serem “emocionalizados” de uma maneira questionável é tão pouco decisivo para a avaliação

³⁰⁴ “de” porque a expressão “*verfassungsgerichtliche Rechtsprechung*” do original “pode” incluir também a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais estaduais.

fundamental no âmbito da liberdade de reunião quanto o é no âmbito da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão do pensamento.

b) O significado fundamental da liberdade de reunião pode ser especialmente reconhecido quando se atenta para a peculiaridade do processo de formação da vontade na coletividade democrática. A ordem democrática de liberdade, conforme desenvolvido na decisão KPD (*KPD-Urteil*), parte do pressuposto de que as historicamente desenvolvidas e ora existentes relações estatais e sociais seriam passíveis e carentes de melhoria. Destarte, determinar-se-ia uma missão infinita, a qual deveria ser constantemente resolvida por uma sempre renovada decisão política (BVerfGE 5, 85 [197]). O caminho para a formação dessas decisões políticas é descrito como um processo de tentativa e erro [*“trial and error”*], que, por meio de constantes disputas intelectuais, do controle recíproco e da crítica, conferiria a melhor defesa de uma linha política (relativamente) correta, como resultante e compensação entre as forças políticas atuantes no Estado (*op. cit.* [135]; cf. também BVerfGE 12, 113 [125]). A decisão posterior sobre o financiamento dos partidos (*Urteil zur Parteienfinanzierung*) conecta-se a tais ponderações e salienta que a formação da vontade pública deveria partir do povo para os órgãos estatais, e não o contrário. O direito do cidadão de participação na formação política da vontade pública exterioriza-se não só pelo voto, quando da eleição, mas também na tomada de influência no processo permanente da formação política da opinião pública, a qual se deveria realizar, em um Estado democrático, de maneira aberta, livre, desregulamentada e, em princípio, “livre do Estado” (BVerfGE 20, 56 [98f]).

Os cidadãos estão envolvidos nesse processo em diferentes medidas. Grandes associações, financiadores poderosos ou meios de comunicação em massa podem exercer influência considerável, enquanto o cidadão vivencia isso mais como um impotente. Em uma sociedade em que o acesso direto aos meios de comunicação em massa [mídia] e a chance de se expressar por meio deles são limitados a poucos, resta ao indivíduo, em geral, ao lado de sua cooperação organizada em partidos e associações, apenas uma influência coletiva mediante a utilização da liberdade de reunião para manifestações coletivas. O exercício ostensivo do direito de liberdade não é só eficaz contra o pensamento da impotência política e as tendências perigosas do esgotamento do Estado. Ele se dá também no bem entendido interesse coletivo, porque uma resultante relativamente correta somente pode ser criada no paralelogramo de forças da formação política da vontade pública se todos os vetores forem desenvolvidos com certa intensidade.

Outrossim, as reuniões são corretamente caracterizadas na literatura jurídica especializada [doutrina] como elemento essencial da abertura democrática: “Elas oferecem ... a possibilidade da tomada de influência pública no processo político, de desenvolvimento de iniciativas pluralísticas e de alternativas, ou também de crítica e protesto ...; elas contêm um quinhão de democracia direta, originalmente indomável, que serve para proteger a operação política contra a estagnação da rotina” (*Hesse, op. cit.*, p. 157; neste mesmo sentido: *Blumenwitz, op. cit.* [132 s.]). Especialmente em democracias com sistema representativo parlamentar e com poucos direitos plebiscitários de participação, a liberdade de reunião tem o significado de um elemento funcional fundamental e indispensável. Aqui vale fundamentalmente o princípio da maioria – mesmo no caso de decisões com sérias conseqüências para todos e não facilmente reversíveis, após uma alteração do poder. De outro lado, mesmo a influência da maioria do eleitorado entre as eleições é muito limitada; o poder estatal é exercido por meio de órgãos especiais e é administrado através de um aparato burocrático preponderante. Geralmente as decisões encontradas por tais órgãos com base no princípio da maioria ganham em legitimação quanto mais efetivamente for garantida a proteção da minoria; a aceitação dessas decisões vai depender do fato de se saber se a minoria pôde antes ter influência suficiente na formação da opinião e da vontade política (cf. BVerfGE 5, 85 [198 s.]. Um protesto em manifestação pública pode tornar-se especialmente necessário quando os órgãos representativos não reconhecem, não reconhecem corretamente, ou ainda, por consideração a outros interesses, aceitam os possíveis males e desenvolvimentos indesejáveis (cf. também BVerfGE 28, 191 [202]). A literatura jurídica [doutrina] descreve corretamente a função estabilizante da liberdade de reunião para o sistema representativo, pois ela permitiria que o descontentamento, o aborrecimento e a crítica fossem levantados e trabalhados publicamente, e funcionaria como condição necessária de um sistema político de alerta preventivo, que anunciaria o potencial de perturbação, tornaria visível o déficit de integração e, assim, tornaria possível a correção de curso da política oficial (*Blanke/Sterzel, op. cit.* [69]).

II.

As prescrições da lei de reunião, significativas para o processo originário [de conhecimento], satisfazem as exigências constitucionais se elas forem interpretadas e aplicadas sob observância do significado fundamental da liberdade de reunião.

1. Apesar de sua alta dignidade, a liberdade de reunião não é garantida sem reservas. O Art. 8 GG garante apenas o direito de “reunir-se pacificamente e sem armas” (cf. sobre isso item III. 3. a) abaixo) e, além disso, coloca esse direito para participantes de reunião a céu aberto sob reserva legal. Com isso, a Constituição atenta para a circunstância de que, em virtude do contato com o mundo exterior, para o exercício da liberdade de reunião sob céu aberto há uma especial necessidade de regulamentação, principalmente de direito de organização e processual, a fim de, de um lado, serem criadas as reais condições para o exercício e, de outro, serem protegidos suficientemente os interesses colidentes de terceiros.

Enquanto a Constituição de *Weimar* determinou, de maneira expressa, no Art. 123, que as reuniões a céu aberto podiam ser “por lei do Reich submetidas à obrigação de anúncio prévio e, em caso de ameaça imediata à segurança pública, proibidas”, a *Grundgesetz* limita-se com uma reserva simples de lei, aparentemente ilimitada materialmente. Isso não significa, contudo, que a força de validade da garantia desse direito fundamental reste limitado à área que o legislador a ela deixar, em respeito [samente] ao seu conteúdo essencial. Como também o Ministro do Interior corretamente argumentou, vale, pelo contrário, o mesmo que para a liberdade de expressão do pensamento, que, segundo o teor da Constituição, até encontra suas limitações nos limites das leis gerais, mas cujo alcance não pode ser relativizado arbitrariamente por leis materiais comuns (sobre isso fundamentalmente: BVerfGE 7, 198 [207 s.]; cf. também BVerfGE 7, 377 [404]).

Junto de quaisquer regulamentações limitadoras, o legislador deve respeitar as decisões fundamentais constitucionais firmadas no Art. 8 GG; ele pode limitar o exercício da liberdade de reunião somente para a proteção de outros bens jurídicos de mesma importância, sob estrita proteção do princípio da proporcionalidade.

Quando a Administração Pública e o Judiciário interpretam e aplicam as leis restritivas do direito fundamental em pauta promulgadas pelo legislador, vale, igualmente, o mesmo que para a interpretação das prescrições sobre a limitação da liberdade de expressão do pensamento (cf. sobre isso BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240]; sobre direito de reunião: BVerwGE 26, 135 [137]). A necessidade de intervenções limitadoras da liberdade no âmbito da liberdade de reunião pode resultar do fato de o manifestante, por meio do exercício de tal liberdade, afetar as posições jurídicas de terceiros. Também no caso dessas intervenções, os órgãos estatais devem interpretar as leis limitadoras dos direitos fundamentais sempre à luz do significado

basilar desse direito fundamental no Estado democrático de liberdade e limitar-se, em suas medidas, ao que é necessário para a proteção de bens jurídicos de igual valor. Seriam, então, incompatíveis com tais exigências as medidas da Administração pública que fossem além da aplicação das leis limitadoras de direitos fundamentais e, de alguma forma, dificultassem, de maneira não-razoável, o acesso a uma manifestação coletiva mediante uma dificultação da chegada de carros e por controles preventivos morosos, ou modificassem o seu caráter não-regulamentado e livre do Estado mediante excessivas observações e registros (cf. ainda: BVerfGE 65, 1 [43]).

2. Das prescrições da lei de reunião, que o legislador promulgou por força da reserva legal no Art. 8 II GG, são relevantes, para os processos originários [de conhecimento], apenas o dever de anúncio regulado no § 14 I e os tipos legais da dissolução e proibição contidos no § 15. As prescrições relativas ao direito de reunião sobre o prazo do anúncio e sobre a indicação de um organizador responsável não necessitam de nenhum reexame: Nem a Administração pública, nem o Judiciário fundamentaram suas decisões nessas prescrições.

a) Sob a égide da Constituição de *Weimar*, o dever de anúncio prévio regulado no § 14 da lei de reunião era manifestamente considerado como uma limitação permitida da liberdade de reunião. Segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, tal dever limita o direito fundamental, via de regra, só de maneira insignificante (BVerwGE 26, 135 [137 s.]). O Tribunal Federal (cf. BGHSt 23, 46 [58 s.]) e também toda a tese dominante na literatura jurídica, consideram o regulamentação como constitucional. Deve-se concordar com isso, se se observar que o dever de anúncio prévio não intervém sem exceção e que sua infração não autoriza automaticamente a proibição ou dissolução de uma manifestação coletiva.

O dever de anúncio prévio vale apenas para as reuniões a céu aberto, porque elas, em virtude de seus efeitos externos, freqüentemente exigem precauções especiais. As declarações relacionadas com o anúncio prévio devem fornecer as informações necessárias às repartições públicas, a fim de que elas possam ter uma idéia do que, de um lado, deve ser feito para que a realização da reunião transcorra de maneira a menos perturbar as regras de trânsito, e o que é necessário fazer, de outro lado, no interesse de terceiros, bem como no interesse da coletividade, e como esses interesses podem harmonizar-se uns com os outros (cf. BT Drucks. 8/1845, p. 10). Segundo uma visão bastante predominante, o dever de anunciar a manifestação dentro do prazo

legal desaparece nas manifestações espontâneas, que se formam instantaneamente a partir de ensejo atual (cf. BVerwGE 26, 135 [138]; BayObLG, NJW 1970, p. 479; *Dietell Gintzel, op. cit.*, nota 23 do § 1 e nota 18 *et seq.* do § 14 VersG; *Herzog, op. cit.*, Nota 48, 82 e 95 sobre Art. 8 GG; *v. Münch, op. cit.*, nota sobre Art. 8 GG; *Hoffmann-Riem, op. cit.*, nota 47 sobre o Art. 8 GG; *Frowein, op. cit.* [1085 s.]; *Ossenbühl, op. cit.*, [65 *et seq.*]; *P. Schneider, op. cit.*, [264 s.]). As manifestações espontâneas gozam da garantia do Art. 8 GG; as prescrições sobre o direito de reunião não são aplicáveis a elas, contanto que o fim perseguido com o evento espontâneo não possa ser atingido com o cumprimento dessas prescrições. Apesar da não-observância de tais prescrições, o reconhecimento dessas manifestações espontâneas pode ser fundamentado no fato de que: (i)³⁰⁵ o Art. 8 GG, em seu parágrafo primeiro, garante fundamentalmente a liberdade de reunir-se sem anúncio prévio ou autorização; (ii) consoante o parágrafo segundo, para as reuniões a céu aberto, essa liberdade é, em verdade, restringível com fundamento legal; (iii) contudo, tais limitações não podem tornar totalmente ineficaz a garantia do parágrafo primeiro para determinados tipos de eventos; (iv) pelo contrário, essa garantia, sob as condições mencionadas, isenta do dever de anúncio prévio.

Essa avaliação das manifestações espontâneas embasa-se no fato de as prescrições regulamentadoras do direito de reunião precisarem ser aplicadas à luz do direito fundamental da liberdade de reunião e, se for o caso, deixarem de ser aplicadas em face dele. O direito fundamental, e não a lei de reunião, garante a permissibilidade de reuniões e passeatas; a lei de reunião prevê apenas limitações, desde que as mesmas sejam necessárias. Neste sentido, deduz-se que uma infração ao dever de anúncio prévio não leva automaticamente à proibição ou dissolução de um evento. De fato, comete um ilícito penal quem realiza uma reunião não anunciada como organizador ou diretor (§ 26 VersG). Mas de resto, a lei de reunião, no § 15 II, determina tão somente que a repartição pública competente “pode” dissolver reuniões a céu aberto e passeatas quando elas não forem anunciadas previamente. O Ministro do Interior considera ainda como sanção possível uma proibição preventiva, quando e contanto que tal proibição represente um meio mais ameno [de menor intensidade] do que a dissolução expressamente prevista na lei. No entanto, dissolução e proibição não são, de nenhuma maneira, dever jurídico da repartição pública competente, mas, pelo

³⁰⁵ Cifras i, ii, iii, iv não se encontram no original. Elas buscam facilitar a compreensão deste período (no original ele tem, assim como muitos outros, nada menos do que 10 linhas), que elenca os fundamentos da exclusão de manifestações espontâneas da obrigação de anúncio prévio.

contrário, uma autorização da qual a autoridade pública somente pode fazer uso, em virtude do grande significado da liberdade de reunião em geral, quando estiverem presentes outros pressupostos para uma intervenção; a ausência do anúncio prévio e o atraso de informações relacionado a ele apenas facilitam essa intervenção.

Se o dever de anúncio prévio vale, mas não sem exceção, e se seu descumprimento não leva automaticamente à dissolução ou à proibição, então não se pode reconhecer que este dever, que tem fulcro em interesses coletivos relevantes, possa ser, via de regra, desproporcional.

Em outro contexto, deve-se discutir se e em que medida para as grandes manifestações existem peculiaridades, as quais, semelhantemente às manifestações espontâneas, poderiam justificar uma avaliação diferenciada (vide abaixo III.2.)

b) Pelo crivo do controle pelo Tribunal Constitucional passa, por interpretação conforme a Constituição, também a prescrição do § 15 da lei de reunião, segundo a qual a autoridade competente pode fazer a reunião depender do cumprimento de determinadas obrigações ou [mesmo] proibi-la ou dissolvê-la, “se, segundo as circunstâncias perceptíveis quando da edição da medida administrativa, a segurança ou ordem pública restarem imediatamente ameaçadas pela realização da reunião ou passeata”.

O reclamante e a União Federal de Iniciativas de Cidadãos pela Proteção Ambiental (*Bundesverband Bürgerinitiativen Umweltschutz*) levantam dúvidas quanto a indeterminação dos pressupostos da intervenção “ameaça da segurança ou da ordem pública”, a qual seria tão mais problemática quanto mais a decisão sobre a intervenção for confiada à discricionariedade das repartições públicas inferiores e da polícia. Ao invés disso, os conceitos mencionados atingiram – como o Ministro do Interior corretamente sustentou –, um conteúdo suficientemente claro (cf. *Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr*, 8ª. ed, 1977, Tomo 2, p. 117 s. e 130 s.). Segundo eles, o conceito de “segurança pública” compreende a proteção de bens jurídicos centrais, como vida, saúde, liberdade, honra, propriedade e patrimônio do indivíduo, bem como a integridade da ordem jurídica e das instituições estatais. Uma ameaça da segurança pública será considerada presente sempre quando houver uma ameaça de lesão punível criminalmente a esses bens tutelados. Por “ordem pública” entende-se a totalidade das regras não escritas, cujo cumprimento é visto, segundo as respectivas concepções sociais e éticas dominantes, como pré-requisito indispensável de um ordenado viver em coletividade de seres humanos dentro de um determinado local.

Somente esses esclarecimentos conceituais, contudo, ainda não garantem a aplicação da lei em conformidade com a Constituição. Para a avaliação constitucional são significativas duas limitações, que estão determinadas na própria lei e que têm como consequência que as proibições e dissoluções em suma somente podem ser utilizadas para a proteção de bens jurídicos elementares, enquanto que um simples perigo para a ordem pública não será suficiente.

A proibição e a dissolução pressupõem, de um lado, como *ultima ratio*, que o meio mais ameno do estabelecimento de obrigações *ad hoc* [a serem cumpridas pelos organizadores ou pelos próprios manifestantes] esteja esgotado³⁰⁶ (nesse sentido cf. também: BVerwGE 64, 55). Isso se fundamenta no princípio da proporcionalidade. Este não limita apenas a discricionariedade na escolha do meio, mas também a discricionariedade da decisão das autoridades públicas competentes. A liberdade de reunião protegida como direito fundamental somente deve ser preterida quando, a partir de um sopesamento de bens jurídicos e sob [estrita] observância do significado do direito de liberdade, se chegar à conclusão de sua necessidade para a proteção de outros bens jurídicos de igual dignidade. De nenhuma maneira, portanto, qualquer interesse aleatório justifica uma limitação desse direito de liberdade. Inconvenientes que ocorrerem inevitavelmente a partir das multidões que o exercício desse direito fundamental implica, e que não puderem ser evitados sem que haja prejuízo para o fim da reunião, precisam ser, em geral, tolerados por terceiros. Em virtude de meros motivos de técnica de tráfego, tanto menos se poderá proibir uma reunião, quanto mais se se puder atingir, por meio do estabelecimento de obrigações *ad hoc*, uma justaposição do uso da via pública pelos participantes da reunião e pelo tráfego fluente.

De outro lado, a competência de intervenção pela autoridade pública é limitada, de tal sorte que as proibições e dissoluções só serão admissíveis no caso de ameaça imediata à segurança ou à ordem pública. Por meio da exigência de imediatidade, os pressupostos da intervenção aqui são mais específicos do que no direito [administrativo] de polícia em geral. Um prognóstico do perigo é sempre necessário no caso concreto. Em verdade, ele contém freqüentemente um juízo de probabilidade, cujos fundamentos podem e devem ser demonstrados. Destarte, a lei determina que ele deve basear-se nas “circunstâncias

³⁰⁶ Ou seja, que esse meio não atenda mais o propósito perseguido pelo Estado (não seja mais adequado em relação ao propósito, não seja mais eficaz). Cf., a respeito do critério da adequação no exame da proporcionalidade da intervenção, MARTINS (2003: 33 *et seq.*).

reconhecíveis”, também em fatos, casos e outros pormenores; meras suspeitas ou suposições não são suficientes. Atentando-se ao significado fundamental da liberdade de reunião, a autoridade pública não pode, especialmente no caso da edição de uma proibição preventiva, satisfazer-se com poucas exigências no que tange à qualidade do prognóstico do risco, sobretudo porque resta ainda a ela, no caso de avaliação errônea, a possibilidade de uma dissolução posterior da reunião. Aliás, aquelas exigências de qualidade que em cada caso devam ser feitas a este prognóstico, devem ser estabelecidas primeiramente pelos tribunais competentes (cf. de um lado *Dietel/Gintzel, op. cit.*, nota 12 sobre o § 15 da lei de reunião com referência a BVerwGE 45, 51 [61]; de outro lado, *Ott, op. cit.*, nota 5 sobre o § 15 da lei de reunião e *Werbke, NJW 1970*, p. 1 [2]; neste mesmo sentido: *OVG Bremen, DÖV 1972*, p. 101 [102]; *OVG Saarlouis, DÖV 1973*, p. 863 [864] e também o relatório da comissão jurídica sobre a reforma da lei de 1978, BT Drucks., 8/1845, p. 11). Tais exigências, uma vez desprendidas das circunstâncias concretas, dificilmente podem ser consideradas prescritas constitucionalmente, mas irão depender da avaliação concreta, por exemplo, de em que medida, no caso de grandes manifestações, há uma disposição dos organizadores para tomada de medidas cooperativas de preparação da manifestação e se as perturbações da ordem temidas são provenientes de terceiros ou de uma pequena minoria (cf. também abaixo: III.1. e 3.). Em síntese, o § 15 da lei de reunião é em todo caso compatível com o Art. 8 GG se de sua interpretação e aplicação restar seguro que as proibições e dissoluções ocorrem somente para a proteção de bens importantes da coletividade, sem prejuízo do princípio da proporcionalidade e apenas no caso de risco imediato a esses bens jurídicos, o qual pode ser inferido de circunstâncias reconhecíveis.

III.

Não se pode contestar constitucionalmente que as prescrições relativas ao direito de reunião anteriormente mencionadas também valham para as grandes manifestações. No entanto, na sua aplicação devem ser utilizadas as experiências que já foram reunidas e provadas no intento de possibilitar a realização pacífica também de tais [grandes] manifestações.

1. Consoante os relatórios empíricos recolhidos no processo originário [de conhecimento] e segundo a conclusão das negociações de *Stuttgart* (cf. acima A.1.2.), mais circunstâncias podem contribuir para a realização pacífica de manifestações do

tipo da de *Gorleben-Trecks* de 1979, da manifestação pela paz de *Bonn* de 1981 ou da corrente humana do sul alemão de 1983. Ao lado do esclarecimento a tempo da situação jurídica, vem ao caso o fato de que não se realizem provocações e estímulos à agressão dos dois lados, que os organizadores instem os participantes a um comportamento pacífico e que promovam o isolamento de participantes violentos, de tal forma que o poder estatal – nesse caso sob a formação de espaços livre da polícia – se contenha prudentemente, evitando reações excessivas, que especialmente se estabeleça um contato [entre autoridades policiais e organizadores] no qual ambos os lados se conheçam, troquem informações e, possivelmente, firmem uma cooperação de confiança que facilite também o domínio de situações de conflito não previstas.

Não se precisa perscrutar se uma obrigação de consideração destas experiências seria dedutível já a partir do dever de tutela estatal (*Schutzpflicht*), o qual se origina para as autoridades públicas, segundo a opinião do sindicato da polícia, da decisão constitucional fundamental do Art. 8 GG, assim como ocorre, de maneira semelhante, com outras garantias de direitos fundamentais prevalecentes e que têm por objetivo possibilitar a realização de reuniões e passeatas, bem como proteger o exercício do direito fundamental contra perturbações e agressões de terceiros. De qualquer forma, a jurisprudência do Tribunal Constitucional mais atual deve ser trazida à pauta. Segundo esta, os direitos fundamentais influenciam não apenas a conformação do direito material, mas determinam também, ao mesmo tempo, os critérios para a configuração organizacional e processual que torna efetiva a proteção do direito fundamental, bem como para uma aplicação das existentes prescrições processuais que seja compatível com direitos fundamentais. (cf. as indicações de BVerfGE 53, 30 [65 s. e 72 s.]; na seqüência também: BVerfGE 56, 216 [236] e 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]). Não há dúvida de que essa jurisprudência também se aplica à liberdade de reunião, principalmente porque esse direito fundamental tem também um conteúdo essencialmente de direito processual e de direito organizacional; como direito de liberdade, ele não contém nenhuma afirmação sobre a conformação de conteúdo das reuniões e passeatas, deixando-a à livre autonomia [responsabilidade] do organizador, contentando-se com requisitos organizacionais para a realização. A exigência endereçada às autoridades públicas de procederem magnanimamente em face das reuniões, segundo o modelo de grandes manifestações que transcorreram pacificamente, e de não ficarem aquém de experiências comprovadas sem motivo suficiente, corresponde à busca pela efetivação processual dos direitos de liberdade. Uma obrigação de levar

não só em consideração essas experiências, mas também de as provar efetivamente, pode ser outrossim justificada constitucionalmente, porque este é o meio mais ameno, quando comparado a intervenções na forma de proibições e dissoluções. Desse modo, quanto mais conseqüentes forem as autoridades públicas na busca pela realização pacífica de grandes manifestações, tanto mais facilmente, após o fracasso de seus esforços, as proibições e dissoluções posteriores passarão no crivo de um exame judicial administrativo.

Já em face das repartições públicas, as supra apresentadas exigências de direito processual não podem ser de tal sorte expandidas a ponto de modificarem fundamentalmente o caráter da tarefa policial preventiva ou, por exemplo, de impossibilitarem a aplicação de ações estratégicas mais flexíveis. Da mesma forma, em face dos organizadores e participantes de grandes manifestações, não pode ser estabelecida nenhuma exigência que enfraqueça o caráter das manifestações como contribuição, em princípio livre do Estado e não-regulamentada, para a formação da opinião e da vontade política, assim como também a autonomia do organizador a respeito do tipo e conteúdo da manifestação. Isso não ocorre se for exigido dos organizadores e participantes apenas que deixem de comportar-se de maneira não-pacífica e que minimizem o comprometimento de interesses de terceiros. Um tal dever já decorre imediatamente da garantia dos direitos fundamentais e de sua harmonização com os direitos fundamentais dos outros. Incumbências de direito processual mais amplas poderiam ser possivelmente justificadas com o lastro na comunidade do exercício do direito fundamental e com a co-responsabilidade do causador em face dos efeitos externos [eventualmente danosos para bens coletivos] das grandes manifestações. Ao legislador deve, ao nível do direito infraconstitucional, ser confiado o delineamento de tais incumbências no contexto e nos limites da reserva legal, tendo em vista uma avaliação das experiências mencionadas. Também sem uma especificação do legislador, é de bom alvitre que organizadores e participantes levem em consideração espontaneamente as recomendações dedutíveis das experiências comprovadas para as grandes manifestações. A praxe administrativa e a jurisprudência devem, em todo caso constitucionalmente falando, favorecer uma correspondente prontificação: Quanto mais os organizadores, quando do anúncio prévio de uma grande manifestação, estiverem predispostos à tomada de medidas de sua parte que demonstrem confiança, ou mesmo a uma cooperação favorável à [o transcorrer pacífico da] manifestação, mais alto será o limite para as intervenções das autoridades públicas em virtude de risco à segurança e à ordem públicas.

2. Ao contrário da opinião da União Federal de Iniciativas de Cidadãos pela Proteção Ambiental (*Bundesverband Bürgerinitiativen Umweltschutz*), não é constitucionalmente obrigatório, semelhantemente ao que ocorre com as demonstrações espontâneas, se excetuarem as grandes manifestações do dever de anúncio prévio do § 14 da lei de reunião.

De fato é correto afirmar que a lei de reunião do ano de 1953 se oriente [seja inspirada] pelas reuniões tradicionais, rigidamente organizadas e conduzidas (cf. tb. Relatório estenográfico sobre a 83^a. Sessão da Câmara Federal Alemã – *Deutscher Bundestag* – de 12 de setembro de 1950, p. 3123 *et seq.*) De outra feita, há alguns anos começa a desenvolver-se uma mudança, não só na responsabilização, como também na condução das manifestações. Um grande número de grupos isolados e de iniciativas, sem específica coesão organizatória e com objetivos parcialmente diferentes, engajam-se a partir de um ensejo comum – principalmente por temas provenientes das áreas da proteção do meio-ambiente e da manutenção da paz – iniciando, discutindo e organizando em conjunto eventos de manifestação. Uma vez que todos os participantes têm em princípio os mesmos direitos na sua preparação e realização, aquilo que foi originalmente imaginado pelo organizador e condutor, que não revelava problema, não se adequa mais tão perfeitamente à realidade [do transcorrer da manifestação]. De resto, pode-se dizer que a disposição do particular de figurar como organizador ou condutor também se reduziu em virtude de ter sido imprevisível, pelo menos por um certo tempo, o risco de ser responsabilizado criminal e civilmente, dada a falta de claras prescrições e de uma jurisprudência esperável.

Enquanto isso, é tarefa em primeira linha do legislador extrair conseqüências de tais modificações e de aprimorar as regras da lei de reunião. Se isso não ocorrer, não se pode excluir que o disciplinamento legal do direito de reunião deva ser julgado lacunoso e que a proteção do Art. 8 GG ultrapasse aquelas reuniões para as quais o legislador do ano de 1953 estabeleceu um disciplinamento. As modificações indicadas, contudo, não conduzem, do ponto de vista constitucional, a uma queda obrigatória do dever de anúncio prévio das grandes manifestações, mas somente a uma mudança na função do anúncio prévio:

Por meio da publicidade e da discussão pública que costumam preceder uma manifestação realizada por diversos grupos, a autoridade pública competente já é informada em termos gerais sobre o momento e o local, bem como sobre as particularidades de concepção [da manifestação]. Também no caso de tais grandes manifestações, o anúncio

prévio já faria sentido, porque o estabelecimento de obrigações *ad hoc*, que também junto a grandes manifestações deve ser prioritariamente levado em consideração, pressupõe destinatários. Além disso, a tomada do contato ligada ao anúncio prévio possibilita, além do conhecimento recíproco, um diálogo e uma cooperação, aos quais a autoridade, devido aos motivos mencionados, deve estar preparada. Este diálogo e cooperação são recomendáveis também para os responsáveis pela manifestação em seu próprio interesse. Assim, já com antecedência, tornam-se claros os interesses colidentes, as eventuais situações de conflito e os ônus [e necessárias tolerâncias] (*Belastbarkeiten*) recíprocos. No mais, aumenta a segurança de prognóstico e o limiar de reação das autoridades públicas competentes. A cuidadosa preparação de uma grande manifestação pelos organizadores e forças policiais, assim com uma correspondente cooperação reduzem, ao mesmo tempo, o risco de que a manifestação transcorra de maneira não pacífica. Nessa situação, deve e pode subsistir a validade fundamental do dever de anúncio prévio. Devido à complexidade da organização dos responsáveis nas grandes manifestações, uma interpretação conforme a Constituição do § 14 c.c. § 15 II da lei de reunião parece, no entanto, indicada, naqueles casos nos quais alguns grupos ou pessoas não se vêem capazes de proceder a um anúncio prévio ou uma liderança total. No exame de eventuais sanções por causa da ausência do anúncio prévio não se pode deixar de considerar [dados como] um mandato com limitação de poderes e uma limitada disposição existente de mostrar-se capaz ao diálogo e de tomar a responsabilidade para si. A ausência de uma pessoa que faça o anúncio prévio, responsável pela manifestação, tem como consequência apenas que o limite para a intervenção da autoridade competente pode cair no caso de perturbações – assim como ocorre nas demonstrações espontâneas. Pressuposto disso é que a autoridade, de sua parte, tudo tenha feito para, no cumprimento de suas obrigações procedimentais – p. ex. mediante a realização de um convite para a cooperação honesta –, possibilitar a realização de uma manifestação concebida pacificamente.

3. Principalmente no caso de grandes manifestações, mais freqüentemente se formula a questão, que fora também relevante no processo originário [de conhecimento], se e sob quais condições as desordens de um indivíduo ou de uma minoria justificam, consoante o § 15 VersG, uma proibição da manifestação ou sua dissolução por causa de risco imediato que correm a segurança e ordem públicas.

a) A Constituição garante apenas o direito de “reunir-se pacificamente e sem armas”. Com a exigência de que seja pacífica a reunião, que já fora prevista na

Constituição da Igreja de Paulo (*Paulskirchen-Verfassung*)³⁰⁷ e também na Constituição de Weimar, esclarece-se algo que já decorre da natureza jurídica da liberdade de reunião, na medida em que ela é entendida como meio para a discussão intelectual e para a tomada de influência na formação da vontade política (cf. também BGH, NJW 1972, p. 1571 [1573]). O caso do processo originário, no qual se chegou a atos de violência, não oferece nenhum ensejo à efetivação de uma precisa limitação entre desvios aceitáveis e comportamentos não pacíficos. Um manifestante comporta-se em todo caso de maneira não pacífica quando ele pratica atos de violência contra pessoas ou coisas. Uma ordem jurídica, que, após a superação do direito medieval do “olho por olho” (*Faustrecht*), monopolizou no Estado o exercício da violência, também justamente no interesse de minorias mais fracas, deve estritamente insistir na contenção de tais atos de violência. Isso é uma pré-condição da garantia da liberdade de reunião como meio para a participação ativa no processo político e para uma democracia de liberdade – como a experiência com as batalhas de rua durante a República de Weimar demonstrou – também irrenunciável, porquanto a defesa contra atos de violência desencadeia medidas limitadoras da liberdade. Deve-se esperar dos manifestantes tão mais um comportamento pacífico, na medida em que eles, destarte, só têm a ganhar; ao passo que, no caso de confrontações violentas, terão sempre que prestar contas ao poder estatal, sucumbindo ao mesmo tempo os fins por eles perseguidos.

b) A ordem de uma proibição de reunião não levanta constitucionalmente nenhum problema especial também no caso de grandes manifestações, quando do prognóstico se depreende, com grande probabilidade, que o organizador e seus seguidores têm a intenção de praticar ações violentas ou, ao menos, que aprovam esse comportamento por terceiros. Uma manifestação de tal tipo, não-pacífica, não é abrangida pela garantia do Art. 8 GG de forma alguma; sua dissolução e sua proibição não podem, por isso, violar esse direito fundamental. Semelhantemente clara aparenta a situação jurídica, quando o organizador e seus seguidores, de modo contrário, se comportam pacificamente e perturbações partem somente de indivíduos estranhos à manifestação (manifestações contrárias e grupos perturbadores). Para esse caso, na

³⁰⁷ Primeira tentativa de se firmar uma Constituição alemã, frustrada em 1848. Tratava-se de uma Constituição de cunho eminentemente liberal, ainda muito à frente de certas estruturas muito conservadoras vigentes na Alemanha da primeira metade do Séc. XIX. Esse documento é, entretanto, importantíssimo para o entendimento do desenvolvimento do constitucionalismo alemão; tanto é assim, que é sempre lembrado, tanto na jurisprudência do TCF, quanto na literatura jurídico-constitucional.

literatura jurídica [doutrina] exige-se corretamente que as medidas administrativas devam dirigir-se primeiramente contra os perturbadores e que, somente sob os pressupostos especiais do estado emergencial de polícia, a reunião como um todo possa sofrer uma intervenção (*Hoffmann-Riem, op. cit.*, nota 23 e 53 sobre o Art. 8 GG; *Dietel/Gintzel, op. cit.*; nota 14 sobre o § 15 VersG; cf. *v. Münch, op. cit.*, nota 39 sobre Art. 8 GG; *Drosdzol*, Grundprobleme des Demonstrationenrechts, JuS 1983, p. 409 [414]; *Frowein, op. cit.* [1084]).

Se não se pode temer o caráter não-pacífico coletivo, e não se pode esperar que uma manifestação transcorra de forma violenta ou revoltosa (cf § 13 I Nr. 2 VersG), ou que o organizador e seus seguidores objetivem tal ocorrência ou que, ao menos, a aceitem, então também deve ser conservada para os participantes pacíficos a proteção, garantida a todo cidadão, de liberdade de reunião, quando outros manifestantes individuais ou uma minoria cometerem desordem (cf. *v. Münch, op. cit.*, nota 18, sobre o Art. 8 GG; *Herzog, op. cit.*, nota 59 s., 89 s. sobre o Art. 8 GG; *Hoffmann-Riem, op. cit.* 23 sobre o Art. 8 GG; *Blanke/Sterz, op. cit.* [76]; *Schwäble, a.a.O.*, p. 229 e 234; *Schmidt-Bleibtreu/Klein GG*, 6ª. ed., 1983, nota 4 sobre o Art. 8). Se o comportamento não pacífico de alguns indivíduos tivesse como consequência a queda da proteção do direito fundamental de todos os manifestantes e não somente dos infratores, estes teriam o poder de “inverter o funcionamento” de manifestações para transformá-las em ilegais “contra a vontade dos outros manifestantes” (neste sentido já *OVG Saarlouis*, DÖV 1973, p. 863 [864 s.]); então, praticamente toda grande manifestação poderia ser proibida, pois que quase sempre o “reconhecimento” acerca de intenções não-pacíficas de parte dos manifestantes pode ser obtido.

Assim, a efetividade da proteção do Art. 8 GG deve ter efeitos sobre a aplicação das normas jurídicas restritivas de direito fundamental (em relação a medidas de direito penal e direito de responsabilidade nas manifestações que transcorram de maneira parcialmente não-pacífica: cf. BGHSt 32, 165 [169]; BGHZ 89, 383 [395]; cf. também a decisão da Comissão Européia para Direitos Humanos, EuGRZ 1981, p. 216 [217]). A garantia de direito fundamental acompanhada de uma reserva legal não exclui que, com base no § 15 VersG, medidas administrativas para a proteção da segurança pública também proibam a manifestação como um todo. Todavia, é preferível pensar em uma dissolução *a posteriori*, que não retire *ab initio* dos manifestantes pacíficos a chance do exercício do direito fundamental e que deixe ao organizador a palavra final quando ao isolamento de participantes não-pacíficos. Uma

proibição preventiva de toda a manifestação em face de desordens temidas advindas de uma minoria violenta é, ao contrário, permitida somente sob rígidos pressupostos e mediante a aplicação conforme a Constituição do § 15 VersG. Isso é o que ordena o dever de proteção ideal da liberdade de reunião, com as exigências decorrentes das garantias processuais. Deste contexto fazem parte uma alta probabilidade no prognóstico do risco (cf. *OVG Saarlouis*, DUV 1973, p. 863 [864]; *BayVGH*, DÖV 1979, S. 569 [570]; de maneira semelhante: *Schwäble, op cit.*, p. 229 e *Drosdzol, op cit.* [415]) bem como o prévio esgotamento de todos os meios aplicáveis que possibilitem uma realização do direito fundamental dos manifestantes pacíficos (p. ex. mediante a limitação espacial de uma proibição). A proibição de toda a manifestação pressupõe principalmente, como *ultima ratio*, que o meio mais ameno, mediante a cooperação com os manifestantes pacíficos para impedir a concretização de uma ameaça, tenha fracassado ou que uma tal cooperação tenha se tornado impossível por razões pelas quais os manifestantes são responsáveis. Se a partir de circunstâncias mais concretas uma proibição geral preventiva de uma manifestação é trazida à pauta, resta sempre ordenado, no caso de grandes manifestações com participantes predominantemente pacíficos, que uma tal medida extraordinária e drástica seja anteriormente anunciada, com a determinação de um prazo dentro do qual haja a oportunidade para a discussão dos riscos temidos e das medidas adequadas contrárias a serem tomadas.

IV.

(...)

1. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Herzog*, Dr. *Simon*, Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*,
Dr. *Heußner*, Dr. *Henschel* (repres. por Dr. *Herzog*)

62. BVERFG 92, 1

(SITZBLOCKADEN II)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

10/01/1995

MATÉRIA:

No dia 9 de maio de 1983, os reclamantes, informados por um anúncio de jornal que dizia “quem vai bloquear conosco?”, participaram de uma ação de

protesto contra os perigos de uma escalada de armamento nuclear na República Federal da Alemanha. Os manifestantes queriam usar o próprio corpo para impedir a chegada de veículos a um depósito de munição das Forças Armadas Alemãs, na cidade de *Großengstingen*. Nesse depósito já se encontravam foguetes de curto alcance do tipo *Lance*. Os reclamantes chegaram ao local às 9 horas da manhã e juntaram-se aos demais manifestantes, cujo número variou, durante o dia, em entre 15 e 40 pessoas. Quando, entre 10:30 e 10:45 horas, um veículo das forças armadas se aproximou, cinco dos manifestantes sentaram-se na rua. O Capitão B. ordenou, poucos metros antes dos manifestantes sentados, parar o veículo e convocou os manifestantes a saírem da rua. Como os manifestantes não corresponderam, o capitão ordenou ao motorista que dirigisse o veículo de volta ao quartel. Enquanto isso, os reclamantes ficaram em pé com os demais manifestantes na calçada.

A partir de um telefonema da direção da polícia de *Reutlingen*, a secretaria competente ordenou a dissolução da reunião. A polícia recebeu a incumbência de executar a medida. Quando o Capitão B., às 12:15 horas, chegou em um outro veículo, carregado com alimentos e mantimentos, e os manifestantes novamente bloquearam a passagem, o delegado de polícia Z. anunciou a ordem administrativa da secretaria competente e informou aos manifestantes sobre a punibilidade de seus comportamentos, que se constituiriam em crime de constrangimento [ilegal] (*Nötigung*). Como os manifestantes não atenderam à conclamação para saírem do caminho, o delegado ordenou que fossem carregados para fora da rua. Por volta das 12:30 horas, repetiu-se o mesmo processo, quando, no mesmo veículo, os militares queriam deixar o depósito de munição. Na parte da tarde, entre 17:30 e 17:40 horas, ocorreu tudo de novo, sendo que, dessa vez, os quatro reclamantes se sentaram com mais um quinto manifestante, enquanto os demais ficavam em pé na calçada (havia, destarte, uma espécie de revezamento).

Os reclamantes foram condenados em primeira instância por crime de constrangimento ilegal (§ 240 StGB), sendo-lhes aplicadas penas pecuniárias. O Tribunal Estadual deu provimento ao recurso

de apelação (*Berufung*) dos reclamantes, absolvendo-os, porque sua ação de bloquear a rua, em se observando todas as circunstâncias do caso e os objetivos de longo prazo da ação, não poderia ser considerada “repudiosa” (*verwerflich*) – importante causa excludente da ilicitude, prevista no § 240 II StGB para alguns, ou atenuante a ser considerada no momento da dosagem da pena, para outros. O Ministério Público interpôs Recurso de Revisão (*Revision*) junto ao Superior Tribunal Estadual e este suspendeu o processo com o fim de colher do Tribunal Federal (BGH) resposta à questão de saber se os objetivos de longo prazo dos reclamantes deveriam ser observados junto à análise da antijuridicidade da conduta ou somente no momento da dosagem da pena. O Tribunal Federal (BGH) decidiu que os objetivos poderiam ser observados exclusivamente no momento da dosagem. Isto posto, o Superior Tribunal Estadual revogou a absolvição do Tribunal Estadual e devolveu os autos para o julgamento por outra Câmara criminal do Tribunal Estadual. O Tribunal Estadual decidiu, no segundo processo de apelação, que a ação de protesto perpetrada pelos reclamantes é antijurídica e punível, porque corresponde ao elemento típico “violência”, em sua forma psíquica. O segundo recurso de revisão, desta vez interposto pelos reclamantes, não foi provido.

Contra todas essas decisões judiciais os reclamantes ajuizaram suas Reclamações Constitucionais, alegando violação de seu direito fundamental do Art. 103 II GG (*nulla poena sine lege*). A Reclamação constitucional foi julgada procedente. O TCF verificou na interpretação do elemento do tipo penal do Art. 240 StGB “violência” pelos tribunais e pela jurisprudência do Tribunal Federal tão aberta que feriu o direito fundamental do acusado de não ser condenado por um delito não claramente definido por lei.

A interpretação extensiva do conceito de violência no § 240 I StGB no contexto de manifestações de pessoas sentadas [*Sitzdemonstrationen*] viola o Art. 103 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de janeiro de 1995

– 1 BvR 718, 719, 722, 723/89 –

(...)

RAZÕES:

A.

Em virtude do constrangimento coletivo provocado por manifestações de pessoas sentadas, os reclamantes foram condenados perante uma instituição militar. Eles alegam a violação do Art. 103 II GG, os reclamantes 3) e 4), além deste, a violação do direito ao devido processo legal do Art. 20 III GG.

I. – IV. (...)

B.

As reclamações constitucionais são procedentes.

I.

As decisões atacadas do Tribunal Estadual e do Superior Tribunal Estadual violam o Art. 103 II GG.

1. O Tribunal Constitucional Federal apresentou o significado do Art. 103 II GG já em vários julgados (cf. por último BVerfGE 71, 108 [114 *et seq.*]; 73, 206 [234 *et seq.*]).

Segundo eles, esse dispositivo [constitucional] não contém apenas uma proibição de retroatividade para as normas penais. Ela também obriga o legislador a formular os requisitos da punibilidade (*Strafbarkeit*) tão concretamente que a área de aplicação e o alcance do tipo penal possam ser extraídos da letra da lei ou esclarecidos por interpretação. Essa obrigação serve a um duplo fim. Ela deve, de um lado, assegurar que os destinatários da norma possam prever qual comportamento é vedado e está sujeito à sanção penal. Ela deve, de outro lado, garantir que a decisão sobre que comportamentos devam ser sancionados criminalmente seja previamente determinada pelo legislador e não posteriormente pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. Assim, o Art. 103 II GG contém uma reserva legal rígida, que limita os tribunais penais à aplicação do direito.

Isso não exclui, entretanto, uma utilização de conceitos que, em medida relevante, carecem da interpretação pelo juiz. Também no direito penal o legislador se encontra frente à necessidade de levar em consideração a complexidade da vida. Ademais, é inexorável, em virtude da generalidade e abstração das normas penais, que, no caso concreto, possa haver dúvidas quanto à subsunção de um comportamento ao tipo legal. De qualquer forma, via de regra, o destinatário deve poder antever se um comportamento é punível a partir da prescrição legal. Em casos-limite é reconhecível, deste modo, pelo menos o risco de uma condenação penal.

Da exigência de clareza da norma decorre, para a jurisprudência, uma proibição da fundamentação penal baseada em analogia ou no direito consuetudinário. Analogia não deve ser entendida no seu estrito sentido técnico; proibida é, ao contrário, qualquer aplicação jurídica que ultrapasse o conteúdo de uma norma sancionadora. Uma vez que o objeto da interpretação de dispositivos legais sempre só pode ser o texto legal, este se revela como critério paradigmático: O sentido literal possível da lei marca os limites máximos da interpretação judicial permitida. Como o Art. 103 II GG quer garantir a previsibilidade da ameaça de sanção penal para os destinatários da norma, o limite deve ser determinado a partir de sua perspectiva.

(...).

2. O § 240 StGB é, tendo em vista a alternativa de violência aqui relevante, compatível com o Art. 103 II GG.

a) – b) (...).

3. Ao contrário, a interpretação do conceito de violência do § 240 I StGB pelos tribunais penais colide com o Art. 103 II GG.

(...).

a) Na base da decisão atacada, encontra-se o entendimento do conceito de violência que se desenvolveu na jurisprudência dos tribunais superiores ao longo do tempo. (...).

O *Laeppe-Urteil* do Tribunal Federal (BGH) do ano de 1969 (BGHSt. 23, 46 [54]) marca a situação atual da jurisprudência. Segundo aquele julgado, violência, na acepção do § 240 I StGB, não pressupõe o “emprego imediato de forças corporais”. Pelo contrário, basta que o agente inflija à vítima “apenas com o pequeno emprego de força corporal um processo psíquico determinante”. Para a punibilidade, depende-se

decisivamente do “peso dos ... efeitos psíquicos”. Essa interpretação, que é caracterizada usualmente como “espiritualização” ou “desmaterialização” do conceito de violência, encontra seu fundamento no desiderato de se proteger a liberdade da vontade de modo eficaz também contra tais ingerências dignas de serem sancionadas, que, embora sublimes, são tão eficazes quanto o emprego de força corporal (cf. BGHSt. 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; BVerfGE 73, 206 [242]).

Esse alargamento do conceito de violência pela jurisprudência é controverso, tanto na literatura jurídica penal, como na constitucional (cf. as amplas referências em BVerfGE 73, 206 [232 s.]). O *Mutlangen-Urteil* do Tribunal Constitucional Federal não trouxe o esperado esclarecimento em virtude da igualdade de votos na Senado³⁰⁸. (...).

b) Em novo exame, o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a interpretação do conceito de violência, que está na base das decisões atacadas, é incompatível com o Art. 103 II GG.

(...).

O Art. 103 II GG estabelece limites não apenas ao complemento do tipo, mas também à sua interpretação extensiva. A interpretação dos conceitos com os quais o legislador caracterizou os meios penalizados não pode acarretar que a limitação assim efetivada à penalização seja, em sede de conclusão, abolida novamente.

Como o exercício de coação infligida à vontade de terceiro já está compreendido no conceito de constrangimento [e justamente não no conceito de violência] e como a denominação de determinados meios de constrangimento feita pelo § 240 II StGB tem a função de delimitar, entre a totalidade dos constrangimentos possíveis, aqueles dignos de serem sancionados criminalmente, a violência não pode confundir-se com a coação, mas tem que ir além desta. Por isso, desde o início ligou-se ao meio da violência, diferentemente da ameaça, a idéia de um uso de força corporal por parte do agente. Ingerências coercitivas que se baseiem, não no emprego de força corporal, mas na influência mental-espiritual, preenchem, dadas certas condições, as alternativas dos elementos tipológicos da ameaça, mas não as de emprego de violência. Desde então, a jurisprudência até insistiu na corporalidade como característica de violência, prescindindo, contudo, tão amplamente do uso efetivo da força, que, agora, basta a

³⁰⁸ A igualdade de votos (4 X 4) no senado leva à não declaração de inconstitucionalidade, portanto, ao julgamento de improcedência da reclamação constitucional ou controle normativo abstrato ou concreto e, portanto, não à coisa julgada. Cf. **Cap. Introdução, IV. 3. a).**

presença corporal em um lugar que um outro gostaria de ocupar ou passar para o preenchimento do elemento do tipo violência, se o outro é obstado psicologicamente de impor sua vontade pela presença do agente.

O elemento do tipo normativo “violência” é reconhecido de tal modo a se perder consideravelmente sua função originalmente imaginada pelo legislador, de determinar os comportamentos penalizáveis dentre outros relativos a ingerências necessárias, inexoráveis ou rotineiras na liberdade da vontade alheia: Isso traz forçosamente vários modos de comportamento considerados como socialmente adequados ao tipo, cuja punibilidade é afastada somente por meio do corretivo da cláusula de repúdio do § 240 II StGB. O Tribunal Federal viu-se instado, portanto, a enfrentar o problema do alargamento do conceito de violência por meio da avaliação do “peso” da ingerência psíquica. Com isso, atribui-se a função de delimitação a um conceito que é ainda bem menos nítido que o conceito de violência. Assim, falta também um esclarecimento satisfatório de quando [a partir de que grau ou momento] a ingerência psíquica é [passa a ser] relevante. A referência à correção pelo [pela cláusula do] repúdio não é apta a dissipar as dúvidas quanto ao [cumprimento do princípio do] Estado de direito encontradas pela jurisprudência na ampliação do conceito de violência.

A interpretação do conceito de violência na jurisprudência dos tribunais superiores implica, por conseqüência, justamente naqueles que o Art. 103 II GG visa impedir. Não mais se pode antever com segurança suficiente qual o comportamento corporal que tem o condão de obstar o outro psicologicamente na imposição de sua vontade, qual deve ser proibido e qual não. Naquela área onde a violência existe somente na presença corporal e a eficácia coercitiva sobre os constrangidos é apenas de natureza psíquica, a punibilidade será determinada, não mais antes da conduta de forma geral e abstratamente determinada pelo legislador, mas fixada pelo juiz depois da conduta no caso concreto, com fundamento no seu convencimento quanto a conveniência da penalização de uma conduta. Isso abre margens de ação [poder discricionário] consideráveis na persecução penal de [crimes de] constrangimentos. O tratamento diferenciado entre as ações de bloqueio por protesto contra a construção de armas atômicas, de um lado, e aquelas de protesto contra o fechamento de obras, o aumento de taxas, a redução de subvenções ou o planejamento de trânsito, de outro lado, comprova-o. Isso também foi referenciado pela quarta câmara criminal [4. *Strafsenat*] do Tribunal Federal em seu julgado.

A incerteza ligada ao conceito ampliado de violência também não desaparece no decorrer do tempo por meio de um entendimento solidificado de seu significado, principalmente porque o Tribunal Federal, em outras áreas, como a do estupro, parte de um conceito de violência muito mais restrito (cf. BGH, NJW 1981, p. 2204). Como demonstram os exemplos agora mencionados, mesmo a punibilidade de ações de bloqueio, como constrangimento, permanece altamente incerta. (...).

(...).

Finalmente, a ampliação do conceito de violência não pode também ser justificado, porque, de outro modo, pareceriam indesejadas lacunas na tipificação penal. Mesmo que fosse correto dizer que o comportamento compreendido na interpretação ampliada da norma fosse semelhante ao comportamento que sem dúvida é conduta digna de sancionamento penal, continua sendo tarefa do legislador fechar tais lacunas de tipificação penal (cf. BVerfGE 71, 108 [116], com outras referências).

A de agora em diante necessária delimitação do conceito de violência do § 240 I StGB cabe precipuamente aos tribunais penais e não ao Tribunal Constitucional Federal. A [discussão sobre] antijuridicidade das manifestações de pessoas sentadas segundo outros dispositivos não faz parte desta decisão.

II. – III. (...)

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*

Opinião divergente dos Juízes *Seidl* e *Söllner* e da Juíza *Haas* em face da decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de janeiro de 1995

- 1 BvR 718, 719, 722, 723/89 -

Não colide com o Art. 103 II GG o fato de terem os tribunais penais, na fase processual originária [de conhecimento], visto no bloqueio de pessoas sentadas um constrangimento perpetrado por violência na acepção do § 240 I StGB.

1. (...).

a) Segundo o propósito do § 240 StGB, que procura proteger a liberdade da formação e uso da vontade (cf. BVerfGE 73, 206 [237] com outras referências), o

elemento do tipo da violência pode, no entanto, em princípio ser entendido apenas no sentido de uma ingerência física, ao passo que os sentidos figurados que o conceito de violência segundo o uso geral da língua compreende (cf. BVerfGE 73, 206 [252 s.]) são eliminados. O propósito da norma não exige todavia maior delimitação dentro desse conceito estrito de violência. Também o significado possível do termo que faz parte do tipo não será extrapolado, quando sob violência se entender uma ingerência corporal de qualquer tipo, pela qual a vítima é coagida a uma atitude, tolerância ou a uma omissão.

(...).

b) Por meio de um bloqueio de pessoas sentadas em uma estrada opõe-se um obstáculo físico à continuação do tráfego de veículos. O bloqueio do caminho com o fim de deter os passageiros do veículo de trafegar é uma forma de ingerência corporal, não somente psíquica, na formação e no uso da vontade dos passageiros de veículos. Também o Tribunal Federal parte desse reconhecimento no chamado *Laepfle-Urteil* (BGHSt. 23, 46 [54]), do qual os tribunais penais expressamente se valeram na fase processual de conhecimento quando de sua afirmação do conceito de violência [para casos como o em pauta]. A ingerência [na vontade dos motoristas, n.org.] se dá pelo bloqueio feito.

A ingerência também psíquica surge quando o motorista for constrangido nos casos onde o obstáculo é configurado por corpos humanos, sendo que este poderia ser por ele ultrapassado somente se atropelasse os manifestantes bloqueadores da estrada, não o fazendo para não feri-los ou mesmo matá-los. Ainda que esse processo determinado psiquicamente seja de fato decisivo para o sucesso do bloqueio, não muda o fato de ser oferecido um obstáculo corporal por meio do bloqueio. O significado possível do conceito de violência não é extrapolado, porque no exame do efeito do meio de coerção se parte decisivamente do processo psicológico por ele detonado. (...).

c) (...).

2. (...)

a) – c) (...)

(ass.) *Seidl, Söllner, Haas*

63. BVERFGE 85, 69
(EILVERSAMMLUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 23/10/1991

MATÉRIA:

O reclamante assinou uma carta, em 29 de janeiro de 1986, endereçada aos “Opositores do *Apartheid* – Organizações políticas e culturais em *Mannheim*”, convocando seus interlocutores a participarem de manifestação de protesto contra a ida de policiais alemães para a África do Sul, marcada para 3 de fevereiro daquele ano de 1986. O reclamante não avisou a autoridade competente acerca da planejada manifestação, por se tratar de uma **reunião urgente** (*Eilversammlung*). No dia 3 de fevereiro, o reclamante, acompanhado de mais umas 20 pessoas, reuniram-se na Estação Central de *Mannheim*, de onde estavam partindo os referidos policiais. Alguns manifestantes traziam tambores, apitos e faixas. A manifestação transcorreu pacificamente e sem acidentes. Logo após a partida do trem, onde estavam os policiais, o grupo se dissolveu.

O reclamante foi condenado, em primeira instância, por ter organizado uma manifestação a céu aberto sem realizar o aviso prévio prescrito pela lei de reunião (§ 26, nº 2 VersG). Seus recursos de apelação e de revisão não foram providos. Em sua Reclamação Constitucional, alegou violação de seus direitos fundamentais dos Art. 2 I, 8, 103 II GG. O TCF, em decisão não-unânime (cf. os votos dissidentes abaixo), julgou a Reclamação Constitucional improcedente, afirmando a constitucionalidade, tanto do § 26, nº 2 VersG, quanto de sua interpretação e aplicação pelos tribunais ordinários. Na fundamentação, realizou uma interpretação conforme a Constituição, diferenciando entre reuniões espontâneas e urgentes como a do presente caso. Sempre que possível sua efetivação, o aviso prévio, independentemente do prazo prescrito, o qual, sob circunstâncias (relativas à urgência), não precisaria mais ser cumprido, continuaria sendo obrigatório. Nesse diapasão, negou que o dispositivo não fosse determinado e claro o bastante, o que violaria o Art. 103 II GG. Nesse ponto, à conclusão oposta chegaram os juízes do voto dissidente.

1. O § 14 da lei de reunião (*Versammlungsgesetz* - VersG) deve-se interpretar conforme a Constituição, em vista do Art. 8 GG, no sentido de reuniões urgentes terem que ser anunciadas previamente, quando existir a possibilidade para tanto.
2. O § 26, n° 2 VersG também atende, em face de reuniões urgentes, o mandamento de clareza do Art. 103 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 23 de outubro de 1991

– 1 BvR 850/88 –

(...)

RAZÕES

O reclamante foi condenado criminalmente por causa da realização previamente não anunciada de uma reunião a céu aberto. Contra essa condenação volta-se sua Reclamação Constitucional.

A. (...)

B. – I.

(...)

II.

Mas a Reclamação Constitucional não é procedente. (...).

1. (...).

(...) Também o prazo de 48 horas antes da publicação da reunião, previsto no § 14 VersG, não pode, via de regra, ser contestado constitucionalmente (...).

No entanto, o § 14 VersG necessita de limitação. O dever de anúncio prévio alcança, segundo o teor da lei, indiferentemente todas as reuniões a céu aberto. Contudo, isso não pode valer para as reuniões espontâneas, como já verificou há muito tempo o Tribunal Constitucional Federal. Por demonstrações espontâneas devem ser entendidas aquelas que se desenvolvem a partir de um ensejo espontâneo, sem planejamento e sem organizador. Um anúncio prévio é, nesse caso, impossível, dados os motivos fáticos. A insistência no dever de anúncio prévio do § 14 VersG levaria, conseqüentemente, a uma proibição geral das reuniões espontâneas. Isso não seria compatível com o direito fundamental de liberdade de reunião (cf. BVerfGE 69, S. 350 s.).

Ao contrário, até agora não se decidiu como avaliar as chamadas reuniões urgentes. Por reuniões urgentes entendem-se aquelas que, ao contrário das reuniões espontâneas, até são planejadas e possuem um organizador, mas não podem ser anunciadas previamente sob a observância do prazo do § 14 VersG sem que ocorra uma ameaça do propósito da manifestação. Também nesse caso, se igualmente se insistisse no prazo prescrito pelo § 14 VersG, a consequência seria que também as reuniões urgentes restariam proibidas *ab initio*. Mas essa conclusão também seria incompatível com o direito fundamental de liberdade de reunião.

Diferentemente das reuniões espontâneas, o que ocorre nas reuniões urgentes não é a impossibilidade do anúncio prévio em si, mas apenas o respeito de seu prazo. Por isso, não há a necessidade aqui da desistência do anúncio prévio, mas apenas de um encurtamento do prazo para o anúncio prévio, levando-se em consideração o tipo de reunião. Segundo uma interpretação conforme a Constituição do § 14 VersG, as reuniões urgentes devem ser consequentemente anunciadas previamente, quando houver uma possibilidade para tanto. Em regra, isso ocorre, aproximadamente, ao mesmo tempo da decisão de organizar uma reunião, no mais tardar com sua primeira publicidade.

Não há ameaça de esvaziamento do direito fundamental de liberdade de reunião por meio dessa interpretação. O risco de – segundo uma interpretação conforme a Constituição do § 14 VersG, que nada altera do teor da norma – potenciais organizadores de reuniões urgentes serem desencorajados da sua convocação em face do [seu virtual] medo de sofrer sanções penais pode ser considerado pequeno. Ele não obriga a uma desistência da interpretação conforme a Constituição, e a que o § 14 VersG, destarte, seja declarado como parcialmente incompatível com o Art. 8 GG.

A norma penal do § 26, n° 2 VersG, que se relaciona com o § 14 VersG, não perde sua clareza porque o § 14 VersG necessita de uma interpretação conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição do § 14 VersG não torna ainda mais abrangente o círculo da conduta típica; pelo contrário: torna-o mais restrito. Para as demonstrações espontâneas não é necessário o dever de anúncio prévio. Para as reuniões urgentes, reduz-se o prazo [de antecedência em relação à manifestação] do anúncio prévio. Nesse caso, um sancionamento penal não pode, por via de consequência, ser embasado na perda do prazo legal. Relevante para o direito penal será o anúncio prévio não realizado somente quando houve a possibilidade de sua realização. Com isso, não se acrescenta à norma um novo elemento do tipo, mas tão somente um já existente, a determinação do

prazo, suavizado. A norma também expressa suficientemente que aquelas reuniões onde o prazo do § 14 VersG não pôde ser cumprido não estariam, em razão disto, totalmente isentas do dever de anúncio prévio. Para os destinatários da norma é, então, reconhecível, com a clareza exigida do Art. 103 II GG, o risco de sancionamento da conduta de omissão do anúncio prévio.

2. (...).

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*
Opinião divergente da Juíza *Seibert* e do juiz *Henschel* em face da
decisão do Senado de 23 de outubro de 1991 - 1 BvR 850/88 -

Nós concordamos com a maioria do Senado em que o prazo de 48 horas previsto no § 14 VersG não tem eficácia para reuniões urgentes em face do Art. 8 I GG. Não obstante, a redução do prazo do anúncio prévio derivada da interpretação da maioria do Senado ultrapassa os limites da interpretação conforme a Constituição e principalmente não observa o mandamento de clareza do Art. 103 II GG, que devia ser observado por causa do sancionamento penal pelo § 26 Nr. 2 VersG.

1. (...).

2. (...).

(...).

Esta falta de clareza por parte do legislador não pode acarretar em desvantagem ao destinatário da norma. A exigente reserva legal do Art. 103 II GG serve ao seu dever de proteção relativa ao princípio do Estado de direito. Todos devem poder antever qual comportamento é sancionado criminalmente. (cf. BVerfGE 71, 108 [114]). Quem planeja uma reunião urgente não pode depreender do teor dos §§ 26, nº 2 e 14 I VersG, quando sua conduta é punível. Se ele tomar o texto legal em sua literalidade, não poderá realizar a reunião de forma alguma, vez em que a observância do prazo de anúncio prévio não é possível. Se não se deixar desmotivar pelo teor do dispositivo por reconhecer a inconstitucionalidade de uma regulamentação tão abrangente, [ainda assim] não consegue encontrar na lei nenhum dado que indique se e, no caso afirmativo, quando ele terá que anunciar previamente uma reunião urgente. É da responsabilidade do legislador alcançar a necessária clareza.

(ass.) *Seibert, Henschel*

§ 17.

Liberdade (geral) de associação e de criação de associações profissionais

(Art. 9 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 9º (*Liberdade de associação*)

(1) Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades.

(2) São proibidas associações cujos propósitos ou atividades sejam contrários às leis penais ou que se orientem contra a ordem constitucional ou contra a idéia do entendimento entre os povos.

(3) ¹É garantido a todos a e todas as profissões o direito de constituir associações em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas. Acordos que limitem ou busquem impedir este direito são nulos, e as medidas dirigidas a este fim são ilícitas. ²As medidas concernentes aos Artigos 12a, 35 II e III, Artigo 87a IV e Artigo 91 não podem se voltar contra disputas trabalhistas que ocorram em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas.

64. BVERFGE 19, 303

(DORTMUNDER HAUPTBAHNHOF)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

30/11/1965

MATÉRIA:

A Reclamação Constitucional volta-se contra uma decisão da Câmara Disciplinar Federal. Proposta por um funcionário público, que trabalha na Empresa Ferroviária Federal Alemã (*Deutsche Bundesbahn*), na estação

ferroviária central de *Dortmund* (*Dortmunder Hauptbahnhof*), que sofreu uma sanção disciplinar por ter realizado propaganda para seu sindicato por ocasião da eleição de representantes para um órgão representativo. O reclamante alegou violação de seu direito fundamental à liberdade de associação profissional (em seu caso: liberdade de associação sindical – cf. nota explicativa ao texto abaixo), derivado do Art. 9 III GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, porque o Câmara Disciplinar Federal teria, em sua interpretação das normas disciplinares, ignorado o alcance do Art. 9 III GG. O TCF revogou a decisão da Câmara Disciplinar Federal e devolveu os autos para uma nova decisão.

1. O Art. 9 III GG assegura aos integrantes de uma associação profissional o direito de participar de atividade dela protegida constitucionalmente.
2. O Art. 9 III GG protege o núcleo da atividade de associação profissional nos órgãos representativos dos empregados.
3. A propaganda sindical antes de eleições para o conselho dos empregados [funcionários] é constitucionalmente protegida, dentro de certos limites, também no local e no horário de trabalho.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 30 de novembro de 1965
– 2 BvR 54/62 –

RAZÕES

A. – I.

1. O reclamante é servidor público, precisamente, guarda da Empresa Ferroviária Federal Alemã (*Deutsche Bundesbahn*), na estação ferroviária central de *Dortmund*. Ele é integrante do Sindicato dos Ferroviários da Alemanha. Na disputa eleitoral para a eleição de representantes dos empregados, ele distribuiu, a 15 e 16 de fevereiro de 1960, fora do seu expediente, dentro da estação ferroviária central de *Dortmund*, folhetos desse sindicato, nos quais a política de remuneração dos servidores da Federação Alemã de Servidores foi criticada. Esta teria [segundo o folheto], no meio dos esforços por [melhores] salários, declarado levemente

[sua] desistência [da campanha salarial]. Os servidores ferroviários federais deveriam, então, eleger os candidatos do Sindicato dos Ferroviários da Alemanha e negar confiança aos candidatos do Sindicato dos Servidores e dos Aspirantes a Servidores Ferroviários Federais na Federação Alemã de Servidores (futuramente: Sindicato dos Servidores Ferroviários Federais Alemães). O reclamante entregou ao guarda E ..., que pertence ao Sindicato dos Servidores Ferroviários Federais Alemães, lotado no portão principal, um dos folhetos com os dizeres “Veja como a sua associação trabalha”. E ... entregou o folheto ao Inspetor da Ferrovia Federal W ..., presidente local de seu sindicato. HW ... encontrava-se em uma inspeção de rotina; ele abordou o reclamante e o avisou que a distribuição de folhetos não seria permitida pelas normas disciplinares do serviço público.

O reclamante foi condenado, por medida disciplinar aplicada pelo Diretor da Estação Ferroviária Central de *Dortmund*, em 25 de abril de 1960, a uma multa de 5 marcos alemães, pois que teria desrespeitado o § 7 II 1 do “Regulamento Geral do Serviço dos Servidores Ferroviários Federais” editado pela resolução de 11 de novembro de 1954 da Administração Central da Ferrovia Federal, edição de 1958 – ADAB. Esse dispositivo tem como teor:

“O desempenho do trabalho não pode ser afetado por oposições pessoais, especialmente por aquelas de cunho político, religioso ou relativas a sindicatos.”

2. (...).

II. – III. (...)

B. – I.

A Reclamação Constitucional não é procedente.

1. (...).

2. O Art. 9 III GG garante às associações profissionais e a seus integrantes o direito de atuar na área da representação de empregados. Desta garantia faz parte também a propaganda realizada antes da eleição para o conselho de empregados no local de trabalho.

a) O Art. 9 III GG protege, não apenas o direito de qualquer pessoa e de todas as profissões, inclusive dos servidores públicos, de fundar associações profissionais, mas também da associação como tal e seu direito de perseguir, por meio de atividade especificamente relacionada a ela, as finalidades apontadas no Art. 9 III GG, quais

sejam: proteger e fomentar as condições de trabalho e econômicas³⁰⁹ (BVerfGE 4, 96 [101 s., 106]; 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). O Art. 9 III GG assegura ao indivíduo também o direito de participar da atividade específica da associação profissional, no âmbito que é protegido constitucionalmente para ela (cf. BVerfGE 17, 319 [333] e *Wengler*, *Die Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht*, 1960, S. 47 s., bem como § 91 BBG).

b) O direito fundamental de liberdade de associação profissional somente pode proteger aquelas atividades de uma associação que sirvam aos propósitos apontados no Art. 9 III GG.

(...).

Se a atividade dos conselhos de empregados serve principalmente à proteção e ao fomento das condições de trabalho e se a atividade dos sindicatos de representação dos empregados é reconhecida expressamente na lei por meio da atribuição de competências ou é pressuposta como imprescindível para uma eficaz representação de empregados, então também a atividade dos sindicatos na entidade representativa dos empregados serve à proteção e ao fomento das condições de trabalho. A isso não se contrapõe que os sindicatos procurem ter influência, não direta, mas indiretamente – por meio dos conselhos de pessoal e sua eleição –, nas condições de trabalho. O Art. 9 III GG não diferencia se as entidades se engajam pela proteção e fomento das condições de trabalho e econômicas direta ou indiretamente.

c) O Art. 9 III GG garante às associações profissionais o direito de determinar as condições de trabalho e econômicas por meio de convenções coletivas de trabalho (BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]). É controvertido se a garantia constitucional do Art. 9 III GG também protege atividades de associações que mantenham e fomentem, de outro modo que não por meio de celebração de convenções coletivas, as condições de trabalho e econômicas (neste sentido: *Schnorr*, *RdA* 1955, p. 3 [9]; *Nipperdey*, in: Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Tomo 2, 6ª ed., 1957 p. 112; em sentido contrário: *Nikisch*, *Arbeitsrecht*, Tomo II, 2ª ed., 1959, p. 58; *Dietz*, in: *Die Grundrechte*, Tomo III/1, p. 417 [462]; *Werner Weber*, in: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961, p. 239 [246, 249]). O Tribunal Constitucional

³⁰⁹ Por essa formulação, que contempla os dois interesses centrais dos dois lados da relação trabalhista (boas condições de trabalho, de um lado, e boas condições econômicas, de outro) resta claro, que o termo “*Koalition*” na acepção do Art. 9 III GG significa o gênero “associação profissional”, incluindo também associações profissionais de empregadores, não podendo ser confundido como sinônimo de “sindicato” (= *Gewerkschaft* e não *Koalition*).

Federal ainda deixou em aberto a dúvida quanto [a tutela constitucional] às atividades da associação profissional no órgão representativo dos empregados, na decisão de 14 de abril de 1964 (BVerfGE 17, 319 [333]). Ela deve, em face da área em pauta, ser respondida afirmativamente.

(1) A área de atividade das associações profissionais tutelada pelo direito fundamental da liberdade de associação pode ser determinada somente segundo a prescrição especial do Art. 9 III GG; o Art. 2 I GG, nesse contexto, não vem à pauta (cf. BVerfGE 6, 32 [37]; 9, 73 [77]; outras referências: *Nipperdey, op. cit.*, p. 108 *et seq.*; BAG, JZ 1964, 373 [374]). Na determinação do alcance do Art. 9 III GG, deve-se, contudo, atentar para a evolução histórica (cf. BVerfGE 4, 96 [101 s., 106, 108]; 18, 18 [28 *et seq.*]). (...).

(2) – (3) (...).

A liberdade de associação profissional teria seu sentido, historicamente desenvolvido, roubado, se a atividade das associações junto ao órgão representativo dos empregados não fosse protegida pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 4, 96 [102, 106]).

d) Se a atividade das associações profissionais nos órgãos representativos de empregados se subsume à área protegida pelo Art. 9 III GG, então deve ser protegida pela Constituição, em princípio, também a atividade de propaganda das associações profissionais [no caso: trabalhistas, sindicatos] antes das eleições para o conselho dos funcionários. Faz parte das tarefas dos conselhos de empregados [ou funcionários] manter e fomentar as condições de trabalho. Observando-se isso, deve ser garantido às associações profissionais que exerçam uma influência na eleição dos conselhos de funcionários, para a persecução de seus propósitos delineados no Art. 9 III GG (cf. supra: **b**)) (...).

(...). Uma disputa eleitoral para as eleições de conselhos de funcionários que seja compatível com o sentido de tais eleições não pode ser conduzida na frente da porta do local ou fora do local de trabalho, na esfera privada dos eleitores. Por isso, em princípio também a propaganda sindical antes das eleições do conselho de funcionários no local e no horário de trabalho é protegida constitucionalmente.

O sentido de uma tal disputa eleitoral também restaria perdido se se proibisse a uma associação profissional ou a seus integrantes o exercício de crítica às entidades concorrentes. Sem manifestações de opiniões divergentes, uma disputa eleitoral é inimaginável. É inevitável e precisa ser aceito que os integrantes de outros sindicatos reajam a tais manifestações de forma negativa.

e) São, contudo, tarefas do legislador a configuração e a consecução de uma disciplina normativa mais pormenorizada do direito dos sindicatos de atuarem na representação de empregados. Aqui não ocorre nada diferente do que já ocorre com o poder de produzir convenções coletivas garantido pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 4, 96 [107 *et seq.*; 18, 18 [27]). O legislador, ao regulamentar de maneira mais pormenorizada, pode levar em consideração tanto as tarefas do serviço público e sua diferenciação das atividades trabalhistas privadas, como as especificidades de cada ramo do serviço público (BVerfGE 17, 319 [334]). Sem se atingir o Art. 9 III GG pode-se, portanto, determinar que não serão permitidas aquelas atividades de entidades trabalhistas no âmbito da entidade representativa dos empregados, que prejudicarem o exercício do trabalho, o cumprimento das tarefas e as obrigações trabalhistas, bem como a ordem no local de trabalho. Igualmente, é permitido, por exemplo, prescrever a certas pessoas – como ao diretor de um departamento, a outros servidores, dependendo de suas funções, ou a integrantes dos órgãos representativos dos empregados – limitações de sua atividade de propaganda sindical antes das eleições do conselho dos funcionários. Pode restar aqui em aberto até onde podem ir tais limitações. O Art. 9 III GG protege também, junto à representação trabalhista, apenas um núcleo da atividade de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [106, 108]; 17, 319 [333 s.]; 18, 18 [27]). Esse núcleo será atingido e o Art. 9 III GG violado se antes das eleições do conselho de funcionários forem impostas à propaganda limitações que não forem exigidas pela própria matéria e que, portanto, não são necessárias à garantia do sentido e propósito de eleições livres para o conselho de funcionários (cf. também § 21 PersVG), para o cumprimento das tarefas trabalhistas, para a ordem no local de trabalho ou para o bem-estar dos empregados (cf. BVerfGE 18, 18 [27]). Assim, uma proibição geral de propaganda sindical antes das eleições do conselho de funcionários no local de trabalho não é justificada.

3. O direito fundamental de liberdade de associação profissional a todos garantido, e [em face de] a todas as profissões, também cabe aos servidores públicos (cf. § 91 BBG). Resta, entretanto, avaliar se tal direito fundamental poderia ser limitado em face do reclamante, como servidor, além da medida em outros casos permitida, e se foi [de fato] limitado. Tais limitações amplas do direito fundamental poderiam ser justificadas pelo Art. 33 V GG (cf. *Ule*, *Öffentlicher Dienst*, in: *Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte*, Tomo IV/2, p. 537 [615 *et seq.*] com referências).

Uma proibição geral de atividade [sindical] dos servidores públicos na associação profissional não compartilha, contudo, dos tradicionais princípios do funcionalismo público, não sendo também exigida, pelo sentido e propósito, investidura pública. Segundo o Art. 33 V GG, apenas são permitidas aquelas limitações de direito fundamental que são exigidas pelo sentido e propósito da concreta relação funcional e de lealdade do servidor público (§ 2 BBG). Não se vislumbra em que medida poderiam ser derivadas da investidura de função pública do reclamante, um guarda da Empresa Ferroviária Federal, tais limitações para sua atividade de propaganda sindical (cf. também Bayerischer Dienststrahof, Zeitschrift für Beamtenrecht, 1962, 396, [397]).

II.

Conclui-se que uma proibição geral de atividade de propaganda sindical no local de trabalho antes das eleições do conselho de funcionários que se direcione contra outras associações profissionais não pode, por excelência, ser imposta a um servidor público, sem que o Art. 9 III GG reste violado. O Art. 9 III GG, entretanto, também será violado quando um tribunal depreender de um dispositivo normativo geral, que tomado em si mesmo esteja em consonância com o direito fundamental, uma tal proibição por meio de sua interpretação. Isso, contudo, é o que fez a Câmara Disciplinar Federal: Sua decisão baseia-se em uma interpretação que não compreende o alcance do Art. 9 III GG. A decisão da Câmara e a medida disciplinar por ela confirmada devem ser, portanto, revogadas. (...).

65. BVERFGE 42, 133

(WAHLWERBUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

28/04/1976

MATÉRIA:

O reclamante, metalúrgico desde 1948, é membro de seu sindicato. Em 1959 foi eleito presidente do conselho de empregados. No dia 11 de junho de 1972 ocorreram eleições gerais municipais na Baviera. O sindicato de metalúrgicos, ao qual pertencia o reclamante, compôs um panfleto no qual se conclamava todos os empregados da

indústria metalúrgica a comparecerem às urnas e votarem em seus colegas da ativa. Além disso, foi informado no panfleto que 6 membros do sindicato haviam se candidato a vereadores, distribuídos em três partidos (SPD, CSU e UBV). O reclamante distribuiu os panfletos seis dias antes da eleição, dentro do terreno da fábrica e pouco antes do início de seu turno. Por isso, seu empregador requereu, com fulcro nos § 23 I 1, § 74 II 3, 1º sub-período BetrVG 72 (que vedavam a propaganda político-partidária no ambiente de trabalho), junto ao juízo trabalhista, a exclusão do reclamante do conselho de empregados. A ação foi julgada improcedente, porque a atividade do reclamante teria sido política, mas não político-partidária. O Tribunal Estadual deu provimento, entretanto, ao recurso de apelação do empregador.

Contra essa decisão judicial, volta-se a Reclamação Constitucional. Nela, o reclamante alega violação dos seus direitos fundamentais derivados do Art. 9 III GG (liberdade de associação sindical) e 5 I GG (liberdade de expressão). O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente somente em face do Art. 5 I GG. O excerto abaixo traz a fundamentação do TCF para a sua avaliação de não ter havido intervenção no Art. 9 III GG.

1. Da questão da influência do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG na interpretação de leis que restringem a liberdade de expressão no ambiente de trabalho.
2. O Art. 9 III GG não protege a propaganda eleitoral de uma associação profissional na empresa antes de uma eleição política geral.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 28 de abril de 1976

– BvR 71/73 –

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é procedente. A decisão (*Beschluss*) impugnada até não atinge o direito fundamental da liberdade de associação profissional (Art. 9

III GG); viola, entretanto, o direito fundamental do reclamante de livremente expressar e divulgar sua opinião (Art. 5 I GG)

I.

A distribuição do manifesto sindical para a eleição municipal não é compreendida pela proteção constitucional especial da atividade de associação profissional, da qual se vale primeiramente o reclamante.

As associações profissionais são, de fato, livres, no limite das leis em vigor, para determinar autonomamente de que modo elas querem fomentar as condições de trabalho e econômicas de seus membros. Não obstante, da proteção constitucional especialmente concretizada do Art. 9 III 1 GG goza uma atividade para tanto orientada só quando se tratar especificamente de uma atividade típica de associação profissional (cf. BVerfGE 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). Assim, a proteção da Constituição também compreende as atividades que ultrapassem a configuração das condições de trabalho e econômicas por meio de convenções coletivas de trabalho (cf. BVerfGE 19, 303 [313 s.]). Não se precisa decidir no presente processo sobre se e em que medida isso, como pensa o reclamante, também vale para a atividade política das associações profissionais, pois, em todo caso, a propaganda eleitoral de uma associação profissional antes de eleições políticas gerais não é protegida pelo Art. 9 III GG.

A admissão de uma proteção constitucional especial da propaganda eleitoral de grupos individuais seria incompatível com o caráter das eleições para representação na União, nos Estados-membros, regiões e municípios (Art. 38 I 1, Art. 28 I 2 GG). A democracia parlamentar, como a Constituição a constrói, implica na igualdade a priori de todas as forças políticas que procuram exercer influência na formação da vontade do povo nas eleições, sejam elas constituídas por grupos ou indivíduos.

Essa igualdade a priori encontra sua expressão constitucional na proteção igualitária da propaganda antes de eleições políticas gerais, garantida pelos Art. 38 I 1, Art. 28 I 1, Art. 28 I 2 e Art. 5 GG. A aceitação de uma proteção constitucional da propaganda eleitoral de alguns grupos que vá além disso, garantida, por exemplo, por força de uma incumbência de publicidade [dever de prestação de contas em face da opinião pública], implicaria em um privilégio concedido a tais grupos, o que seria incompatível com o princípio fundamental da democracia parlamentar. Por conseguinte, a proteção garantida pelo Art. 9 III GG, de uma atividade típica específica

de associação profissional não pode representar propaganda feita por associações profissionais antes de eleições gerais. Sem dúvida estas não fazem parte, absolutamente, do “núcleo” da atividade protegida de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [108]; 19, 303 [321]; 28, 295 [303]). A propaganda eleitoral de associações profissionais antes de eleições políticas gerais não é protegida constitucionalmente, nem de maneira mais forte nem de maneira mais fraca do que a propaganda eleitoral de todos os demais grupos.

II. – III. (...)

(ass.) *Benda, Haager, Rupp-v. Brünneck, Böhmer, Simon, Faller, Hesse, Katzenstein*

66. BVERFGE 28, 295

(MITGLIEDERWERBUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

26/05/1970

MATÉRIA:

Ao cabo de um longo processo com 5 fases e decisões judiciais (Tribunal Administrativo de *Gelsenkirchen*, Superior Tribunal Administrativo de *Nordrhein-Westfalen*, Tribunal Administrativo Federal, novamente Superior Tribunal Administrativo de *Nordrhein-Westfalen* e novamente Tribunal Administrativo Federal), o reclamante, funcionário público da Empresa Ferroviária Federal Alemã, foi condenado à exclusão do conselho dos funcionários, por ter tentado aliciar novos membros para seu sindicato no local e horário de trabalho. Contra a decisão definitiva do Tribunal Administrativo Federal e todas as antecessoras, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional, alegando violação do direito fundamental do Art. 9 III GG. O TCF a julgou improcedente.

Abaixo reproduziram-se, em consonância com o propósito da presente obra, somente as duas ementas publicadas pelo TCF.

1. O recrutamento de novos associados também corresponde à atividade protegida constitucionalmente outorgada a associações profissionais e seus membros. O legislador

pode limitar esse direito de atuação, contanto que isso corresponda a um mandamento derivado da matéria para a proteção de outros bens jurídicos.

2. É compatível com o Art. 9 III GG que membros de conselhos de empregados, organizados em sindicatos, sejam proibidos de, durante o horário e no local de trabalho, engajarem [ou abordarem potenciais novos] membros para seu sindicato.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 26 de maio de 1970

– 2 BvR 664/65 –

(...)

RAZÕES

A. I – III; B. I – III. (...)

(ass.) *Seuffert, Leibholz, Geller, v. Schlabrendorff, Rupp, Geiger, Kutscher, Rinck*

67. BVERFGE 50, 290

(MITBESTIMMUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra ato normativo /
Reclamação Constitucional contra decisão judicial /
Controle concreto

01/03/1979

MATÉRIA³¹⁰ :

Trata-se de uma decisão (*Urteil*) que definiu, em suas quase 100 páginas (BVerfGE 50, 290 – 381), o direito dos trabalhadores à **co-gestão** (*Mitbestimmung*) da empresa ao confirmar a constitucionalidade da lei que criara tal direito (*Mitbestimmungsgesetz - MitbestG*), promulgada a 4 de maio de 1976. A *MitbestG* derogou os dispositivos sobre a representação dos empregados nos conselhos de fiscalização, ampliando-a, em seu § 7, de um terço para a metade nas empresas com mais de 2000 empregados e organizadas como sociedades anônimas, em comandita ou de responsabilidade limitada. Atingida foi, sobretudo, a gigante indústria metalúrgica alemã.

³¹⁰ Cf. já acima: **Decisão 8**.

Contra os dispositivos mais polêmicos da lei, que iam de encontro aos interesses das empresas e dos empregadores (além do já mencionado § 7, o § 27, que definia as regras da eleição do presidente e vice-presidente do conselho – maioria qualificada de dois terços –, o § 29 I, que definia maioria simples para as decisões do conselho, o § 31 e o § 33) várias empresas e entidades representativas dos empregadores ajuizaram Reclamações Constitucionais, por entenderem que a lei feria vários de seus direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais do Art. 14 I 1, Art. 9 I, Art. 12 I, Art. 2 I e Art. 9 III GG. Algumas reclamações voltavam-se já contra decisões judiciais que estavam aplicando tais dispositivos. Também foi julgada conjuntamente uma apresentação judicial (controle concreto) proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) de 10 de abril de 1978 do Tribunal Estadual de *Hamburg*.

O TCF considerou presentes os pressupostos e condições de todas as Reclamações e da proposição do Controle concreto. As reclamações foram julgadas todas improcedentes. A partir do Controle concreto proposto, o TCF declarou a constitucionalidade dos §§ 7, 31 *MitbestG*.

A ampliada participação dos empregados na gestão da empresa³¹¹, segundo a Lei de Participação (*Mitbestimmungsgesetz*) de 4 de maio de 1976, é compatível com os direitos fundamentais das sociedades, dos acionistas e das associações dos empregadores.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 1º de março de 1979 com base na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978

– 1 BvR 532, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 –

(...)

RAZÕES:

A.

(...)

I. – II. (...)

³¹¹ A palavra *Mitbestimmung*, pode-se dizer, guarda correspondência com “participação na gestão da empresa”.

1. – 2. (...).

3. (...).

a) – b) (...).

c) As reclamações constitucionais e a decisão de Apresentação Judicial (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal Estadual consideram unanimemente que a lei de participação na gestão da empresa é incompatível com a liberdade de associação profissional garantida no Art. 9 III GG. Esse direito fundamental garantiria o instituto da autonomia de convenção coletiva como tal e seus pressupostos: a livre formação, a liberdade e a independência, em relação às partes contrárias das associações, não apenas dos empregados, mas também dos empregadores (...). O Art. 9 III GG teria sido violado em seu núcleo pela lei de participação [na gestão da empresa], pois a lei promoveria uma influência do acionista opositor nas confederações de empregadores, com o fim de comprometer a existência e a atividade das associações de empregadores – especialmente sua capacidade e disposição para a disputa trabalhista (*Arbeitskampf*) [disputa com os sindicatos em torno das condições de trabalho e econômicas] – e, no geral, retirando a função do garantido sistema de convenção coletiva.

d) – e) (...).

III. – IV. (...)

B. – C. I. – IV. (...)

1. (...).

Como o teor do Art. 9 III GG e o desenvolvimento histórico demonstram, a liberdade de associação profissional é primeiramente um direito de liberdade [individual, subjetivo]. Ela garante a liberdade de fundar associações para o fomento das condições de trabalho e econômicas e a liberdade da persecução coletiva desse fim (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]). São os próprios envolvidos na relação que devem determinar sobre ambos, de maneira responsável e em princípio livre da influência estatal. Elementos da garantia são a liberdade de constituição e de associação, a liberdade de retirada e de permanecer distante, bem como a proteção da associação como tal (BVerfGE 4, 96 [101 s.]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304]) e seu direito de perseguir, por meio de atividade especificamente adequada à associação, os fins apontados no Art. 9 III GG (BVerfGE 19, 303 [312] com outras referências; 28, 295 [304]).

A isso diz respeito a celebração de convenções coletivas de trabalho, por meio das quais as associações, por sua própria responsabilidade e essencialmente sem influência

estatal, regulam especialmente as condições salariais e outras condições materiais de trabalho em uma área em que o Estado retirou, em grande escala, sua competência de regulação (BVerfGE 44, 322 [340] com outras referências). Nesse caso, a liberdade de associação profissional serve a uma ordenação razoável das relações sociais do trabalho (BVerfGE 4, 96 [107]; cf. também BVerfGE 18, 18 [27]). Como parte nas convenções coletivas de trabalho, as associações profissionais devem ser livremente constituídas, livres das partes contrárias e organizadas com uma base que ultrapasse os limites da empresa (BVerfGE 18, 18 [28]), além de serem, segundo sua estrutura, suficientemente independentes para defender de maneira duradoura os interesses de seus associados no âmbito do direito do trabalho e do direito da seguridade social (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]) e para reconhecer o direito vigente das convenções coletivas como vinculante para elas. (BVerfGE, *op. cit.*). O Art. 9 III GG deixa às associações, em princípio, a escolha dos meios que elas considerem adequados para a consecução de seus objetivos (BVerfGE 18, 18 [29 *et seq.*, principalmente 32]).

Mais ainda que a liberdade de associação geral garantida no Art. 9 I GG (*Vereinigungsfreiheit*), a liberdade de associação profissional (*Koalitionsfreiheit*) necessita, desde o início, de configuração legal. Ela não consiste apenas na criação dos institutos jurídicos e nos complexos normativos necessários ao exercício das liberdades garantidas por norma de direito fundamental. O significado e o grande número dos interesses referentes à atividade das associações profissionais - a saber, na área da ordem econômica e social - fazem necessárias, pelo contrário, diversas regulamentações legais, as quais também podem impor limites à [própria] liberdade de associação. Isso ocorre tanto mais quanto o objeto de garantia for relacionado a mutantes condições econômicas e sociais, as quais necessitam, mais do que ocorre com outros direitos de liberdade, de maior espaço para modificações e desenvolvimentos.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal, em jurisprudência consolidada, firmou o entendimento de que o Art. 9 III GG protege a liberdade de associação apenas em seu núcleo (BVerfGE 19, 303 [321 s.] com outras referências; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]): O direito fundamental não confere às pessoas e às associações protegidas uma área de ação de conteúdo ilimitado e ilimitável de dignidade constitucional (BVerfGE 38, 386 [393]). Ao contrário, é tarefa do legislador determinar o alcance da liberdade de associação profissional, de forma que ele formule singularmente, e regule mais detidamente, os direitos das associações. Nessa tarefa, ele pode levar em consideração as exigências especiais do

caso a ser regulado. No entanto, somente devem ser impostas ao direito de atividade das associações profissionais as limitações que forem necessárias, por sua natureza, à proteção de outros bens jurídicos. Regras que não forem justificadas dessa forma violam o conteúdo nuclear da atividade das associações profissionais protegido pelo Art. 9 III GG (BVerfGE 19, 303 [321 s.]; 28, 295 [306]).

Isso também vale para a garantia da autonomia das convenções coletivas. Ela é totalmente geral; não comporta a forma especial que manteve o sistema de convenções coletivas na lei válida ao tempo da entrada em vigor da *Grundgesetz*. Deixa ao legislador uma ampla margem de ação para configuração (BVerfGE 20, 312 [317]) e, assim, cria a possibilidade de que os pressupostos da capacidade para a convenção coletiva combinem de tal forma com a respectiva realidade social, que as associações profissionais possam cumprir sua tarefa (BVerfGE, *op. cit.*, p. 318). Todavia, o direito fundamental de liberdade de associação profissional proíbe que se faça a capacidade para a convenção coletiva depender de circunstâncias que não são exigidas em virtude da própria matéria, ou seja, em virtude de uma tarefa que permaneça no interesse geral de ordem e apaziguamento das relações sociais do trabalho (BVerfGE 18, 18 [27]). O legislador não está impedido, nesse sentido, de proceder a um aperfeiçoamento do sistema de convenções coletivas. Sua competência normatizadora encontra seus limites no núcleo protegido constitucionalmente da liberdade de associação, ou seja, na garantia de um sistema de convenções coletivas regulado e protegido legalmente, cujas partes devam ser associações profissionais formadas livremente na acepção do Art. 9 III GG (BVerfGE 4, 96 [108]; cf. também BVerfGE 38, 281 [305 s.]).

2. Os §§ 7, 27, 29 e 31 da lei de participação [na gestão da empresa] não intervêm no núcleo da liberdade de associação profissional protegida pelo Art. 9 III GG. Esses dispositivos deixam intocadas a liberdade de constituição e de associar-se, bem como a garantia de que a atividade da associação profissional é livre do Estado. Eles acrescentam, não de maneira inconstitucional, uma forma mais ampla de fomento às condições de trabalho e econômicas ao sistema de convenções coletivas. Não limitam indevidamente o princípio da independência em relação à parte contrária. Também não se pode pressupor que conduzirão a uma incapacidade funcional da autonomia de convenções coletivas.

a) A liberdade de formar associações e a liberdade de a elas se associar, de delas se retirar ou de se permanecer distante não são tocadas pelas prescrições atacadas. Isso também vale para as associações de empregadores (...).

(...). A questão da compatibilidade das regras atacadas e *sub examine* com o Art. 9 III GG pode, portanto, referir-se apenas à garantia que contém o direito fundamental em relação ao sistema de convenções coletivas.

b) Isso resta mantido (juridicamente não inalterado). Quando a lei de participação, ao lado do sistema de convenções coletivas, ou seja, como mais uma forma de fomento das condições de trabalho e econômicas, alarga a participação na gestão da empresa, ela não contraria, por isso, o Art. 9 III GG.

O direito fundamental não contém, como demonstrado, nenhuma garantia da existência do sistema de convenções coletivas e do sistema de disputa trabalhista em sua configuração concreta atual. Também não se pode interpretar que o Art. 9 III GG garanta um sistema de convenções coletivas como a forma *única* do fomento das condições de trabalho e econômicas. Isso entraria em contradição com o pensamento e o desenvolvimento histórico da liberdade de associação profissional, que são de fundamental significado para a interpretação.

aa) Como direito de liberdade, o Art. 9 III GG quer garantir, no espaço de liberdade livre da regulação estatal, que os próprios envolvidos possam autonomamente determinar como eles querem fomentar as condições de trabalho e econômicas. Não se deve admitir que isso somente seria possível por meio das convenções coletivas, principalmente porque uma tal solução redundaria na limitação da liberdade garantida. Pelo contrário, a relevante ordem e o relevante apaziguamento das relações sociais de trabalho, de que trata o Art. 9 III GG, podem ser buscados de diversos modos: não apenas pelas configurações que, como o sistema de convenções coletivas, são determinadas por meio de elementos fundamentais da oposição de interesses, do conflito e da disputa. Outrossim, mediante aquelas que colocam como pontos centrais da discussão o acordo e a cooperação, muito embora não excluam os conflitos e a necessidade de suas respectivas soluções. Também esse segundo modo parece servir precisamente à tarefa do apaziguamento.

bb) – cc) (...).

c) Nesse sentido, primeiramente precisa ser verificado se, com a conjugação de uma participação alargada na gestão da empresa com o sistema de convenções coletivas, resta suficientemente garantida a independência das partes da convenção coletiva, no sentido de que elas sejam, conforme sua estrutura total, suficientemente independentes em relação às respectivas partes contrárias, a fim de defenderem os interesses de seus associados permanente e eficientemente nos âmbitos do direito do trabalho e da seguridade social. (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]).

(...).

Não se pode determinar com certeza se e em que medida a lei de participação expõe, em geral, as associações dos empregadores a uma influência dos sindicatos ou dos empregados. Uma tal influência não é de nenhuma forma evidente na observância da normatização jurídica; ela não pode ser também, contudo, totalmente evitada. A limitação da independência em face da parte contrária das associações dos empregadores, que pode resultar da referida exposição, não intervém, entretanto, no núcleo do Art. 9 III GG.

aa) A exigência de independência das associações dos empregadores serve, sobretudo, aos interesses de suas empresas associadas. Os integrantes dos órgãos de defesa das empresas associadas também são vinculados a esses mesmos interesses, pois eles têm que salvaguardar suas funções no interesse da empresa, a despeito de eventuais conflitos pessoais ou de conflitos de interesse (cf. § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG). É o que também vale para os diretores de trabalho, previstos na lei de participação na gestão da empresa, em seu § 33. A ordem jurídica fornece meios de sancionar um descumprimento desse dever. Algo correlato deve valer para as tarefas, que caibam aos associados dos órgãos representativos no âmbito do sistema de convenções coletivas. Nesse sentido, deve-se pressupor, para o exame de constitucionalidade, que os representantes das empresas co-geridas por representantes da classe dos empregados nas associações de empregadores e seus grêmios se comportem conforme esse dever jurídico, que os proíbe de salvaguardar interesses da parte contrária. Junto ao exame de constitucionalidade, não se pode partir de um comportamento antijurídico dos envolvidos. No entanto, no caso concreto pode ser ambígua a definição do que corresponde a esse dever jurídico. No mais, não se pode excluir o fato de serem as diferentes opiniões sobre esse tema determinadas por visões e pensamentos marcados, entre outras, necessariamente também pela biografia e experiências de vida dos envolvidos e, nesse sentido, podem aproximar-se do lado dos acionistas ou do lado dos empregados.

bb) (...). Mesmo se observando o maior peso da empresa co-gerida nas associações dos empregadores, enfraquecer-se-á muito a influência partida de empresas membros do lado dos trabalhadores e sindicatos nas associações de empregadores e, a partir dessas, nas confederações de associações de empregadores. Por fim, não se pode olvidar que também empresas não co-geridas por representantes de empregados pertencem às associações de empregadores. Assim, a intensidade de uma possível

influência dos empregados nas associações de empregadores e suas confederações pode restar muito menor que a influência exercida pelos empregados nas empresas cogidas por seus representantes. Também se deve atentar para o fato de que está nas mãos das associações dos empregadores a possibilidade de enfraquecer ou eliminar influências provenientes do lado dos empregados ou dos sindicatos por meio do seu direito estatutário.

cc) Uma influência aqui ainda remanescente não coloca em xeque, em princípio, a independência das associações de empregadores em face da parte contrária, sendo, portanto, compatível com o Art. 9 III GG.

(...).

d) (...).

V.

1. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Haager*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*

68. BVERFG 84, 212

(AUSSPERRUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/06/1991

MATÉRIA:

A reclamante, uma indústria do setor gráfico, seguindo decisão da associação profissional de empregadores da qual faz parte, resolveu, juntamente com outros empregadores, dispensar 130.000 empregados da indústria gráfica. A **dispensa** (*Ausperrung*), com efeito suspensivo da relação trabalhista, é, do lado do empregador, o meio de disputa trabalhista coletiva equivalente à greve, do lado dos empregados. Trata-se de um meio de disputa cuja legitimidade jurídica, além de não ser regulamentada, também é bastante polêmica: seus críticos afirmam que ela compromete justamente a paridade negocial que a greve visa a alcançar entre as partes do dissídio coletivo. A disputa trabalhista coletiva ocorrida no ano de 1978, que deu ensejo ao processo originário, deu-se em torno

das cláusulas da convenção coletiva sobre a introdução e aplicação de sistemas informatizados de produção de texto, que fatalmente custaria, poucos anos depois, milhares de empregos nesse setor econômico. O Tribunal Trabalhista Federal (BAG) deu provimento a um recurso de revisão interposto por ex-empregados da reclamante, condenando a reclamante ao pagamento de certas verbas rescisórias, fundamentadas na ilegalidade do uso do meio de disputa coletiva da dispensa. O BAG considerou sobretudo desproporcional o uso desse instrumento, que, em tese, seria legítimo para garantir a autonomia coletiva junto à celebração de acordos coletivos, porque apenas 4.300 empregados do setor aderiram à greve parcial, comprometendo muito menos a produção do que a dispensa dos 130.000 empregados.

Em sua Reclamação Constitucional, a reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 2 I c.c. Art. 20 II e III, Art. 3 I, Art. 5 I 2, Art. 9 III, Art. 14 I 1 e Art. 109 II GG. O TCF não admitiu a Reclamação Constitucional em face do Art. 109 II GG, por não ser esse nem um direito fundamental nem um “direito igual a direito fundamental”. De resto, admitiu a Reclamação Constitucional, reconhecendo, entretanto, uma intervenção só na área de proteção do Art. 9 III GG, o que significa que o meio utilizado da dispensa faz parte da área de proteção do Art. 9 III GG. Porém, considerou a intervenção justificada (partindo da falta de proporcionalidade da medida adotada associação profissional dos empregadores!) e, por conseguinte, julgou improcedente a Reclamação Constitucional.

1. A liberdade de associação profissional (Art. 9 III GG) vale para empregados e empregadores. Ela protege também as associações profissionais em sua existência e sua atuação em prol da salvaguarda e fomento das condições de trabalho e econômicas. Quando a consecução da finalidade da associação profissional depender do emprego de determinados meios, estes também serão abrangidos pela proteção do direito fundamental.
2. Também os instrumentos da disputa entre capital e trabalho [*Arbeitskampfmassnahmen* - próprios de ambas as partes, n. org] orientados à celebração

de convenções coletivas de trabalho constituem-se em meios protegidos pelo Art. 9 III GG. Estes serão abrangidos pela liberdade de associação profissional na medida de sua necessidade geral para o asseguramento da autonomia junto a convenções coletivas do trabalho [autonomia privada coletiva]. A proteção compreende, em todo caso, sob certas circunstâncias, dispensas de empregados com efeito suspensivo [da relação trabalhista] que sirvam à produção da paridade negocial, como resistência contra greve parcial ou de [toda uma] categoria (*Schwerpunktstreik*).

3. A liberdade de associação profissional pode ser limitada para a proteção de direitos fundamentais de terceiros e de outros direitos dotados de dignidade constitucional. Além disso, ela necessita de configuração pela ordem jurídica naqueles casos onde o relacionamento das partes da convenção coletiva for atingido.

4. Uma limitação dos instrumentos da disputa entre capital e trabalho que tenham como fim a produção de um equilíbrio negocial junto a discussões em torno das cláusulas da convenção coletiva do trabalho (paridade negocial) é compatível com o Art. 9 III GG. Dispensas do trabalho [com efeito suspensivo da relação trabalhista] usadas na resistência contra greves limitadas parciais ou de toda uma categoria podem, portanto, ser restringidas segundo aspectos da proporcionalidade.

5. O Tribunal Trabalhista Federal não violou a Constituição (Art. 9 III, Art. 20 III GG), porque desenvolveu os princípios decisórios do direito processual trabalhista, sem que tenha se apoiado em um sistema legal de regras.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 26 de junho de 1991

– 1 BvR779/85 –

(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional dirige-se contra a decisão do Tribunal Trabalhista Federal que julgou ilegal a decisão de dispensa de empregados tomada por entidades representativas da classe dos empregadores participantes da disputa trabalhista coletiva (*Arbeitskampf*), decisão esta que fora seguida [executada] pela reclamante.

I. – IV. (...)

B. (...)

C.

A Reclamação Constitucional é improcedente. (...).

I.

O Art. 9 III GG não foi violado. A decisão impugnada intervém de fato na liberdade de associação profissional da reclamante. A intervenção, contudo, é compatível com a Constituição.

1. a) (...).

Consoante o Art. 9 III GG, a liberdade de associação profissional vale para todas as pessoas e profissões. Embora historicamente circunscrita aos empregados e por eles conquistada, ela não é formulada como um direito fundamental dos empregados, mas também assiste igualmente aos empregadores. Nesse sentido, a *Grundgesetz* encontra-se na esteira das regras da Constituição de *Weimar* (Art. 165). O direito fundamental também não se limita à liberdade do indivíduo de fundar uma associação, de a ela associar-se, dela permanecer distante ou retirar-se. Pelo contrário, ele protege também a própria associação profissional, em sua existência, sua configuração organizacional e sua atuação, contanto que esta consista exatamente na salvaguarda e fomento das condições de trabalho e econômicas. Ainda que isso não esteja, em oposição à Constituição de *Weimar*, expressamente disposto, [a proteção da associação profissional em si] deriva da entrada do propósito da associação na área de proteção do direito fundamental (cf. BVerfGE 4, 96 [101 s.]; 50, 290 [367]).

Um propósito essencial das associações profissionais protegidas pelo Art. 9 III GG é a celebração de convenções coletivas do trabalho. Nesse ponto, segundo a vontade da *Grundgesetz*, as associações devem ser livres (cf. BVerfGE 44, 322 [341] com outras referências; 50, 290 [367]). A escolha do meio por elas considerado adequado para a consecução desse propósito é deixada, por princípio, às associações profissionais pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 18, 18 [29 *et seq.*]; 50, 290 [368]). Quando a consecução do propósito da associação depender do emprego de meio determinado, então tal meio também será englobado pela proteção do direito fundamental.

Também os instrumentos da disputa entre capital e trabalho orientados à celebração de convenções coletivas de trabalho constituem-se em meios protegidos pelo Art. 9 III GG. Esses serão abrangidos pela liberdade de associação profissional, na medida de sua necessidade geral para o asseguramento da autonomia junto a convenções coletivas do trabalho. Neste sentido também dispõe o Art. 9 III 3 GG. Se a dispensa [com efeito suspensivo da relação trabalhista] faz ou não parte dos meios protegidos de disputa, o Tribunal Constitucional Federal, bem como igualmente o Tribunal Federal do Trabalho – também na decisão atacada – até agora deixou em aberto (cf. BVerfGE 38, 386 [394]; BAGE 48, 195 [203]). O Tribunal Federal do Trabalho, no entanto, considera a dispensa como defesa com efeito suspensivo, enquanto reação a greves parciais, diante das circunstâncias econômicas [hoje] existentes, como um meio imprescindível à manutenção de uma efetiva autonomia junto às convenções coletivas. Isso não pode ser objetado constitucionalmente.

A questão sobre em que extensão a dispensa é, em geral, protegida não necessita, constitucionalmente falando, de uma decisão definitiva. A proteção compreende em todo caso dispensas do tipo aqui controverso, as quais são utilizadas, com efeito suspensivo, na defesa contra greves parciais ou de categorias, para a produção de paridade na negociação. Tais dispensas nem sempre comprometem a consecução da paridade negocial intencionada pelo reconhecimento do direito de greve novamente às custas dos empregados. Sob que pressupostos e em que abrangência pode uma associação profissional empregar esse meio protegido constitucionalmente não é, assim como na greve, uma questão da área de proteção, mas de conformação do direito fundamental pela ordem jurídica.

b) (...).

c) A decisão impugnada limita a possibilidade da reclamante de participar, como reação a uma greve parcial dos sindicatos, da realização de uma dispensa defensiva com efeito de suspensão [das relações trabalhistas envolvidas]. Nesse ponto, há uma limitação à sua liberdade protegida pelo Art. 9 III GG, de atuar de acordo com [as diretrizes da] associação profissional. Essa limitação, contudo, não pode ser contestada do ponto de vista constitucional.

2. O Tribunal Trabalhista Federal não violou a liberdade de associação da reclamante ao ter ele mesmo desenvolvido os princípios decisórios, sem poder amparar-se em um sistema legal de regras.

a) O Tribunal Trabalhista Federal não estava impedido de proceder ao limite jurídico do direito de dispensa da reclamante, porquanto isso só seria tarefa do legislador. A teoria desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, segundo a qual o próprio legislador deve tomar todas as decisões essenciais em áreas normativas básicas (teoria da essencialidade, cf. BVerfGE 49, 89 [126 s.] com outras referências) vale para a relação entre Estado e cidadãos. Em face de intervenções na esfera de liberdade relativa a direitos fundamentais, o Estado sujeita-se à reserva da lei. Ele somente pode agir em áreas amplas se for autorizado para tanto por uma lei promulgada pelo parlamento. O alcance desse princípio é determinado mais concretamente pela jurisprudência sobre a teoria da essencialidade.

No caso em pauta, trata-se, contudo, da relação de titulares de direito fundamental que se encontram no mesmo patamar. De fato, asseverou o Tribunal Constitucional Federal várias vezes que é “tarefa do legislador” conformar mais pormenorizadamente a liberdade de associação profissional (BVerfGE 50, 290 [368 s.]; 57, 220 [245 *et seq.*]; crítico em relação ao dever de regulamentação: *Jörn Ipsen*, DVBI, 1984, S. 1102 [1105]). Disso não decorrem, entretanto, conseqüências para a decisão de lides entre associações profissionais. Os tribunais devem, quando os dados legais forem insuficientes, derivar o direito material a partir dos métodos reconhecidos de interpretação jurídica, que são paradigmáticos para a presente relação jurídica. Isso também vale para a situação na qual uma regulamentação legal, em virtude da presença de um dever de tutela estatal (*Schutzpflicht*) constitucional, seria necessária (cf. BVerfGE 81, 242 [256]). Apenas assim podem os tribunais cumprir o dever a eles imposto pela *Grundgesetz*, de decidir com coerência cada litígio trazido à sua apreciação.

b) – c) (...).

3. A decisão impugnada também não conflita, em seu conteúdo, com o Art. 9 III GG.

a) O direito fundamental de liberdade de associação profissional é garantido sem reserva legal. Mas isso não significa que toda limitação seja *ab initio* impossível. Uma limitação pode ser justificada a partir de direitos fundamentais de terceiros e por outros direitos dotados de dignidade constitucional (cf. p. ex. BVerfGE 28, 243 [260 *et seq.*]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 f.]; jurisprudência consolidada). Além disso, a liberdade de associação profissional necessita de conformação pela ordem jurídica, naqueles casos onde o

relacionamento das partes da convenção coletiva for atingido; ambas usufruem da proteção do Art. 9 III GG. Não é necessário aprofundar sobre se o legislador tem competências de regulação que se estendem para a proteção de outros bens jurídicos (cf. BVerfGE 28, 295 [306]). As limitações ao direito de dispensar previstas na decisão impugnada podem ser justificadas já com a proteção dos direitos fundamentais opostos dos trabalhadores e das suas organizações, a partir do Art. 9 III GG.

O caso não enseja a determinação concreta dos limites de um intocável “núcleo” da liberdade de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 s.]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Certamente faz parte do referido núcleo a faculdade de negociação de ambos os oponentes, e assim também dos empregadores, junto a discussões de convenções coletivas de trabalho. Não obstante, essa foi tão pouco questionada pela decisão impugnada quanto também não o fora sua faculdade de promoção de uma disputa trabalhista eficaz. A limitação de seu direito de dispensar imposta à reclamante não viola nem o conteúdo essencial da liberdade de associação profissional (Art. 19 II GG), nem intervém no direito fundamental de maneira desproporcional (cf. BVerfGE 55, 159 [165]).

b) Na medida em que o próprio Tribunal Trabalhista Federal desenvolveu os critérios pelos quais ele mediu os conflituosos instrumentos de disputa trabalhista, resta ao Tribunal Constitucional Federal examinar se o legislador também poderia ter promulgado tais critérios sem violação de direitos fundamentais da reclamante (cf. BVerfGE 59, 231 [256 s.]). Esse limite é respeitado, se a faculdade de negociação dos empregadores nas discussões de convenções coletivas do trabalho, incluindo a capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, permanecer protegida, e sua atuação, pautada em decisão da associação profissional, não for mais limitada do que exige a proteção de direitos fundamentais conflitantes dos empregados. Com base nesse critério, a decisão atacada é aprovada no exame de constitucionalidade.

aa) Não se pode afastar por [suposto] vício constitucional a concepção fundamental do Tribunal Trabalhista Federal segundo a qual instrumentos de disputa trabalhista serviriam à consecução de um balanceamento de forças de negociação nas discussões de acordos coletivos de trabalho (paridade de negociação), devendo ser mensuradas segundo esse propósito. Por esse princípio, limita-se o emprego de instrumentos de disputa trabalhista tão somente na medida em que, por meio deles, não deva surgir preponderância [de um dos lados] nas negociações dos acordos coletivos.

Uma tal limitação é compatível com o Art. 9 III GG. A autonomia de acordos coletivos [autonomia privada coletiva] é aplicada para contrabalançar a hipossuficiência estrutural dos trabalhadores individuais na celebração de contratos de trabalho por meio de ação coletiva e, assim, possibilitar uma negociação o mais balanceada possível dos salários e das condições de trabalho. Toda vez que disputas trabalhistas conduzirem a um desbalanceamento, a capacidade funcional da autonomia dos acordos coletivos [autonomia privada coletiva] será afetada.

Os questionamentos levantados pela reclamante contra o princípio da paridade de negociação não convencem. A faculdade dos empregadores de conduzirem uma disputa trabalhista eficaz não pode ser prejudicada por um ordenamento da disputa trabalhista que se oriente pelo fim da consecução de uma paridade de negociação das partes do acordo coletivo. Contanto que os empregadores não sejam impedidos de se valerem dos meios de disputa necessários para a consecução dessa paridade, a liberdade de associação profissional não é violada. Essa liberdade pode ser configurada de tal sorte que uma preponderância negocial, na medida do possível, seja evitada. O Art. 9 III GG não garante a faculdade ilimitada de uso de todas as formas imagináveis de disputa.

(...).

bb) – dd) (...).

c) (...). A decisão pela dispensa atingiu cerca de 130.000 empregados contra cerca de 4.300 grevistas. Assim, a relação algébrica corresponde a aproximadamente 30 a 1. Por dia de utilização do meio de disputa promovida pelos empregadores teria se perdido mais do que duas vezes e meia de dias de trabalho em razão da dispensa do que até então ocorrera em duas semanas de greves do [promovidas pelo] sindicato. O Tribunal Trabalhista Federal pôde se valer desse dado para classificar a decisão pela dispensa como antijurídica, sem que, por essa avaliação, a atuação coerente da reclamante com a sua associação profissional fosse limitada de forma desproporcional.

II. (...)

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*

69. BVERFGE 92, 365
(KURZARBEITERGELD)

Controle abstrato / Reclamação Constitucional contra ato
normativo

04/04/1995

MATÉRIA:

Os governos dos Estados-membros *Nordrhein-Westfalen*, *Saarland* e das cidades-Estados *Hamburg* e *Bremen* (também unidades da federação igualmente como os *Länder* ou Estados-membros), juntamente com o membro da Câmara Federal, Dr. *Hans-Jochen Vogel* e mais 201 outros membros, propuseram o controle abstrato em face do novo § 116 III 1 da Lei de Fomento ao Trabalho (*Arbeitsförderungsgesetz* - AFG). Também o sindicato da indústria metalúrgica propôs uma Reclamação Constitucional diretamente contra o mesmo dispositivo, alegando violação de seu direito fundamental decorrente do Art. 9 III GG. Pelo novo dispositivo do § 116 III 1 AFG, o Instituto Federal para o Trabalho - um órgão da Administração pública direta, competente entre outras coisas para o pagamento do seguro desemprego, ajuda ao desempregado, consultoria trabalhista e também o pagamento de **salário por jornada parcial** (*Kurzarbeitergeld*) que, além da base contratual, pode ser unilateralmente imposta pelo empregador como medida para se evitar demissões em massa - poderia suspender o pagamento do *Kurzarbeitergeld* também naquelas regiões não atingidas pela greve.

O TCF decidiu por *Urteil* que o novo § 116 III 1 da Lei de Fomento não viola a *Grundgesetz*, julgando improcedente a Reclamação Constitucional proposta pela associação sindical.

1. O § 116 III 1 da lei de fomento ao trabalho (*Arbeitsförderungsgesetz*) é compatível com a *Grundgesetz*. Se surgirem, em consequência dessa regulamentação, desigualdades estruturais das partes da convenção coletiva do trabalho que não mais permitam uma negociação balanceada das condições de trabalho e econômicas e que não possam ser compensadas pela jurisprudência, o legislador deve tomar medidas para a proteção da autonomia nas convenções coletivas de trabalho.

2. O direito fundamental da liberdade de associação profissional necessita de conformação pela ordem jurídica quando tiver por objeto a relação entre titulares de interesses conflitantes. Nessa tarefa, cabe ao legislador uma ampla margem de ação [poder discricionário]. Assiste-lhe uma prerrogativa de avaliação sobre se a paridade entre as partes no acordo coletivo de trabalho está sendo comprometida e quais efeitos tem um regulamento na relação de forças.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 4 de julho de 1995
com base na audiência de 4 de abril de 1995
– 1 BvF 2/86 e 1, 2, 3, 4/97 e 1 BvR 1421/86 –
(...)

RAZÕES:

A.

Os pedidos de controle de [constitucionalidade das] normas e a Reclamação Constitucional voltam-se contra a reforma da lei de fomento ao trabalho sobre a garantia de prestações do Instituto Federal para o Trabalho durante uma disputa trabalhista [greve].

I.

1. As prescrições submetidas ao exame regulamentam sob que pressupostos as prestações de substituição salarial (em geral o pagamento de trabalho por jornada parcial) serão pagas, em disputas trabalhistas limitadas regionalmente, aos empregados do mesmo setor em outros distritos das convenções coletivas de trabalho, quando estes, transitoriamente, não estiverem trabalhando em virtude de medidas de disputas trabalhistas. O § 116 III AFG prescreve a suspensão dessas pretensões jurídicas quando, em face de tais empregados, se levantar uma exigência de modo e alcance iguais e o resultado da disputa trabalhista segundo todas as estimativas for adotado em seu distrito (“princípio da participação”). Os parágrafos 5 e 6 contêm regras processuais complementares.

a) Com base na situação jurídica anterior à promulgação da regra ora em exame, pagaram-se, junto a várias disputas trabalhistas das quais a reclamante participou, os salários [correspondentes] de trabalhadores em regime de período parcial

em distritos onde não havia disputas. O legislador vislumbrou aí uma violação da neutralidade do Instituto Federal para o Trabalho nas disputas trabalhistas.

(...).

b) (...).

2. – 4. (...)

II. – V. (...)

B. I. – II. (...)

C.

Os pedidos de Controle de Normas e a Reclamação Constitucional são improcedentes. O regulamento submetido ao exame não viola direito fundamental da reclamante, em todo caso não de sua liberdade de associação profissional e, de resto, é também compatível com a *Grundgesetz*. É o que vale, contudo, parcialmente, somente a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

I.

O Art. 9 III GG não é violado pelo § 116 III 1, nº 2 AFG na redação da Lei de Neutralidade. A regulamentação até atinge a liberdade de associação profissional dos sindicatos. No entanto, ele respeita os limites que são impostos à competência de conformação do legislador em decorrência da Constituição.

1. a) O direito fundamental do Art. 9 III GG é, em primeiro plano, um direito de liberdade. Ele garante ao indivíduo a liberdade de formar associações profissionais para o fomento das condições de trabalho e econômicas e de perseguir coletivamente esse propósito. Os envolvidos devem poder dispor sobre isso de maneira por princípio livre da influência estatal, de forma autônoma e responsável. Com isso se protege, no entanto, também o direito das próprias associações de perseguir, por meio de uma atuação específica e coerente com a associação profissional, os propósitos arrolados no Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 50, 290 [367] com outras referências). A escolha do meio que as associações profissionais consideram adequado para o alcance desse propósito é deixada fundamentalmente a seu critério pelo Art. 9 III GG. O direito fundamental protege, como atuação coerente com a associação profissional, também instrumentos [ou meios] de disputas trabalhistas destinados à celebração de convenções coletivas

de trabalho [i.e. como instrumento de pressão utilizado pouco antes de tais celebrações].

Tais instrumentos são, em todo caso, abrangidos pela liberdade de associação profissional, quando necessários para assegurar a autonomia nos acordos coletivos de trabalho (cf. BVerfGE 84, 212 [224 s.]). Também a greve constitui-se em um tal instrumento (cf. BVerfGE 88, 103 [114]).

b) O direito fundamental de liberdade de associação profissional carece de conformação pelo ordenamento jurídico quando tiver por objeto as relações entre titulares de interesses conflitantes. Ambas as partes na convenção coletiva de trabalho usufruem da proteção do Art. 9 III GG da mesma forma. No entanto, no exercício de tal proteção apresentam-se como oponentes recíprocos. Elas também são protegidas da tomada de influência estatal quando empregam, para a solução de suas diferenças de interesse, armas com efeitos sobre o [respectivo] oponente e a coletividade. Essa proteção demanda regras de coordenação que garantam que as posições jurídicas que se inter-relacionam possam coexistir, apesar de suas diferenças. A possibilidade do emprego de armas trabalhistas pressupõe condições jurídicas gerais que assegurem que o sentido e o propósito desse direito de liberdade, bem como o seu respaldo na ordem constitucional, permaneçam salvaguardados (cf. BVerfGE 88, 103 [115]).

Ao realizar essa conformação, o legislador tem uma ampla margem de ação. A *Grundgesetz* não lhe prescreve como devem ser delimitadas as posições jurídicas de direito fundamental em conflito no caso concreto. Ela também não exige nenhuma otimização das condições da disputa. Em princípio, cabe às próprias partes do acordo coletivo adequar seus instrumentos [armas] de disputa às mutantes circunstâncias, a fim de permanecerem fortes em face do oponente, atingindo-se balanceadas celebrações de convenção coletiva do trabalho. Por outro lado, o legislador também não está impedido de alterar as condições das disputas trabalhistas, seja isso em virtude de bem comum ou para recuperar a paridade perdida (cf. BVerfGE 84, 212 [228 s.]).

c) A margem de ação de conformação do legislador encontra seus limites no conteúdo objetivo do Art. 9 III GG. A autonomia de convenções coletivas do trabalho tem que ser preservada como uma área onde as partes do acordo coletivo possam disciplinar seus interesses de maneira fundamentalmente responsável e sem influência estatal (cf. BVerfGE 50, 290 [367]). Sua capacidade funcional não pode ser ameaçada.

As associações profissionais devem poder cumprir seu propósito reconhecido constitucionalmente de proteger e fomentar as condições de trabalho e econômicas,

especialmente por meio da celebração de convenções coletivas de trabalho. O sistema de convenção coletiva de trabalho tem o intuito de compensar a hipossuficiência estrutural do empregado individual na celebração de contratos de trabalho por meio de uma ação coletiva e, assim, possibilitar uma negociação o mais balanceada possível dos salários e das condições de trabalho. A autonomia da convenção coletiva de trabalho [autonomia privada coletiva] é, por conseguinte, capaz de funcionar somente se houver entre as partes da convenção coletiva um balanceamento aproximado – paridade – de forças (cf. BVerfGE 84, 212 [229]). Será, portanto, incompatível com o Art. 9 III GG uma regulamentação, quando esta tiver como consequência que a capacidade de negociação de uma das partes do acordo coletivo do trabalho, inclusive sua capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, não seja mais protegida para as discussões do acordo, e se sua atuação consoante à [política da] associação profissional for mais limitada do que o necessário para a compensação de ambas as posições jurídicas de direito fundamental (cf. BVerfGE 84, 212 [228 s.]).

Do Art. 9 III GG não se podem depreender parâmetros concretos segundo os quais o balanceamento de forças das partes do acordo coletivo de trabalho pudesse ser avaliado (...).

(...).

d) Na avaliação da questão sobre se a regulamentação retira dos sindicatos a capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, deve-se partir da avaliação feita pelo legislador. As forças de disputa de uma associação de empregados depende de uma quantidade praticamente não mais apreensível de fatores, cujos efeitos são difíceis de serem estimados. Nem tão reconhecíveis são, além disso, as possibilidades que estariam à disposição de um sindicato de se adequar a circunstâncias modificadas, por meio de tipos especiais de condução da disputa trabalhista. Em uma tal situação, o legislador tem a responsabilidade política de realizar uma apreensão e avaliação corretas dos fatores decisivos. O Tribunal Constitucional Federal não pode substituí-lo [o diagnóstico da situação feito pelo legislador] por sua própria estimativa. A fronteira para a inconstitucionalidade será, então, somente ultrapassada se restar claramente reconhecível que ele apresentou uma estimativa errada ou que a medida atacada *ab initio* levou à turbação de um então existente balanceamento de forças ou tornou uma disparidade ainda mais forte.

e) Uma estimativa da qual o legislador parte, primeiramente sem hesitar, para a regulamentação relevante de disputa trabalhista, pode revelar-se incorreta posteriormente. Presunções originais plausíveis podem restar refutadas pelos acontecimentos seguintes,

expectativas inteiramente fundamentadas podem ser frustradas em face de complexos efeitos. Destarte, pode haver, a despeito de uma regulamentação inicialmente permitida constitucionalmente, um comprometimento duradouro da capacidade funcional da autonomia das convenções coletivas de trabalho. Esse desenvolvimento necessita de uma correção, na medida em que revela a ocorrência de disparidades estruturais que não mais permitem uma negociação balanceada das condições de trabalho e econômicas, e que não podem ser compensadas em vista dos limites da jurisprudência. O legislador é obrigado, então, a tomar medidas em prol da proteção da liberdade de associação profissional (cf. BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]).

2. A regulamentação impugnada, quando avaliada a partir dos parâmetros expostos, passa no exame de constitucionalidade.

a) O princípio de regulamentação adotado pelo legislador está em conformidade com o Art. 9 III GG.

Ele chegou a essa regulamentação porque acreditou que, com o pagamento da verba de trabalho em período parcial, se interviria nas disputas trabalhistas em favor dos sindicatos, aumentando com isso sua força de disputa de forma inadmissível. A neutralidade do Instituto Federal para o Trabalho seria vulnerada pelo pagamento da [referida] verba aos empregados de fora do distrito onde se dá a disputa trabalhista, se estes fossem participar, segundo todos prognósticos, do resultado [positivo] da disputa trabalhista. A nova regulamentação parte do princípio de que o risco da inadimplência do salário em disputas trabalhistas deve ser suportado por aqueles empregados que, pessoalmente, não participaram da disputa trabalhista, mas que são, (quase) da mesma forma, interessados no sucesso dos empregados em greve, porque o sucesso presumivelmente também os favorece.

Isso não revela quaisquer problemas constitucionais. A participação é um critério evidente para a transferência do risco de inadimplência do salário do seguro-desemprego para os trabalhadores, cujos interesses estão em acordo, em grande parte, com os de seus colegas envolvidos diretamente na disputa trabalhista. É plausível utilizar esta concordância de interesses como fundamento da suspensão do salário de trabalhadores em período parcial.

b) Tendo em vista os fatos ocorridos, o legislador partiu da presunção de que seria facilmente possível à reclamante, em virtude da grande interdependência da produção na indústria metalúrgica, desencadear, por meio de greves em um único

distrito da convenção coletiva de trabalho, um processo de comprometimento duradouro da produção em outros distritos.

Essa presunção não foi questionada pela reclamante, sendo, além disso, comprovada pela disputa trabalhista de 1984. Por meio desse modo de condução de disputa, exerce-se forte pressão no lado dos empregadores. Os empregadores que são afetados pelos efeitos remotos e suas associações regionais tentarão fazer com que os empregadores diretamente atingidos pela disputa e suas organizações cedam [às pressões do sindicato], na medida em que eles estão expostos aos encargos econômicos derivados das suspensões da produção. Suficientemente plausível é, igualmente, a presunção de que seria enfraquecida a pressão interna sobre o sindicato, realizada por aqueles empregados que sofreram a “dispensa fria” [consubstanciada] no pagamento do salário do trabalho em período parcial [neutralizando assim o instrumento de disputa trabalhista coletiva dos empregadores e comprometendo a paridade em favor dos sindicatos].

c) Não se pode contestar a estimativa de avaliação do legislador de que, na formulação mais antiga do § 116 AFG, na interpretação feita pelos tribunais previdenciários em face do risco salarial, teria ocorrido uma suspensão da paridade. O legislador chega a avaliações deste tipo de casos complexos coerentemente com a sua responsabilidade política de proteção do bem comum.

Não há elementos suficientes de que a capacidade funcional da autonomia da convenção coletiva de trabalho esteja sendo afetada pela regulamentação em exame de forma a justificar os questionamentos constitucionais da reclamante e dos autores [dos pedidos de controle normativo].

aa) – bb) (...).

cc) (...).

Assim, é incerto, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, se a regulamentação impugnada conduzirá, em futuras disputas trabalhistas, a uma tal disparidade de forças na disputa entre as partes da convenção coletiva de trabalho, apta a tornar impossível negociações de base o mais balanceada possível. Se isso ocorrer, o legislador seria obrigado a tomar as devidas medidas para a proteção da autonomia na convenção coletiva de trabalho. Enquanto isso não ocorre, permanece como tarefa dos tribunais interpretar e aplicar as regras vigentes à luz do Art. 9 III GG.

II. – VI. (...)

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*

§ 18.

Sigilo da correspondência, postal e da comunicação telefônica (Art. 10 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 10 (Sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação)

(1) O sigilo da correspondência, assim como o sigilo postal e da telecomunicação, são invioláveis.

(2) ¹Limitações só podem ser estabelecidas com base em uma lei. ²Se a limitação tiver por escopo a proteção da ordem fundamental livre e democrática ou a segurança da União ou de um Estado-membro, a lei pode determinar que a limitação não seja comunicada ao atingido e que, no lugar da via judiciária, o controle seja feito por órgãos principais e órgãos auxiliares constituídos pela representação popular.

**

§ 19.

Liberdade de locomoção domiciliar

(Art. 11 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 11 (Liberdade de locomoção domiciliar)

(1) Todos os alemães gozam da liberdade de locomoção domiciliar em todo o território nacional.

(2) Este direito somente pode ser limitado por lei ou com base em uma lei, e apenas nos casos onde haja falta de meios de subsistência suficientes e dela possam surgir encargos especiais para a coletividade, ou no qual a limitação seja necessária para a defesa perante um perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da União ou de um Estado-membro, para o combate ao risco de epidemias, catástrofes naturais ou acidentes particularmente graves, para a proteção de menores contra seu abandono ou em prol da prevenção de delitos.

**

§ 20.

Liberdade profissional

(Art. 12 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 12 (Liberdade profissional)

(1) Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em uma lei.

(2) Ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, exceto no contexto de uma prestação de serviço tradicional, geral e igual para todos.

(3) O trabalho obrigatório somente pode ser admitido junto a uma privação de liberdade ordenada judicialmente.

70. BVERFGGE 7, 377

(APOTHEKENURTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

11/06/1958

MATÉRIA:

O reclamante era, desde 1940, farmacêutico formado. Em 1956, requereu o alvará de funcionamento para a abertura de uma farmácia em uma pequena localidade chamada *Traunreut*, na alta Baviera. O pedido foi indeferido com base em uma lei bávara para o setor farmacêutico (BayApothekenG). Além de a lei em geral pressupor a formação completa

com a conclusão *Aprobation*, a cidadania alemã, uma certa experiência profissional, além de qualidades subjetivas (confiabilidade e aptidão), o Art. 3 I ApothekenG fazia a outorga da permissão para funcionamento depender de dois fatores objetivos: necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo (própria base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região). Sobretudo esse último fator objetivo, levava a autoridade competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região. Na base do pensamento do legislador estava a idéia de que a oferta de medicamentos não poderia seguir as regras de mercado e que a proteção da livre concorrência deveria sofrer alguns reparos, tendo em vista a salvaguarda, entre outros, da qualidade dos medicamentos e da parcimônia da oferta com a conseqüente vedação da publicidade, que poderiam levar ao abuso e, por conseguinte, ao comprometimento da saúde pública.

Assim, concretamente a autoridade competente fundamentou sua decisão de indeferir o pedido de alvará com o fato de que as farmácias já existentes na comunidade seriam plenamente suficientes para o atendimento da população, não podendo o estabelecimento de uma nova farmácia ser considerado como sendo do interesse público (Art. 3 I, a) ApothekenG). No mais, a base econômica da nova farmácia não estava assegurada e a base econômica das já estabelecidas restariam ameaçadas com a vinda ao mercado de uma nova farmácia (Art. 3 I, b) ApothekenG).

A Reclamação Constitucional impugnou diretamente o ato administrativo consubstanciado em um comunicado de indeferimento, e indiretamente o Art. 3 I ApothekenG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente e declarou o Art. 3 I ApothekenG nulo.

1. No Art. 12 I GG não se proclama a liberdade industrial como um princípio objetivo da ordem econômica e social, mas se garante ao indivíduo o direito fundamental a desempenhar qualquer atividade lícita como profissão, mesmo que ela não corresponda a um “tipo de profissão”, entendida como tal aquela assim tradicional ou juridicamente definida.

2. O conceito “profissão” no art 12 I GG abrange, fundamentalmente, também as profissões que têm como conteúdo atividades reservadas ao Estado, assim como as profissões que tenham um “vínculo estatal”. Todavia, o Art. 33 GG constitui e possibilita regras especiais para as profissões próprias do “serviço público”.

3. Se uma atividade puder ser exercida de forma subordinada ou autônoma e ambas as formas do exercício tiverem cada qual sua própria importância social, então a escolha por uma ou outra forma é também uma escolha na acepção do Art. 12 I GG.

4. O conteúdo e abrangência da competência regulamentar do legislador segundo o Art. 12 I 2 GG podem ser ampla e razoavelmente estabelecidos já a partir de uma interpretação que considere o sentido e o significado do direito fundamental na vida social. Não se faz necessário o recurso à limitação do conteúdo essencial (Art. 19 II GG).

5. A competência regulamentar segundo o Art. 12 I GG alcança o exercício e a escolha profissional, não o fazendo, entretanto, com a mesma intensidade nos dois casos. Tal competência existe em função do exercício profissional e, em todo caso, só pode, sob o prisma do exercício³¹², implicar também na intervenção na liberdade de escolha profissional. No que tange ao conteúdo, ela é tão mais livre quanto mais for uma pura regra do exercício, e tão mais limitada quanto mais tocar na escolha profissional.

6. O direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo, a reserva regulamentar deve assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos. Da necessidade de se fazer jus às duas exigências resulta para o legislador um mandamento de diferenciação, segundo os critérios abaixo elencados:

- a) A liberdade do exercício profissional pode ser limitada se argumentos racionais em prol do bem comum mostrarem que tal limitação é, nesse sentido, adequada. A proteção do direito fundamental limita-se à resistência contra exigências demasiado pesadas e, por isso, inexigíveis e em si inconstitucionais.
- b) A liberdade da escolha profissional somente pode ser limitada se a proteção de bens jurídicos coletivos muito importantes o exigir inexoravelmente. Em sendo uma tal intervenção inevitável, o legislador sempre deverá escolher aquela forma de intervenção que limitar o mínimo possível o direito fundamental atingido.

³¹² E não da escolha!

- c) Em se intervindo na liberdade da escolha profissional por meio da fixação de determinados pressupostos para a admissão na profissão, deve-se distinguir entre pressupostos subjetivos e objetivos: para os pressupostos subjetivos (sobretudo preparação e formação) vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que eles não podem ser desproporcionais em face do propósito perseguido, do cumprimento regular da atividade profissional. A prova da necessidade de pressupostos objetivos de admissão deve ser submetida a um exame especialmente rígido. Em geral, pode-se justificar tal medida estatal (fixação de critérios objetivos de ingresso em certas profissões, n. org.) somente com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes.
- d) Atos normativos segundo o Art. 12 I 2 GG precisam sempre ser estatuidos no “degrau” onde a intervenção na liberdade da escolha profissional for a mais sutil possível. O legislador somente poderá subir ao próximo “degrau” se puder ser demonstrado, que, com elevado grau de probabilidade, os perigos temidos não poderão ser efetivamente combatidos com os meios (constitucionais) do degrau imediatamente inferior.

7. O Tribunal Constitucional Federal deve examinar se o legislador observou os limites aqui verificados de sua competência regulamentar. Em sendo a livre escolha profissional limitada por meio de pressupostos objetivos de admissibilidade, o Tribunal Constitucional Federal poderá também examinar se justamente essa intervenção é necessariamente obrigatória para a proteção de um bem jurídico coletivo muito relevante.

8. Na área do direito farmacêutico, a situação constitucional atual corresponde só à liberdade de estabelecimento, entendida como tal a falta de limitações objetivas para a sua permissão.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de
11 de junho de 1958
– 1 BvR 596/56 –

Nos autos do processo relativo à Reclamação Constitucional do farmacêutico *Karl-Heinz R.* contra as notificações do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 – N° II/11-5090/114 e de 12 de junho de 1957 – N° II/11-5090/121.

Dispositivo da decisão:

As notificações do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 – N° II/11-5090/114 – e de 12 de junho de 1957 – N° II/11-5090/121 – violam o direito fundamental do reclamante do Art. 12 I GG e estão revogadas.

O Art. 3 I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952 (GVBl. p. 181) na redação da lei de 10 de dezembro de 1955 (GBVL, p. 267) é nulo.

RAZÕES:**A.**

1. O reclamante é farmacêutico formado desde 1940. Depois de seu retorno da guerra foi primeiramente administrador na Zona de Ocupação Soviética e depois arrendatário oficial de uma farmácia. No ano de 1955, ele deixou essa Zona e foi trabalhar como empregado de uma farmácia em *Traunstein*. Em julho de 1956, requereu junto ao Governo da Alta Baviera um alvará para a abertura de uma farmácia em *Traunreut*.

O pedido do reclamante foi indeferido com base no Art. 3 I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952 em sua redação de 10 de dezembro de 1955 (GBVL, p. 267), [a seguir denominada simplesmente “ApothekenG”] por meio de uma notificação datada de 29 de novembro de 1956. Seu recurso administrativo de 12 de junho de 1957 foi julgado improcedente.

2. Segundo a ApothekenG, precisa de uma permissão todo aquele que quiser constituir uma nova farmácia ou adquirir uma já existente (Art. 1 I). Condição para a concessão da permissão é a formação específica (*Approbation*). No mais, o candidato deve ser alemão na acepção do Art. 116 da *Grundgesetz* e já ter atuado por um determinado tempo como farmacêutico profissional. Por fim, ele deve cumprir certos requisitos tocantes à sua confiabilidade e aptidão pessoais.

Para o estabelecimento de uma nova farmácia, derivam-se mais condições do Art. 3 I da (referida) lei. Segundo o teor do dispositivo em pauta:

“(1) Para uma nova farmácia estabelecer-se, a permissão só será concedida se:

- a) O estabelecimento da farmácia corresponder ao interesse público da garantia do fornecimento de medicamentos para a população e
- b) Restar comprovado que sua base econômica está garantida e que por meio dela a base econômica das farmácias próximas não será a tal ponto comprometida que os

pressupostos para um funcionamento regular não possam mais ser garantidos.

Para a permissão, pode-se estabelecer a condição de a farmácia ter que se estabelecer num determinado local para o atendimento do interesse do fornecimento geograficamente bem distribuído de medicamentos.”

3. A notificação do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 fundamenta o indeferimento do pedido do reclamante tanto com base no Art. 3 I ,a’ como no Art. 3 I ,b’ da ApothekenG:

O estabelecimento da farmácia em pauta não corresponderia ao interesse público. Em *Traunreut* existiriam aproximadamente 6000 pessoas a serem supridas com medicamentos. Para fazê-lo, seria plenamente suficiente uma farmácia já existente. Considerando-se o cuidado com a saúde pública, outras farmácias só poderiam ser admitidas onde uma área maior tivesse que ser suprida. Farmácias constituídas sobre maus pressupostos econômicos tenderiam, segundo a experiência, a vender medicamentos sem receita médica e agiriam, junto à venda de medicamentos psicotrópicos, com uma condescendência não permitida sob aspectos legais.

Além disso, a base econômica da nova farmácia não restaria garantida, vez em que um número mínimo de 7 a 8 mil habitantes por farmácia deveria ser visto como necessário para a garantia do funcionamento empresarial de uma farmácia. Os requerentes deveriam ser, tendo em vista seus próprios interesses, prevenidos contra o estabelecimento de uma farmácia sem possibilidades econômicas de sobrevivência.

Por fim, a base econômica das farmácias já existentes restaria tão comprometida pelo estabelecimento da nova farmácia, que os pressupostos para um funcionamento empresarial regular delas não estariam mais garantidos. É o que se poderia concluir a partir dos números dos resultados financeiros das farmácias existentes fornecidos pelo Ministério da Fazenda. A experiência demonstraria que a permissão de uma nova farmácia diminuiria as vendas das demais em até 40%.

(...).

4. – 6. (...).

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida.

O reclamante se volta contra atos administrativos do Governo da Alta Baviera com fundamento na argüição da nulidade da norma que os embasou, o Art. 3 I ApothekenG. A Administração teria, portanto, obstado sem fundamento legal a sua

livre escolha profissional e com isso violado o seu direito fundamental decorrente do Art. 12 I e Art. 2 I GG.

Deve-se examinar a seguir se o Art. 3 I ApothekenG é condizente com a *Grundgesetz*. Se esse não for o caso, então os atos administrativos violam o Art. 12 I GG; a norma deve ser declarada nula (§ 95 III BVerfGG). No caso da validade da norma, restaria a perscrutar se ela fora interpretada constitucionalmente ou se sua aplicação viola o direitos fundamentais.

II.

A Reclamação Constitucional deveria ser julgada procedente sem o exame da constitucionalidade material do Art. 3 I ApothekenG na sua redação dada pela lei de 10 de dezembro de 1955, se o legislador estadual bávaro não fosse competente para promulgá-la. (...).

O direito de estabelecimento de farmácias pertence à competência legislativa concorrente da União segundo o Art. 74, nº 11 GG (BVerfGE 5, 25). (...).

A verificação da nulidade tem efeito *ex tunc*. Para a distribuição da competência legislativa entre a União e os Estados-membros isso significa que uma lei federal declarada nula não pode deflagrar o efeito obstativo do Art. 72 I GG. Por isso, a lei [federal] sobre a limitação ao estabelecimento de novas farmácias não afastou a competência legislativa dos Estados-membros, de tal sorte que o legislador bávaro estava autorizado a promulgar a lei derogatória de 10 de dezembro de 1955.

III.

O Art. 3 ApothekenG precisa ser analisado à luz da concepção geral da lei. Esta, por sua vez, só pode ser entendida a partir do desenvolvimento histórico do direito farmacêutico.

1. O farmacêutico como proprietário de uma “oficina”, na qual ele – se for o caso, auxiliado por empregados, em face de cujas atividades também é responsável – prepara com as próprias mãos os medicamentos e os vende, surge já na Alta Idade Média como uma profissão autônoma, ou seja, distinta especificamente da profissão do médico. O Kaiser *Frederico II* fixou no terceiro livro do *Liber Augustalis*, em meados

do século XIII, que os medicamentos não deveriam ser produzidos por médicos, mas pelos farmacêuticos. Estes deveriam:

“produzir os medicamentos às suas expensas, sob a fiscalização dos médicos e segundo o mandamento da Constituição, e não ser admitidos para a direção de farmácias até que tivessem prestado o juramento de que teriam produzido todos os seus medicamentos sem dolo, segundo o mandamento citado.” (cf. *Wolfgang-Hagen Hein*. Die Medizinalgesetze Friedrichs II. in einer illuminierten Handschrift der Vatikanischen Bibliothek [As leis medicinais de Frederico II. em um manuscrito iluminado da biblioteca do Vaticano], in: *PharmZtg*, p. 1016 *et seq.*, 1957).

A *entrega* de medicamentos foi, desde o início, uma atividade natural, conseqüente ou correlata do farmacêutico, que não retirava, enquanto comerciante, os medicamentos de um estoque existente, mas os produzia artesanalmente e entregava-os segundo os pedidos feitos pela população. Os preços dos medicamentos eram, já nestes primórdios [da profissão], fixados oficialmente, porque os farmacêuticos gozavam de uma espécie de monopólio sobre a produção de medicamentos por causa de seus privilégios estatais ou locais (cf. *Urdang-Dieckmann*. Einführung in die Geschichte der deutschen Pharmazie, p. 59 *et seq.*, 1954). A citada legislação de *Frederico II* já continha tais fixações de preços dos medicamentos. Por outro lado, tendo em vista o fato de nem todos poderem tirar o seu sustento tão somente da produção de medicamentos, os farmacêuticos eram autorizados a vender outras mercadorias, sendo, inclusive, o comércio de tais mercadorias proibido aos demais comerciantes para a garantia do sustento dos farmacêuticos. Tais mercadorias eram, p. ex., o açúcar, os temperos, as bebidas alcoólicas, o vinho, o tabaco, o café e o chocolate. Há de se destacar que tal reserva comercial a favor dos farmacêuticos não valia em face do fundamento de que alguns destes artigos eram também utilizados com fins medicinais, mas perseguia o propósito de “garantir aos farmacêuticos o seu sustento” (*Urdang-Dieckmann*, *op. cit.*, p. 64). Somente por volta do final do séc. XVII, os “direitos de monopólio” foram cada vez mais reduzidos aos produtos medicinais propriamente ditos (...).

(...).

2. O princípio da liberdade industrial, que, como conseqüência da transformação político-social do início do séc. XIX, lentamente se impôs em todos os Estados alemães,

não atingiu a profissão do farmacêutico. Em face do potencial de risco e do seu significado para a saúde do povo, foi mantida a obrigação de concessão de autorização para o exercício da profissão pelos farmacêuticos e para o funcionamento de suas lojas (...).

A loja farmacêutica foi tratada, no séc. XIX, (...) em todo lugar como indústria. O proprietário precisava de uma permissão de funcionamento. Como fundamento jurídico da direção da firma subsistiam primeiramente os velhos privilégios e direitos reais. Aqui a farmácia podia ser vendida e herdada. O direito comercial era freqüentemente ligado ao direito de propriedade sobre o imóvel. (...).

3. Na Baviera, a situação jurídica decorrente do desenvolvimento descrito foi consolidada por último no Decreto do Setor Farmacêutico de 1913:

(...).

4. As assim chamadas diretivas da liberdade industrial do governo militar americano por volta da virada do ano 1948 para 1949 encontraram na Baviera e também em outros Estados da Zona de Ocupação Americana um tal estado jurídico. Elas tiveram por conseqüência a plena liberdade profissional. (...).

5. O Governo da Baviera expressou críticas contra essa liberdade ilimitada de estabelecimento. Objeções partiram também de setores da classe profissional farmacêutica. O governo tentou por meio de negociações com o Governo Militar excluir as farmácias da liberdade industrial. (...).

6. A lei bávara sobre o ramo farmacêutico de 16 de junho de 1952 (...).

7. O ponto central da lei (em pauta) é o Art. 3, que disciplina os pressupostos para o estabelecimento de novas farmácias. (...).

Formalmente falando, trata-se de uma proibição de estabelecimento de novas farmácias com reserva de autorização. (...).

IV.

A questão da constitucionalidade do Art. 3 I GG ApothekenG em face do Art. 12 I GG pressupõe algumas reflexões fundamentais sobre o significado desse dispositivo constitucional.

1. O Art. 12 I GG tutela a liberdade do cidadão em uma área muito importante para a sociedade moderna: ele garante ao indivíduo o direito de praticar qualquer

atividade para a qual ele se considere apto e de fazê-lo enquanto “profissão”, ou seja, como fundamento do suprimento econômico de sua vida. Trata-se de um direito fundamental e não – como no caso do Art. 151 III da Constituição da República de Weimar – de uma [mera] proclamação da “liberdade industrial” enquanto princípio objetivo da ordem econômica e social. É garantida ao indivíduo mais do que a liberdade do exercício autônomo de uma atividade industrial. Com certeza, o direito fundamental objetiva a proteção do trabalho sob o aspecto econômico, mas também a considera [a liberdade], como “profissão”, ou seja, também a considera na sua relação com a personalidade da pessoa humana como um todo, a qual só se forma e preenche plenamente quando o indivíduo se dedica a uma atividade que represente para ele, a um só tempo, sua tarefa vital e a base de sua vida. No mais, o indivíduo procura realizar, por meio da profissão escolhida, a sua contribuição para a totalidade da produção social. O direito fundamental ganha, destarte, significado relevante para todas as classes sociais. O trabalho enquanto profissão tem para todos o mesmo valor e a mesma dignidade.

2. Sob essa ótica do direito fundamental, o conceito “profissão” deve ser interpretado extensivamente. Ele abrange não somente todas aquelas profissões que se apresentem em tipos profissionais fixados tradicional ou até mesmo legalmente, mas também as atividades atípicas (não proibidas pelo ordenamento jurídico), livremente escolhidas pelo indivíduo, das quais podem surgir novos tipos de profissionais (nesse sentido, também as seguintes decisões do Tribunal Federal Administrativo publicadas em: BVerwGE 2, 82 [92]; 4, 250 [254 s.]).

Também aquelas profissões cujas atividades precisam ser, segundo o entendimento hodierno, reservadas em primeira linha ao Estado, são abrangidas pelo Art. 12 I GG, pelo menos no sentido de que também elas podem ser livremente escolhidas pelo indivíduo e que sua escolha possa ser a ninguém imposta ou proibida. Não há motivo para que o direito fundamental “segundo a sua natureza” não valesse para tais profissões, como, neste sentido, decidiu o Tribunal Federal Administrativo (BVerwGE 2, 85 [86]; 4, 250 [254]). Não obstante, o Art. 33 GG possibilita e constitui, para todas as profissões que façam parte do chamado “serviço público”, regras especiais. Elas decorrem da natureza da matéria: O número de vagas de trabalho é fixado aqui somente pelo poder de organização *lato sensu* daquele órgão que for respectivamente competente. Destarte, ocorre, sob determinadas condições, a

impossibilidade fática da escolha da profissão pelo indivíduo. Nesse contexto, a possível medida de liberdade da escolha profissional do indivíduo garante-se por meio do acesso igualitário universal a todos os igualmente aptos aos cargos públicos (Art. 33 II GG).

Profissões “ligadas ao Estado” são possíveis e reais em diversas conformações. Elas são também abrangidas pelo Art. 12 I GG. A questão de se saber que lugar ocupariam tais profissões entre as profissões “livres” com certas tarefas de direito público e aquelas profissões pertencentes imediatamente à organização estatal, depende do tipo e da importância da tarefa pública a ser desempenhada. Quanto mais uma profissão, face aos seus vínculos de direito público e às suas tarefas, se aproximar do “serviço público”, mais fortemente as regras especiais do Art. 33 GG poderão afastar de fato o efeito do direito fundamental do Art. 12 I GG. As possibilidades de conformação do legislador não precisam ser aqui melhor analisadas, pois a regulamentação bávara, em consonância com os costumes farmacêuticos alemães gerais (cf. BVerfGE 5, 25) e apesar de certos vínculos de direito público, apresenta-se, de acordo com sua estrutura, como sendo uma regra de direito empresarial [ou seja, como tal, uma regra de direito privado].

O Art. 12 I GG não distingue a profissão exercida autonomamente da profissão exercida de forma subordinada. Trabalhos subordinados podem ser também escolhidos como profissão e são de fato cada vez mais ocorrentes na sociedade moderna. Se uma atividade pode ser exercida de forma autônoma ou subordinada, mas ambas as formas de exercício têm cada qual sua própria importância social, então também a escolha de uma ou outra forma de atividade profissional e a mudança de uma para a outra forma é uma escolha profissional na acepção do Art. 12 I GG. É o caso da profissão de farmacêutico: O farmacêutico autônomo dirige uma empresa que constitui a base de sua existência econômica. O farmacêutico subordinado está a serviço de uma tal empresa. Existem, de acordo com a opinião geral, assim como na concepção dos profissionais em pauta, várias “profissões” dentro da classe dos “farmacêuticos”. Fazer parte de uma destas não representa somente um estágio de preparação ou mesmo de caminho para uma inserção ou promoção para a outra. Por isso, há de se concordar, em sede de conclusão, com o Tribunal Administrativo Federal quando afirma que a mudança da atividade de um empregado para a atividade de um farmacêutico autônomo é um ato de escolha profissional que faz parte da proteção do Art. 12 I GG.

3. Do apresentado significado geral do Art. 12 I GG podem ser depreendidos os aspectos determinantes do conteúdo e alcance da competência regulamentar do legislador infraconstitucional segundo o Art. 12 I 2 GG.

a) Se pelo Art. 12 I GG tivesse sido fixado constitucionalmente tão somente o princípio da liberdade empresarial, então seria adequado realizar este princípio com o pano de fundo de uma reserva legal geral. Tratar-se-ia – como na Constituição da República de Weimar – da garantia de uma liberdade empresarial “nos moldes da lei”. O legislador seria, ainda assim, também vinculado ao princípio, mas não poderia, no entanto, dentro de sua política econômica geral, prever as exceções que ele considerasse convenientes. Em face das complexas relações econômicas modernas, impor-se-ia provavelmente aquela – já há muito tempo perceptível – tendência à limitação do princípio surgido na época do liberalismo clássico da *total* liberdade empresarial. Contra isso, nada se poderia contrapor jurídico-constitucionalmente falando.

Muito mais restrita se torna a área de discricionariedade do legislador quando se parte da idéia de tratar-se aqui de um verdadeiro direito fundamental de cada cidadão, além do mais de um direito fundamental cuja idéia básica é ligada ao livre desenvolvimento da personalidade humana e que, justamente por isso, também tem um significado muito grande para a conformação geral da vida – ao contrário de outros direitos fundamentais que servem apenas à resistência contra intervenções ocasionais do poder público. A proteção efetiva do direito fundamental em pauta exige, neste mister, que às intervenções legislativas sejam por princípio impostas fronteiras bem estreitas.

Há de se concluir que a discricionariedade legislativa pode ser limitada somente com fundamento na proteção de direitos fundamentais. A *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico no sentido de que o legislador pode perseguir qualquer política econômica por ele considerada racional, desde que ele observe, junto a tal propósito, a *Grundgesetz* e principalmente os direitos fundamentais (BVerfGE 4, 7 [17 s.]). Uma lei promulgada com base no Art. 12 I 2 GG não pode ser, por isso, contestada constitucionalmente porque contradiz, por exemplo, a política econômica vigente, ou porque não se harmoniza com a opinião de uma corrente científico-econômica que embase certa política econômica vigente. Muito menos ela o poderá porque a atual concepção político-econômica da lei não seja aceita pelo juiz.

Limites ao legislador podem, por isso, surgir somente naqueles casos em que eles precisem ser traçados a partir da correta interpretação do direito fundamental. A

dificuldade prática constitui-se em se trazer a um denominador comum a livre discricionariedade político-econômica, político-social e político-profissional do legislador, que precisa permanecer garantida e a proteção da liberdade sobre a qual se fundamenta a pretensão constitucional de cada cidadão, justamente também em face do legislador.

b) Quando se avaliam as possibilidades de intervenção do legislador na área protegida pelo direito fundamental a partir da própria norma constitucional, o teor do Art. 12 I GG poderia indicar que intervenções somente deveriam ser permitidas junto ao *exercício* profissional, enquanto a escolha profissional seria por excelência retirada da regulamentação legal. Todavia, este não pode ser o sentido da norma, pois os conceitos “escolha” e “exercício” da profissão não podem ser separados assim [radicalmente] como se cada um deles designasse somente uma fase temporal [passageira] da vida profissional, a qual não se cruzaria com a outra. De fato, a admissão à atividade profissional representa tanto o início do exercício profissional como também – justamente nesse momento e freqüentemente só nesse momento – a tomada da respectiva escolha profissional que está em si e pelo ato do ingresso profissional sendo expressa. Também no decorrer do exercício profissional, a vontade pela manutenção da profissão e, finalmente, o término voluntário do exercício profissional são substancialmente atos da escolha profissional. Os dois conceitos abrangem o complexo unificado “atuação profissional” a partir de diferentes perspectivas (semelhantemente: *Klein-v. Mangoldt*, Nota IV 2 (p. 370 *et seq.*) para o Art. 12 e “Über Freiheit des Berufs”, *Hamburg*, 1952).

Assim, uma interpretação que quisesse proibir qualquer intervenção na liberdade da escolha profissional não pode ser correta. Ela não corresponderia à realidade e levaria também a conclusões juridicamente inconsistentes. Uma norma que, a priori, se apresentar como regulamentação do exercício profissional será, pelo contrário, por princípio também permitida quando ela indiretamente atingir a liberdade de escolha profissional. Isso ocorre sobretudo quando os pressupostos da admissão profissional, ou seja, do início do exercício profissional, são fixados; com outras palavras, se o início do exercício profissional depender de uma permissão. Que a *Grundgesetz* não quis, em geral, excluir a possibilidade de regras de admissão profissional, mostra o Art. 74, n° 19 GG, que fundamenta uma competência da legislação para a “admissão” a certas profissões. Também a interpretação genética demonstra que até mesmo se queria evitar uma autorização para limitações à admissão; mas, por outro lado, não se queria declarar

as muitas existentes limitações de admissão no geral como “não permitidas” (Dep. v. *Mangoldt* na 5ª e 23ª Sessão da Comissão para Questões Fundamentais, respectivamente de 29 de setembro e 19 de novembro de 1948). O constituinte não chegou nesse ponto, entretanto, ao pleno esclarecimento conceitual e material dos problemas. Ele escolheu, com efeito, uma formulação que se ligou à dicotomia comum existente no direito empresarial entre “escolha” e “exercício” de uma atividade profissional e, de resto, deixou consciente e “amplamente” a regulamentação detalhada para a lei ordinária (cf. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F.* vol. 1, p. 134, 136).

Veja em que a competência regulamentar segundo o Art. 12 I 2 GG se refere, no sentido supra desenvolvido, ao exercício e à escolha profissional, defende-se predominantemente, tanto na literatura jurídica, como na jurisprudência (cf., p. ex., *Hamel*, DVBl. p. 37, 1958), a tese, mais especificamente defendida pelo Tribunal Federal (BGH) e pelo Tribunal Federal Administrativo (BVerwG), segundo a qual o legislador poderia tornar a admissão a certas profissões dependentes de uma permissão, do alvará, sendo que esta também poderia depender do cumprimento de certos pressupostos. (cf., p. ex., BVerwGE 4, 167 [169]; 4 250 [255]; BGH in den Vorlagegutachten – parecer juntado ao controle concreto suscitado por aquela corte: BGHSt. 4, 385 [391]; 7, 394 [399]).

Destarte, o Art. 12 I GG é um direito fundamental unificado (da “liberdade profissional”) principalmente no sentido de que a reserva regulamentar do 2º período se estende, “coerentemente com o seu motivo”, tanto ao exercício profissional quanto à escolha profissional. Isso, no entanto, não significa que as competências do legislador, no que tange ao seu conteúdo, devam ter todas um igual amplo alcance em face de todas as “fases” da atividade profissional. Com efeito, permanece sempre a ser observada a clara, e, segundo o teor do Art. 12 I GG, expressa vontade da Constituição, segundo a qual a escolha profissional deve ser livre e o exercício pode ser regulamentado. A esse dado só corresponde uma interpretação que considere que a competência regulamentadora compreende as duas “fases” não com a mesma intensidade material, e que o legislador, ao contrário, tão mais intensamente limitado será, quanto mais ele atingir a liberdade da escolha profissional. Essa interpretação corresponde também às concepções fundamentais da Constituição e ao conceito de pessoa humana por ela pressuposto (BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 s.]; 6, 32 [40]). A escolha profissional deve ser um ato da auto-determinação, do livre arbítrio do indivíduo. Ela precisa, na medida do possível, permanecer intocada pelas intervenções do poder público. Por meio do

exercício profissional, insere-se o indivíduo diretamente na vida social; limitações aqui podem ser impostas a ele no interesse dos demais e da coletividade.

Resumidamente, conclui-se: A competência regulamentar estende-se tanto ao exercício profissional quanto à escolha profissional. Esta existe, no entanto, em função do exercício profissional. Assim sendo, somente sob esse aspecto do exercício profissional pode a regulamentação também intervir na liberdade da escolha profissional. No que tange ao conteúdo da regulamentação, ele será tão mais livre quanto mais representar regulamentação pura do exercício, e tão mais restrito quanto mais, também, a escolha profissional for tangenciada.

c) No que se refere ao conteúdo da competência de regulamentação, fixada assim tão genericamente em face de seu alcance, deve-se primeiramente esclarecer o significado do termo “regulamentar”, principalmente à luz da liberdade da escolha profissional. Ele não pode significar que o legislador tenha uma margem discricionária mais extensa do que ele teria junto a outras reservas legais simples, ou seja que ele poderia ordenar mais amplamente toda a área do direito profissional e, assim, constitutivamente fixar o conteúdo do direito fundamental (assim *Scheuner*, *Handwerksordnung und Berufsfreiheit* [...], 1956, p. ex. p. 21, 27 s. 31 e *Ipsen*, *Apothekenerrichtung und Art. 12 GG*, 1957, p. 41 s.). Junto a tal concepção, o direito fundamental seria desvalorizado, na medida em que sua substância e conteúdo seriam totalmente entregues à discricionarieidade do legislador, que, por sua vez, no entanto, é vinculado ao direito fundamental (Art. 1 III GG). Isso não corresponderia ao significado desse direito fundamental; praticamente não poderia se harmonizar com a ênfase (pleonástica) da “livre” escolha profissional do Art. 12 I GG e, além disso, se contraporaria à tendência geral do capítulo dos direitos fundamentais que, como o Tribunal Constitucional Federal demonstrou na decisão de 16 de janeiro de 1957 (BVerfGE 6, 32 [40 s.]), não conhece mais direitos fundamentais “inócuos” no sentido antigo [de alguns direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, da Constituição da República de Weimar de 1919]. Pelo contrário, aqui também vale a concepção desenvolvida na decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 s.] – *Lüth-Urteil*) segundo a qual o legislador, quando se movimentar em território protegido por direitos fundamentais, terá que adotar, como ponto de partida de sua regulamentação, o significado do direito fundamental na ordem social. Não é ele, legislador, quem pode livremente fixar o conteúdo do direito fundamental, mas, pelo contrário, deve derivar do conteúdo do direito fundamental uma limitação material

de sua discricionariedade legislativa. Também no Art. 12 I GG reside uma clara decisão axiológica material da *Grundgesetz* em prol de uma concreta e importante área da vida. Por isso, o legislador não é aqui tão livre como, por exemplo, junto à aplicação do princípio geral da igualdade, que representa um princípio geral válido para o poder público, cujo conteúdo concreto o legislador ainda fixará para certas relações da vida sob observância dos aspectos de justiça, respectivamente válidos para tais relações.

Por outro lado, “regulamentar” não significa que o legislador não possa limitar o direito fundamental de forma alguma. Toda regulamentação traz em si também a presença de fronteiras. Não obstante, a expressão “regulamentar”, da qual o constituinte aqui se utiliza com provável consciência, ao invés daquelas que, junto às normas de direito fundamental, são mais ocorrentes, como “limitar” ou “restringir”, indica que se pensou antes na fixação de limites vindos de dentro, i.e., naqueles limites que já se encontram na essência do direito, do que em limitações sobre o conteúdo objetivo das quais o próprio legislador pudesse dispor, i.e., limitações decorrentes, a partir de uma descoberta semântica racional, de sua natural área de vigência e, assim, vindas de fora.

d) O direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo; a reserva de regulamentação deve, por sua vez, assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos. A pretensão de liberdade do indivíduo é, como já demonstrado, tão mais eficaz quanto mais o direito da livre escolha profissional estiver em questão. A proteção do interesse coletivo torna-se tão mais urgente quanto maiores as desvantagens e perigos que possam surgir para a coletividade a partir do exercício profissional totalmente livre. Quando se busca de modo igualmente eficaz fazer jus às duas exigências que são, no Estado social de direito, igualmente legítimas, então a solução só pode ser encontrada respectivamente a partir de uma ponderação cuidadosa dos dois interesses reciprocamente colocados, que são possivelmente até mesmo contraditórios. Em se partindo, nesse contexto, do dado de que, segundo a concepção geral da *Grundgesetz*, a liberdade da personalidade humana é o valor mais elevado, ou seja, que, em face dela, também à escolha profissional deve-se reservar a maior liberdade possível, então pode-se concluir que esta liberdade só pode ser restringida na medida em que isso for indispensável para o bem comum.

Para a intervenção do legislador, existe, em função da Constituição, um mandamento da diferenciação cujos princípios resumidamente podem ser aproximadamente delineados como se segue:

A liberdade do exercício profissional pode ser limitada, em sede de “regulamentação”, desde que considerações racionais demonstrem a sua aptidão em relação à concretização do bem comum. A liberdade da escolha profissional, ao contrário, só pode ser restringida se a proteção de bens coletivos muito importantes (“prevalentes”) o impuser inexoravelmente. É o que ocorrerá somente se estiver em jogo a proteção daqueles bens junto aos quais resultar, da ponderação cuidadosa, a necessidade de se lhes conceder a prevalência sobre a pretensão de liberdade do indivíduo e, na exata medida em que tal proteção não puder ser assegurada de outro modo, isto é, com a utilização de meios que não restrinjam ou que restrinjam menos a escolha profissional. Se a intervenção na liberdade da escolha profissional se revelar incontornável, então o legislador deve sempre escolher a forma de intervenção que limite ao mínimo o direito fundamental.

Em face do alcance da competência regulamentar, pode-se falar, de certo modo, na existência de “degraus” de intensidade:

Mais livre será o legislador quando estatuir uma regulamentação pura do exercício profissional que não atinja a liberdade da escolha profissional, mas, pelo contrário, somente fixe de que forma os profissionais de determinada profissão devem exercer a sua atividade profissional. Nesse caso, os aspectos da aptidão ou adequação (*lato sensu*) podem ser aplicados generosamente. Segundo eles, devem ser avaliadas quais exigências precisam ser feitas aos profissionais para se prevenir desvantagens e riscos para a coletividade. Também o pensamento do fomento de uma profissão, e com isso a consecução de uma produção social geral mais elevada por parte de seus profissionais, já poderá, por si só, justificar certas prescrições que restrinjam a liberdade do exercício profissional. A proteção do direito fundamental limita-se então, neste caso, à resistência a exigências legais em si inconstitucionais por serem exageradamente onerosas. Abstraindo-se tais exceções, o prejuízo da liberdade profissional em pauta não atinge o titular do direito fundamental de forma sensível, porque ele já se encontra na profissão e o poder de exercê-la não será tocado.

Por outro lado, uma regulamentação que fizer depender a admissão à atividade profissional já do cumprimento de certos pressupostos e que, com isso, tangencie a liberdade da escolha profissional, só será justificada, se, por intermédio disso, o propósito for a proteção de um bem coletivo superior, o qual prevalece sobre a liberdade do indivíduo. Em consonância com o que a literatura jurídica e a jurisprudência há muito vêm destacando, há claramente uma significativa diferença entre pressupostos

subjetivos, sobretudo aqueles da preparação e formação, e pressupostos objetivos da admissão, que não têm nenhuma relação com a qualificação daquele que almeja o ingresso profissional e sobre os quais ele não pode exercer nenhuma influência.

A regulamentação da admissão profissional pela fixação de pressupostos subjetivos é uma parte do ordenamento jurídico de uma profissão: Ela possibilita a entrada para uma profissão, apenas de modo certo e na maioria das vezes formal, de candidatos qualificados. A legitimidade da limitação deriva de sua própria matéria objeto. Ela se baseia no fato de que muitas profissões exigem certos conhecimentos técnicos a serem adquiridos por cursos teóricos e práticos e certas habilidades (em sentido amplo), e que o exercício destas profissões sem a devida qualificação seria impossível ou inadequado, podendo provocar danos e perigos para a coletividade. O legislador concretiza e “formaliza” apenas essas exigências que se derivam das relações reais preexistentes. Do indivíduo, exige-se, na forma de uma formação específica, tão somente o que ele já precisaria passar segundo a própria matéria subjacente à escolha profissional, se ele quiser exercer a profissão regularmente. Essa limitação de liberdade mostra-se, assim, como o meio adequado para a prevenção contra possíveis riscos e desvantagens para bens jurídicos coletivos. Ela também não é inaceitável, porque em sendo igual para todos os candidatos e por eles previamente conhecida, o indivíduo poderá, antes mesmo da escolha profissional, avaliar se será a ele possível cumprir os pressupostos exigidos. Aqui vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que os pressupostos subjetivos prescritos não devem estar “fora de relação” [serem inadequados] em face do propósito almejado do cumprimento regular da atividade profissional.

Diversamente ao supra exposto ocorre com a fixação das condições objetivas para a admissão profissional. Sobre o seu cumprimento, o particular não tem nenhuma influência. Elas têm um efeito peremptoriamente contrário ao sentido do direito fundamental, pois até mesmo aquele que, por meio do cumprimento de todos os pré-requisitos de uma profissão específica, já de fato executou a escolha, podendo tê-lo feito, pode ser, não obstante, excluído do ingresso à profissão. Tal limitação de liberdade é tão mais importante e, assim, sentida pelo titular do direito de modo tão mais oneroso, quanto mais longa e mais tecnicamente especializadas forem a preparação e a formação específicas, ou seja, tão mais clara terá sido feita, portanto, com a escolha da formação, ao mesmo tempo, a escolha da respectiva profissão. Uma vez que não se pode vislumbrar quais desvantagens diretas para a coletividade poderia trazer consigo o exercício de uma profissão por um

candidato técnica e moralmente qualificado, freqüentemente não é possível ser demonstrada convincentemente a conexão de efeito entre essa limitação da livre escolha profissional e o cumprimento do propósito almejado. O risco da utilização de motivos estranhos à matéria é, desta feita, muito grande. Sobretudo, torna-se bastante provável a hipótese de que a limitação imposta ao ingresso profissional deve servir à proteção contra concorrência em benefício daqueles já atuantes na profissão – um motivo que conforme a opinião geral jamais teria o condão de justificar uma intervenção no direito da livre escolha profissional. Por meio da escolha deste que é o meio mais crasso e radical, o meio do bloqueio ao ingresso profissional de candidatos técnica e moralmente (presumidamente) plenamente aptos, a pretensão de liberdade do particular pode, para não falar do possível conflito com o princípio da igualdade, ser violado de forma bastante sensível. Há de se depreender daí que a prova da necessidade de uma tal limitação de liberdade deve ser submetida a uma avaliação muito mais cuidadosa e pormenorizada. Em geral, essa intervenção na livre escolha profissional só poderá ser legitimada com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes. O propósito do incentivo de outros interesses coletivos, como a proteção do prestígio social de uma profissão por intermédio da limitação do número de seus profissionais, não é suficiente, ainda que tais metas pudessem justificar [outras] medidas legislativas.

O legislador deve estatuir regulamentações, segundo o Art. 12 I 2 GG, respectivamente no “degrau” que traga consigo a menor intervenção possível na liberdade da escolha profissional, e só seguir ao próximo “degrau” quando, com elevada possibilidade de concretização, se puder demonstrar que os perigos temidos não possam ser eficazmente enfrentados com os meios (constitucionais) do “degrau” imediatamente anterior.

4. O Tribunal Federal (BGH) e o Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) também pretendem fixar limites ao legislador no que tange ao seu poder de estatuir pressupostos objetivos do ingresso profissional. Tais limites, todavia, seriam derivados, segundo eles, somente da norma do Art. 19 II GG³¹³, não partilhando, no entanto, de uma interpretação comum da referida norma (cf. *Hamel*, DVBl. p. 37, 38, 1958 e as decisões lá citadas). A partir da tese aqui acolhida pode-se deixar de lado a solução da questão de se saber se da proibição do ferimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais podem-se derivar outros limites para o legislador da regulamentação

³¹³ Garantia do “núcleo essencial” do direito fundamental, que, segundo o Art. 19 II GG, não pode ser “tocado”.

prevista pelo Art. 12 I 2 GG e como eles, individualmente falando, deveriam ser aplicados. A exposição supra teve como conclusão que já uma interpretação que leve em consideração o sentido do direito fundamental e seu significado para a vida social leva a uma limitação racional e coerente [com o objeto limitado] do poder regulamentar do legislador.

5. As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no “último degrau” (dos pressupostos objetivos de admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevaiente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um “degrau” anterior.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez em que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional Federal não pode concordar com essa posição.

Ao tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

A exigência freqüentemente feita nesse contexto segundo a qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez em que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse “inexoravelmente obrigatória”. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os “meios igualmente adequados”, que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente as intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais freqüentemente escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida.

O Tribunal Federal (BGH) e o Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) seguem essa mesma concepção. Eles também consideram como sua tarefa a avaliação da necessidade ou não da intervenção mais intensa no direito fundamental do Art. 12 I GG, ou seja, eles avaliam se a introdução de pressupostos objetivos para a admissão profissional é “inexoravelmente obrigatória”.

Eles realizam tal exame, no entanto, com base em outros fundamentos jurídicos. Tais fundamentos o Tribunal Constitucional Federal não pode adotar. Com efeito, não se pode considerar, como o faz o Tribunal Federal Administrativo, que a irrefutável necessidade de uma medida legislativa precisaria ser avaliada, porque a admissibilidade de uma intervenção no conteúdo essencial do direito fundamental dependeria do seu reconhecimento (BVerwGE 2, 85 [87]; 4, 167 [171 s.]). O conteúdo essencial de um direito fundamental não pode ser atingido de forma alguma, segundo o claro teor do Art. 19 II GG. Fica, assim, prejudicada a questão de se saber sob quais pressupostos uma tal intervenção seria excepcionalmente permitida. Também da concepção do

Tribunal Federal (cf. p. ex. BGHSt. 4, 375 [377]; *DÖV* 1955, p. 729 [730]), o Tribunal Constitucional Federal não pode partilhar, porque ela é apta a relativizar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (cf. o tratamento da matéria de *Klein / v. Mangoldt*, Nota V 4 para o Art. 19 GG, pp. 557 *et seq.*).

Para a questão aqui discutida não se depende das posições mencionadas. Decisivo é tão somente: Ambos os tribunais superiores avocam para si (como se fosse óbvia) a competência de examinar se a interferência substancialmente mais forte na esfera de liberdade do indivíduo tutelada pelo Art. 12 I GG é “inexoravelmente obrigatória” ou “irrefutavelmente necessária”.

Esse exame pode também ser efetivado. Junto a ele, no entanto, o tribunal não pode se dar por satisfeito em verificar que o objetivo e o propósito da regulamentação legislativa são nomeados genericamente ou por meio de chavões, e que a intervenção limitadora da liberdade, enquanto meio para a consecução dos objetivos aludidos, não pode ser considerada totalmente inadequada. Pelo contrário, o conteúdo da lei analisada e das considerações legislativas que lhe deram forma precisam ser analisados pormenorizadamente. Isso pressupõe, naturalmente, que o tribunal – se necessário com a ajuda de especialistas – alcance um entendimento abrangente das relações reais ordenadas pela lei. Como consequência desse entendimento, revela-se frequentemente que é possível que contextos sociais maiores, os quais até então conceitualmente apareciam resumidos como “objeto” de uma regulamentação legislativa, se transformem em matérias particularizadas, claras e compreensíveis, podendo ser julgadas, assim, também, por um tribunal sem a intromissão de juízos de valor subjetivos. O julgamento de processos causais hipotéticos que servem de base das normatizações do legislador é, em face de sua maior ou menor probabilidade, uma tarefa que, segundo a sua natureza, pode ser exercida também pelo juiz. Obviamente, desempenharão sempre um relevante papel junto a esse exame, os fundamentos empíricos, considerações e juízos de valor do legislador. Onde tais fundamentos, considerações e juízos de valor não forem das autorizados [constitucionalmente], vale a presunção de serem objetivamente corretos. Por outro lado, a obrigação do tribunal em face da defesa do direito fundamental deve impedi-lo de aceitar de forma acrítica as concepções do legislador -que legitimamente também persegue outros objetivos além da defesa de direitos fundamentais -, considerando suas medidas como limitações inevitáveis do direito fundamental atingido.

Como o Tribunal Federal e o Tribunal Federal Administrativo, também o Tribunal Constitucional Estadual da Baviera considera-se, em face do Art. 98 da

Constituição Bávara, competente e faticamente capaz de avaliar se a limitação de um direito fundamental por meio da lei seria “inexoravelmente necessária” (cf. p. ex. *VGH n.F 9 II*, p. 158 [177 s.] e as decisões lá citadas).

Finalmente, pode ser mencionado que também o Tribunal Estatal para o Reich Alemão (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*), quando precisou decidir sobre a validade de decretos emergenciais, avaliou questões de natureza semelhante, como, por exemplo, a caracterização de um decreto emergencial como “urgente” e “necessário”, e se “uma limitação tão abrangente dos direitos dos municípios” seria “urgentemente necessária”; se um “estado de necessidade incomum” estaria presente (cf. *Lammers - Simons I 267* [272 s.], 276 [284], 398 [404]; *II 51* [57 *et seq.*], 69). Assim, se até o presente momento os tribunais já consideraram como juridicamente ordenado e de fato possível que, para a proteção da liberdade do cidadão, as leis devem ser examinadas sob determinados pressupostos e principalmente em face de sua necessidade, muito menos se pode negar a competência do Tribunal Constitucional Federal para a realização desse exame. Com efeito, a ele foi confiada, sobretudo por meio do instituto da Reclamação Constitucional, a proteção dos direitos fundamentais, principalmente em face do legislador, e é por causa de seu status geral enquanto órgão constitucional e tribunal para questões constitucionais que muito menos ele pode ser acusado de intervir ilegitimamente na esfera do Poder Legislativo, como outros tribunais o poderiam.

V.

1. – 4. (...).

VI.

Os perigos da liberdade de estabelecimento de farmácias temidos pelo legislador não puderam, conforme o supra apurado, ser apresentados como tão prováveis a ponto de que sobre eles se pudesse basear – mantendo-se vigente de resto o direito farmacêutico e produtos farmacêuticos – a mais dura restrição da liberdade de escolha profissional, qual seja, a exclusão de candidatos plenamente qualificados do exercício autônomo da profissão de farmacêutico. (...).

1. – 4. (...).

VII.

(...)

O Art. 3 I ApothekenG é, como apresentado, inconstitucional. A notificação do governo da alta Baviera baseada nesse dispositivo viola, portanto, o direito fundamental do reclamante, derivado do Art. 12 I GG, e está revogado. Ao mesmo tempo, pronuncia-se na [dispositivo da] decisão (*Urteil*) a nulidade do Art. 3 I ApothekenG – incluindo o período 2º por estar em uma ligação indelével com o período 1º (§ 95 II e III 2 BVerfGG).

71. BVERFG 41, 378

(RECHTSBERATUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 25/02/1976

MATÉRIA:

Os reclamantes são consultores jurídicos e impugnaram, com suas reclamações constitucionais, decisões judiciais que os impediram de prestar seus serviços em outras localidades que não aquela onde receberam sua admissão profissional. Os tribunais aplicaram o § 1 I 1 do Primeiro Decreto Regulamentar da **Lei de Consultoria Jurídica** (*Rechtsberatungsgesetz*), de 13 de dezembro de 1935. Os reclamantes alegaram violação dos seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 3 I, 12 I e, um deles, também do Art. 14 I GG. O TCF julgou as Reclamações Constitucionais procedentes, porque considerou o dispositivo em pauta como incompatível com o Art. 12 I GG, declarando-o nulo, na extensão em que restringe geograficamente o exercício profissional dos consultores jurídicos.

O § 1 I 1 do Primeiro Decreto Regulamentar da Lei de Consultoria Jurídica é incompatível com o Art. 12 I GG e nulo, quando dele resultar uma limitação local da permissão para a consultoria jurídica.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de fevereiro de 1976
– 1 BvR 8, 275/74 –
(...)

RAZÕES

A. I. – II. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

(...).

I.

1. – 2). (...).

II.

(...)

1. (...).

a) (...).

b) Assim, a limitação espacial decorrente do § 1 do Primeiro Decreto Regulamentar deve ser avaliada como regulamentação do exercício profissional na acepção do Art. 12 I GG. Tais regulamentações são permitidas constitucionalmente apenas sob o estrito cumprimento do princípio da proporcionalidade. Segundo esse princípio, a intervenção no livre exercício da profissão precisa poder ser fundamentada em considerações objetivas e racionais. Além disso, o meio empregado deve ser adequado e necessário ao alcance do propósito almejado. Em uma ponderação geral entre a intensidade da intervenção e o peso e a urgência dos motivos justificantes da intervenção, o limite da exigibilidade [razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito]; quanto mais sensivelmente for atingido o livre exercício da profissão, mais fortes devem ser os interesses do bem coletivo, em prol dos quais se destina a regulamentação (BVerfGE 30, 292 [315 *et seq.*] com outras referências). Essas exigências não foram atendidas pela norma discutida na interpretação mencionada.

(...).

c) (...)

2. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, *Rupp-v. Brünneck*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*,
Dr. *Katzenstein*

72. BVERFGE 39, 210
(MÜHLENSTRUKTURGESETZ)

Controle concreto

19/03/1975

MATÉRIA:

O Tribunal Administrativo de Colônia suspendeu um processo, onde se discutia o cumprimento de um limite legal para a produção de alimentos (farinhas e pós dos mais variados tipos de alimento, mas sobretudo trigo) feita por moinhos, para colher a decisão do TCF sobre a constitucionalidade da referida regra de produção máxima da **Lei de Estrutura de Moinhos** (*Mühlenstrukturgesetz*).

O TCF confirmou a compatibilidade do § 8 I, n.ºs. 1, 3-5, I e III c.c. § 2 III da Lei de Medidas de Conclusão para a Criação de uma Estrutura Produtiva do Setor da Indústria de Moinhos de 22 de dezembro de 1971 em face do Art. 12 I GG. O pequeno excerto reproduzido abaixo traz a fundamentação do TCF em face da constitucionalidade, no caso, da justificação da intervenção estatal no exercício de atividade profissional, com base no critério da proporcionalidade.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 19 de março de 1975

– 1 BvL 20, 21, 22, 23, 24173 –

(...)

RAZÕES

A. I. – VII., B. (...)

C. – I.

1. (...).

No exame de regulamentações do exercício profissional no âmbito da atividade econômica deve-se partir do entendimento de que a *Grundgesetz* deixa ao legislador, na determinação de fins político-econômicos e das medidas adequadas à sua consecução, uma margem de avaliação e ação [Poder discricionário legislativo] (cf. BVerfGE 4, 7 [15 *et seq.*] – *Investitionshilfe*, 14, 263 [275] – *Feldmühle*, 30, 250 [262 s.]) e de que o legislador também pode, por meio de medidas político-econômicas de direcionamento, corrigir o jogo aberto das forças político- sociais (cf. BVerfGE 19,

101 [114] – *Zweigstellensteuer* –; 21, 292 [299] –*Rabattgesetz* –; 23, 50 [59 s.] – *Nachtbackverbot* –). O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação [discricionariedade] na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87]). Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações [dados da realidade social] possível ao legislador quando da elaboração da lei (BVerfGE 25, 1 [12 s.]). Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os [eventuais] erros [que vierem a se revelar no futuro, n. org] sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados.

2. Na revisão permitida dentro desse quadro, o Tribunal Constitucional Federal tem que sopesar os interesses da coletividade e as precauções consideradas necessárias para sua proteção com a pretensão de direito fundamental do indivíduo à livre atuação em sua profissão (...).

(...).

3. A limitação de produção de farinha e pós parece ser também um meio adequado e necessário para atingir os fins legislativos. Um meio é adequado quando, com sua ajuda, o êxito almejado pode ser fomentado. Ele é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz, o qual, entretanto, limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental dos envolvidos (BVerfGE 30, 292 [316]). Para a avaliação constitucional da utilidade de uma medida é decisivo saber se o legislador, segundo seu ponto de vista, pôde partir do entendimento de que com a medida interventiva seus projetos poderiam ser concretizados. O Tribunal Constitucional Federal somente pode negar que o prognóstico do legislador junto à avaliação de contextos político-econômicos tenha sido objetivo e plausível quando as medidas, uma vez exauridas todas as possibilidades reconhecíveis à época da promulgação da lei, puderem ser identificadas como evidentemente

inúteis em face do propósito. Por isso, na aplicação desses princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, só raramente e em casos muito especiais poderá ser verificada a inconstitucionalidade de uma medida legal a partir do critério da inaptidão objetiva em face do propósito (BVerfGE 30, 250 [263]). No exame constitucional da necessidade de uma medida deve-se atentar para o fato de que compete ao legislador, junto à escolha e conformação técnica de medidas que servem ao ordenamento e direcionamento da economia, uma ampla margem de conformação. Apenas se se puder identificar, sem dúvida, que outros meios menos incisivos estão à disposição, a regulamentação legal pode ser [considerada] sobremaneira onerosa e, portanto, inconstitucional (BVerfGE 37, 1 [21]).

4. (...).

II.

1. – 2. (...).

Benda, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Faller, Brox, Simon

73. BVERFGGE 11, 30

(KASSENARZT-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

23/03/1960

MATÉRIA:

O sistema de saúde alemão é todo baseado na atividade das chamadas “caixas de assistência de doentes” (*Krankenkassen*), que, à época da presente decisão (*Urteil*) do TCF, eram todas públicas. Uma antiga norma do direito previdenciário prescrevia uma limitação severa para a admissão de novos **médicos conveniados** a tais **caixas** (daí: *Kassenarzt-Urteil*), ou seja, ao sistema público previdenciário. O referido dispositivo prescrevia uma proporção de 500 membros da caixa para 1 médico; 900 membros da caixa para um dentista (§ 368 a I 1 RVO). Contra ela, 3 médicos e 6 membros da caixa ajuizaram Reclamações Constitucionais. O TCF julgou as Reclamações Constitucionais dos médicos procedentes e declarou a nulidade do dispositivo impugnado. O TCF vislumbrou uma violação do Art. 12 I GG, por razões semelhantes àquelas tratadas no *Apothekenurteil* (Cf. BVerfGE 7, 377 e acima: **Decisão 70.**).

O direito vigente sobre médicos conveniados ao sistema previdenciário - segundo o qual, com base em uma proporção, são criados postos de médicos vinculados ao sistema previdenciário ocupados somente por um candidato - limita o exercício da profissão médica para os médicos não admitidos ao sistema público de saúde com uma intensidade que faz a regulamentação aproximar-se de um cerceamento da escolha profissional. Segundo os parâmetros trazidos à pauta (BVerfGE 7, 377 [407]), essa regulamentação não é compatível com o Art. 12 I GG.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 23 de março de 1960
- 1 BvR 216/51 -

RAZÕES

(...)

I. - III. (...) ³¹⁴

IV.

As Reclamações Constitucionais dos médicos são, em suas essências, procedentes.

1. - 2. (...).

3. (...).

(...). Se a atividade como médico vinculado ao sistema público de saúde é apenas uma forma de exercício especial do profissional liberal médico, a admissão para a prática médica no sistema público de saúde não significa, portanto, a admissão para uma profissão especial de “médico vinculado ao sistema público de saúde”; então, só se pode tratar de uma regulamentação dentro da esfera profissional da profissão uniforme de “médico profissional liberal”. Ela deve ser compreendida como “regulamentação do exercício profissional” na acepção do Art. 12 I GG e da decisão de 11 de junho de 1958 (BVerfGE 7, 377) [*Apothekenurteil*].

No exame de constitucionalidade dessa regulamentação deve-se, contudo, ter presente que dentro de tais regulamentações do exercício há uma larga escala de

³¹⁴ Nessa, que é uma decisão antiga do TCF, o tribunal desistiu de dividir a fundamentação em letras maiúsculas, começando com os algarismos romanos.

possibilidades, à qual corresponde uma grande ou uma pequena liberdade de conformação pelo legislador. De fato, o legislador é *em geral* mais livre no âmbito da regulamentação do exercício do que no âmbito da regulamentação da admissão profissional. O fundamental mandamento da diferenciação (BVerfGE 7, 377 [403 *et seq.*] vale, contudo, também dentro da regulamentação do exercício; o legislador é, no que tange ao conteúdo [da regulamentação específica], tão mais livre quanto mais atingir apenas o exercício da profissão, e tão mais vinculado, quanto mais ao mesmo tempo for atingida a escolha de profissão (BVerfGE *op. cit.*). Portanto, também aqui o grau da limitação para o indivíduo e a necessidade da regulamentação para a proteção da coletividade precisam ser meticulosamente sopesados.

Quanto mais incisivamente for restringida a liberdade de exercício profissional, mais altas devem ser as exigências à [ao exame que verificou a] emergência dos interesses públicos, a qual é trazida à pauta para a justificação de tal restrição.

(...).

4. Se, portanto, em regra, sem a admissão ao sistema público de saúde o médico profissional liberal não pode exercer sua profissão de forma bem sucedida em termos econômicos, então o efeito da atual regulamentação, que faz a admissão depender de uma relação numérica tabelada, sobre a qual o médico não tem nenhuma influência, fica bem próximo de “um pressuposto objetivo de admissão” na forma de uma cláusula de necessidade (BVerfGE 7, 377 [406 *et seq.*]). A regulamentação, portanto, somente será justificada quando exigida em virtude de importantes interesses da coletividade, que não possam ser protegidos de outra forma. O resultado da ponderação dependerá do esclarecimento da questão se a limitação da liberdade profissional é exagerada, porquanto não necessária à defesa contra perigos relevantes, previsíveis com certa segurança (BVerfGE *op. cit.*).

a) O governo federal e os governos estaduais alegam que uma liberação da admissão ao sistema público de saúde para todos os médicos “estabelecidos” reduziria de tal modo a renda média dos médicos já admitidos ao sistema público de saúde, que a grande maioria deles não mais teria [garantida] uma sobrevivência digna. A consequência seria uma concorrência acirrada dos médicos, uma queda da ética profissional, um aumento de trabalho [com diversificação das atividades], uma maior disposição à prescrição de medicamentos e à elaboração de atestados médicos. A situação econômica emergencial dos médicos vinculados ao sistema público de saúde provocaria, por fim, uma pressão política tão forte que os honorários dos médicos vinculados a

esse sistema e, por conseguinte, as contribuições dos assegurados, teriam que ser aumentados. Como efeito final, uma liberação [geral] da admissão traria ao sistema público de saúde uma oneração tão alta que sua existência restaria ameaçada.

O Tribunal Constitucional Federal não pôde se convencer de que esses perigos existam na extensão temida (...).

(...).

b) (...).

(...).

Como conclusão há de se verificar: A regulamentação vigente, caracterizada pelo efeito conjunto dos elementos relação numérica, posto de médico vinculado ao sistema público de saúde, abertura de vagas e admissão de apenas um médico vinculado ao sistema público de saúde para cada posto, implica em uma intervenção profunda no livre exercício profissional dos médicos não admitidos. De outro lado, não foi demonstrado que interesses públicos emergenciais, que não poderiam ser suficientemente levados em consideração de outro modo, tornem justamente essa regulamentação inevitável. Ela é, portanto, incompatível com o Art. 12 I GG.

V.

(...)

74. BVERFGGE 13, 97

(HANDWERKSORDNUNG)

Controle concreto

17/07/1961

MATÉRIA:

O autor do processo originário (processo administrativo de conhecimento) é artesão de relógios (mestre de ofício) e possui uma pequena oficina, que funciona, desde 1934, quando concluiu seu curso técnico com a realização de um exame bem sucedido. Porém, o novo **Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício** (*Handwerksordnung*) de 1953 exigia a realização de um exame para o registro como mestre de ofício, pressuposto da autorização para a gerência de uma oficina. O § 7 I do referido Código determinava que o objetivo do exame era verificar “se o candidato é capaz de administrar, autonomamente, uma oficina e de ensinar

devidamente o ofício a aprendizes”. Já o § 41 fixava que o exame visava a verificar ainda “se o candidato é capaz de executar com maestria os trabalhos usuais em seu ofício e se possui os conhecimentos técnicos necessários, assim como os indispensáveis conhecimentos econômicos, administrativos e teóricos em geral”. Os § 7 II e 8 previam que, em casos excepcionais, órgãos competentes de cúpula da Administração poderiam conceder uma autorização extraordinária. O autor do processo originário requereu essa autorização extraordinária. Ele alegou que, por causa de um problema muscular em seu ombro e da mão esquerda, ele não poderia realizar os trabalhos complexos exigidos no exame de mestre, mas que, não obstante, seria capaz para realizar os trabalhos mais simples do dia a dia, os quais, costumeiramente, vinha realizando já há quase duas décadas, e também que a não autorização do prosseguimento de suas atividades comprometeria sua subsistência e de seus pais, que dependeriam da oficina tão arduamente reconstruída após a Guerra. Seu pedido foi indeferido e sua contestação, ainda em sede administrativa, não surtiu efeito.

Ajuizada a ação na Justiça administrativa, o Tribunal Estadual de *Hannover* suspendeu o processo para apresentar ao TCF a questão da constitucionalidade dos §§ 1, 7 I e II do referido Código. O TCF confirmou a constitucionalidade do dispositivo e devolveu os autos ao tribunal estadual para que ele decida então o feito aplicando os respectivos dispositivos.

1. A prova de habilitação para a profissão de mestre de ofício é compatível com a *Grundgesetz*.
2. Também pressupostos subjetivos para a admissão são justificados apenas para a proteção de importantes bens da coletividade. Dignos de tutela podem ser não somente valores da coletividade geralmente reconhecidos, mas também aqueles que derivam de específicas metas econômicas, sociais e políticas do legislador, como, por exemplo, a manutenção da qualidade da prestação do serviço e da capacidade da prestação do serviço, por parte dos mestres de ofício, do asseguramento de [novos] formandos para todo esse ramo econômico.
3. Compete ao legislador fixar tipos de profissão, estreitando, portanto, a livre escolha profissional nesse campo. Ele pode, para tanto, tipificar, e precisa respeitar tendências de especialização, apenas com certa abrangência.

4. Corresponde à concepção de proteção do Art. 12 I GG conceder ao candidato à profissão uma autorização excepcional, conforme § 7 II, § 8 HdwO, quando exigir dele a prova de habilitação profissional, exatamente na forma de realização de exame de especialização, pudesse significar uma oneração exagerada, [e por isso mesmo] não exigível.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 17 de julho de 1961

– 1 BvL 44/55 –

no processo do exame de constitucionalidade dos §§ 1 e 7 I e II do Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício de 17 de setembro de 1953

(...)

RAZÕES

Segundo o § 1 I do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício, o funcionamento autônomo de uma oficina como estabelecimento empresarial é permitido somente às pessoas registradas no Registro de Mestres de Ofício (profissionais autônomos). Os estabelecimentos que podem funcionar como oficina são apontados no anexo A da lei (§ 1 II). No Registro de Mestres de Ofício é registrado quem tenha passado na prova de habilitação para o tipo de oficina que será por ele tocada (§ 7 I). (...).

(...).

II. – V. (...)

B.

A Apresentação Judicial é admitida.

(...).

C.

Os § 1 e § 7 I e II do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

O Tribunal Constitucional Federal expôs, na decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), os princípios a partir dos quais ele parte para a interpretação

do Art. 12 I GG. Segundo estes, o direito fundamental de liberdade profissional garante ao indivíduo o direito de exercer profissionalmente qualquer atividade para cujo exercício ele se considere apto; ele deve poder escolher livremente a atividade que sente ser sua vocação, também podendo fazer de tal atividade a base de sua sobrevivência. Esse direito fundamental é, assim, um desdobramento especial do mais abrangente direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo Art. 2 I GG. Como este [o direito à liberdade profissional], deve ser todavia harmonizado com os interesses da coletividade que [eventualmente, no caso concreto] possam se opor ao seu exercício ilimitado. A possibilidade para a harmonização é concedida ao legislador por sua competência de normatização definida no Art. 12 I 2 GG. A ali desenvolvida “teoria dos degraus” (“*Stufentheorie*”) é o resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade junto às intervenções na liberdade profissional ordenadas pelo bem comum. Ela parte da percepção (*op. cit.*, p. 405) de que, segundo a ordem da *Grundgesetz*, a personalidade humana livre é o valor jurídico supremo, que, por isso, no momento da escolha profissional, a ela tem que ser reservada a maior liberdade possível; que essa liberdade, portanto, somente poderá ser limitada na medida em que for indispensável ao bem coletivo. A partir da presunção por princípio de liberdade, dá-se a diferenciação entre as simples regras do *exercício profissional* e as limitações da escolha profissional, junto às quais, *de novo* [diferencia-se] entre os pressupostos subjetivos e objetivos da admissão para a profissão. No mais, chega-se ao princípio segundo o qual intervenções somente serão respectivamente justificadas no “degrau” que consigo trazer a menor limitação da liberdade profissional do indivíduo.

Portanto, para a decisão sobre a admissibilidade de uma concreta limitação legal da liberdade profissional será necessária, em cada caso, uma ponderação entre os interesses contrapostos do indivíduo e da coletividade. Nessa ponderação, deve-se partir da primazia do direito de liberdade. Não obstante, o juiz somente pode desconsiderar as ponderações e valorações que levaram o legislador, segundo sua opinião, a uma necessária limitação da liberdade, se elas se mostrarem insustentáveis quando contrapostas ao parâmetro da *Grundgesetz*.

II.

A decisão de exercer autonomamente uma profissão de Mestre de Ofício listada no anexo A do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício, como estabelecimento industrial, é um ato de escolha profissional na acepção do Art. 12 I GG (...).

(...).

III.

A exigência da prova de habilitação é um pressuposto subjetivo da admissão profissional: O registro da atividade profissional como mestre de ofício autônomo torna-se dependente da posse de competências e habilidades profissionais, que o indivíduo pode adquirir por meio da realização de um determinado curso de formação – excepcionalmente de outra forma –, tendo que prová-las, por princípio, em um exame específico.

Também os pressupostos subjetivos da admissão são justificados somente para a proteção de um bem importante da coletividade, pois também eles limitam – em geral – sensivelmente a pretensão de liberdade do indivíduo, na medida em que proíbem ao indivíduo o início das atividades na profissão escolhida até que ele apresente a prova de que se sujeitou a uma formação que exige longo tempo e que passou em uma prova específica.

Dignos de tutela aqui não são somente valores “absolutos” da coletividade, ou seja, valores reconhecidos coletivamente e independentes da respectiva política da comunidade (como, por exemplo, a saúde pública). O legislador também pode ter como motivo de regulamentações profissionais interesses coletivos que não lhe foram, nesse sentido, pré-determinados, mas que só resultam, ao contrário, de suas específicas concepções e metas econômicas, sociais e políticas, que ele, portanto, só por sua própria iniciativa eleva à dignidade de importantes interesses comunitários. Nesses casos, o Tribunal Constitucional Federal não pode contestar as regulamentações profissionais só porque são controversas as opiniões políticas nas quais se baseiam. O tribunal limita-se, nesse ponto, a perscrutar se os interesses públicos, a cuja proteção serve a regulamentação legal, podem, em geral, representar valores da coletividade de tal importância que justifiquem uma limitação da livre escolha profissional. O reconhecimento das concepções do legislador sobre isso somente pode ser negado se

elas forem evidentemente errôneas ou incompatíveis com a ordem axiológica da *Grundgesetz*.

IV.

A regra em pauta do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício baseia-se na tese fundamental de que a conservação da qualidade da prestação do serviço e da capacidade de prestação do respectivo ofício e o asseguramento de [novos] formandos para todo esse ramo econômico se constituiriam em interesses coletivos tão importantes que o acesso ao exercício autônomo de uma profissão de mestre de ofício não poderia ser livre a todos. Essa tese do Código Regulamentação da Profissão de mestre de ofício não pode ser contestada em face de sua constitucionalidade.

1. O legislador federal considerou o artesanato como sendo um ramo do setor industrial indispensável à economia e como uma parte especialmente importante da [atividade econômica da] classe média [na acepção de pequeno empresariado]. Em consonância com a maior parte das constituições dos estados federados da República Federal da Alemanha, que expressamente incorporaram a proteção e o fomento do artesanato em seu programa político-econômico, o legislador queria proteger e fomentar o artesanato como um todo. Ao mesmo tempo, ele queria com isso assegurar a formação de futuros profissionais para todo esse ramo da economia empresarial. Na introdução da prova de habilitação, o legislador enxergou um meio adequado e também necessário, para o alcance desse objetivo.

(...).

2. Como essa explanação demonstra, o legislador não buscava afastar os riscos para a coletividade ou para o indivíduo, decorrentes do exercício inapropriado da profissão, riscos estes a que eram sujeitos vários ramos do artesanato, tais como a construção civil ou os grupos de mecânicos de veículos e de eletricitistas. Decisivo foi, pelo contrário, o interesse na conservação e fomento do saudável e prestativo artesanato como um todo (...).

3. As considerações com as quais o legislador fundamenta o interesse especial da coletividade na conservação e fomento do artesanato pautam-se nos quadros de uma política econômica, previdenciária e social possível em face da *Grundgesetz*, e por isso determinada isoladamente a partir da margem de ação discricionária legislativa. Elas

não se chocam nem com os princípios fundamentais nem com as decisões axiológicas específicas da Constituição. De outro lado, elas podem ser comprovadas com fatos e experiências de nossa vida econômica e social.

Neste sentido, pode ser aduzido em detalhes o seguinte:

a) – d) (...).

(...).

V.

Uma vez, então, que o legislador pôde, com fundamento na conservação e cuidado de uma alta qualidade do artesanato, vislumbrar um bem coletivo muito importante, ganha muito em relevância a questão sobre se esse interesse coletivo teria primazia sobre o direito de liberdade do indivíduo e – uma vez afirmativa a resposta – se a lei, na limitação do direito fundamental, não teria ido longe demais. O direito fundamental da liberdade profissional tem como conteúdo que ao indivíduo deva restar tanta liberdade na escolha de sua profissão quanto seja conciliável com os interesses dignos de proteção da coletividade; dito de outra forma: as limitações à livre escolha profissional só precisam ser suportadas pelo indivíduo quando e se elas visarem a proteção de interesses coletivos importantes. As necessidades do bem comum devem estar numa relação balanceada com as limitações da liberdade dos indivíduos. Isso significa – segundo a formulação desse princípio cunhada na decisão “*Apothekenurteil*” – que se deve avaliar primeiramente se, para a consecução de seu objetivo, o legislador precisa em princípio realizar limitações da livre escolha profissional, ao invés de limitar-se à regulamentação do exercício profissional, e se o pressuposto para a admissão por ele implementado não representa evidentemente um meio inadequado para a proteção do valor coletivo; finalmente, se esse pressuposto para autorização, também em si considerado, não onera exageradamente e de maneira não exigível o indivíduo atingido. Também nas questões de ponderação e de valoração que quase sempre emergem nesse contexto, a concepção do legislador não pode ser afastada pelo Tribunal Constitucional Federal, contanto que não reste claro que ela parta de pressupostos empíricos incorretos ou contrarie a Constituição.

1. O legislador poderia ter deixado a proteção e fomento da qualidade e da capacidade para a prestação do serviço dos proprietários das oficinas ao livre jogo das forças econômicas [ao mercado]. Ele teria partido então da concepção de que a livre

concorrência já acabaria eliminando os agentes incapazes ou menos capazes, de tal sorte que, em meio a essa “auto-seleção”, as pessoas mais capazes se tornariam autônomas ou mesmo se imporiam em face da concorrência. Esse fim poderia ter sido fomentado [suficientemente] ainda por meio da regulamentação do exercício profissional. Então teria sido, por exemplo, possível, também junto à concessão da admissão à profissão, reservar aos proprietários das oficinas o uso do título de mestre àqueles que passaram na respectiva prova. Com isso, o público seria informado sobre a capacidade produtiva (presumivelmente) alta de oficinas dirigidas por um mestre. Também a qualificação dos formandos poderia continuar sendo um monopólio dos mestres artesãos, como ocorria no antigo primeiro exame de qualificação. A subsequente especialização técnica e administrativa dos mestres de ofício, que o Código de Regulamentação torna, de todo jeito, obrigatória para as câmaras de mestres de ofício e para as corporações, poderia ter sido aperfeiçoada por meio de diversas medidas.

Se essas possibilidades não pareceram suficientes ao legislador, então estão compreensíveis os motivos, de qualquer forma não claramente errôneos, pois regulamentações do exercício profissional – e mais ainda o livre jogo das forças econômicas – só se tornam eficazes para aquele que já iniciou a atividade profissional autônoma. Eles não asseguram nada contra a entrada de pessoas não-qualificadas na profissão. Até que estas sejam retiradas [do mercado] ou ainda que sejam trazidas à qualidade produtiva desejável, tanto a clientela (por produções deficitárias), quanto a própria classe profissional (pelo deslocamento e bloqueio de oficinas realmente produtivas ou pela diminuição da reputação do ofício como um todo) poderão sofrer consideráveis danos. Todavia, evitar isso foi justamente o objetivo do legislador. Por isso, se ele acreditou precisar implementar limitações da liberdade já no estágio da escolha profissional, com o fim de impedir, na medida do possível, o ingresso profissional de pessoas inaptas, então não se pode em princípio contestá-lo, pressupondo-se, sempre, que essas medidas se pautem nos limites constitucionais e, especialmente, que observem o princípio da proporcionalidade.

2. O Código de Regulamentação do Artesanato estabelece como pressuposto subjetivo para a admissão ao exercício profissional autônomo somente a prova da capacidade técnica, que deve ser demonstrada mediante uma certa formação e a aprovação em um determinado exame. Essa é – excetuando-se os casos peculiares a serem abaixo discutidos sob o tópico 4 – a forma de limitação à livre escolha profissional

mais amena e que menos onera os candidatos. Aqui vale, em toda sua abrangência, o que foi desenvolvido no *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377 [406 s.]), ou seja, limitações com um tal conteúdo legitimam-se a partir da matéria em si. O devido exercício profissional de um ofício pressupõe conhecimentos e habilidades que podem ser adquiridos somente por meio da formação teórica e prática. Trata-se tão somente de uma formalização e concretização dos pressupostos de qualificação decorrentes da natureza da matéria, quando o legislador determina detalhadamente os conhecimentos e habilidades necessários, além do tipo e do modo como eles devem ser adquiridos. Quando se concede o acesso a uma tal profissão somente àquele que adquiriu as capacidades necessárias para o devido cumprimento da atividade profissional, está-se exigindo do candidato apenas aquilo que ele, de qualquer maneira, a partir de uma avaliação racional e por iniciativa própria, deveria fazer. É o que vale principalmente quando se tratar de profissões como aquelas relativas ao artesanato, cuja peculiaridade característica reside, justamente, no fato de o proprietário da oficina trabalhar em grande parte ele mesmo [nos projetos], de tal sorte que o sucesso da oficina dependa de forma decisiva justamente de suas habilidades e conhecimentos pessoais. Uma regulamentação que exija apenas que ele comprove exatamente essas habilidades e conhecimentos, adequa-se tão perfeitamente à situação específica dessas profissões, que a limitação de liberdade como tal aí existente quase não é perceptível por parte do indivíduo, tendo apenas um pequeno peso, pelo menos quando comparada à proteção de importantes interesses da coletividade. Isso é decisivo, embora a atividade do ofício seja frequentemente escolhida como profissão por muitos, em virtude de sua variedade e da possibilidade fácil de acesso, de forma que o número dos atingidos pela regulamentação é proporcionalmente alto.

3. (...).

4. Uma limitação inexigível à liberdade poderia ser vislumbrada no fato de que a lei em seu anexo A limita a escolha profissional aos ramos ali assinalados do artesanato, tornando, portanto, impossível ao indivíduo escolher como profissão uma área parcial das atividades abrangidas nos quadros fixos de carreiras e restringir correspondentemente sua formação. Quem quer se especializar em determinados trabalhos delimitados que façam em si sentido [como atividade independente], como, por exemplo, dentro do ofício de costureiro ou mecânico, poderia argumentar que lhe é exigido mais em formação e em termos de performance em exames do que a natureza da atividade [na realidade] exige.

Entretanto, a lei não pode ser contestada constitucionalmente sob esse ponto de vista. Na decisão *Apothekenurteil* já se afirmou que o legislador pode fixar juridicamente determinadas carreiras profissionais. Nessa tarefa, ele não pode proceder de outra forma, – observando-se a origem e o exercício de fato da profissão – a não ser sintetizando as atividades correlacionadas na unidade de uma única profissão. Somente no caso concreto pode-se julgar se o legislador foi fundo o bastante na “especialização” de profissões. Em geral, pode-se dizer que deve restar ao legislador aqui uma certa margem de ação [discricionarietà legislativa]; ele é forçado à tipificação e pode partir, nessa base, de exigências de qualificação justificadas na média. Mesmo as tendências propagadas de especialização podem ser consideradas pelo legislador apenas dentro de determinados limites, se ele quiser conservar o caráter abrangente dos mestres de ofício, em face do mero trabalhador técnico. Se a regulamentação como um todo não leva a uma distorção das relações tradicionais existentes de fato no âmbito das profissões relacionadas, então deve ser tolerada uma certa “porção extra” de exigências de formação e de exames que se pautem em limites razoáveis, como pode ser verificada, de resto, em vários Regulamentos de Cursos e Avaliações estatais, principalmente porque a “desnecessária” limitação da liberdade aí existente será compensada em certo sentido pelo crescimento de oportunidades profissionais e da reputação social.

(...).

5. – 7. (...).

VI.

O princípio geral da igualdade não é violado, porque não se exige para a produção industrial de mercadorias, as quais também são produzidas manualmente, uma prova de habilitação.

Se o legislador estabelece como pressuposto subjetivo para a admissão a prova de habilitação, então ele não é obrigado, pelo Art. 3 I GG, a tratar da mesma forma as profissões, porque nelas pode ser verificada uma igualdade externa de algumas áreas de atividade ou execuções. Pelo contrário, ele pode diferenciar o tipo e abrangência da regulamentação da profissão em larga proporção, segundo as relações peculiares dos diferentes âmbitos profissionais, especialmente segundo a estrutura social das profissões analisadas (BVerfGE 9, 338 [350]). Na aplicação desse parâmetro não se pode avaliar

como uma violação do princípio geral da igualdade o fato de atividades industrialmente realizadas serem isentas da necessidade de admissão, ao passo que as mesmas, no âmbito do artesanato, estejam sujeitas à prova de habilitação.

Oficinas de artesanato são, à diferença das empresas industriais, em sua maioria empresas pequenas. Para elas é característico o fato de o trabalho manual ser partilhado pelo proprietário da oficina; sua qualificação técnica decide sobre o valor da prestação do trabalho manual. Em contraposição a isso, o proprietário de uma empresa industrial, em geral não trabalha na produção, mas se limita à direção administrativa ou técnica. Essa diferença estrutural justifica o fato de ser somente o exercício autônomo de uma oficina dependente da prova de conhecimentos e habilidades pessoais.

75. BVERFGE 19, 330

(SACHKUNDENACHWEIS)

Controle concreto

14/12/1965

MATÉRIA:

O requerido do processo originário é um cabelereiro, que instalou uma máquina de venda de cigarros em seu apartamento. Desta feita, violou normas do direito da construção civil e foi condenado, por decisão transitada em julgado, a uma pena pecuniária. Além disso, o órgão da Administração competente aplicou-lhe uma segunda multa por ter oferecido mercadoria no varejo sem ter realizado a devida **prova de qualificação técnica** (*Sachkundenachweis*) para tanto.

Contra a aplicação da multa, o reclamante entrou em juízo. Em primeira instância, determinou-se a revogação do ato administrativo, porque por ele teria sido ferida a cláusula *ne bis in idem*. O órgão da Administração contestou essa decisão de primeira instância por intermédio de uma reclamação ordinária (*Beschwerde*), alegando a imputação de mais de uma conduta delituosa. O Superior Tribunal Estadual suspendeu, então, o processo, segundo o Art. 100 I GG, para colher a decisão do TCF sobre a constitucionalidade do § 3 II 1 *Einzelhandelsgesetz* – *EinzelHG* (da lei do setor econômico varejista).

O TCF verificou, então, que o dispositivo questionado é incompatível com o Art. 12 I GG, declarando-o nulo, na extensão em que alcançar o comércio varejista com produtos de todo tipo com exclusão daqueles mencionados no § 3 III 2 EinzelHG.

É incompatível com o Art. 12 I GG exigir a prova de conhecimento técnico para o estabelecimento de comércio de varejo com mercadorias de todo tipo (à exceção das mercadorias indicadas no § 3 III 2 da lei do comércio varejista (*Einzelhandelsgesetz*)).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 14 de dezembro de 1965

– 1 BvL 14/60 –

(...)

RAZÕES

I.

1. (...).
2. (...).

Para o exercício do comércio varejista é necessária uma autorização (§ 3 I) que deve ser, segundo o § 3 II Einzel-HG³¹⁵, recusada quando:

1. nem o empresário, nem o representante legal da empresa, nem uma pessoa nomeada pelo empresário para a direção da empresa, puderem atestar o necessário conhecimento técnico; ou
2. Existirem fatos dos quais se depreende a falta de credibilidade necessária para a condução da empresa, de uma das pessoas mencionadas no número 1.

A lei do comércio varejista diferencia os seguintes grupos de comércio varejista:

Comércio varejista de gêneros alimentícios do § 1 I da lei de gêneros alimentícios, comércio varejista de medicamentos e produtos médicos - exceto aqueles controlados pelos órgãos médicos oficiais -, comércio varejista das mercadorias restantes (doravante designado como comércio varejista geral).

³¹⁵ Einzel-HG é sigla de *Einzelhandelsgesetz*, ou seja, lei da atividade empresarial a varejo.

O § 4 II EinzelHG exige, para o comércio de gêneros alimentícios e medicamentos a varejo, ao contrário da autorização geral para o comércio varejista, um especial conhecimento dessas mercadorias. Quem foi aprovado em uma prova de auxiliar administrativo em um qualquer ramo do setor comercial e depois exerceu uma atividade no comércio de no mínimo 2 anos (§ 4 I EinzelHG), comprovou ter o conhecimento técnico necessário para o comércio varejista geral. Além disso, para a prova do conhecimento técnico basta a comprovação de uma atividade administrativa de no mínimo 5 anos, sendo que 2 deles devem ser de atividade de gerência [ou diretoria] (§ 4 III EinzelHG). Por fim, a lei prescreve que o candidato que não preencha os requisitos mencionados prove seu conhecimento técnico para o comércio varejista em uma prova específica (§ 4 IV EinzelHG). (...).

(...).

II. – III. (...)

IV.

A condição de admissão do conhecimento técnico não é, em sua conformação legal atual, compatível com a *Grundgesetz*.

1. (...).

2. Apesar de sua designação, a Lei do Exercício do Comércio Varejista não regulamenta o exercício profissional, mas o acesso à profissão. A exigência do conhecimento técnico é um pressuposto subjetivo de admissão na acepção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 377 [406 s.]). O início da profissão de comerciante varejista depende do domínio de determinados conhecimentos que devem ser comprovados por meio de uma formação especial e, por princípio, também em uma prova.

Pressupostos subjetivos de admissão são justificados apenas para a proteção de um bem coletivo importante. Eles limitam sensivelmente a livre escolha profissional, uma vez que denegam ao candidato o início da atividade na profissão por ele escolhida, até que ele prove que teve a formação exigida por uma período relativamente longo e que foi aprovado em uma prova específica (BVerfGE 13, 97 [107]).

(...).

3. (...).

4. (...). a) A proteção do consumidor, que, como cliente, está em posição oposta à do comerciante varejista, em face ao perigo de dano à saúde, ou também à economia,

poderia ser vislumbrada como um importante interesse coletivo que, por si, também justificaria pressupostos subjetivos de admissão. Para esse fim, contudo, o meio aqui escolhido é inadequado.

O comércio varejista, por meio da “distribuição de mercadorias”, auxilia na cobertura da demanda. Sua função econômica é comprar, armazenar e – freqüentemente – vender mercadorias a consumidores privados. A manipulação de mercadorias não existe, esta foi em grande parte assumida pela indústrias e pelo comércio atacadista; em regra, são vendidas [aos varejistas] mercadorias prontas para o consumo. (cf. *Hans Buddeberg*, “Einzelhandelsbetrieb”, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Tomo 3, 1961, p. 101 s.).

Riscos à saúde para o consumidor poderiam advir de um comerciante varejista tecnicamente despreparado no comércio de gêneros alimentícios, medicamentos e assemelhados. Para esses ramos de produtos valem, contudo, prescrições específicas, que agora não estão sob exame. O comércio varejista geral não põe em risco a saúde dos clientes. A possibilidade de risco econômico, pelo contrário, não é excluída, quando o comerciante varejista adquire mercadorias de má qualidade, armazena inadequadamente as mercadorias ou informa o cliente [sobre o uso e consumo da mercadoria vendida] de maneira inapropriada. Esse risco poderia ser eliminado ou, ao menos, diminuído, se fosse exigido do comerciante varejista a prova de conhecimento técnico das mercadorias em seu ramo específico. Mas justamente essa prova a lei não exige. Ela se contenta com a prova de conhecimentos gerais empresariais, que podem ser adquiridos em um outro ramo totalmente diferente.

b) Evidentemente, o pressuposto de admissão do conhecimento técnico deve servir [segundo os mentores do projeto-lei e, portanto, do legislador], em primeira linha, aos interesses da própria classe profissional, à manutenção de sua capacidade de trabalho (*Leistungsfähigkeit*) e de sua reputação social. No entanto, na persecução desse fim – em si legítimo – o legislador não respeitou os limites que lhe são impostos pelo princípio da proporcionalidade.

(...).

Por isso, ultrapassa muito a medida da necessidade quando o legislador exige de todos os comerciantes varejistas, como pré-requisito para início da profissão, a prova de conhecimentos substanciais administrativos mediante apenas uma formação e prova padrão. Se, na opinião do legislador, as condições de determinados ramos do

comércio varejista realmente tornam necessária a introdução de um tal pressuposto para a admissão, então todos os perigos que ameaçariam a coletividade deveriam ser detalhados e feitos plausíveis. Assim, também o legislador deveria tentar lidar com esses perigos, primeiramente no nível da regulamentação do exercício profissional. Não é compatível com a garantia constitucional de uma livre escolha profissional sujeitar toda uma classe profissional, de certa maneira profilática, a limitações sensíveis na liberdade profissional, por causa de tais perigos que talvez possam surgir em alguns casos isolados.

c) A preocupação com a capacidade de trabalho e com a reputação social de toda uma classe profissional pode só excepcionalmente justificar a introdução de pressupostos subjetivos de admissão. O Tribunal Constitucional Federal aceitou isso para a categoria dos mestres de ofício (BVerfGE 13, 97). Há um grande interesse da coletividade na manutenção de uma classe saudável e capaz de mestres de ofício, principalmente porque, nos trabalhos manuais, também são continuamente formadas as novas gerações para a economia comercial restante, especialmente também para as empresas industriais. Para a proteção do setor de trabalhos manuais, o legislador pôde ultrapassar o nível [de grau] da regulamentação do exercício profissional e exigir a assim chamada prova de habilitação na forma da prova de especialização. Não há um contexto semelhante no setor comercial varejista; em primeiro lugar, aqui não são manipuladas as mercadorias; não é necessário exigir habilidades técnicas pessoais tão altas do empresário; de outro lado, o comércio varejista engloba empresas de diferentes tipos e tamanhos, desde máquinas automáticas de venda de produtos (como no processo original [de conhecimento]) até Hipermercados. Só com a alegação de um interesse geral da coletividade na conservação do “comércio varejista” por excelência, limitações a direitos fundamentais não podem ser de fato justificadas. As diferentes posição e função de ambos os ramos profissionais na vida econômica e social tornam-se claras também com a observação da evolução do direito: nos ofícios manuais, a prova de habilitação e o exame de especialização correspondem à antiga tradição jurídica; o comércio varejista foi até a mais nova era, por princípio, livre de qualquer limitação jurídica de admissão.

d) (...).

5. – 7. (...).

76. BVERFGE 86, 28

(SACHVERSTÄNDIGENBESTELLUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 25/03/1992

MATÉRIA:

A Reclamação Constitucional foi movida por engenheiro de motores automobilísticos que atuava como perito judicial e pleiteou, junto à Câmara de Comércio e Indústria de Koblenz, sua **nomeação pública como perito oficial** (*Sachverständigenbestellung*). Esta lhe foi negada. Inconformado, moveu uma ação judicial, julgada improcedente primeiramente pelo Juízo Administrativo de primeira instância e depois pelo Superior Tribunal Administrativo de *Rheinland-Pfalz* e, finalmente, pelo Tribunal Administrativo Federal, com base em um dispositivo do Código Industrial (§ 36 GewO) que prescrevia certas qualificações como pré-requisitos da nomeação, a serem determinadas segundo a discricionariedade dos órgãos examinadores competentes.

O reclamante alegou que a aplicação do § 36 GewO pelos tribunais violou seu direito fundamental do Art. 12 I GG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, em relação à interpretação e aplicação do § 36 GewO pelos tribunais da Justiça Administrativa. Com isso, revogou as decisões anteriores dos dois tribunais, determinou a devolução dos autos ao Superior Tribunal Administrativo para nova decisão, sem, no entanto, declarar a nulidade ou mesmo mera incompatibilidade do § 36 GewO com o Art. 12 I GG.

A nomeação pública de peritos, segundo o § 36 do Código Industrial (*Gewerbeordnung - GewO*), pode depender da aptidão técnica e pessoal do candidato, bem como da necessidade geral de correspondente conhecimento especializado em dada área técnica; não pode depender, contudo, do número de peritos já disponíveis. Um tal exame concreto da necessidade afronta o Art. 12 I GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de março de 1992
- 1 BvR 298/86 -
(...)

RAZÕES:

A.

A Reclamação Constitucional trata da questão sobre se a nomeação pública de um perito, conforme o § 36 do Código Industrial (GewO), pode ser rejeitada com a fundamentação de que o número de peritos nomeados publicamente já em atividade seria suficiente.

I.

1. O fundamento legal para a nomeação pública e juramento de pessoas que atuam ou querem atuar profissionalmente como perito é o § 36 I 1 GewO. (...). Segundo o teor desse dispositivo:

§ 36

Nomeação pública de peritos

(1) Pessoas que atuam ou querem atuar profissionalmente como perito podem ser nomeadas publicamente para determinadas áreas técnicas por meio dos cargos determinados pelos governos estaduais, segundo discricionariedade deles, se provarem conhecimento técnico específico e não houver nenhuma dúvida em relação à sua aptidão (...).

(...) os órgãos de direito público responsáveis pela nomeação e juramento públicos de peritos são autorizados a normatizar, por meio de regulamentos, os requisitos para a nomeação, bem como os direitos e deveres dos peritos (...). O aqui decisivo Regulamento da Câmara de Indústria e Comércio de *Koblenz* dispõe sobre os requisitos da nomeação pública, como segue:

§2

Pressupostos da nomeação

(1) Deve haver uma necessidade geral para a nomeação pública (...).
(...).

2. As regras legais, segundo as quais a autoridade competente pode realizar a nomeação pública “para determinadas áreas segundo a sua discricionariedade”,

são entendidas pela literatura jurídica e jurisprudência como se devesse ser realizada uma dupla avaliação da necessidade. Primeiramente, deveria ser verificado se peritos no correspondente ramo técnico seriam em geral necessários (exame abstrato de necessidade); só então se decidiria sobre se, nessa área técnica, considerando os peritos já disponíveis, haveria necessidade de outras ordenações públicas (exame concreto de necessidade). O perito individual não teria uma pretensão jurídica à nomeação pública. (...).

3. (...).

II.

1. O reclamante é, desde janeiro de 1960, funcionário da Associação Alemã de Supervisão de Veículos Automotores (*Deutscher Kraftfahrzeugüberwachsungsverein e. V. - DEKRA*), onde é perito de veículos automotores (engenheiro). Sua atividade consiste na elaboração autônoma de pareceres de trânsito para a Polícia, os Ministérios Públicos e o Judiciário. Em 22 de setembro de 1981, ele requereu, perante a Câmara de Indústria e Comércio (IHK) de *Koblenz*, a nomeação e o juramento públicos. A Câmara entendeu que o reclamante queria ser reconhecido como perito na área de “danos em veículos automotores e avaliação”. Ela denegou o pedido, porque não haveria necessidade de mais peritos nessa área, e porque, ainda, outros candidatos estariam numa lista de espera.

2. – 3. (...).

III. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

As decisões impugnadas baseiam-se no § 36 GewO, mas não interpretam esse dispositivo conforme a Constituição. A nomeação pública para peritos não pode depender do número de peritos já disponíveis. Um tal exame de necessidade não encontra fundamento em interpretação conforme a Constituição do § 36 GewO. Ademais, esse exame seria desproporcional [feriria portanto o princípio da proporcionalidade, n. org].

I.

O indeferimento do pedido de nomeação pública feito por um perito significa uma intervenção em sua liberdade profissional.

1. Se o legislador cria o reconhecimento estatal de uma qualificação profissional e, com isso, vantagens na concorrência profissional, então a recusa desse reconhecimento equivale a uma intervenção na liberdade profissional. Como limitação à liberdade não são consideradas apenas ordens e proibições; é suficiente que, por meio de medidas estatais, a concorrência tenha sido influenciada e que o exercício de uma atividade profissional, seja, por meio disso, impedido (cf. a última decisão: BVerfGE 82, 209 [223 s.]).

Conforme o § 36 I GewO, pessoas podem ser nomeadas publicamente como peritos apenas quando provarem um conhecimento técnico específico e não restar evidente nenhuma dúvida em relação à sua aptidão. Assim, ao perito com nomeação pública são reconhecidas oficialmente aquelas qualidades que serão decisivas para o seu sucesso profissional: competência técnica e integridade pessoal. Disso resulta uma significativa projeção concorrencial em face daqueles peritos que não possam apresentar um reconhecimento estatal de sua competência. (...).

(...).

2. A intensidade da intervenção na liberdade profissional do reclamante é considerável. Ela foi pouco considerada nas decisões impugnadas.

a) No entanto, em concordância com os tribunais administrativos, deve-se partir do reconhecimento de que não se trata de uma limitação da escolha, mas apenas de uma regulamentação do exercício profissional. Peritos nomeados e juramentados pelo Poder Público diferenciam-se dos demais peritos, não pela afiliação a uma profissão específica, mas apenas pela verificação estatal de sua qualificação como perito. Quando um perito é nomeado e juramentado publicamente não se altera o quadro de sua atividade profissional. Também na realidade social, os peritos nomeados publicamente não aparecem como um grupo profissional à parte. Nesse sentido, coincidem as opiniões das associações profissionais e da literatura jurídica.

b) A intensidade da intervenção, entretanto, ainda não resta plenamente determinada com essa consideração. Limitações do livre exercício profissional são imagináveis em diversos níveis. Elas podem até mesmo aproximar-se de intervenções na liberdade de escolha profissional (BVerfGE 33, 125 [161]; jurisprudência consolidada). No entanto, ainda que elas não cheguem tão longe, deve-se atentar para os efeitos dos gravames e limitações, especialmente para o quão fortemente serão reduzidas as possibilidades de ganho e as chances de concorrência dos integrantes da profissão.

Se o § 36 GewO na interpretação das decisões impugnadas for examinado a partir desse critério, o efeito cerceador da liberdade da controversa regulamentação da liberdade do exercício profissional não pode ser considerado pequeno. Ainda que ela de fato não se aproxime de uma limitação da escolha profissional, vez em que não retira a base do exercício da profissão de perito, nem jurídica, nem economicamente, ela vai muito além de ser uma regulamentação de exercício profissional [que possa ser considerada] neutra do ponto de vista concorrencial.

c) A intensidade de uma limitação da liberdade profissional não se deve avaliar somente a partir de suas conseqüências econômicas, mas também conforme os pressupostos jurídicos a que ela se conecta. Desde a decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), o Tribunal Constitucional Federal realiza uma diferenciação entre os casos em que as características e habilidades pessoais do cidadão atingido são centrais (características subjetivas) e casos onde são relevantes características objetivas, que se encontram fora de esfera pessoal daquele. Essa diferenciação é significativa não só nas intervenções na liberdade da escolha, mas também em outras limitações da liberdade profissional (cf. por fim BVerfGE 85, 360, 372 *et seq.*).

Conforme a interpretação das decisões impugnadas e da opinião majoritária, o § 36 GewO conecta características subjetivas e objetivas. A nomeação pública exige, conforme o claro teor do dispositivo, que os candidatos possam provar o conhecimento técnico específico e não haja dúvida quanto à sua aptidão. Ambos os pressupostos fazem parte da esfera pessoal do candidato; as características subjetivas correspondem à qualificação, cujo reconhecimento estatal se pretende. Se as decisões impugnadas, contudo, aceitam que a nomeação pública dependa de uma necessidade, então elas interpretam o § 36 GewO, nesse ponto, como sendo uma limitação segundo características objetivas. Aqui se coloca a questão sobre se a base legal para tanto é suficientemente clara e se as decisivas considerações do bem comum podem justificar uma intervenção tão intensa na liberdade do exercício profissional.

II.

O Art. 12 I 2 GG permite intervenções na liberdade profissional apenas com base em uma regulamentação legal que indique precisamente a extensão e os limites da intervenção. A essa reserva legal sujeitam-se medidas que atinjam a liberdade da escolha profissional, da mesma forma que aquelas que afetem somente o exercício da

profissão. O legislador pode deixar os detalhes para a disciplina por regulamento de uma organização de direito público, como a expressamente prevista no § 36 III e IV GewO. Não obstante, mesmo com uma outorga de autonomia [legislativa, ou seja, de competência ao legislador do Executivo] em si permitida, o legislador tem que decidir, ele próprio, se e em que medida os direitos de liberdade do indivíduo devem ceder espaço à imposição dos interesses da coletividade. A determinação de quais exigências devem ser cumpridas pelo fundamento legal dependerá da respectiva intensidade da intervenção. Na regulamentação do exercício profissional, a medida permitida da intervenção deve ser, na autorização legal, tão mais detalhadamente determinada quanto mais sensivelmente for atingida a livre atividade profissional e quanto mais intensamente forem atingidos uma decisão biográfica definitiva do indivíduo e o interesse da coletividade (cf. BVerfGE 33, 125 [160]).

Os pressupostos subjetivos de uma nomeação pública como perito, que atingem os candidatos com a maior parcimônia, estão suficientemente definidos no § 36 I GewO. Ainda que conhecimento técnico e aptidão sejam conceitos jurídicos indeterminados, sua concretização, contudo, não causa dificuldades incomuns, sendo, no mais, facilitada por alguns elementos típicos complementares no § 2 do Código dos Peritos (*Sachverständigenordnung – SO*).

Em oposição aos pressupostos subjetivos, a exigência objetiva da necessidade não é mencionada no § 36 GewO. Ainda assim, o § 2 I SO acrescenta: “Para a nomeação pública deve haver uma necessidade geral”. Isso pode ser entendido restritivamente na aceção da reserva de um exame de necessidade abstrato, relativo à uma área técnica. Assim, notoriamente, o trabalho da busca, da avaliação e nomeação de peritos deve ser poupado, enquanto não houver demanda [no mercado] por perícia especializada. Se, por exemplo, para uma [dada] área técnica pareceres forem raramente ou nunca exigidos, ou se eles puderem ser feitos sem dificuldade por peritos de uma área técnica mais abrangente, uma atuação estatal [ou seja: todo o processo de reconhecimento, bastante oneroso para o Estado] segundo o sentido da regulamentação não é devida.

De outro modo, do § 36 GewO não se pode depreender que as câmaras, na existência de uma necessidade geral, devam ser autorizadas a proceder a uma escolha restritiva a partir de um grande número de candidatos qualificados. Se o legislador tivesse querido conceder a órgãos estatais o direito de distribuir vantagens concorrenciais, então ele deveria ter, ao menos, previsto os critérios de escolha e seu

procedimento formal-jurídico. Tais exigências mínimas não são dispensáveis nem mesmo nas profissões vinculadas ao Estado (cf. BVerfGE 73, 280 [295 s.]). Assim, deveria ter sido regulamentado se para a escolha seria relevante a ordem cronológica de entrada dos requerimentos, a duração da afiliação à profissão ou as características específicas de qualificação. Em termos jurídico-processuais, careceria de regulamentação de que modo deveria ser divulgada a demanda concreta e como os interessados poderiam se informar e se candidatar (*op. cit.*, p. 296 s.). De nenhum modo poderia ter sido deixado às Câmaras de Indústria e Comércio decidir, segundo sua livre discricionariedade, se elas querem vislumbrar o número de peritos nomeados publicamente como insuficiente e, em caso afirmativo, quais candidatos qualificados deveriam receber o bônus de uma nomeação pública.

III.

Ademais, as decisões impugnadas não são compatíveis com o Art. 12 I GG, porque elas intervêm de maneira desproporcionalmente forte na liberdade do exercício profissional.

1. Limitações do exercício profissional devem ser legitimadas por meio de considerações racionais do bem comum (BVerfGE 7, 377 [405 s.]; jurisprudência consolidada). Uma vez que o indeferimento da nomeação pública como perito representa uma intervenção considerável, em virtude de seu efeito capaz de distorcer a concorrência, (cf. acima sob o I.2 b), propósitos pouco significativos ou puramente técnico-administrativos não são suficientes. A finalidade da regulamentação, pelo contrário, deve ter, da mesma forma, uma importância considerável.

Segundo opinião unânime, a finalidade da regulamentação do § 36 GewO consiste em oferecer, no interesse de negócios jurídicos equilibrados e de uma administração eficaz da Justiça, técnicos competentes e fidedignos a todas as repartições públicas, tribunais e a interessados privados em complicadas averiguações e avaliações; investigações difíceis e longas sobre o prestígio e a aptidão de um parecerista devem tornar-se dispensáveis com a nomeação pública (cf. as referências em *Landmann / Rohmer*, Gewerbeordnung, § 36, notas 9, 10).

A esse fim de regulamentação correspondem diretamente os pressupostos subjetivos. Eles não são problemáticos do ponto de vista constitucional e também não são atacados pelo reclamante.

2. Do princípio da proporcionalidade não se depreende nenhuma dúvida contra um exame geral de necessidade, que se baseia tão somente na resposta à pergunta de se em uma determinada área técnica existe uma demanda minimamente considerável por perícia especializada. Se esse não for o caso, falta um motivo para a intervenção estatal. Membros qualificados da profissão não serão, por meio da omissão das autoridades, excessivamente cerceados, porque eles, ainda assim, podem ofertar seu conhecimento técnico especializado e, nesse mister, não estarão expostos à concorrência de peritos nomeados publicamente.

3. Um exame concreto de necessidade, pelo contrário, intervém de maneira desproporcionalmente forte na liberdade do exercício profissional. Ele leva a uma proteção concorrencial da parte favorecida dos peritos, proteção essa que não é abrangida pela finalidade da regra do § 36 GewO. Também as demais considerações do bem comum não são adequadas a justificar essa forma de intervenção na liberdade do exercício profissional. Os argumentos levantados nas manifestações [nos autos do processo da Reclamação Constitucional em pauta], bem como também na jurisprudência e na literatura jurídica, em prol de uma limitação numérica dos peritos nomeados publicamente, não têm peso suficiente.

a) Com efeito, [argumentou-se que] a limitação da oferta deve servir à facilitação do acesso aos peritos mais aptos [por parte daqueles que deles precisam]. Esse argumento não compreende o problema da escolha, o qual o legislador quis solucionar. O § 36 GewO tem apenas o propósito de facilitar a escolha entre peritos qualificados e não qualificados. Em face desse propósito, o exame concreto de necessidade é um meio inadequado. De resto, o sucesso da práxis de associações privadas, de reconhecerem peritos suplementares, indica que o público não está interessado em uma redução, mas em um incremento da oferta e das possibilidades de escolha.

b) Tampouco convence o argumento segundo o qual a limitação numérica dos peritos nomeados publicamente seria obrigatória, a fim de garantir o nível de qualificação necessário.

Pode ser correto que, para os peritos, o grau de experiência e a motivação para o aperfeiçoamento da formação sejam influenciados pela freqüência dos requerimentos de pareceres. Todavia, conforme o § 36 GewO, a qualificação técnica já deve ser provada por ocasião da nomeação pública; portanto, o perito não irá adquirir seu conhecimento e experiência somente quando de sua atividade de parecerista, mas sobretudo em sua profissão de origem. (...).

(...).

c) Em todos os posicionamentos, encontra-se, no primeiro plano, o argumento de que o número de peritos nomeados publicamente precisaria ser limitado à quantidade inevitavelmente necessária, para que se tornassem possíveis uma econômica práxis de nomeação e um controle eficaz. Também esse aspecto não pode, contudo, justificar um exame concreto de necessidade.

A contenção de custos administrativos isolada não é motivo suficiente para a intervenção em liberdades protegidas por direitos fundamentais. Ademais, o Tribunal Constitucional Federal decidiu várias vezes que, conforme a *Grundgesetz*, não é permitido limitar os cidadãos na liberdade da escolha profissional, apenas no interesse de uma fiscalização estatal mais fácil (cf. BVerfGE 41, 378 [397]; 65, 116 [129]).

(...).

(...).

IV.

(...)

Herzog, Henschel, Seild, Grimm, Söllner, Dietrich, Kühling, Seibert

77. BVERFG 53, 135

(PUFFREISSCHOKOLADE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

16/01/1980

MATÉRIA:

O autor do processo originário [de conhecimento] é uma associação civil sem fins lucrativos, que se ocupa com a defesa da livre e honesta concorrência. O requerido, ora reclamante, é uma fábrica de doces produzidos com arroz moído. O autor requereu, numa primeira ação, a proibição do comércio de doces de estação produzidos pela reclamante, como ovos de páscoa e papais-noéis feitos a partir do pó de arroz, mas que, graças ao adicionamento de um composto de cacão, tornava-se “chocolate de arroz moído” (*Puffreisschokolade*). Em uma segunda ação, o autor buscava a proibição de outros produtos de arroz moído do reclamante. Ambas as ações foram julgadas procedentes pelo Tribunal Federal (BGH), com fundamento no § 14, nº 2 Kakao-VO (Decreto do Cacão), que previa uma proibição absoluta de circulação para tais

produtos. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogou a decisão do BGH e declarou nula a proibição absoluta.

Sobre as exigências feitas a uma regulamentação do exercício profissional, segundo o Art. 12 I 2 GG, no campo do direito dos gêneros alimentícios.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de janeiro de 1980

- 1 BvR 249/79 -

(...)

RAZÕES

O objeto da Reclamação Constitucional é a questão sobre se é compatível com a *Grundgesetz* submeter gêneros alimentícios que possam ser confundidos com chocolate a uma proibição absoluta de circulação.

1. (...).

2. (...).

Objeto do primeiro processo originário [de conhecimento] foram os produtos doces da estação, como papais-noéis e coelhos de páscoa, que são feitos essencialmente de arroz moído a que se acrescenta, como massa de ligação, a mistura de gordura de soja, açúcar e cacau em pó. (...)

(...).

b) – c).

3. (...).

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. O § 14, nº 2 Kakao-VO (Decreto do Cacao) é incompatível com o Art. 12 I GG, quando prevê uma absoluta proibição de circulação para os gêneros alimentícios assinalados no dispositivo.

A prescrição contém uma regulamentação do exercício profissional. Uma tal regulamentação pode ser realizada, segundo o Art. 12 I GG, somente por meio de lei ou com base em uma lei; se o exercício profissional é disciplinado por meio de regulamento (*Rechtsverordnung*), então esse deve basear-se em uma autorização [legal

formal] que corresponda às exigências da *Grundgesetz* e ser coberto, em seu conteúdo, pela [mesma] autorização. Materialmente, uma regulamentação do exercício profissional pressupõe que ela se encontre justificada por fundamentos racionais do bem comum, que os meios escolhidos sejam adequados e necessários a atingir o propósito perseguido, e que o cerceamento da liberdade seja exigível em face do atingido (BVerfGE 46, 120 [145]). O § 14 n° 2 KakaoVO preenche tais requisitos apenas em uma parte.

a) A autorização contida no § 19, n° 4, alínea b LMBG, sobre a qual se baseia a prescrição, atende as exigências do Art. 80 I 1 e 2 GG (...).

b) (...).

c) A regulamentação criada pelo autor do regulamento choca-se, no entanto, contra o princípio da necessidade; ela é, por isso, desproporcional.

aa) No exame da questão sobre se as limitações contidas em uma regulamentação do exercício profissional são proporcionais, deve-se levar em consideração a liberdade de conformação, que cabe ao legislador, mas também ao autor do regulamento - nos limites da autorização -, no âmbito da atividade econômica. Na determinação de fins político-econômicos e das medidas adequadas à sua consecução, a *Grundgesetz* deixa um espaço de ação e de avaliação dentro do qual a livre disputa das forças podem ser corrigidas também por meio de medidas de direcionamento político-econômicos. Portanto, a partir da Constituição, o § 14, n° 2 KakaoVO somente poderá ser contestado se os limites constitucionais relativamente amplos dessa margem de ação forem ultrapassados (cf. BVerfGE 46, 246 [257] com outras referências). Precisa-se verificar claramente que, para a consecução do propósito perseguido, outros meios menos gravosos estejam à disposição (BVerfGE 39, 210 [231] com outras referências). Esse é o caso.

bb) A tarefa dos dispositivos do direito de gêneros alimentícios é evitar, no interesse dos consumidores, uma confusão de gêneros alimentícios e proteger os consumidores contra perigos à sua saúde. Isso é o que pode ser reconhecido claramente nas prescrições dos §§ 8 *et seq.* e 17 *et seq.* LMBG. O § 14, n° 2 KakaoVO serve exclusivamente à proteção do consumidor contra o engano. Essa proteção é sem dúvida um motivo racional do bem comum que pode justificar limitações do exercício profissional.

Para o alcance desse propósito não só a ordem de caracterização [no rótulo do produto] é adequada, como também o é a proibição de circulação. A proibição de

circulação, no entanto, é um dos meios mais incisivos que se podem vislumbrar para proteger os consumidores contra confusões e fraudes. Normalmente, um tal perigo pode ser combatido de modo tão eficaz, mas menos incisivo, por meio de uma ordem de caracterização [no rótulo do produto]. De fato, é correto que a decisão do consumidor de comprar um produto freqüentemente não se funda em um estudo pormenorizado do rótulo do produto, mas é também orientado pela sua forma de aparência exterior (BVerfGE 46, 246 [260]). Isso, contudo, não justifica a tese de que, para a proteção do consumidor “desatento”, seria necessária uma proibição geral de circulação de qualquer tipo dos gêneros alimentícios assinalados no § 14, n° 2 KakaoVO. A proibição por meio da qual os produtos de chocolate são privilegiados na concorrência também não pode ser justificada a partir de outras considerações. O legislador até pode, no caso, por exemplo, de uma possível confusão de produtos derivados de leite e produtos de margarina, tomar, no interesse da manutenção de uma agricultura produtiva, medidas que vão além do propósito imediato de proteção do consumidor (Cf. BVerfGE 46, 246 [256 *et seq.*]). Em um caso do presente tipo não há motivo que justifique uma limitação que vá além da eliminação do risco de confusão. Assim, devem bastar aquelas medidas que são necessárias no interesse da proteção do consumidor, perseguida de maneira permitida.

A fim de se atingir esse propósito basta, normalmente, uma ordem de caracterização [no rótulo do produto]. (...).

cc) (...).

2. (...).

(ass.) *Benda, Faller, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner*

78. BVERFGE 95, 173

(TABAKWARNHINWEISE)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

22/01/1997

MATÉRIA:

As reclamantes são fábricas de cigarros, que impugnaram a constitucionalidade do § 3 I, n° 1 e 2 TabKTHmV 1991 (*Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch* – Decreto sobre a caracterização de produtos

tabagísticos e sobre quantidades máximas de nicotina da fumaça de cigarros), que prescreve alguns **avisos** (como “fumar causa câncer”, “fumar causa impotência sexual” etc.) sobre os malefícios à saúde provocados pelo **tabaco** (*Tabakwarnhinweise*), em face de vários de seus direitos fundamentais, quais sejam: dos Art. 2, 5, 12 e 14 GG.

O TCF julgou as Reclamações Constitucionais improcedentes, confirmando a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Na fundamentação, negou que a lei tivesse intervindo nas áreas de proteção dos Art. 2, 5 e 14 GG. Com relação à verificada intervenção no Art. 12 I GG, considerou-a como justificada por atender ao critério da proporcionalidade.

Da questão de se saber se a obrigatoriedade de se divulgar avisos sobre os riscos à saúde provocados pelo ato de fumar nos produtos tabagísticos é compatível com os direitos fundamentais.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de janeiro de 1997
- 2 BvR 1915/91 -
(...)

RAZÕES:

A. – B. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são improcedentes.

I.

(...)

II.

A obrigatoriedade de realizar os avisos afetou produtores e comerciantes de produtos tabagísticos no momento do trânsito de seus produtos e não no que tange à sua participação no processo da expressão ou divulgação do pensamento. Por isso, a obrigação de imprimir o aviso deve ser avaliada com base no parâmetro da liberdade

profissional (Art. 12 I GG) e não no da liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I GG). As reclamantes podem se valer, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). A apresentação profissional, incluindo a publicidade de seus produtos, faz parte das áreas de atividades com base profissional as quais são protegidas pelo Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 85, 248 [256]; GRUR 1996, S. 899 [902]). Medidas estatais que desta forma limitem os profissionais representam intervenções na liberdade do exercício profissional (cf. BVerfGE, *ibidem*). No entanto, uma violação do direito fundamental não está presente no caso em tela.

1. a) O direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento (Art. 5 I GG) pode ser utilizado para uma campanha publicitária, em todo caso, se a publicidade tiver um conteúdo axiológico e constitutivo de opinião ou elementos que sirvam à formação da opinião pública (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). Isso falta no presente caso. No momento em que os produtores de mercadorias tabagísticas são obrigados a transmitir nas embalagens avisos estatais, o Estado se vale destas embalagens, sem com isso atingir de resto a publicidade do produto. Nesse caso, não é a constituição e expressão da opinião dos empresários que estará sendo atingida, mas o exercício de sua atividade profissional.

Diferente seria se dos avisos não se pudesse claramente aferir tratar-se de uma opinião de terceiro [Estado], mas, pelo contrário, se a [autoria da] mensagem pudesse ser atribuída aos produtores de mercadorias tabagísticas. Tivesse sido o titular de direitos fundamentais obrigado a transmitir uma opinião de terceiro como se sua fosse, então seria atingida a liberdade de expressão do pensamento (Art. 5 I 1 GG). Uma vez transmitida aos destinatários da publicidade a impressão de que o produtor de tabaco apóia de espontânea vontade a transmissão dos avisos, ou seja, que transmite de própria iniciativa essa expressão, então a liberdade de transmissão de opinião pode ser usada como parâmetro do exame de constitucionalidade. Pelo contrário, uma vez reconhecendo-se claramente que a opinião transmitida pela impressão gráfica dos avisos sobre as embalagens dos produtos tabagísticos é de terceiro e que a transmissão destes avisos é uma condição geral para a comercialização de produtos tabagísticos, então essa obrigação de classificação [do produto como prejudicial à saúde] é regida pelo exercício profissional.

b) Aplicando-se esse critério, o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento da autora da Reclamação Constitucional não é atingido. A obrigação

de imprimir o aviso serve à transmissão de uma opinião de terceiro, alcançando toda empresa que profissionalmente traz cigarros ao mercado, não despertando a aparência de que a empresa teria expressado essa opinião espontaneamente.

Os avisos devem ser considerados como reconhecível reprodução de uma opinião de terceiro. Eles expressam que o Ministério da Saúde da Comunidade Européia defende a tese de que fumar causa tanto câncer quanto doenças cardiovasculares.

2. A obrigatoriedade de impressão dos avisos por parte do empresariado encontra-se, assim, na área de proteção do Art. 12 I GG.

a) Intervenções na liberdade do exercício profissional [empresarial] necessitam, segundo o Art. 12 I 1 GG, de uma base legal que satisfaça as exigências constitucionais impostas às leis limitadoras de direitos fundamentais. As bases legais são então concordantes com o Art. 12 I GG, se elas forem justificadas mediante razões suficientes ligadas ao bem comum e se corresponderem ao princípio da proporcionalidade; se, portanto, o meio escolhido para o alcance do propósito almejado for adequado e também necessário e se, junto à ponderação geral entre o gravame da intervenção e o peso das razões que as justificarem, for observado o limite da exigibilidade (cf. BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259]; GRUR 1996, S. 899 [902]).

b) Esses pressupostos foram atendidos no caso em tela.

O decreto da classificação do tabaco [como produto nocivo à saúde] serviu-se, nos avisos por ele previstos, também da autoridade do Estado e pretende conquistar com isso uma confiança especial, configurada juridicamente. A utilização de direitos de império estatal (*Hoheitsrechte*) não é problemática do ponto de vista constitucional, porque o conteúdo do aviso corresponde aos reconhecimentos científicos, o aviso ante aos riscos à saúde faz parte das tarefas de império estatal e a medida atende às exigências da liberdade do exercício profissional / empresarial.

Base legal do decreto é o § 21 I, nº 1 LMBG, (ao passo que o) fundamento de vigência para as obrigações concretamente formuladas é o decreto de classificação do tabaco.

aa) As indicações de aviso servem à proteção dos consumidores ante os riscos à saúde do ato de fumar. Reconhece-se, em geral, que fumar é prejudicial à saúde (cf. BGH, NJW 1994, p. 730 [731]). Entre os fumantes e não fumantes existe praticamente ninguém a quem tais riscos sejam totalmente desconhecidos (BGH, *ibid.*). Fumar mata mais gente do que acidentes automobilísticos, Aids, Álcool, drogas

ilegais, homicídios qualificados e suicídios juntos (cf. *Martina Pötschke-Langer*, Relatório sobre a Conferência Mundial sobre Tabaco e Saúde de 10 a 14 de outubro de 1994 em Paris, *Zeitschrift ärztliche Fortbildung - ZaeF* - 89 (1995), p. 537 s.). Fumar cigarros é a causa mais freqüente e, cientificamente falando, a mais claramente provada causa individual da morte por câncer nos países industrializados (cf. *Richard Doll e Richard Peto*, Mortality in relation to smoking: 20 years' observations on male British doctors, *British Medical Journal* 1976, p. 1525 *et seq.*; *ibidem*, Mortality in relation to smoking: 40 years' observations on male British doctors, *British Medical Journal* 1994, p. 901 *et seq.*; *ibidem*, Cigarette smoking and bronchial carcinoma: dose and time relationships among regular smokers and lifelong non-smokers, *Journal of Epidemiology and Community Health* 1978, p. 303 *et seq.*).

Em sede de conclusão, é certo, segundo o atual estágio do conhecimento médico, que fumar causa tanto câncer quanto doenças cardiovasculares e com isso leva a doenças fatais e coloca em risco também a saúde das pessoas à volta do fumante (cf. *D. Hoffmann e E.L. Wynder*, in: Marquardt/Schäfer (ed.), *Lehrbuch der Toxikologie*, 1994, p. 589 s.).

bb) O aviso a respeito destes riscos à saúde faz parte das tarefas legítimas do Estado. A política estatal de saúde pública pode em todo caso alertar sobre os graves riscos medicamente provados e conscientizar o consumidor de que o ato de fumar prejudica o fumante e que terceiros, enquanto fumantes passivos, também são prejudicados. A forma tão somente lingüística destas indicações de aviso faz com que seu destinatário reflita uma vez mais sobre sua decisão de compra em face dos riscos à saúde. Esse esclarecimento estatal serve por isso à proteção da população ante aos riscos à saúde.

cc) O legislador podia também partir da aptidão da medida em vista da proteção da saúde pública. A decisão sobre esta aptidão cabe basicamente à sua avaliação (cf. BVerfGE 25, 1 [12, 17]; 30, 292 [317]). Há de se admitir que no presente o consumo de cigarros tem aumentado apesar das indicações de aviso. No ano de 1994, o consumo na Alemanha subiu em torno de 3 por cento para 131,1 bilhões de cigarros (cf. *Harenberg*, *Lexikon der Gegenwart*, Aktuell '96, 1995, Verbe: "*Rauchen*" ["fumar"], p. 339). Apesar disto, não se pode impugnar constitucionalmente a avaliação do legislador, segundo a qual com as indicações de aviso teria podido ser evitada uma ampliação ainda maior do consumo de tabaco. Os avisos são aptos a impedir no mínimo um consumo despreocupado de tabaco. Também a configuração concreta das indicações de aviso atende às exigências da adequação [exame de adequação da

medida de intervenção do Estado]. A declaração sobre a relação de causalidade entre o ato de fumar e o surgimento de câncer, outras doenças e a colocação em risco da saúde de terceiros está em conformidade com os resultados da pesquisa científica. Essa declaração não diz que fumar seria a causa única; por outro lado, também dela não se depreende que um não-fumante está assegurado contra quaisquer riscos de câncer e outros riscos da saúde. Mas, segundo entendimento geral do conceito de “causar”, as expressões de aviso remetem a um contexto causal típico e generalizável; elas conscientizam seu destinatário do fato de que, pela desistência do ato de fumar, um risco substancial à saúde deixará de existir.

dd) O aviso também é necessário. Uma possibilidade menos intensa de proteção contra os riscos à saúde que partem do ato de fumar não se apresentou e nem se vislumbra. Com certeza, essa possibilidade não decorre das regras do Decreto de Substâncias Prejudiciais (*Gefahrstoffverordnung*). A obrigação de classificar substâncias e preparados como causadoras de câncer segundo o Decreto de Substâncias Prejudiciais (Decreto para a Proteção ante a Substâncias Nocivas, *Verordnung zum Schutz vor gefährlichen Stoffen - GefahrstoffVO* – de 26 de outubro de 1993 – *BGBI. I S. 1782, 2049*) (...) prescreve, no § 6, com que informações devem ser caracterizados as substâncias nocivas e os preparados. Segundo ele, as substâncias causadoras de câncer, na aceção do Decreto, devem ser acompanhadas da impressão do símbolo de perigo da caveira com dois ossos cruzados (...).

Esses dispositivos sobre a classificação e embalagem de substâncias causadoras de câncer vão muito além em intensidade e clareza do que as medidas de proteção e aviso sobre a obrigação de classificação do § 3 TabKTHmV. No mais, trata-se, no caso de produtos tabagísticos, de um estimulante (*Genussmittel = lit. “meio de prazer”*) junto ao qual, pela utilização correspondente, freqüentemente aparecem prejuízos à saúde. Comércio e publicidade devem ser por isso – assim como o comportamento dos consumidores – avaliados segundo outros parâmetros.

De resto, poderia ser trazida à pauta, no lugar das impressões de aviso, uma proibição da publicidade – ao lado do esclarecimento estatal sobre a saúde – enquanto medida adequada a reduzir o consumo despreocupado de tabaco. Também obrigações (a serem impostas) junto ao comércio poderiam ser mencionadas (p. ex. proibição de comércio por aparelhos automáticos e da venda a menores). Em face dessas alternativas, a regra impugnada apresenta-se como o meio mais ameno (cf. também a Recomendação do Conselho Federal para limitações complementares da publicidade

de tabaco e produtos tabagísticos e a expressa contestação da Comissão Econômica publicada em BRDrucks. 87/2/88).

ee) O obrigação de imprimir as indicações de aviso também não toca claramente o limite da exigibilidade. A intervenção no exercício profissional permite a atividade comercial e econômica da indústria do tabaco e se limita a trazer ao consumidor tão somente uma base de conhecimento médico junto a sua decisão de comprar. O meio de limitação escolhido – a simples ingerência lingüística por meio de indicações de aviso – é uma forma de ação que deixa intocado o trânsito de produtos por oferta e procura, provocando tão somente naquele que procura o produto a conscientização de uma consideração, a qual, no estágio da medicina contemporânea, deveria ser da consciência geral.

ff) (...).

III.

As regras impugnadas não violam o direito fundamental decorrente do Art. 14 I GG das autoras da Reclamação Constitucional.

1. A obrigação de imprimir as indicações de aviso até diminui as chances de ganho e lucro das autoras da Reclamação Constitucional, todavia não toca pretensões protegidas pelo direito de propriedade. O Art. 14 I GG protege somente posições jurídicas já auferidas por um sujeito de direito (cf. BVerfGE 20, 31 [34]; 30, 292 [334 s.]), não abrangendo, portanto, as chances e possibilidades de ganho encontradas no futuro (cf. BVerfGE 30, 292 [335]; 45, 272 [296]; 68, 193 [223] com outras referências bibliográficas).

2. (...).

IV.

Depois de todo o exposto, não há também que se falar em uma violação da liberdade de iniciativa empresarial tutelada pelo Art. 2 I GG. A regra impugnada refere-se à liberdade de ação material no âmbito do direito profissional, a qual recebeu sua especial garantia pelo Art. 12 GG. Não resta, destarte, nenhum ensejo para um exame a partir do parâmetro do Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 70, 1 [32]).

(ass.) *Limbach, Graßhof, Kruis, Kirchhof
Winter, Sommer, Jentsch, Hassemer*

79. BVERFG 33, 303
(NUMERUS CLAUSUS)

Controle concreto

18/07/1972

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da Baviera.

Objeto³¹⁶ desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970.

O § 17 da Lei Universitária de *Hamburg*, de 25 de abril de 1969, determinava:

- (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão.
- (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º.
- (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados.

Sobre esta base, o Senado (Conselho) acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%

³¹⁶ Texto a seguir extraído de *Kirchhof / Grimm*, op. cit., p. 305 s.

segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas a serem definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (*Reifezeugnis*). No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele.

Diferentemente da Lei Universitária de *Hamburg*, a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, continha, de um lado, o princípio de que os números de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações das universidades (Art. 2 II da Lei de Admissão). Por outro lado, a lei fixava critérios para a distribuição de vagas universitárias (Art. 3) e continha, finalmente, uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério da Educação Bávaro para a concretização desses requisitos.

Com base na apresentação do Tribunal Administrativo de *Hamburg*, o TCF declarou o § 17 da Lei Universitária de *Hamburg*, no caso de um *Numerus Clausus* absoluto, como sendo incompatível com a *Grundgesetz*. No caso da regulamentação bávara da Lei de Admissão, o TCF afastou, com base na apresentação do Tribunal Administrativo Bávaro, somente a cláusula do “filho da terra”, encontrada no Art. 3 II da Lei de Admissão, a qual previa vantagens de candidatos bávaros às vagas estudantis nas universidades bávaras.

1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: *Numerus Clausus* absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.
2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art. 12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se:

a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e

b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.

5. O § 17 da lei universitária de *Hamburg* de 25 de abril de 1969 é incompatível com a *Grundgesetz*, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1972

Com base na audiência pública de 3 de maio de 1972

- 1 BvL 32/70 e 25/71 -

(...)

RAZÕES

Em dois processos de admissão ao curso de medicina na Universidade de *Hamburg* e Munique, os juízos e tribunais administrativos competentes requerem a decisão do TCF sobre se certas normas do direito estadual sobre limitações da admissão ao ensino universitário (*Numerus Clausus*) são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I. – IV. (...)

B. – I.

As apresentações judiciais são admitidas.

1. – 2. (...).

II.

1. Objeto do exame de constitucionalidade é tão somente o *Numerus Clausus* absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude do exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as limitações locais e estruturais, que dificultam somente a escolha por uma determinada universidade, ou as limitações que atinjam apenas aos estudantes de semestres mais avançados já admitidos. O *Numerus Clausus* absoluto diferencia-se dessas limitações por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenham que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação, como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.

2. (...).

C.

As regulamentações sobre a admissão ao curso superior de *Hamburg* e da *Baviera* não são em sua total extensão compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

1. Como parâmetro de exame para a avaliação da constitucionalidade de limitações à admissão, conforme também adotado pela jurisprudência e literatura jurídica (cf. a síntese da jurisprudência perpetrada por *Schmitt*, DVBl. 1971, p. 382 e por *Wunsch*, WissR, Tomo 5, Número 1, 1972, p. 16 *et seq.*), traz-se à pauta, em primeira linha, o direito de todos os alemães, outorgado pelo Art. 12 I GG, de livremente escolher os locais de ensino para sua formação.

Quando da inserção desse direito na *Grundgesetz*, e igualmente quando da sua interpretação inicial, pensava-se sobretudo que o Art. 12 I GG garantiria ao indivíduo um direito de resistência (*Abwehrrecht*) contra as limitações de liberdade junto à formação universitária. Então foi enfatizado, nas discussões da Comissão Principal do Conselho Parlamentar, que se deveria assegurar, sob quaisquer circunstâncias, a liberdade de escolha entre diferentes universidades e a possibilidade de assistir a aulas

de professores especialmente célebres, tendo em vista uma formação diversificada. Também haveria de se evitar que alguns Estados-membros permitissem apenas a pessoas naturais desses Estados a realização de cursos em suas universidades (*StenBer. über die 44. Sitzung des Hauptausschusses vom 19. Januar 1949* – Relatório estenográfico da 44ª Seção da Comissão Principal de 19 de janeiro de 1949 –, p. 575 *et seq.*). Desse modo, descreve-se um aspecto parcial essencial da proteção do direito fundamental, o qual tem que ser respeitado ao máximo possível, se, em decorrência do exaurimento de toda a capacidade de ensino, se tornar inevitável uma distribuição planejada dos candidatos pelas diferentes instituições de ensino.

No caso de completo exaurimento da capacidade de ensino surge um outro aspecto essencial do direito à livre escolha do local de formação, que é a sua estreita relação com aquele que é, pelo Art. 12 I GG, o igualmente garantido direito fundamental da livre escolha profissional. Em regra, a formação representa o estágio que antecede ao início da profissão; ambos são partes integrantes de um coerente transcorrer da vida. Nesse sentido, já foi, há muito, assinalado na jurisprudência do TCF sobre o Art. 12 I GG que não apenas os conceitos ali usados de escolha profissional e posterior exercício profissional são inseparáveis, compondo um complexo unitário da atividade profissional como base de subsistência, mas que também as prescrições sobre a formação prévia para uma profissão pertencem ao ordenamento jurídico dessa atuação profissional (cf. BVerfGE 7, 377 [401, 406]). Dessa estreita ligação, o Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) inferiu corretamente que limitações na admissão à formação não podem servir ao direcionamento profissional (JZ 1963, p. 675; cf. também BVerwGE 6, 13 e 7, 287). Além disso, esse estreito contexto leva forçosamente à conclusão de que, pelo menos quando o início de uma profissão – como no caso de médicos – pressupuser uma determinada formação, as limitações ao livre acesso à formação prescrita [para o início da atividade de médico] devem ser tão rigidamente avaliadas, como os próprios pressupostos de admissão para a profissão.

A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. O TCF asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado (BVerfGE 21, 362 [372])

com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado. Esse desenvolvimento mostra-se especialmente evidente no âmbito do ensino e formação profissionais, o qual neste ponto, apesar de sua relação, no mais, estreita com a liberdade de escolha profissional, com esta claramente não se confunde: A liberdade profissional realiza-se atualmente – à exceção do serviço público submetido à regulamentação extraordinária do Art. 33 GG (cf., sobre isso: BVerfGE 7, 377 [398]; 17, 371 [379 s.]) – principalmente no âmbito da ordem profissional e de trabalho privadas, e é direcionada especialmente para resguardar a conformação da vida pessoal e autônoma, garantindo, portanto, a liberdade em face de constringências ou proibições no contexto da escolha e do exercício profissional. Por outro lado, a livre escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo. Nesse sentido, o projeto da lei básica do ensino superior (*Hochschulrahmengesetz*) parte do direito de cada alemão de concluir o curso superior por ele escolhido, se ele provar a qualificação necessária para tal curso.

O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do legislador. Aqui pode restar em aberto se os “direitos de participação” poderiam ser, em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 *Privatschulfinanzierung*). Mesmo quando se deva, por princípio, insistir em que, também no Estado social moderno, permaneça sendo decisão inquestionável do legislador se e em que medida ele quer garantir direitos de participação nos limites da Administração envolvida no assunto, ainda podem, sim, ser deduzidas pretensões jurídicas ao acesso a essas instituições a partir do princípio da igualdade c.c. Art. 12 I GG e com o princípio do Estado social, desde que o Estado tenha criado certas instituições de ensino. Isso vale principalmente onde o Estado – como na área do ensino superior – fez uso de um monopólio fático, não arbitrariamente disponível, e onde – como na área da formação em profissões acadêmicas – a participação em prestações estatais for ao mesmo tempo pressuposto necessário da realização dos direitos fundamentais. Aqui, em um Estado

de direito e social de liberdade (*freiheitlicher Rechts- und Sozialstaat*), não mais pode confiar-se à livre decisão dos órgãos estatais delimitar a seu bel prazer o círculo dos favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional. Pelo contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito de todo cidadão qualificado para o ensino superior de participar, a princípio igualmente, da chance de vida oferecida. O Art. 12 I GG c.c. Art. 3 I GG e com a ordem do Estado social, garante, portanto, um direito do cidadão que preencha os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha.

2. Segundo opinião geral, esse direito à admissão à universidade deve ser, coerentemente à sua natureza, desde o início limitado exclusivamente a um direito de participação em cursos universitários [já] existentes. Contrapondo-se a tal opinião, o Tribunal Administrativo de *Hamburg*, em sua apresentação (*Vorlagebeschluss*), parte de um dever de expansão da capacidade de formação, concluindo a partir disso que a ordem de um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes somente restaria fundamentada se, no mínimo, concomitantemente, fosse previsto o cumprimento daquele dever [de expansão das vagas, n.org.] dentro de determinados prazos. Por ambas as opiniões, alguns aspectos que são essenciais para a proteção do direito fundamental no presente contexto foram, todavia, negligenciados:

A problemática de limitações absolutas é caracterizada pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos os devidamente qualificados ao ensino superior. Se a análise constitucional for restringida desde o início à participação naquilo que já existe, ela perderia daí o cerne das dificuldades. Enquanto que, no caso normal da participação nos benefícios do Estado social, nomeadamente junto a vantagens financeiras, conseqüências posteriores de uma limitação a meios disponíveis podem ser razoavelmente absorvidas pela via da redistribuição, o *Numerus Clausus* absoluto conduz à crassa desigualdade de que parte dos candidatos tudo recebe e outra parte – ao menos, por um período mais ou menos longo e possivelmente decisivo para a tomada da decisão [profissional] definitiva – nada recebe. Se o número das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina, até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto se encontre à margem do

constitucionalmente aceitável. Como tais efeitos somente poderão ser enfrentados de forma sustentável por meio da expansão da capacidade, poder-se-ia questionar se decorreria das decisões axiológicas de direitos fundamentais e do uso do monopólio de formação um mandamento constitucional objetivo próprio [do princípio] do Estado social, de prover capacidades de formação suficientes para as diferentes disciplinas universitárias. Aqui não é necessário decidir se essa questão haveria de ser respondida afirmativamente e se desse mandamento constitucional poderia ser derivado, sob pressupostos especiais, um direito individual do cidadão imponível judicialmente à criação de vagas de estudo. Isso porque só se falaria em conseqüências constitucionais no caso de evidente violação daquele mandamento constitucional. Hoje, uma tal violação não pode ser verificada na área do estudo de medicina:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual freqüentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo,

não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a *Grundgesetz* decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades].

Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada. A obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada por nenhum responsável nos órgãos estatais. No § 2 da lei de fomento à construção de universidades (*Hochschulbauförderungsgesetz*) foi reconhecido expressamente que a União e os Estados-membros, “no cumprimento das tarefas públicas de expansão e construção de novas instituições científicas do ensino superior, devem trabalhar no sentido da criação de um sistema universitário de cursos, número, tamanho e localização”, “por meio do qual é garantida uma oferta suficiente e balanceada de vagas de pesquisa e formação”. No que tange ao cumprimento dessa obrigação, segundo a opinião geral, a situação emergencial atual não se deve apenas a dificuldades objetivas, mas também ao fato de que a demanda ainda mais forte provada pela propaganda educacional não foi correspondida por medidas adequadas de expansão física e de reforma acadêmica. Não obstante, já no passado fora utilizada uma parte considerável dos recursos disponíveis justamente para a expansão dos muito dispendiosos institutos de medicina. Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes

esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (*Rahmenplan*) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros *Hamburg* e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].

3. Se, de acordo com as considerações acima, o exposto reconhecimento legal da obrigação de *expandir* as capacidades de formação dentro de prazos não representa, no presente momento, um pressuposto de admissão para o *Numerus Clausus* absoluto ordenado constitucionalmente, então se deve exigir mais rapidamente que o acesso às instituições de ensino superior já *existentes* possa ser limitado somente mediante a presença de estritos pressupostos jurídicos formais e materiais.

a) Que o direito dos candidatos habilitados à admissão ao curso superior de sua escolha seja restringível se depreende – na medida em que esse direito é protegido no Art. 12 I GG – já da reserva de regulamentação no 2º período [Art. 12 I 2 GG]. Ela compreende também o direito de livre escolha dos locais de formação, como já comprova sua interpretação histórica. (...). Também da já mencionada unidade do Art. 12 I GG, conclui-se que a reserva de regulamentação não se refere apenas ao exercício da profissão, alcançando também, de acordo com a sua natureza, a escolha profissional (assim já em BVerfGE 7, 377 [402 *et seq.*]), e também a escolha do local da formação que antecede a escolha profissional. Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados.

b) Assim, as limitações por princípio permitidas do direito à admissão são fundamentadas constitucionalmente apenas [se implementadas] por meio de lei ou com base na lei. (...). Na medida em que a autorização para tais limitações deve ser inferida da reserva de regulamentação no Art. 12 I 2 GG, a exigência formal mencionada decorre imediatamente desse dispositivo constitucional. Se até as regulamentações do exercício da profissão lá mencionadas necessitam de um fundamento legal, então muito mais necessitam de fundamento legal tais limitações da livre escolha dos locais de formação, os quais podem atingir a liberdade de escolha profissional. Se o direito à admissão nas instituições de ensino superior já existentes é entendido como direito

de participação, nada diferente decorre nesse contexto. Aqui também pode restar em aberto se os princípios relativos ao Estado de direito da reserva legal e de legalidade da ação estatal valem regularmente apenas para a Administração interventiva, e não, da mesma forma, para a Administração de prestação (cf. sobre isso BVerfGE 8, 155 [167 s.]), uma vez que aqui um fundamento legal é necessário, porque a participação nas prestações estatais significa o pressuposto necessário para a realização de direitos fundamentais. Aqui o próprio legislador, como aquele de cujas decisões depende a extensão da oferta de prestação, deve chamar para si a responsabilidade de ter de limitar o número dos favorecidos como consequência de capacidades insuficientes, aceitando vultosos tratamentos desiguais.

c) Do ponto de vista jurídico material, concluiu-se das considerações feitas até aqui que às limitações absolutas de admissão devem ser feitas exigências rigorosas³¹⁷. Conforme a chamada teoria dos degraus (*Stufentheorie*) do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 7, 377 [401 *et seq.*]; 30, 292 [315 *et seq.*]), o poder regulamentar, segundo o Art. 12 I GG, deve ser tão mais limitado quanto mais ele atingir também a liberdade de escolha profissional. Uma vez que também a posterior escolha profissional depende da escolha do curso de formação e como um *Numerus Clausus* absoluto para um determinado curso, baseado no esgotamento da capacidade de formação pelas instituições, corresponde a um pressuposto objetivo de admissão na acepção da teoria dos degraus (*Stufentheorie*) (cf. BVerfGE 7, 377 [407 s.]), uma ordem estatal somente pode ser permitida, segundo os princípios gerais desenvolvidos para o Art. 12 I GG, se for para a defesa contra grandes perigos, comprovados ou muito prováveis, que ameacem um bem coletivo extremamente importante, e somente sob a estrita observância do princípio da proporcionalidade, ainda que os efeitos colaterais imagináveis – como: migração para outros cursos e debandada para o exterior – não possam deixar de ser considerados. Visto sob a perspectiva do pensamento do direito de participação orientado pelo princípio da igualdade, surgem exigências ainda mais rigorosas, já que limitações de admissão do tipo ora em pauta podem significar a distribuição de chances biográficas.

Assim, um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:

³¹⁷ Essa expressão, comum na jurisprudência do TCF, significa que, para que o ato objeto do exame possa ser considerado constitucional, muitas condições têm que ser atendidas.

(1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando

(2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III) (...).

II. – IV. (...)

(ass.) *Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon*

80. BVERFGE 98, 169

(ARBEITSPFLICHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo /

Controle concreto

11/03/1998

MATÉRIA:

Trata-se de 4 Reclamações Constitucionais e de uma Apresentação proposta pelo juízo de primeira instância (*Amtsgericht*) de *Brandenburg an der Havel*, que questionavam a constitucionalidade, principalmente em face do Art. 12 III GG, de dispositivos da Lei de Execuções Penais que previam o **trabalho obrigatório** (*Arbeitspflicht*) para detentos como medida de re-socialização. Muito se discutiu nesta decisão a necessidade do pagamento de um valor adequado à prestação do trabalho como medida eficaz à re-socialização do detento.

O TCF julgou improcedentes as quatro Reclamações Constitucionais. Nelas, os reclamantes alegavam, em suma, violação de seus direitos fundamentais, entre eles, do Art. 12 GG pelos dispositivos legais em pauta e por decisões judiciais que não atenderam seus pedidos de pagamento de salários e “verbas rescisórias” equivalentes às de qualquer trabalhador comum.

Porém, com base no controle concreto, o TCF julgou alguns dispositivos da Lei de Execuções Penais como compatíveis, outras como incompatíveis e uma terceira categoria de dispositivos da lei

(especificamente o § 200 I StVollZG) como aplicáveis somente até o dia 31 de dezembro de 2000, prazo para que o legislador aprove uma nova regra em plena consonância com a *Grundgesetz*.

1. A *Grundgesetz* obriga o legislador a desenvolver um modelo eficaz de re-socialização e a construir uma execução penal nele baseada. Junto a essa obrigação, é-lhe aberta uma ampla margem de conformação.

2. a) O trabalho na execução penal, atribuído aos detentos como trabalho obrigatório, somente será um meio eficaz de re-socialização se o trabalho prestado receber reconhecimento apropriado. Esse reconhecimento não precisa ser necessariamente do tipo financeiro. Ele deve, contudo, ser apto a tornar claro ao detento o valor do trabalho regular para uma vida futura autônoma e livre, em forma de uma vantagem a ele palpável.

b) Um modelo legal de re-socialização por meio do trabalho obrigatório que seja somente ou em grande parte remunerado na forma financeira somente poderá ser considerado uma contribuição para a re-socialização prescrita constitucionalmente, se ao detento restar, por meio do montante da remuneração a ele devida, minimamente claro que o trabalho assalariado é significativo para a construção de uma base econômica de sobrevivência.

3. O Art. 12 III GG limita o trabalho forçado permitido às instituições ou funções junto às quais as autoridades públicas da execução penal fiquem com a responsabilidade jurídico-administrativa pelos detentos a elas confiados.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 1º de julho de 1998

com base na audiência de 11 de março de 1998

– 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 e 2 BvL 17/94 –

(...)

RAZÕES:

A.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão conjunta e o processo de controle de normas dizem respeito à extensão do trabalho obrigatório na execução penal, à apuração da remuneração para o desempenho de trabalho

designado e à posição dos detentos e dos reclusos em termos do direito de seguridade social.

I. – V. (...)

B. I. – III. (...)

C. – I.

(...)

1. A Constituição manda que a execução penal tenha por objetivo a re-socialização dos detentos. Cada detento tem, segundo o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, uma pretensão jurídica de direito fundamental a que as medidas atendam a esse objetivo.

Para a pena privativa de liberdade, junto a qual o poder estatal determina, em grande medida, as condições da administração individual da própria vida, o mandamento de re-socialização ganha uma grande importância. O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu esse mandamento a partir do auto-entendimento de uma comunidade jurídica que coloca a dignidade humana como ponto central de seu ordenamento axiológico e que é obrigada à observância do princípio do Estado social. A capacidade e a vontade de uma administração responsável da própria vida devem ser transmitidas ao detento. Ele deve, no futuro e sob as condições de uma sociedade livre, ser capaz de se postar sem ferir o ordenamento jurídico, aproveitando suas oportunidades e superando seus riscos. A re-socialização serve também à proteção da própria comunidade. Esta tem um interesse próprio imediato em que o condenado não venha a ser reincidente e novamente prejudique seus co-cidadãos e a comunidade (cf. BVerfGE 35, 202 [235] – *Lebach*). (...).

(...).

2. O mandamento constitucional de re-socialização é vinculante para todo o poder estatal. Ele se dirige primeiramente ao Legislativo, ao qual incumbe a tarefa de conformar normativamente a execução penal (cf. BVerfGE 33, 1 [10 s.]). Ele obriga o legislador a desenvolver um modelo eficaz de re-socialização e a construir uma execução penal nele baseada. O mandamento constitucional de re-socialização tem, com certeza, um significado também para a Administração e o Judiciário quando se interpretam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, ou quando o legislador transfere às autoridades da execução uma certa discricionariedade em relação às consequências jurídicas.

3. O mandamento constitucional de re-socialização não obriga o legislador à adoção de um modelo determinado de regulamentação; pelo contrário, é-lhe aberta uma ampla margem de conformação para que ele possa desenvolver um modelo eficaz. O legislador pode, a partir da avaliação de todos os reconhecimentos que lhe estão à disposição, quais sejam: nas áreas da antropologia, criminologia, terapia social e economia, chegar a uma regulamentação que – também sob a consideração dos custos dela decorrentes – esteja em harmonia com a importância e a emergência de outras tarefas estatais (cf. BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 s.]).

4. O trabalho na execução penal, atribuído aos detentos como trabalho obrigatório, só poderá ser considerado um meio eficaz de re-socialização quando o trabalho prestado receber um reconhecimento apropriado. Esse reconhecimento não precisa ser necessariamente do tipo financeiro. Mal ele deve ser adequado a tornar claro ao detento o valor do trabalho regular para uma vida futura autônoma e livre, na forma de uma vantagem para ele palpável. Somente quando o detento puder realizar uma tal prestação de trabalho como uma experiência significativa, poderá o legislador pressupor que, por meio da obrigação ao trabalho, uma maior desagregação social do detento será contra-atacada, podendo este, junto ao desenvolvimento de suas capacidades profissionais, assim como junto ao desenvolvimento de sua personalidade, firmar uma relação positiva com o trabalho.

a) A exigência do mandamento de re-socialização, segundo o qual o trabalho deve ser adequadamente reconhecido, coloca-se aqui apenas para aqueles detentos aos quais um trabalho ou uma outra ocupação é atribuído ou agregado, ou aqueles que foram obrigados a uma atividade de auxiliar (trabalho obrigatório). Parâmetros especiais valem para os detentos aos quais nenhum trabalho foi atribuído, porque eles receberam a oportunidade de formação profissional, de aperfeiçoamento profissional ou de participação em outras medidas de formação ou aperfeiçoamento (cf. § 37 III StVollzG) ou para a finalização do ensino fundamental (cf. § 38 StVollzG), ou porque serão ocupados em trabalhos terapêuticos (cf. § 37 V StVollzG).

b) O trabalho na execução penal prepara para a vida econômica em liberdade, sobretudo quando ele é reconhecido por meio de uma remuneração. No entanto, a vantagem a ser recebida pelo trabalho prestado pode se revestir de diversas formas. Reconhecimento não é apenas um conceito monetário. A sociedade moderna depende justamente de que o trabalho prestado voluntariamente ou também atribuído seja reconhecido de outras formas que

não a financeira. Mas o reconhecimento como um todo tem que ser adequado. Na execução penal vêm ao caso, ao lado ou no lugar de uma remuneração em dinheiro, por exemplo, também a criação de uma reversão (*Anwartschaft*) previdenciária ou ajudas para a amortização de dívidas. Na conformação da execução penal e da preparação para a soltura, o legislador pode desenvolver novas formas de reconhecimento do trabalho obrigatório – também com a inclusão de iniciativas privadas. No mais, ele não seria proibido de prever um reconhecimento apropriado do trabalho, de forma a que o detento pudesse, por meio de trabalho, diminuir o tempo (“*good time*”) ou, de outra forma, facilitar o cumprimento da pena – contanto que motivos de prevenção geral ou especial a isso não se contraponham.

5. Um modelo legal de re-socialização por meio do trabalho obrigatório que seja somente ou em grande parte remunerado na forma financeira (cf. § 43 StVollzG) somente poderá ser considerado uma contribuição para a re-socialização prescrita constitucionalmente se ao detento restar, por meio do montante da remuneração a ele devida, minimamente claro que o trabalho assalariado é significativo para a construção de uma base econômica de sobrevivência. Não obstante, o legislador poderá, ao regulamentar o que seja apropriado, levar em consideração as condições típicas da execução penal, especialmente sua distância do mercado. Os custos do trabalho de detentos para as empresas e a concorrência de outras possibilidades de produção fazem diferença em face de cada mercado de trabalho. Por isso, o legislador tem aqui uma ampla margem para sua avaliação.

a) (...).

b) Se o legislador se decide por um sistema de pagamento financeiro, então não lhe é, em princípio, proibido prever também uma contribuição de custo prisional. O mandamento de remunerar adequadamente o trabalho em princípio não representa um óbice à cobrança de uma contribuição de custo prisional (por deduções para acomodação e alimentação). O mandamento de re-socialização exige, entretanto, na situação típica para o detento, uma compensação no antagonismo entre o interesse estatal na cobertura dos custos e os interesses econômicos do detento. Isso implica em uma regulamentação legal, na qual uma contribuição de custo prisional seja de tal sorte estimada que reste ao detento uma determinada quantia.

6. (...).

II.

Se o legislador incluir o trabalho em seu modelo de re-socialização e prever que o detento deva realizar trabalho a ele atribuído, então ele deve observar o Art. 12 III GG junto à atribuição de trabalho obrigatório. A autorização contida nessa norma limita o trabalho forçado permitido às instituições e funções junto às quais as autoridades públicas da execução penal fiquem com a responsabilidade jurídico-administrativa pelos detentos a elas confiados.

(...).

O constituinte, na outorga da autorização do Art. 12 III GG, partiu das formas tradicionais de trabalho na execução penal. Deveria continuar sendo possível conformar coerentemente a execução penal por meio da ocupação do trabalho e, com isso, contribuir para a re-socialização do detento. A base jurídica não deveria ser retirada das medidas práticas nessa área que deram resultado no passado (cf. BVerfGE 74, 102 [115 *et seq.*] com maiores indicações sobre a história da origem do Art. 12 II e III GG; cf. também BVerfGE 83, 119 [126 s.]).

1. O conteúdo da exceção permitida pelo Art. 12 III GG da proibição do trabalho forçado, portanto, pode ser deduzido das formas tradicionais do trabalho na execução [penal]. A tradição de Estado de direito dessas formas é marcada pelo princípio de que o trabalho dos detentos é realizado sob a responsabilidade jurídico-administrativa das autoridades da execução, submetendo-se à sua fiscalização. Uma “coisificação” dos detentos, na qual esses são deixados à responsabilidade de terceiros para o propósito da prestação do trabalho, não corresponde à imagem tradicional do trabalho obrigatório (...).

2. (...).

III. – V. (...)

D.

(...)

(ass.) *Limbach, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer, Jentsch, Hassemer*

Opinião discordante do juiz *Kruis* sobre a decisão (*Urteil*) do

Segundo Senado de 1º de julho de 1998

— 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 und 2 BvL 17/94 —

(...)

(ass.) *Kruis*

§ 21.

Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 13 (Inviolabilidade do domicílio)

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz em havendo periculum in mora, também pelos demais órgãos previstos nas leis e somente sob a forma nelas [respectivamente] prescrita.

(3) ¹Se certos fatos embasarem a suspeita de que alguém tenha cometido um crime especialmente grave [como tal] individualmente definido em lei, podem ser utilizados para a persecução penal do delito, com base em uma ordem judicial, aparatos técnicos para a vigilância acústica de domicílios nos quais o acusado [suspeito] provavelmente se encontre, se a investigação do caso por outra via restar desproporcionalmente difícil ou não tiver chances de êxito. ²A medida terá um prazo de validade. ³A ordem judicial será dada por um órgão judicial composto por três juízes. ⁴Em havendo periculum in mora, a ordem judicial poderá ser dada também por um juiz monocrático.

(4) ¹Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, principalmente de um perigo coletivo ou de risco à vida, podem ser utilizados aparatos técnicos para a vigilância de domicílios somente com base em uma ordem judicial. ²Em havendo periculum in mora, a medida também poderá ser ordenada por um outro órgão estatal determinado pela lei; uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a ordem do "outro órgão estatal"].

(5) ¹Se aparatos técnicos forem utilizados exclusivamente para a proteção de pessoas que atuam em uma investigação dentro de residências,

a medida deverá ser ordenada por um órgão estatal determinado pela lei.
²Um outro tipo de uso dos reconhecimentos [informações] adquiridos[as] por esta via somente é permitido com o propósito da persecução penal ou da defesa contra perigos e, [ainda] tão somente, se antes a legalidade for judicialmente verificada; em havendo periculum in mora, uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a implementação da medida].

(6) ...

(7) Intervenções e limitações podem ser perpetradas, de resto, somente para a defesa em face de um perigo coletivo ou de um risco à vida de algumas pessoas; com base em lei também para a prevenção de perigos iminentes da segurança e ordem públicas, em especial para a solução da carência de espaço geográfico, para o combate a epidemias ou para a proteção de crianças e adolescentes em risco.

NOTA INTRODUTÓRIA:

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, enquanto clássico direito de liberdade (negativa), outorga ao seu titular (qualquer pessoa natural, nacional ou estrangeira submetida ao poder estatal alemão) o direito de resistir à intervenção do Estado em sua esfera “espacial” de privacidade (domicílio), tão necessária ao livre desenvolvimento da personalidade (daí sua relação de especialidade em face do direito geral da personalidade tutelado pelo Art. 2 I GG, que tem como um de seus principais desdobramentos o direito à privacidade como elemento de auto-preservação do seu titular).

As três decisões e seus específicos excertos escolhidos e reproduzidos no presente capítulo tratam de aspectos específicos da dogmática da área de proteção e das muitas reservas (limites constitucionais) a este direito fundamental: A primeira decisão (81.), prolatada no início da década de setenta, trata da definição do conceito de domicílio, mais

especificamente de seu alcance e extensão sobre dependências comerciais ou empresariais. Definido o alcance da área de proteção, a fundamentação da decisão (razões) discorre como contraponto à área de proteção e freqüentemente ocorre na jurisprudência do TCF, sobre o alcance da competência de órgãos estatais em face da reserva do alterado Art. 13 III GG (hoje: Art. 13 VII GG). A segunda decisão (82.), de 1979, trata da eficácia da outorga no processo de execução e, assim, de um aspecto até então não explorado da área de proteção do direito: ele oferece resistência até mesmo contra a entrada de oficial de justiça no domicílio para a realização de penhora em processo de execução forçada. A entrada do referido agente público, que representa, segundo essa decisão, claramente uma intervenção no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio do executado, só restará justificada depois de colhida uma ordem judicial específica, não valendo para tanto somente um título executivo judicial. Finalmente, a terceira decisão (83.), prolatada em março de 2004 e depois da emenda constitucional que alterou o sistema dos limites ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, desenvolveu vários aspectos que vinham sendo muito discutidos na literatura jurídica e jurisprudência dos tribunais ordinários penais, sistematizando-os em uma dogmática coerente e bastante minuciosa. Com a ampliação significativa das reservas legais e judiciais promovidas pelo legislador titular do poder constituinte derivado - cuja constitucionalidade foi questionada pelos abstrata e diretamente atingidos, mas confirmada pelo TCF - surgiu a concomitante necessidade de se limitar a competência do legislador infraconstitucional e dos juízos e tribunais, de concretizar tais limites. Nesse contexto, o TCF realizou uma importante contribuição para o desenvolvimento da dogmática dos limites dos limites, sobretudo do critério da proporcionalidade.

81. BVERFGE 32, 54
(BETRIEBSBETRETUNGSRECHT)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 13/10/1971

MATÉRIA:

Os reclamantes, proprietários de uma empresa de limpeza expressa, impugnaram diretamente, em sua Reclamação Constitucional, alguns dispositivos do Código Trabalhista de Ofícios (HwO), que permitiam ou fixavam o **direito de entrada** de agentes públicos em suas **dependências empresariais** (*Betriebsbetretungsrecht*) para a realização de fiscalizações. Segundo eles, os novos dispositivos promulgados atingiam-nos diretamente em alguns de seus direitos fundamentais (livre desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I GG, da liberdade profissional do Art. 12 GG, além da inviolabilidade do domicílio do Art. 13 GG). Além disso, alegavam violação do mandamento de igualdade do Art. 3 GG.

O TCF admitiu parcialmente a Reclamação Constitucional (somente contra o § 20 c.c. § 17 II HwO). Em relação aos §§ 18 III e 19 HwO, não a admitiu, por entender serem ainda necessários atos executórios a serem perpetrados pela Administração para a caracterização do prejuízo em face do exercício do direito fundamental (“toque” da área de proteção – *Berührung des Schutzbereichs*).

No mérito, o TCF julgou que somente o Art. 13 GG serviria como parâmetro de exame, uma vez que a área de proteção da liberdade profissional (Art. 12 GG) não teria sido sequer atingida. O Art. 2 I GG foi afastado, como possível parâmetro, em face de seu caráter subsidiário. Uma violação do Art. 3 I GG não foi sequer cogitada. Em sede de conclusão, o TCF julgou a Reclamação Constitucional, em face do Art. 13 GG, como improcedente, confirmando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

1. O conceito “domicílio” do Art. 13 I GG deve ser interpretado em sentido amplo; ele abrange também as dependências do trabalho, empresa e comércio.

2. A interpretação dos conceitos “intervenções e limitações” no Art. 13 III GG deve ter em conta a necessidade diversa de proteção, por um lado, das dependências residenciais e, por outro, das dependências de trabalho, empresa e comércio.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de outubro de 1971

- 1 BvR 280/66 -

(...)

RAZÕES

A. - I.

1. (...).

2. (...) aos dispositivos declarados aplicáveis pertence o direito à informação e vistoria do § 17 HwO. O teor do dispositivo é o seguinte:

§ 17

(1) As pessoas registradas ou a serem registradas no desempenho [profissional] de um ofício [como artífices] são obrigadas a fornecer à Câmara de Ofícios a informação necessária ao registro no desempenho do ofício sobre o tipo e a extensão de sua oficina [empresa], sobre o número de empregados habilitados e não habilitados que trabalham e sobre os exames profissionais do proprietário e do gerente da oficina [empresa].

(2) Para o propósito indicado no parágrafo 1º [o supra § 17 I HwO], os encarregados da Câmara de Ofícios estão autorizados a adentrar nos terrenos e nas dependências comerciais das pessoas obrigadas a prestar as informações, onde procederão a exames e vistorias. A pessoa obrigada a fornecer as informações deve tolerar essas medidas. Neste ponto, fica restringido o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio (Art. 13 *Grundgesetz*).

(...).

II.

1. Os reclamantes são proprietários de uma lavanderia expressa. Com a Reclamação Constitucional, voltam-se diretamente contra os dispositivos do Código Trabalhista dos Ofícios (HwO); eles requerem que se verifique que ... o § 17 II HwO (...) viola o Art. 13 GG.

Os reclamantes consideram a Reclamação Constitucional admitida, porque seriam atingidos atual e diretamente pelos dispositivos impugnados; isso também valeria para o § 17 II HwO, porque teriam que estar contando, a qualquer momento, com que encarregados da Câmara de Ofícios poderiam entrar em suas oficinas, inspecioná-las e vistoriá-las.

(...).

2. a) – b) (...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida somente em parte.

1. – 2. (...).

C.

Na parte em que a Reclamação Constitucional é admitida,
ela não é procedente.

I.

(...)

1. – 3. (...).

II.

(...)

O teor e o propósito reconhecível dos dispositivos levam a presumir que pretendem permitir apenas a entrada em dependências usadas para fins empresariais, e não nas dependências de uso privado do proprietário da oficina. A alegação do reclamante restaria, portanto, sem objeto se as dependências comerciais e empresariais não se subsumissem sob o conceito “domicílio”, na acepção do Art. 13 da GG. Entretanto, esse ponto de vista, que também é defendido pelo Ministro da Justiça, não pode ser compartilhado pelo Tribunal Constitucional Federal.

1. – 2. (...).

3. A interpretação mais restritiva do conceito de domicílio, defendida pelo Ministro da Justiça, é visivelmente também determinada pela preocupação de que, ao se incluírem as dependências comerciais e empresariais na área de proteção do Art. 13 GG, muitos direitos tradicionais de entrada e de inspeção das autoridades

administrativas no âmbito da fiscalização econômica, trabalhista e tributária não poderiam ser mantidos, porque elas não seriam mais abarcadas pelo dispositivo de limitação do Art. 13 III GG. Ainda que este fosse o caso, deveria [ao menos] parecer questionável determinar o campo de atuação do direito fundamental a partir da reserva de limite e assim argumentar: porque, numa interpretação mais ampla, a concretização do limite causaria dificuldades práticas, dever-se-ia escolher a interpretação restritiva, junto à qual os limites se tornariam sem objeto. Pelo contrário, deve-se primeiro averiguar a substância material do direito fundamental; somente após isto, observando-se a presunção, por princípio, de liberdade e o princípio constitucional da proporcionalidade e da exigibilidade, é que devem ser fixadas as limitações do exercício do direito fundamental defensáveis em consonância ao [princípio do] Estado de direito. Além disso, as dificuldades práticas temidas pelo Ministro da Justiça podem ser amplamente superadas, conforme será ainda exposto, mediante uma interpretação diferenciada.

4. a) A inclusão de dependências comerciais na área de proteção do Art. 13 GG significa, primeiramente, que “buscas” também em tais dependências só podem ser por princípio ordenadas pelo juiz (§ 17 II HwO). O Ministro da Justiça reconhece que, neste ponto, em princípio, existe a mesma necessidade de proteção ocorrente no caso das dependências residenciais e defende a tese de que, em face da proteção também de dependências industriais e empresariais contra buscas, há muito reconhecida em todas as democracias de Estado de direito, tal como na Alemanha, não se cogita uma limitação da necessidade por princípio da prévia ordem judicial. Essa conclusão não pode, porém, ser alcançada constitucionalmente com suficiente segurança numa interpretação restritiva do conceito de domicílio.

Não se faz necessário aqui decidir, em seus pormenores, até que ponto o conceito constitucional da “busca” deve ser estendido (cf. para tanto: BVerfGE 28, 285). Com efeito, os direitos de entrada e de inspeção nas oficinas aqui em questão não são buscas.

b) A inviolabilidade a priori do domicílio é assegurada no Art. 13 III GG pelo fato de que “intervenções e limitações” que não sejam buscas somente poderão ser feitas sob observância de pressupostos muito certos, exatamente delineados. No caso dos domicílios, no sentido estrito, esta rígida limitação das intervenções permitidas corresponde ao mandamento por princípio da observância incondicional da esfera privada do cidadão. Em verdade, é ir longe demais sustentar o Ministro da Justiça

que os limites de reserva [legal] do Art. 13 III GG seriam “segundo seu objeto aplicáveis (apenas) para dependências domiciliares”, pois, tanto “para o combate de epidemias” como também “para a proteção de crianças e adolescentes em risco” (particularmente sob o aspecto da proteção do trabalho do menor), a entrada de autoridades competentes em dependências empresariais e de trabalho também pode ser oportuna e necessária. Porém, pode parecer realmente questionável, se, em se introduzindo as dependências comerciais no âmbito normativo do Art. 13 III GG, o direito cedido às autoridades administrativas em uma série de leis de entrar em dependências empresariais e lá proceder a inspeções e exames de diversos tipos tenha uma suficiente base constitucional. Em muitos casos, o propósito da “prevenção de perigos iminentes para a segurança e ordem públicas” até justificam a intervenção, principalmente porque, na interpretação ampla dessa cláusula, a proteção indireta contra os perigos está na base, tal como ocorreu na decisão do Tribunal Constitucional Federal de 13 de fevereiro de 1964 (BVerfGE 17, 232 [251 s.]). Todavia, na medida em que se dá às autoridades, a quem foram atribuídas as tarefas de fiscalização econômica, trabalhista e tributária, o direito de entrar em dependências empresariais e comerciais para lá examinarem livros comerciais e documentos ou inspecionar mercadorias e instalações, no contexto do dever do empresário de prestar informações, uma base constitucional para essas medidas somente poderia ser conseguida, segundo a interpretação tradicional, por meio de uma expansão da área de aplicação do Art. 13 III GG não mais sustentável. Por outro lado, deve-se concordar com o Ministro [quando afirma] que tais direitos de entrar e inspecionar representam, sob vários aspectos, um instrumento imprescindível de controle da moderna inspeção econômica; seu significado, para uma execução eficiente e uniforme da lei, cresce, mesmo ainda com a penetração de elementos de diretrizes de direito público na gerência econômica de empresas privadas e com o seu correspondente aprimoramento e incremento da inspeção econômica em sentido amplo.

O Ministro da Justiça parte do dado de que não era a intenção do Conselho Parlamentar [equivalente à Assembléia Nacional Constituinte, titular do poder constituinte originário] eliminar esses - seus conhecidos - direitos de entrar e inspecionar da Administração; ele sustenta que, na formulação do Art. 13 III GG, esses casos não teriam “reconhecidamente sido ponderados”. Essa concepção também é defendida na literatura jurídica [doutrina] (cf. os comentários de *Maunz / Dürig / Herzog*, nota à margem 22 para o Art. 13; v. *Mangoldt-Klein*, 2ª. edição, Volume 1, p. 405 s. e *Kern*,

in: *Neumann / Nipperdey / Scheuner*. Die Grundrechte. Volume II, p. 105 *et seq.*). Assim, o legislador federal, como o Ministro destaca, desde a entrada em vigor da *Grundgesetz* sempre partiu do fato de que tais direitos de entrar e inspecionar não são excluídos pelo Art. 13 III GG. O Ministro recusa, sem dúvida com razão, apoiar essa vigência continuada no direito consuetudinário. Contra a tese da limitação do direito à liberdade pelo direito consuetudinário já existem dúvidas por princípio, tendo em vista [que] a regulamentação dos limites [fora] criada pelo constituinte de maneira respectiva e cuidadosamente adaptada à essência de cada um dos direitos fundamentais [não havendo espaço, portanto, para o direito consuetudinário]. A verificação correta de uma convicção jurídica geral de todos os participantes seria, além disso, quase impossível nessa área.

c) Tendo em vista esta situação, parece ordenada e permitida uma interpretação que parta do conceito de “intervenções e limitações”, e que o interprete de uma tal maneira a adequá-lo ao propósito de proteção do direito fundamental, correspondendo à vontade identificável do legislador, mas também atentando para as necessidades materiais da Administração do Estado moderno. Essa interpretação parte do dado de que – na inclusão a priori também das dependências comerciais e empresariais na área de proteção do Art. 13 GG, – de fato, a necessidade de proteção junto à totalidade das dependências a serem classificadas como “esfera privada espacial”, varia de tamanho. Em relação às dependências comerciais e empresariais, tem-se, segundo a sua fixação de propósito, uma maior abertura “para fora”; tais dependências são criadas para a realização de contatos sociais; por esta razão, o proprietário as exclui, de certo modo, da esfera íntima privada, à qual pertence [no todo, tão somente] o domicílio em sentido estrito. Coerentemente com a necessidade mais forte de se manterem afastadas perturbações da vida privada e da esfera espacial onde ela se desenrola, tem-se que os conceitos “intervenções e limitações”, tão logo estejam se referindo ao domicílio no sentido mais estrito, são interpretados rigorosamente. Isto significa que o direito de entrar e inspecionar, da forma aqui disciplinada, absolutamente não existe no caso de dependências residenciais. Com efeito, aqui o propósito de proteção do direito fundamental impõe-se plenamente para assegurar o direito do indivíduo de “ser deixado em paz” (BVerfGE 27, 1 [6]). É o que vale também quando, nessas dependências, for, ao mesmo tempo, exercida uma atividade profissional ou comercial. Em dependências exclusivamente comerciais ou empresariais, diminui-se essa necessidade de proteção, pelo propósito a que elas se prestam, segundo à própria

vontade do proprietário. As atividades que o proprietário realiza nessas dependências têm efeitos necessariamente externos, podendo, por esta razão, atingir os interesses de outros e da coletividade. Assim sendo, é correto que as autoridades incumbidas da proteção desses interesses controlem, dentro de certos parâmetros, estas atividades também no local e que possam entrar nestas dependências para esse fim. Esse procedimento vinculado a seu propósito não é, em verdade, uma perturbação da paz doméstica. Em regra, o proprietário da empresa não vai sentir a entrada dos agentes público nas dependências [da empresa] como uma intervenção em seu direito domiciliar. Sua resistência psicológica pode talvez se voltar contra a própria inspeção e exame, que ele, por exemplo, poderá considerar desnecessários, incômodos e, por isso mesmo, dele inexigíveis; em geral, ele não poderá enxergar na simples entrada nas dependências, as quais ele mesmo, devido à definição do propósito delas, abriu para fora, um prejuízo de sua esfera de direito fundamental.

Se se partir, tendo em vista o caráter lacunoso da disciplina [constitucional], juntamente com o Ministro da Justiça, de que o Art. 13 III GG “já de antemão” não deveria abranger os usuais direitos de entrada e inspeção em terrenos empresariais e dependências comerciais, parece não infundada a tese de que também o Conselho Parlamentar partiu deste “imparcial” modo de observação. Deve ser deixado a critério do legislador examinar se, num dado momento, existe um ensejo para expressar claramente esta vontade por meio de uma reformulação do texto constitucional.

5. Em se limitando racionalmente o círculo dos direitos de entrada e inspeção para dependências comerciais e empresariais, que aqui, de acordo com o exposto, não devem mais ser qualificados como “intervensões e limitações”, ou seja, sob a observância do Art. 2 I GG c.c., os princípios da proporcionalidade e da exigibilidade, conclui-se que devem ser exigidas as presenças especialmente dos seguintes pressupostos:

- a) uma norma legal especial deve autorizar a entrada nas dependências;
- b) a entrada nas dependências, a realização das inspeções e as vistorias devem servir a um propósito permitido e serem necessárias para seu alcance;
- c) a lei deve deixar claramente reconhecível o propósito da entrada, o objeto e a extensão da inspeção e vistoria permitidos;
- d) a entrada nas dependências e a realização da inspeção e vistoria somente são admissíveis nos períodos em que as dependências normalmente estiverem à disposição para uso comercial ou empresarial.

Se, sob estes pressupostos, da entrada nas dependências comerciais e empresariais por agentes públicos no âmbito de suas competências não puder ser depreendido um prejuízo para o direito da inviolabilidade de domicílio, então não se exclui a possibilidade de a ação da Administração, a cuja realização serve a [referida] entrada nas dependências [em pauta], poder ser impugnada, como tal, a partir de outros aspectos constitucionais.

6. Apoiando-se nestes parâmetros, não há dúvidas quanto à constitucionalidade dos dispositivos aqui impugnados dos §§ 20, 17 II HwO. Eles servem a interesses legítimos da Administração e não oneram o proprietário da empresa de maneira dele inexigível. Suas dependências domiciliares privadas não foram atingidas.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck,
Dr. Brox, Dr. Simon

82. BVERFGE 51, 97

(ZWANGSVOLLSTRECKUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/04/1979

MATÉRIA:

O reclamante voltou-se contra a confirmação judicial da legitimidade de buscas domiciliares para fins de penhora na fase da **execução forçada** (*Zwangsvollstreckung*), realizadas por oficial de justiça, sem a específica ordem judicial. Note-se que, na Alemanha, o processo de execução forçada contra devedor solvente não se dá em regra perante o juiz de direito, como ocorre em outros sistemas jurídico-processuais, como no caso brasileiro. O reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 1, 2 I e 13 GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando as decisões judiciais impugnadas e fixando a necessidade de ordem judicial específica para a autorização da busca e apreensão de bens do devedor para efeito de penhora, sob pena de violação do Art. 13 II GG.

Também na execução forçada segundo o § 758 ZPO, o Art. 13 II GG exige, exceto no caso de *periculum in mora*, uma ordem judicial especial para a busca no domicílio do devedor com o propósito de realizar a penhora de coisas móveis.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de abril de 1979
- 1 BvR 994/76 -
(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional refere-se à questão de se o Art. 13 II GG é infringido quando o oficial de justiça, na execução forçada a partir de decisões (*Beschlüsse*) de fixação de custas processuais e ordens de execução, abrir, com o emprego da força, o domicílio do devedor para a busca de objetos penhoráveis, sem ordem judicial especial [para tanto].

A.

O § 758 ZPO determina:

(1) O oficial de justiça tem o poder realizar a busca no domicílio e nos pertences do devedor na medida em que a execução o exigir.

(2) Ele tem poderes para mandar abrir as portas trancadas da moradia, portas internas de cômodos e recipientes [como cofres ou caixas trancadas].

(3) Se encontrar resistência, ele poderá usar da força e, para esse fim, solicitar o auxílio dos órgãos de execução policial.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida. (...).

C.

A Reclamação Constitucional contra as decisões do juízo de primeira instância e do Tribunal Estadual é procedente. As medidas de busca do oficial de justiça violam o direito fundamental do reclamante derivado do Art. 13 GG, porque elas foram perpetradas sem ordem judicial.

I.

Como parâmetro de exame vem à pauta somente o Art. 13 GG (direito fundamental da inviolabilidade do domicílio), especialmente o Art. 13 II GG (Proteção

de direito fundamental contra buscas domiciliares). As demais normas de direito fundamental supostamente violadas do Art. 1 e do Art. 2 I GG sucumbem em face daquele dispositivo específico.

1. (...).

2. (...) o direito constitucional vigente no Art. 13 II GG determina que também as buscas com o propósito de execução com base no § 758 ZPO e no âmbito dessa decisão, sejam ordenadas por juiz, caso não haja *periculum in mora*.

a) Na interpretação do Art. 13 II GG, parte-se do seu teor: “Buscas somente podem ser decretadas pelo juiz; em havendo *periculum in mora*, também pelos outros órgãos previstos em lei ...”.

aa) Não se precisa perscrutar até que ponto vai o conceito da busca no Art. 13 II GG e como ele deve ser delimitado em relação às “intervenções e limitações” previstas no Art. 13 III GG (cf. BVerfGE 32, 54 [73]). Com efeito, em todo caso, o Art. 13 II GG não se limita a buscas processuais penais, mas vale também para outras buscas de órgãos do poder público no domicílio, na acepção do Art. 13 I GG (cf. BVerfGE 32, 54 [73]) e 16, 239 [240 s.]); vide, também, *Bettermann*, in: *Bettermann / Nipperdey / Scheuner*. Die Grundrechte. 3°. volume, 2°. tomo, p. 894; *Knemeyer*, *ibidem*, com outras referências bibliográficas; *Gentz*. Die Unverletzlichkeit der Wohnung. 1968, p. 53 *et seq.*; de outra opinião: *Friedrich Klein*, in: *von Mangoldt / Klein*. Das Bonner Grundgesetz. 2ª edição, 1957, Art. 13, nota IV 2 a; - para o conceito de domicílio, cf. BVerfGE 32, 54, 1ª ementa e p. 68 *et seq.*, especialmente p. 68, 72). Até aqui, pode ser trazida à pauta a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal (cf. no mesmo sentido: BVerfGE 32, 54 [73]), pela qual é característico para o conceito de busca a procura objetiva e orientada por seu propósito, realizada por órgãos estatais, por pessoas ou objetos, ou para verificação de um fato, ou para desvendar algo que o detentor do domicílio não quer, por espontânea vontade, mostrar ou entregar (BVerfGE 47, 31 [37]; 28, 285 [287 *et seq.*]).

Assim, buscas no domicílio com o objetivo de encontrar bens penhoráveis e penhorá-los para a intentada execução forçada fazem parte, conceitualmente, das buscas na acepção do Art. 13 II GG.

bb) No mais, o teor do dispositivo é claro nesse ponto, não admitindo outra interpretação senão a de que as buscas em geral se encontram submetidas à reserva judicial aqui estabelecida. Não se diferencia, sob qualquer ponto de vista, nem segundo as diferentes formas de busca, nem segundo suas diferentes áreas de aplicação.

b) Também o propósito de proteção da determinação de direito fundamental embasa a tese da interpretação literal. Em verdade, nas buscas realizadas no curso de uma execução forçada, o perigo de abusos é menor do que em outros casos. Não obstante, não se pode partir da premissa de que tais buscas não sejam abrangidas pelo propósito de proteção da regulamentação [constitucional]. A entrada de órgãos estatais mediante o uso da força num domicílio e a busca nele realizada significa, em regra, uma grave intervenção na esfera de vida pessoal do atingido. A intensa proteção constitucional – tal como ocorre com o elementar direito fundamental à liberdade da pessoa (cf. Art. 104 II 1 GG) – justamente das dependências domiciliares em sentido estrito corresponde, por isso, ao mandamento, por princípio, da observância incondicional da esfera privada do cidadão (BVerfGE 32, 54 [73]), e está estreitamente ligado à proteção do desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I GG. Ao indivíduo deve ser assegurado o direito de “ser deixado em paz” (BVerfGE 27, 1 [6]) em seus aposentos (BVerfGE 32, 54 [75]). Por isso, por princípio, a intervenção decorrente de uma busca só deve ocorrer se antes uma instância neutra, revestida de independência judicial, tiver examinado se estão presentes os pressupostos para tanto legalmente previstos.

c) Para a fundamentação de uma interpretação fiel ao teor, pode-se recorrer também à gênese do Art. 13 II GG (...).

(...).

d) Mesmo em se partindo da premissa, como parcialmente se faz na literatura jurídica [doutrina], de que nesse caso uma situação fática é abrangida pelo teor de uma regulamentação constitucional, mas que essa regulamentação, pelo seu conteúdo, não “caberia” a essa constelação fática porque o legislador teria tido em mente situações fáticas distintas [da em pauta], o preenchimento desta “lacuna oculta” não pode ser aqui considerado por via da assim chamada “redução teleológica” (cf. *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª. edição, 1975, p. 377 *et seq.*). A uma tal interpretação restritiva contrapõe-se, pelo contrário, o princípio cunhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal “segundo o qual em casos de dúvida deve ser escolhida aquela interpretação que desenvolva, com a maior intensidade, a eficácia jurídica da norma de direito fundamental” (BVerfGE 6, 55 [72]; 32, 54 [71]; 39, 1 [38]). A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental que deve garantir ao indivíduo, tendo em vista sua dignidade humana e no interesse de seu livre desenvolvimento, um “elementar espaço de vida” (BVerfGE 42, 212 [219]) com

referência a *Dagtolou*, in: Bonner Kommentar. [Segunda Redação], Art. 13 GG, nota à margem n°. 33). Qualquer busca – também a do oficial de justiça segundo o § 758 ZPO – representa, já por sua natureza, uma grave intervenção na esfera de vida do atingido, protegida por direito fundamental. Por isso, o direito fundamental do Art. 13 GG desdobrará sua efetividade mais intensa quando, por princípio, toda intervenção depender de uma ordem judicial.

3. Diante dessa interpretação - que segue o teor do Art. 13 II GG e que corresponde ao propósito de proteção desse dispositivo e ordenada segundo o princípio da maior efetividade jurídica possível de uma norma de direito fundamental, que também está em consonância com a gênese do dispositivo - as objeções contra ela aqui levantadas não podem prevalecer.

a) (...).

b) Também o entendimento jurídico defendido na literatura jurídica [doutrina], no sentido de que toda atuação de execução baseada em um reconhecimento judicial devesse ser considerada como ordenada pelo juiz (cf., por exemplo, *Dagtolou, ibidem*, nota à margem n°. 99), não pode ser seguido. Da decisão judicial somente, que condena ao pagamento de uma soma em dinheiro, nada deve ser depreendido na direção de uma busca, ainda que o dispositivo da decisão tenha sido declarado como [auto-]executável. A verificação judicial de uma obrigação de pagar não implica, necessariamente, de forma alguma numa busca domiciliar com o propósito da realização de penhora. O devedor pode – como ocorre em muitos casos – acatar o dispositivo da decisão e pagar espontaneamente. O credor também é livre para decidir o que fazer com o título judicial conseguido. Somente o seu pedido ao órgão de execução judicial coloca em andamento o processo da execução. Em regra, nesse procedimento, o juiz não é mais acionado. (...).

(...).

c) Diante do rigor de uma regulamentação com dignidade hierárquica constitucional, devem, além disso, sucumbir todas as objeções que sustentem que a atuação de um juiz em [potencialmente] todas as buscas decorrentes de execução levariam a uma carga maior de trabalho e a resultados inúteis.

(...).

(...). Finalmente, também é procedente afirmar que as competências para buscas dos oficiais de justiça até aqui – tanto quanto observável - não levaram a quaisquer abusos de direito.

Mas, a tudo isso não pode ser reconhecida qualquer relevância jurídica, tendo em vista o – conforme exposto – inequívoco mandamento constitucional do Art. 13 II GG, segundo o qual o juiz deve decretar a busca (em não havendo *periculum in mora*). Corrigir esse mandamento constitucional a partir de interpretação baseada nas razões mencionadas, não é tarefa do Tribunal Constitucional Federal.

d) (...).

II.

(...) o Art. 13 II GG é direito imediatamente válido e aplicável (cf. BVerfGE 3, 225 [239 s.] para o Art. 3 II GG e BVerfGE 10, 302 [329] para o Art. 104 II 1 e 2 GG). Por isso, o § 758 ZPO é complementado pelo Art. 13 II GG no sentido de que a busca torna obrigatória a ordem do juiz, desde que não haja *periculum in mora*. (...).

(ass.) *Benda, Haager, Böhmer, Simon, Faller, Hesse, Katzenstein, Niemeyer*

83. BVERFGE 109, 279

(LAUSCHANGRIFF)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

03/03/2004

MATÉRIA:

O crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado no mundo contemporâneo, em especial na Europa ocidental, tem provocado uma revisão político-constitucional de garantias individuais, cujos exercícios se opõem muitas vezes à garantia do bem coletivo “segurança”.³¹⁸ A proteção da segurança pública pode exigir, no caso concreto, o sacrifício de uma ou várias daquelas garantias e vice-versa. Um exemplo claro deste dado foi oferecido pelo presente julgado do TCF.

Em 1998, foram inseridos limites significativos a esse clássico direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Trata-se da inserção de quatro parágrafos (Art. 13 III – VI GG) ao Art. 13 GG, que, enquanto

³¹⁸ Cf. uma ampla apresentação e discussão dessa decisão em MARTINS (2004b: 401 – 437).

reservas legais e judiciais, consubstanciaram os limites constitucionais aludidos. Principalmente pelo novo Art. 13 III GG, autorizou-se a utilização de meios técnicos de captação e transmissão sonora sem o conhecimento do morador, titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio garantida pelo mantido Art. 13 I GG, para tornar a investigação e persecução penal mais eficientes. Presentes várias condições amplamente referidas e examinadas na decisão original e aqui reproduzidas, a lei processual penal, que conforma a reserva legal inserida pela emenda pode, por sua vez, como de fato o fez, autorizar o agente policial, sob controle jurisdicional, a instalar imperceptíveis microfones ou a usar microfones externos capazes de captar com precisão sons emitidos e, portanto, diálogos estabelecidos no interior do domicílio por suspeitos de certos crimes ou mesmo de outras pessoas que se encontrem no domicílio, objeto da investigação. Por isso, a presente decisão, ou melhor, mais precisamente a lei interventora, objeto imediato do exame, foi alcunhada metaforicamente de “**grande ataque da escuta secreta**” (*großer Lauschangriff*). O novo Art. 13 IV GG estabeleceu outra reserva, já conformada pelo legislador processual alemão, em proveito do propósito da prevenção de iminentes perigos ou riscos à vida, à segurança pública e a outros bens jurídicos de suma importância, a qual autoriza a utilização não só de equipamentos de captação e transmissão sonora, como também de imagens (micro-Câmaras e tecnologia do infravermelho). O novo Art. 13 V GG também autoriza, com o propósito de proteger a vida de agentes de investigação infiltrados em organizações supostamente criminosas (agentes disfarçados), o uso de tais retransmissores junto a seus corpos. Trata-se, neste caso, também de uma limitação ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, quando as informações partirem de dentro do espaço físico considerado domicílio. Porém, como a duração da transmissão é limitada ao tempo de permanência do agente no local, tal intervenção vem sendo alcunhada de *kleiner Lauschangriff* (pequeno ataque de escuta secreta). A diferença destes dois últimos parágrafos em relação ao Art. 13 III GG está na possibilidade de sua utilização na prevenção, não constituindo instrumentos restritos à repressão criminal como no caso do Art. 13 III

GG. O novo Art. 13 VI GG traz uma regra organizacional, ao prescrever o dever do governo federal de compor um relatório anual, a ser entregue à Câmara Federal, sobre a utilização desses meios técnicos³¹⁹. Finalmente, o novo Art. 13 VII GG corresponde ao antigo Art. 13 III GG e contém uma regra definidora de competências administrativo-governamentais para o combate de situações envolvendo grande risco à vida, catástrofes naturais, combate de epidemias etc.

A presente decisão foi prolatada no julgamento conjunto de duas Reclamações Constitucionais, movidas por 7 pessoas, diretamente contra normas do Código de Processo Penal alemão (StPO) e (em parte indiretamente) contra a própria Emenda Constitucional.

O TCF admitiu as Reclamações Constitucionais, considerando presentes todas as condições e pressupostos processuais. No entanto, alguns reclamantes perderam o prazo de 1 ano em relação a alguns dispositivos atacados. No entanto, ainda que a Reclamação não tenha sido recebida em relação a essas normas, o TCF julgou o mérito, ou seja, a constitucionalidade delas, tendo em vista a interdependência temática entre elas e as demais apreciadas e, ainda que não declarado na decisão, devido ao parcial caráter processual objetivo da Reclamação Constitucional alemã³²⁰.

No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais parcialmente procedentes. Improcedente, o TCF julgou a alegação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que criou os limites ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, impugnada pelos reclamantes em face do Art. 79 III GG, confirmando, em suma, sua constitucionalidade. Procedente, o TCF julgou a alegação de inconstitucionalidade de parte dos dispositivos legais processuais penais, promulgados a partir destas reservas legais, como inconstitucionais, por violarem os direitos fundamentais dos reclamantes do Art. 13 I (inviolabilidade do domicílio), Art. 19 IV (garantia ao devido processo

³¹⁹ Trata-se de um novo dispositivo, cuja inserção no capítulo dos direitos fundamentais é de uma sistemática questionável. Trata-se de uma “garantia passiva do direito”, vez em que não limita diretamente a ação de quaisquer órgãos do Estado. Cf. KÜHNE (2003), p. 605.

³²⁰ Cf. **Cap. Introdução, II. 3. e).**

legal) e Art. 103 I GG (garantia do princípio do contraditório). Todavia, no dispositivo da decisão, o TCF limitou-se a verificar a incompatibilidade dos dispositivos (julgados inconstitucionais) da lei processual penal com a *Grundgesetz*, “*nach Maßgabe der Gründe*”, ou seja, “segundo determinação das razões” (cf. abaixo, nas razões da decisão, sob “C. IX.”). Trata-se de uma alusão à conclusão das razões (relativamente comum na jurisprudência do TCF)³²¹, onde se determinou o prosseguimento da aplicação dos dispositivos, a despeito de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, desde que observada no caso concreto³²² a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, até um determinado prazo (expirado em 30/06/2005)³²³, quando o legislador finalmente terá que promulgar nova lei que atenda às exigências constitucionais relativas aos direitos fundamentais violados. O TCF, ao não declarar a nulidade optou pela variante da declaração de (mera) incompatibilidade com efeito *ex nunc*.³²⁴

1. O artigo 13 III GG, na redação da lei de emenda da *Grundgesetz* (Art. 13) de 26 de março de 1998 (BGBl. I, p. 610), é compatível com o Art. 79 III GG.
2. À inviolabilidade da dignidade da pessoa humana do Art. 1 I GG pertence o reconhecimento de um núcleo de conformação da vida privada que é absolutamente protegido. Nessa área não pode intervir a vigilância acústica do domicílio para o propósito da persecução penal (Art. 13 III GG). Nesse ponto, não se admite uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade entre a inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I c.c. Art. 1 GG) e o interesse da persecução penal.

³²¹ Cf. **Cap. de Introdução, IV. 3.**

³²² O que mostra claramente a sempre clara divisão do controle de constitucionalidade feito pelo TCF: Primeiro julga a compatibilidade (constitucionalidade) de norma, abstratamente considerada, com a *Grundgesetz* e depois a constitucionalidade de sua aplicação. No presente caso, o TCF embora tenha verificado a inconstitucionalidade da norma em si (inconstitucionalidade abstrata), vislumbrou a possibilidade de uma aplicação “ainda constitucional” (respeito à dignidade humana e proporcionalidade no caso concreto), mas só até vencido o prazo fixado para o saneamento da inconstitucionalidade abstrata pelo legislador (constitucionalidade precária). A respeito, cf. **Cap. Introdução, IV. 2.**

³²³ Cf. **Cap. Introdução, IV. 2.**

³²⁴ Sobre essa variante de dispositivo, *idem*.

3. Nem toda vigilância acústica do domicílio viola o conteúdo da dignidade humana contido no Art. 13 I GG.
4. A ordem judicial para efetuar vigilância acústica do domicílio deve conter garantias da inviolabilidade da dignidade humana, bem como respeitar o conjunto das exigências típico-normativas do Art. 13 III GG e às demais prescrições constitucionais.
5. Se a vigilância acústica do domicílio fundada numa tal autorização [constitucional] conduzir ao levantamento de informações provenientes do núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, então ela deverá ser interrompida e as anotações feitas, apagadas; qualquer utilização dessas informações não é permitida.
6. As normas do código de processo penal para a realização da vigilância acústica do domicílio para fins de persecução penal não satisfazem totalmente as exigências constitucionais em relação à proteção da dignidade humana (Art. 1 I GG), o princípio da proporcionalidade abrangido pelo princípio do Estado de direito, a garantia de efetiva proteção jurídica (Art. 19 IV GG) e o direito à ampla defesa e ao contraditório (Art. 103 I GG).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 3 de março de 2004

- 1BvR 2378/98 -

- 1 BvR 1084/99 -

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são, em sua maior parte, admitidas.

I. – III. (...)

C.

As reclamações constitucionais são, na extensão de suas [respectivas] admissibilidades, parcialmente procedentes. A emenda constitucional realizada no Art. 13 III GG até atende às exigências do Art. 79 GG. Porém, os dispositivos impugnados do Código de Processo Penal atacados não são compatíveis totalmente com a *Grundgesetz*.

I.

O Art. 13 III GG, introduzido por emenda constitucional, é constitucional.

1. O Art. 13 III GG permite uma limitação do direito fundamental da inviolabilidade de domicílio previsto no Art. 13 I GG. Esse direito fundamental outorga ao indivíduo um espaço vital elementar, assegurando-lhe o direito de lá não ser molestado [direito de “ser deixado em paz”] (cf. BVerfGE 32, 54 [75]; 42, 212 [219]; 51, 97 [110]). O Art. 13 I GG protege a esfera privada espacial, principalmente na figura de um direito de resistência contra intervenção estatal (cf. BVerfGE 7, 230 [238]; 65, 1 [40]). A norma contém a proibição, por princípio dirigida ao titular de poder público, de adentrar e permanecer no domicílio contra a vontade de seu titular (cf. BVerfGE 76, 83 [89 s.]), assim como de instalar e usar aparelhos de escuta no interior do domicílio (cf. BVerfGE 65, 1 [40]).

Quando da criação da *Grundgesetz*, o direito fundamental do Art. 13 I GG servia, primariamente, à proteção do morador contra a presença física indesejada de representante do poder público. Desde então, surgiram novas possibilidades de periclitamento do direito fundamental, somando-se àquela [tradicional]. Os atuais avanços tecnológicos permitem a penetração na esfera domiciliar também de outra maneira. O propósito de proteção da norma fundamental restaria prejudicado se a proteção contra a vigilância do domicílio por meio de instrumentos técnicos, mesmo sendo instalados fora do domicílio, não fosse abrangida pelo Art. 13 I GG. O Art. 13 III GG cria, assim, uma limitação constitutiva do direito fundamental do Art. 13 I GG.

2. O Art. 13 III GG foi instituído de maneira legítima do ponto de vista formal.

O Art. 13 III GG foi introduzido na *Grundgesetz* pela Lei de Emenda da *Grundgesetz* de 26 de março de 1998, que complementou expressamente o texto constitucional (cf. Art. 79 I GG). A lei de emenda constitucional foi promulgada com a devida maioria de dois terços da Câmara Federal (*Bundestag*) e do Conselho Federal (*Bundesrat*), de acordo com o Art. 79 II GG.

3. O legislador titular do poder constituinte derivado observou também os limites jurídico-materiais estabelecidos na *Grundgesetz* para alterações constitucionais.

a) O Art. 79 III GG proíbe alterações constitucionais pelas quais os princípios estabelecidos pelos Art. 1 e 20 GG sejam atingidos. A eles pertence a ordem de observância e proteção da dignidade humana (Art. 1 I GG), mas também o

reconhecimento da inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos humanos enquanto fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça (Art. 1 II GG). Em combinação com a referência do Art. 1 III GG aos direitos fundamentais subseqüentes, suas outorgas [derivadas dos Art. 1 e 20 GG] foram por princípio retiradas do [poder do] legislador de restringi-las, vez em que são irrenunciáveis para a manutenção de uma ordem firmada em consonância com o Art. 1 I e II GG (cf. BVerfGE 84, 90 [121]).

Da mesma forma, devem ser observados os elementos fundamentais dos princípios do Estado de direito e do Estado social, expressos no Art. 20 I e III GG.

O Art. 79 III GG é uma norma de exceção a ser interpretada restritivamente, o que não impede o legislador titular do poder constituinte derivado de modificar as fixações de direito positivo desses princípios por razões racionais (cf. BVerfGE 84, 90 [120 s.]; 94, 49 [102 s.]). O Tribunal Constitucional Federal deve respeitar o direito do legislador titular do poder constituinte derivado, de modificar, limitar ou até revogar alguns direitos fundamentais, desde que não sejam atingidos os princípios, estabelecidos nos Art. 1 e 20 GG. Modificações das fixações de direito positivo desses princípios decorrentes de razões racionais, não são vedadas ao legislador (cf. BVerfGE 94, 49 [103 s.]). O que, no âmbito de alguns direitos fundamentais, pertence ao conteúdo da garantia do Art. 1 I GG deve ser definido autonomamente por interpretação da respectiva norma de direito fundamental.

Alterações [emendas] constitucionais não devem ser medidas pela garantia do conteúdo essencial do Art. 19 II GG. Essa garantia vincula o legislador comum, mas não o legislador titular do poder constituinte derivado. Um atingir do conteúdo essencial na acepção do Art. 19 II GG pode, no caso concreto, até influenciar, concomitantemente, o conteúdo de dignidade humana protegido pelo Art. 79 III GG. Não obstante, o conteúdo essencial não pode ser equiparado ao conteúdo de dignidade humana. Uma possível congruência, no caso concreto, não modifica em nada o fato de que o parâmetro para uma modificação constitucional limitante de um direito fundamental é tão somente o conteúdo de dignidade humana de um direito fundamental, protegido pelo Art. 79 III GG.

b) O Art. 13 III GG é compatível com a garantia da dignidade humana do Art. 1 I GG.

O parâmetro da dignidade humana deve ser concretizado mais detalhadamente com vistas à situação específica, na qual se pode chegar ao caso de conflito. A vigilância

acústica de dependências domiciliares para fins de persecução penal não viola, em geral, o conteúdo de dignidade humana do Art. 13 I GG e Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Porém, podem, o tipo e o modo da realização da vigilância acústica domiciliar, levar a uma situação na qual a dignidade humana restará violada. Para que isso seja evitado, o Art. 13 III GG especifica expressamente providências jurídicas a serem tomadas; somam-se a elas outros pré-requisitos construídos por interpretação constitucional. A autorização constitucional para a introdução da vigilância acústica domiciliar, contida no Art. 13 III GG, não fere, por isso, o Art. 79 III GG, pois a indispensável regulamentação legal pode e precisa garantir que a dignidade humana, no caso concreto, não será violada. A autorização do Art. 13 III GG somente abrange a promulgação de normas que o garantam.

aa) A dignidade humana é princípio constitutivo básico e o mais elevado valor constitucional (cf. BVerfGE 6, 32 [36]; 45, 187 [227]; 72, 105 [115]). O conteúdo de garantia desse conceito, que faz referência a valorações, necessita ser concretizado. Isto acontece, na jurisprudência, com a observância do caso concreto, atentando-se para o respectivo âmbito de vida do contexto da regulamentação e com a formação de grupos de casos e exemplos de regulamentações (cf. em relação ao Art. 100 BV [Constituição do Estado da Baviera], por exemplo, decisão do Tribunal Constitucional Estadual da Baviera, publicada em BayVB1. 1982, pág. 47 [50]). Nesses casos, o conceito da dignidade humana é freqüentemente descrito a partir do processo de violação (cf. BVerfGE 1, 97 [104]; 27, 1 [6]; 30, 1 [25]; 72, 105 [115 ss.]). Partindo-se das experiências da época do nacional-socialismo, encontravam-se, primeiramente, no centro de suas ponderações, ocorrências como abuso, perseguição e discriminação. Trata-se principalmente, como o Tribunal Constitucional Federal formulou, em uma de suas primeiras decisões, da proteção “contra humilhações, rotulações, perseguição, proscricção, etc.” (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Mais tarde, a garantia da dignidade humana passou a ser parâmetro em face de novas ameaças de violação, como, nos anos 1980, em face do abuso no levantamento e na utilização de dados (cf. BVerfGE 65, 1). No contexto do tratamento [revisão reparadora] das injustiças praticadas na República Democrática Alemã, a violação de princípios humanistas, entre outros, sob o prisma do levantamento e transmissão de informações, passou a ser objeto da jurisprudência (cf. BVerfGE 93, 213 [243]). Atualmente, principalmente as questões que versam sobre a identidade pessoal e a integridade psíquico-social norteiam as discussões sobre o conteúdo da dignidade humana.

(1) O Tribunal Constitucional Federal enfatizou, repetidamente, que não é compatível com a dignidade da pessoa tomá-la como mero objeto do poder público (cf. BVerfGE 30, 1 [25 s. e 39 ss.]; 96, 375 [399]). Assim, não pode um criminoso ser tratado com violação de sua pretensão à valorização e respeito e, destarte, transformado em mero objeto do combate da criminalidade e da execução penal (cf. BVerfGE 45, 187 [228]; 72, 105 [116]).

No entanto, ao desempenho da fórmula do objeto são impostos limites (cf. BVerfGE 30, 1 [25]). Não raramente, a pessoa é mero objeto não só das condições e do desenvolvimento sociais, mas também do direito, ao qual se submete. Não restará já violada a dignidade humana pelo fato de alguém se tornar destinatário das medidas da persecução penal, mas, com certeza, quando a qualidade de sujeito do atingido for por princípio posta em xeque pelo tipo das medidas adotadas. Este é o caso quando o tratamento pelo poder público deixar de considerar o valor inerente a cada ser humano. Tais medidas também não podem ser adotadas para atender aos interesses da efetividade da Justiça penal e da busca da verdade.

Nesse contexto, um procedimento sigiloso do Estado ainda não viola, em si, o absolutamente protegido direito ao respeito. Se alguém for feito objeto de observação, isso não implica necessariamente numa inobservância de seu valor enquanto pessoa humana. Junto às observações, porém, deve ser preservado um núcleo inviolável da conformação da vida privada (sobre sua garantia, cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 s.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]). Se o Estado nela penetrasse, isso violaria a liberdade, concedida a toda pessoa de desenvolvimento em seus assuntos personalíssimos. Nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção nesse núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 34, 238 [245]).

(2) A proteção da dignidade humana também é concretizada no direito fundamental do Art. 13 I GG. A inviolabilidade do domicílio está intimamente relacionada com a dignidade humana e, ao mesmo tempo, está correlacionada com o mandamento constitucional da observância incondicional de uma esfera do cidadão em face de um exclusivamente privado – um “personalíssimo” – desenvolvimento. Ao indivíduo deve ser garantido o direito de ser deixado em paz, principalmente em suas dependências domiciliares (cf. BVerfGE 75, 318 [328]; vide também: BVerfGE 51, 97 [110]).

Do desenvolvimento da personalidade no núcleo da conformação privada da vida faz parte a possibilidade de expressar processos internos como sensações e sentimentos,

bem como pensamentos, pontos de vista e experiências de natureza personalíssima, sem medo de que órgãos estatais vigiem tais expressões. A proteção compreende, também, expressões de sentimentos, expressões de experiências inconscientes, bem como formas de expressão da sexualidade. A possibilidade do correspondente desenvolvimento pressupõe que o indivíduo disponha de um espaço livre, adequado para tanto. A comunicação confidencial também necessita de um substrato espacial, em todo caso, onde o ordenamento jurídico prevê uma proteção especial em prol da conformação personalíssima da vida, na qual os cidadãos confiam. Esse é, em regra, o domicílio privado, que pode ser fechado para os outros. Se o indivíduo dispuser de um tal espaço, poderá ficar a sós consigo mesmo e desenvolver-se livremente segundo os preceitos estabelecidos por ele mesmo. O domicílio privado é, como “último refúgio”, um meio de preservação da dignidade humana. Ainda que isso não requeira uma proteção absoluta dos cômodos do domicílio privado, mas, com certeza, a absoluta proteção do comportamento dentro destes cômodos, desde que se apresente como desenvolvimento individual no núcleo da conformação da vida privada.

(3) Essa proteção não pode ser enfraquecida por sua ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, com os interesses da persecução penal (cf. BVerfGE 34, 238 [245]; cf. também: BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Em verdade, sempre existirão formas especialmente graves de criminalidade e correspondentes situações de suspeita que fazem parecer a muitos a efetividade da administração da justiça penal, enquanto interesse relativo ao bem estar coletivo, como sendo mais importante do que a proteção da dignidade humana do acusado. Uma tal valoração [hierarquização de valores e interesse] é, no entanto, defesa ao Estado por força do Art. 1 I e do Art. 79 III GG .

bb) A vigilância acústica domiciliar para fins da persecução penal viola, então, a dignidade humana quando o núcleo da conformação da vida privada não for respeitado.

A subsunção de uma situação fática sob o núcleo intocável depende da constatação de se ela, segundo seu conteúdo, tem caráter personalíssimo, ou seja, também de como e com que intensidade ela por si tangencia a esfera de outrem ou os interesses da coletividade (cf. BVerfGE 80, 367 [374]). Determinantes são as peculiaridades de cada fato (cf. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]). Decisivo saber é se está presente uma situação na qual, com base em indícios concretos ou

tipicamente, não havendo fundamentos fáticos contrários, o núcleo intocável da conformação da vida privada é atingido no caso concreto, como, por exemplo, no processo da observação de expressões dos sentimentos mais íntimos ou de formas de expressão da sexualidade.

cc) A autorização para a introdução da vigilância acústica domiciliar no Art. 13 III GG não viola o Art. 79 III c.c. Art. 1 I GG, porque ela somente possibilita regulamentações legais e medidas administrativas nestas baseadas que respeitem esses limites. (...).

(1) O Art. 13 III GG disciplina os pressupostos materiais e formais da juridicidade da intervenção.

(...).

(2) No Art. 13 III GG não foram descritos expressamente todos os limites que decorrem do mandamento de proteção absoluta do núcleo intocável da conformação da vida privada para a realização da vigilância acústica domiciliar com o propósito da persecução penal. Outros limites resultam – como ocorre junto a todas as normas de direito fundamental – de outros dispositivos constitucionais. (...).

(a) – (c) (...).

dd) Indispensáveis são, destarte, regulamentações legais que assegurem, em observância do princípio da clareza normativa, que o tipo e modo da vigilância acústica domiciliar não levem a uma violação da dignidade humana. A vigilância não poderá ser *ab initio* realizada naquelas situações nas quais existam elementos que indiquem que a dignidade humana será violada pela medida. Se, de resto, a vigilância acústica do domicílio conduzir inesperadamente ao levantamento de informações absolutamente protegidas, ela então terá que ser interrompida e as anotações feitas, apagadas; qualquer utilização de tais dados levantados absolutamente protegidos no âmbito da persecução penal não é permitida.

(1) Medidas para a proteção da dignidade humana não são exigidas somente em situações nas quais o indivíduo está só consigo, mas também quando ele se comunica com terceiros (cf. BVerfGE 6, 389 [433]; 35, 202 [220]) (...).

(2) Conversas que contenham dados sobre delitos cometidos não pertencem, segundo seu conteúdo, ao núcleo intocável da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 80, 367 [375]). (...).

(3) Uma escuta da palavra não pública dita em residências deve não ser feita para se evitarem intervenções no núcleo da conformação da vida privada, quando alguém se encontrar só na residência ou exclusivamente com pessoas com as quais tenha uma relação de confiança especial, relação esta que toque o núcleo [em pauta], como, por exemplo, com familiares ou demais pessoas muito íntimas e quando não existirem elementos concretos que indiquem que os conteúdos dos esperados diálogos possam indicar uma relação concreta com delitos. (...).

(4) Para a classificação de uma situação fática, o conteúdo da conversa é determinante. (...).

(...).

(a) Os primeiros elementos para a avaliação da situação podem resultar do tipo das dependências a serem vigiadas.

(ã) Assim, as conversas tidas em dependências empresariais e escritórios têm tipicamente um caráter comercial e com isso uma relação social (cf. BVerfGE 34, 238 [248]). (...).

(â) Uma presunção para conversas provenientes do núcleo inviolável existem para [aquelas] dependências nas quais se reserva tipicamente, ou no caso concreto, a função de área de refúgio da conformação privada da vida. (...).

(b) Também há de se considerar que a probabilidade de se penetrar [ou não] no núcleo da personalidade por meio de medidas de vigilância aumenta ou diminui dependendo de quem se encontra na residência a ser vigiada.

(...)

(5) – (6) (...)

c) O Art. 13 III GG não viola também princípios inerentes à natureza do Estado de direito. (...).

(...)

II.

A autorização legal para proceder à vigilância acústica domiciliar no § 100 c I, n°. 3, II e III StPO, bem como a regulamentação da proibição do levantamento e da utilização de provas no § 100 d III StPO não observam suficientemente as exigências, tanto do Art. 13 I e III GG, quanto do Art. 2 1 c.c. Art. 1 I GG, em face da proteção da área intocável da conformação da vida privada, a serem feitas à configuração do catálogo de crimes [sujeitos às medidas de intervenção] e, no mais, à observância do

princípio da proporcionalidade. Os dispositivos [citados] são só parcialmente compatíveis com a *Grundgesetz*.

1. Parâmetros para o exame de constitucionalidade das autorizações para a vigilância acústica domiciliar contidas no Código de Processo Penal [StPO] são, sobretudo, o Art. 13 I e III GG e, ao lado dele, o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Pelas medidas possibilitadas pelas normas podem ser todavia atingidos também outros direitos fundamentais, como, principalmente, o Art. 4 I e II, assim como o Art. 6 I e II GG.

a) O direito geral da personalidade derivado do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG não é, entretanto, aplicado ao lado do Art. 13 I GG, quando se tem que examinar intervenções na esfera privada espacial do morador.

O Art. 13 I GG contém uma garantia especial de proteção da esfera privada espacial contra a vigilância acústica estatal, o que até aqui afasta [a aplicabilidade] da norma geral (cf. BVerfGE 100, 3131 [358] para [o caso similar do] Art. 10 GG). Por causa dessa ampla área de proteção do Art. 13 GG, a especialidade atua não somente em face da vigilância estatal propriamente dita, mas é também estendida aos necessários atos preparatórios, assim como aos processos de manipulação de informações e dados que seguem ao levantamento, bem como à utilização dos conhecimentos conseguidos (cf. BVerfGE 100, 313 [359]).

Com o direito de não ser molestado na residência e com o direito à própria palavra falada dentro da residência, o Art. 13 I GG protege justamente a parte da esfera privada que normalmente é garantida pelo direito geral de personalidade [do Art. 2 I GG]. Esse direito complementa, como direito de liberdade inominado, os direitos de liberdade especiais, que igualmente protegem elementos constituintes da personalidade (cf. BVerfGE 54, 148 [153 s.]) somente nos casos em que estes últimos não ofereçam proteção.

b) A proteção do direito geral de personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG servirá, ao contrário, de parâmetro quando for afirmado por aquelas [outras] pessoas atingidas pela vigilância domiciliar que não puderem se valer do Art. 13 I GG. Titular do direito fundamental do Art. 13 I GG é todo possuidor ou morador de uma residência, independentemente de que relações jurídicas disciplinem a utilização da moradia. Esse direito fundamental se estende a todos os moradores de uma residência, no caso de serem vários, e, no caso de famílias, portanto, a todos os seus membros. Medidas de vigilância domiciliar podem afetar não só os seus moradores, mas também

aqueles que se encontrem por acaso na moradia [objeto da medida de vigilância]. Essas pessoas até não foram atingidas em seu direito fundamental do Art. 13 I GG, mas em seu direito geral de personalidade. A proteção derivada do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG não pode, no entanto, ir além daquela proteção derivada do Art. 13 I GG.

c) Finalmente, a proteção da esfera privada espacial e o direito geral de personalidade podem ser complementados, em alguns casos, com outras garantias de direito fundamental. Assim, a conversa entre cônjuges em sua própria residência não é só protegida pelo Art. 13 I GG, mas também, complementarmente, pelo Art. 6 I GG [proteção do matrimônio]. Também em relação à comunicação com portadores de segredos profissionais podem vir à pauta, ao lado da proteção da esfera privada espacial, direitos fundamentais que – como o do Art. 4 GG, no que concerne ao diálogo com um religioso – são destinados às especiais necessidades de proteção dos comunicantes.

2. A autorização legal impugnada para a escuta e registro de conversas domiciliares possibilita intervenções nos direitos fundamentais do Art. 13 I e no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

a) Uma intervenção no direito fundamental da inviolabilidade do domicílio reside tanto na penetração física na moradia e na instalação de meios técnicos nos cômodos protegidos, como também na escuta daquilo que ocorre em seus interiores com o auxílio de meios acústicos (veja acima, C I 1). Essa intervenção é continuada com a gravação e a utilização das informações obtidas, assim como com a entrega destas a outras repartições públicas.

Toda forma de vigilância acústica ou visual domiciliar representa uma intervenção, pouco importando se a intervenção é feita pelo emprego de meios técnicos instalados nos ambientes protegidos ou fora do domicílio, como por exemplo com a utilização de microfones direcionados (cf. Tribunal Constitucional do Estado Livre da Saxônia, LVerfGE 4, 303 [383]). Isso só vale, porém, quando a vigilância externa captar aquele [determinado] ocorrido dentro do domicílio que escape à percepção natural de quem está fora do âmbito espacial protegido³²⁵. Com efeito, também a

³²⁵ Assim, o levantamento e registro de uma informação, obtida a partir de uma conversa muito alta, nitidamente perceptível do lado de fora do domicílio e sem a ajuda de meios técnicos, não representa uma intervenção na área de proteção do Art. 13 I GG (cf. o fundamento dado pelo TCF no texto que segue), mas eventual e tão somente na área de proteção do direito fundamental do Art. 2 I GG, em sua acepção do direito à própria palavra (aspecto do direito geral de personalidade).

percepção da comunicação dada no domicílio e audível fora dele sem auxílio de meios técnicos pode atingir a privacidade de tal comunicação. Mas tais expressões da vida não participam da proteção de direito fundamental do Art. 13 GG, porque o atingido não se vale da esfera privada espacial para sua proteção quando ele mesmo possibilitar a percepção da comunicação por fora da residência.

b) A vigilância acústica domiciliar intervém, além disso, no direito geral de personalidade quando forem atingidas pessoas que se encontrarem por acaso dentro de uma moradia submetida à medida de vigilância e que não possam se valer do direito fundamental mais específico do Art. 13 I GG (cf. acima, **C II 1 b**).

3. A autorização judicial para a realização da vigilância acústica domiciliar para fins de persecução penal é apenas parcialmente constitucional.

a) Os dispositivos legais devem estabelecer procedimentos suficientes para que não ocorram intervenções no núcleo absolutamente protegido da conformação privada da vida e, com isso, para que a dignidade humana seja preservada. Se essa proibição for desrespeitada, ou se uma medida intervier, inesperadamente, no núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, tal medida deverá, então, ser interrompida e, providenciando-se que, por intermédio [da fixação] de obrigações de destruição de dados e de vedações de uso [das informações então obtidas], não haja maiores conseqüências. O § 100 d III StPO não atende de modo suficiente a essas exigências.

aa) O legislador não concretizou na lei as proibições de vigilância e levantamento de dados ordenadas constitucionalmente de maneira suficiente, tendo em vista o núcleo da conformação da vida privada.

(1) – (2): (a) – (b) (...).

bb) O legislador não estabeleceu no § 100 d Abs. 3 StPO procedimentos suficientes para que a vigilância [escuta] seja interrompida quando, inesperadamente, estiver presente uma situação que pertença ao núcleo da conformação da vida privada. Em tais casos, o prosseguimento da vigilância é antijurídico.

cc) Falta, igualmente, suficiente regulamentação que leve à vedação de um uso de dados [já levantados] quando o levantamento tenha sido feito sob violação do núcleo da conformação da vida privada e que, nesse caso, garanta a destruição dos dados já obtidos.

(1) A *Grundgesetz* impõe exigências ao legislador nos dois sentidos [do uso e da destruição de dados já levantados – cf. cc)].

(a) – (b) (...).

(2) O legislador só criou parcialmente uma regulamentação legal que satisfaça essas exigências constitucionais.

(a) – (d) (...).

b) Quando a vigilância acústica domiciliar não atingir o núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, a sua constitucionalidade pressupõe [ainda] a observância do princípio da proporcionalidade, o qual, em parte, é melhor especificado no Art. 13 III GG. As decisões impugnadas não atendem plenamente essas exigências. Com efeito, elas até têm um propósito legítimo (**aa**), e são adequadas para o seu cumprimento (**bb**), assim como necessárias (**cc**). A limitação da utilização da vigilância acústica domiciliar aos casos de crimes especialmente graves, prevista no Art. 13 III GG, foi observada apenas parcialmente pelo legislador no § 100 c I n.º. 3 StPO (**dd**). No mais, a autorização legal não revela, em sendo interpretada restritivamente, quaisquer problemas constitucionais (**ee**).

aa) A autorização impugnada para a vigilância acústica domiciliar tem um propósito legítimo do ponto de vista constitucional.

Com a autorização, o legislador persegue, paralelamente ao propósito geral de esclarecimento de delitos graves, especialmente o alcance do objetivo de melhorar o instrumentário jurídico para o combate à criminalidade organizada. Segundo a fundamentação do projeto-lei [“exposição de motivos”], a vigilância acústica domiciliar deve possibilitar a penetração no círculo interior das respectivas organizações criminosas e o esclarecimento de suas estruturas (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 1, 9). Uma ampliação do instrumentário pela vigilância acústica domiciliar foi considerada como inabdicável para tanto, sobretudo para o fim da investigação e condução dos principais responsáveis, organizadores, financiadores e mentores (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 9 s., 12 s.). Não obstante, a lei não se restringe, segundo sua área de aplicação, a casos da criminalidade organizada.

O Tribunal Constitucional Federal salientou várias vezes as inegáveis necessidades de uma persecução penal e combate ao crime eficazes, enfatizou o interesse público na elucidação mais completa possível da verdade no processo penal – para a prisão de criminosos assim como para a desoneração de inocentes – e caracterizou o efetivo esclarecimento de crimes graves como uma tarefa primordial de uma coletividade própria do Estado de direito (cf. BVerfGE 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [389]; 107, 299 [316]).

bb) A vigilância acústica domiciliar, com base no § 100 c I n°. 3 StPO, é também, por princípio, adequada para a persecução dos crimes relacionados nesse dispositivo.

Uma lei é adequada ao cumprimento do [seu] propósito quando, com sua ajuda, o êxito almejado puder ser [considerado como] fomentado. Cabe ao legislador uma margem de ação [discricionariedade] no julgamento da adequação do meio [de intervenção] escolhido, bem como junto ao prognóstico e na avaliação dos perigos que ameaçam a comunidade (cf. BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]). No caso concreto, a prerrogativa de avaliação do legislador é influenciada pela peculiaridade da situação fática em questão, pelas possibilidades de formação de uma conclusão segura e da importância dos bens jurídicos em jogo (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 88, 203 [262]; 90, 145 [173]).

(1) Não existem fundadas dúvidas constitucionais quanto à adequação, por princípio, da vigilância acústica domiciliar para fins da investigação de delitos penais.

Isso é confirmado pelos relatórios anuais e pelo relatório resumido de experiências do Governo Federal sobre os efeitos da vigilância acústica domiciliar. Nos anos relatados de 1998 a 2001, foram empregados meios de escuta em 78 domicílios em um total de 70 processos. Em 41 do total de 70 casos, os conhecimentos auferidos resultantes da medida não foram importantes para o processo de investigação. Um quadro semelhante ocorreu no ano de 2001. Nesse interregno relatado, foram dadas em 17 casos ordens para o emprego da vigilância acústica domiciliar. Em nove deles, e com isso, novamente em mais da metade de todos os casos, as medidas acústicas foram irrelevantes para o processo de investigação.

Como razões para a parcimônia no uso da vigilância acústica domiciliar verificada até aqui, são dados os elevados custos financeiros e com pessoal, bem como problemas na realização técnica da medida. Em alguns casos, não se chegou a reconhecimentos relevantes para o processo, porque as medidas já haviam fracassado tecnicamente [ocorrência de falhas técnicas dos instrumentos ou do sistema de implementação]. Além disso, o Governo Federal aponta o fato de que principalmente a colocação dos necessários meios técnicos no domicílio do acusado ou de terceiros mostrou-se difícil (cf. BTDrucks. 14/8155, p. 7 e 13). Por outro lado, não resta claro se correspondentes medidas contrárias dos acusados teriam frustrado em extensão considerável o êxito da vigilância acústica domiciliar.

Às medidas de investigação irrelevantes se contrapõem, todavia, uma série de vigilâncias domiciliares que, segundo informações de vários órgãos da Administração

judiciária estadual, trouxeram à tona reconhecimentos decididamente importantes para o processo penal. Isso ocorreu principalmente nos casos em que o acusado se comportou, também em conversas telefônicas, de forma extremamente conspirativa e camuflada. Em tais casos, a avaliação da vigilância acústica domiciliar teria essencialmente levado ao almejado êxito investigatório. Também os especialistas ouvidos pelo Senado, o procurador geral da república Dr. *Thiel*, os Professores Dr. *Pfeiffer* e Dr. *Kerner*, bem como o Livre Docente Dr. *Kinzig*, partem da premissa de que a vigilância acústica domiciliar pode contribuir, como método investigativo camuflado, para o esclarecimento dos crimes perseguidos por intermédio dela.

Se uma medida da persecução penal tem êxito pelo menos parcial, ela não fere o mandamento da adequação.

(2) No entanto, o legislador persegue, com a autorização de intervenção, também o propósito especial de penetrar nas estruturas e no âmbito interno da criminalidade organizada. Esse propósito sempre foi mencionado no decorrer da gênese do Art. 13 III GG, assim como na gênese das autorizações do Código de Processo Penal, como sendo a justificativa decisiva, ainda que não exclusiva, das medidas de vigilância. O dismantelamento das estruturas da criminalidade organizada deve contribuir para a sua aniquilação e, com isso, também impedir o cometimento de outros crimes. A isso, o legislador associa o dado enfatizado por muitos criminologistas, sob influência dos especialistas ouvidos, de que a repressão e a prevenção estão intimamente ligadas no combate à criminalidade organizada. A medida intensamente interventora em direitos fundamentais da vigilância acústica domiciliar justifica-se diretamente pelo fato de ajudar a cumprir o propósito, além da repressão, também de prevenção num âmbito de criminalidade considerado especialmente perigoso, por meio da vista em suas estruturas e por meio de seu dismantelamento.

(a) O fenômeno da criminalidade organizada é, no entanto, de difícil descrição, tanto é que hodiernamente só são possíveis definições limitadas de como pode ser alcançado o especial objetivo almejado pelo legislador.

Já [de início] a definição do conceito da criminalidade organizada é difícil. Na discussão pública, a definição conceitual segue normalmente o grupo de trabalho comum da Conferência dos Ministros do Interior e da Justiça³²⁶. Por esta, entende-

³²⁶ Em ambos os casos, trata-se de ministros no plano estadual, equivalentes aos secretários do primeiro escalão da Administração pública estadual no Brasil. O chefe do Executivo estadual é o *Ministerpräsident*, literalmente presidente dos ministros.

se por criminalidade organizada “a prática planejada, determinada pela ambição de lucro e poder, de crimes, que, isolada ou em sua totalidade, sejam bastante relevantes, quando mais de dois agentes trabalham conjuntamente, por período longo ou indeterminado, com divisão de tarefas e utilização de estruturas empresariais ou semelhantes, sob emprego de violência ou outros meios adequados de intimidação, ou com a tomada de influência na política, mídia, Administração pública, Justiça ou economia” (MinBl. NW 1990, p. 1721). Esta definição mostra, que, como criminalidade organizada não deve ser entendido um tipo penal delimitável ou a soma de tipos penais isolados, mas uma complexa forma de apresentação de comportamentos delinqüentes.

À indeterminação da definição somam-se incertezas quanto ao tamanho e às formas de incidência da criminalidade organizada existente na Alemanha. O fenômeno foi esclarecido do ponto de vista criminológico de maneira somente parcial, apesar dos vários estudos, principalmente do Instituto de Criminalística do Departamento Federal de Criminalística [*Bundeskriminalamt* – BKA]. Em sua mais nova pesquisa sobre a criminalidade organizada na Alemanha, até hoje a mais abrangente, ainda que não representativa, o Livre Docente Dr. *Kinzig*, ouvido como especialista pelo Senado [do TCF], chega a uma conclusão cética (mais sobre isso: *Kinzig. Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, 2003). Ele não pôde encontrar em suas pesquisas um potencial de ameaça nitidamente mais elevado em relação aos campos tradicionais da criminalidade nos casos por ele analisados, encontrando-os no máximo isoladamente. Como diferenças para casos de criminalidade habitual ele menciona: a prática de assim chamados delitos sem vítimas, uma grande participação de estrangeiros, bem como a internacionalidade dos atos praticados. Juntar-se-iam a isso uma certa distribuição e periodicidade dos trabalhos, assim como a observância de planejamento nas ações, profissionalismo e conspiração.

(b) Se, com isso, existem [ou não] estruturas, para cujo descobrimento a vigilância acústica domiciliar possa contribuir de maneira especial, enquanto meio da persecução penal, não se pode determinar hoje conclusivamente. Os Estados-membros partem, no entanto, unânimes, dos pareceres coletados pelo Governo Federal e apresentados ao tribunal [TCF], de que a medida de investigação, na prática, é por princípio adequada para esclarecer, não só delitos no âmbito da criminalidade organizada, como também para penetrar em suas estruturas organizacionais.

Não se pode impugnar constitucionalmente que o legislador tenha partido de uma tal estimativa. A insegurança remanescente torna necessário observar o desenvolvimento, examinando constantemente se o instrumento investigatório é realmente adequado também para alcançar o especial objetivo com ele suficientemente perseguido (em face do reexame de regulamentações legais, cf. BVerfGE 33, 171 [189 s.]; 37, 104 [118]; 88, 203 [310]).

O legislador já tomou providências para tanto. Um (re)exame constante já é assegurado principalmente pela obrigatoriedade fixada no Art. 13 VI GG c.c. § 100 e StPO da apresentação de relatórios. Além disso, o Governo Federal encomendou uma pesquisa de situação jurídica sobre os efeitos da vigilância acústica domiciliar, para instrução complementar da Câmara Federal, que deverá estar concluída em maio de 2004.

cc) A lei impugnada também é necessária para o alcance de seu propósito. Um meio igualmente eficaz, porém menos ofensivo aos direitos fundamentais, não existe (1). No mais, o legislador assegurou suficientemente a preservação da necessidade da vigilância acústica domiciliar por meio de pré-requisitos normativos endereçados ao tipo normativo da intervenção (2).

(1) Não se tem ciência de medidas investigatórias que sejam [a um tempo] em geral menos onerosas e, para o alcance do mesmo propósito de esclarecimento, igualmente adequadas.

Também no julgamento da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos almejados, cabe ao legislador uma margem de avaliação [discricionariedade], cuja utilização pode ser controlada somente de maneira limitada pelo Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 90, 145 [173]). Na avaliação do legislador, não existem alternativas à vigilância acústica domiciliar que sejam menos onerosas aos direitos fundamentais. Métodos investigatórios tradicionais, incluindo a escuta telefônica, não bastariam, em regra, para introduzir, junto a bandos organizados, que se apartam quase que completamente do mundo externo, medidas investigatórias no núcleo da criminalidade organizada. Da crescente ameaça ao cidadão e ao Estado decorre a premente necessidade de, além das medidas de persecução penal convencionais, permitir a utilização de meios técnicos para a escuta domiciliar (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 4 e 13/8651, p. 9, 10 e 13). Essa avaliação não pode ser, pelo menos no estágio atual do conhecimento sobre as formas da criminalidade organizada, impugnada constitucionalmente.

O propósito de esclarecimento depende da situação investigatória concreta, de tal sorte que só se pode avaliar com segurança no caso concreto se existe uma alternativa menos onerosa. Assim, o emprego de um investigador disfarçado não poderá ser, então, considerado uma medida igualmente adequada e menos onerosa, em todo caso, quando se tratar de investigações em um campo conspirativo e isolado da criminalidade organizada, com lideranças étnicas homogêneas. A escuta telefônica também não terá sempre o mesmo sucesso, porque com ela só podem ser ouvidas conversas tidas ao telefone. No caso de diálogos decisivos da cúpula da organização, isto, todavia, freqüentemente não ocorre. Também a observação de pessoas não é meio igualmente adequado. Com ela se podem até descobrir os contatos sociais do acusado, mas não se obtendo, porém, nenhum conhecimento sobre os conteúdos da comunicação do acusado.

(2) O legislador, além disso, introduziu medidas jurídicas assecuratórias para que a vigilância acústica domiciliar só seja utilizada como último meio.

Já o Art. 13 III GG determina que a vigilância acústica domiciliar somente poderá ser utilizada se a investigação dos fatos de outra maneira for desproporcionalmente difícil ou sem perspectivas. Essa disciplina subsidiária foi inserida no § 100 c I n.º. 3 StPO. A vigilância acústica domiciliar só é, portanto, admitida como último meio da persecução penal.

(a) O Art. 13 III GG permite a vigilância acústica domiciliar quando a investigação dos fatos se mostrar, feita de outra maneira, desproporcionalmente difícil. O elemento do tipo “desproporcionalmente difícil” delimita o esforço investigatório, que seria presumivelmente necessário, se as autoridades da persecução penal desistissem no caso concreto da vigilância acústica domiciliar, tomando no lugar dela outras medidas investigatórias. O Código de Processo Penal conhece, nas cláusulas de subsidiariedade até aqui existentes para competências processuais de intervenção, os conceitos “difícil” e “substancialmente difícil”. A dificuldade desproporcional contém, em face destes elementos do tipo normativo, mais uma gradação e expressa uma hierarquia, na qual a vigilância acústica domiciliar só aparece como último meio permitido (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 5). O pensamento da *ultima ratio* pressupõe a falta de perspectiva de outras medidas investigatórias, sendo determinante também para o prognóstico da dificuldade. O legislador titular do poder constituinte derivado intentou ponderar, de modo especial, as necessidades tático-investigatórias com o significado do ônus infligido ao bem jurídico. Dificuldades no trabalho de investigação

devem ser aceitas até o [alcance do] grau da desproporcionalidade, antes que se possa recorrer ao meio da vigilância acústica domiciliar.

(b) A vigilância acústica domiciliar também é, em face do elemento típico normativo da falta de perspectiva na concorrência com outras medidas investigatórias, o último meio [permitido] da persecução penal.

No entanto, ao lado da escuta e registro da palavra não pública falada no domicílio, a escuta telefônica, a escuta perpetrada fora do domicílio e a utilização do investigador disfarçado também só serão permitidas legalmente se a investigação dos fatos feita outra forma não tiver perspectivas de sucesso. Numa interpretação literal, surgiria dessa maneira uma referência circular entre aquelas normas que contenham a falta de perspectiva de outras medidas investigatórias como elementos típico-normativos de subsidiariedade. Isso não corresponderia ao sentido da regulamentação.

Constitucionalmente, a vigilância acústica domiciliar recua perante a totalidade das outras medidas investigatórias. Ela só deve ser aplicada nos casos em que outras medidas investigatórias fracassem. A intenção do legislador titular do poder constituinte derivado, de, por causa da gravidade da intervenção, amparado na cláusula de subsidiariedade escolhida, conformar a vigilância acústica domiciliar como *ultima ratio* na persecução penal, se relaciona, neste mister, não somente com o elemento típico-normativo da dificuldade desproporcional, mas também, do mesmo modo, com o elemento típico-normativo da falta de perspectiva [do uso de meio alternativo]. O legislador titular do poder constituinte derivado inseriu a cláusula da subsidiariedade diretamente no Art. 13 III GG, conferindo-lhe, assim, um caráter constitucional e, com isso, um peso especial diante de outras cláusulas de subsidiariedade das leis ordinárias.

dd) Desde que a vigilância acústica domiciliar não atinja o absolutamente protegido núcleo da conformação da vida privada, o legislador titular do poder constituinte derivado, concretizando o princípio da proporcionalidade do Art. 13 III GG, elencou requisitos especiais à juridicidade da medida. O catálogo de crime do § 100 c I, n.º. 3 StPO não atende a esses requisitos constitucionais, já que ele não se limita a graves crimes na acepção do Art. 13 III GG.

O legislador titular do poder constituinte derivado limitou a autorização contida no Art. 13 III GG, no sentido de que a suspeita deve recair sobre um crime individualmente fixado pela lei. Na seqüência, a autorização do § 100 c I, n.º. 3 StPO foi limitada a um assim chamado catálogo de ações [crimes]. O legislador até

reconheceu, o que se depreende dos materiais legislativos [projetos de lei, protocolos de suas discussões parlamentares nas diversas comissões legislativas, etc. = objetos da interpretação genética] (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 3; 13/8651, p. 13; 13/9642, p. 4; 13/9661, p. 6), a necessidade de que a grave intervenção do direito fundamental do Art. 13 III GG só é justificada no caso de um crime especialmente grave, mas não a colocou em prática de maneira correta. Com o catálogo de crimes do § 100 c I, n.º. 3 StPO não se reconhece segundo quais critérios os mais variados tipos de crimes e delitos lá listados foram escolhidos. As normas [de direito material] referidas servem à proteção dos mais diversos bens jurídicos e os crimes [elencados] têm os mais diversos conteúdos de antijuridicidade. Também não se pode sempre deduzir uma especial gravidade do crime a partir do respectivo alcance da pena. Listados foram crimes para os quais foram previstas penas de multa ou penas restritivas da liberdade a partir de três meses como pena mínima e outros com pena máxima de até três anos, mas também com prisão perpétua. Esse catálogo de crimes só atende parcialmente à exigência constitucional da limitação da vigilância acústica domiciliar na persecução de crimes especialmente graves.

(1) Determinante para a gravidade da antijuridicidade tipificada é a importância do bem jurídico violado e outros elementos definidos no tipo normativo, em existindo, também em uma norma qualificadora, assim como as conseqüências do delito. Apenas esses elementos têm que fundamentar a gravidade especial, nitidamente acima da média do respectivo tipo penal.

(a) O conceito constitucional do crime especialmente grave não pode ser equiparado à definição processual penal da infração de significado relevante. No Código de Processo Penal há, ao lado da vigilância acústica domiciliar, outras medidas de intervenção que pressupõem uma certa importância da ação [crime] a ser esclarecida. Assim, a impressão digital (§ 81 g), a busca policial sistemática (*Rasterfahndung*) (§ 98 a), a informação sobre dados de ligações da telecomunicação (§ 100 g) e o emprego de um investigador disfarçado (§ 110 a) só são permitidos se a infração a ser investigada representar um crime de maior relevância. Um tal crime deve, no mínimo, fazer parte da criminalidade média, perturbar sensivelmente a ordem pública e ser apto a afetar consideravelmente o sentimento da segurança jurídica da população (cf. BVerfGE 103, 21 [34]; 107, 299 [322]).

“Os crimes especialmente graves”, pressupostos no Art. 13 III GG, têm que ultrapassar nitidamente a área da média criminalidade. Não corresponderia ao sentido

e propósito do Art. 13 III GG, submeter a vigilância acústica domiciliar somente a pressupostos que sejam previstos para medidas de investigação com menor grau de intervenção. Enquanto que, no emprego de um investigador disfarçado, a obtenção de informações – ainda que baseada em dolo [no sentido não típico-normativo, vez em que praticado nesse contexto por órgão estatal, n.org.] – ocorre com a aquiescência do investigado, a vigilância acústica domiciliar se processa sem o conhecimento deste. A informação sobre dados de ligações telefônicas até constitui uma considerável intervenção no sigilo das telecomunicações (cf. BVerfGE 107, 299 [318]); não conduz, porém, ao conhecimento de conteúdos de conversas e, por isso, apresenta uma proximidade menor ao núcleo da conformação da vida privada. Segundo a avaliação do legislador titular do poder constituinte derivado, a vigilância acústica domiciliar representa, no espectro das medidas processuais penais, uma intervenção especialmente grave nos direitos fundamentais, que, por isso, também com vistas à gravidade do crime a ser investigado, está vinculada a pressupostos de intervenção particularmente rigorosos.

(b) Com isso, o legislador não está limitado à escolha de tipos penais que podem ser classificados como crimes na acepção do § 12 StPO. Quisesse o legislador titular do poder constituinte derivado orientar-se pela classificação dos delitos penais em crimes e contravenções, teria certamente formulado o Art. 13 III GG de uma maneira correspondente [a este desiderato]. Também a inclusão de tipos normativos de contravenção no catálogo de crimes do dispositivo impugnado é permitido segundo o Art. 13 III GG, se os tipos normativos [infraconstitucionais] preencherem o requisito normativo constitucional do crime especialmente grave.

(c) Na escolha dos delitos a serem considerados, o legislador não ficou restrito, pelo Art. 13 III GG, àqueles crimes, que representam formas típicas da criminalidade organizada, ou que foram, no caso particular, praticados neste campo. O combate à criminalidade organizada até foi e é o motivo e ensejo da modificação do Art. 13 GG. Isso não teve como consequência, porém, no parágrafo 3º [Art. 3 III GG], uma limitação do catálogo de crimes aos delitos próprios exclusivamente da criminalidade organizada.

Por outro lado, não podem crimes ser considerados especialmente graves só por serem típicos da criminalidade organizada. No âmbito da criminalidade organizada são cometidos tanto graves quanto também crimes leves. As exigências do Art. 13 III GG não poderão ser consideradas atendidas só porque um delito ocorre no campo da

criminalidade organizada, se essa forma de prática delituosa não encontrar respaldo no tipo penal, fundamentando a particularmente grave antijuridicidade da ação (*Tatunrecht*).

(d) O Art. 13 III GG exige que os delitos do catálogo enumerados já sejam, como tais e não somente em um caso [concreto] isolado, bastante graves. Se já a possível grave antijuridicidade de um delito for considerada no caso isolado como suficiente para sua inserção no catálogo de crimes, o elemento do tipo normativo do crime especialmente grave do Art. 13 III GG teria sua função de limitar a intervenção subtraída, porque, em última instância, praticamente todo delito tipificado no Código Penal pode ser, no caso concreto, particularmente grave e, com isso, poderia ser inserido [*ad hoc*] no catálogo de crimes. Por essa interpretação do Art. 13 III GG, a formação desse catálogo seria aleatória e, sobretudo, também aleatoriamente ampliável.

(e) A intervenção pela vigilância acústica domiciliar, na interpretação restritiva do § 100 c I, n.º. 3 StPO, tem como premissa que a suspeita de um crime do catálogo, tida como abstratamente grave, também seja grave no caso concreto (cf., em relação ao § 100 g StPO, BVerfGE 107, 299 [322]). Com efeito, a intervenção no direito fundamental domiciliar tem que, no caso particular, ser justificada tendo em vista a violação [concreta] do bem jurídico provocada pelo crime.

Um ponto de referência para a gravidade são as conseqüências do delito para os bens jurídicos atingidos. Em determinados crimes – como o homicídio qualificado e o homicídio simples – a gravidade suficiente também no caso concreto já se encontra indicada no bem jurídico violado. Em outras, faz-se necessária a constatação autônoma [uma constatação da gravidade feita à parte, independente da natureza do bem jurídico violado]. A gravidade especial do delito, no caso concreto, pode ser fundamentada, principalmente, com sua ligação fática com outros crimes do catálogo ou com a verificação da colaboração de seus autores com outros criminosos. Essa situação ocorre no caso de uma complexa empreitada criminosa, que conta com uma divisão de tarefas, eventualmente distribuídas entre vários agentes e que atinge vários bens jurídicos, divisão esta considerada típica da criminalidade organizada no entendimento do legislador titular do poder constituinte derivado. Para os crimes igualmente elencados de traição da paz, traição da pátria e determinados delitos de periclitção do Estado democrático de direito pode valer o mesmo. Fica visível que o legislador pensou nesses complexos de delitos, especialmente pelo fato de que ele, o que mostram os materiais legislativos [objetos da interpretação genética], esperou, com o instrumentário do

Art. 13 III GG, chegar também aos principais responsáveis, organizadores, financiadores e mentores (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 9). A gravidade do crime só pode se relacionar em verdade com a ação respectivamente praticada e não com ações esperadas somente para o futuro. Neste ponto, porém, o conteúdo de antijuridicidade de todo o complexo delituoso pode retroagir para o efeito de avaliar o delito como grave.

(2) O legislador não limitou a normatização dos delitos catalogados a crimes que, abstratamente considerados, sejam especialmente graves na acepção do Art. 13 III GG. Até a medida em que isso não ocorreu, o § 100 c I, n.º. 3 StPO não basta ao Art. 13 III GG. Conforme os § 78, 2 [2º período], § 82 I BVerfGG, que devem ser aplicados no processo da Reclamação Constitucional (cf. BVerfGE 18, 288 [300]), subordinam-se ao exame também as alterações legais ocorridas após o ajuizamento da Reclamação Constitucional.

(a) Da margem entre as penas mínima e máxima previstas (*Strafrahmen*) da norma penal se conclui se o delito foi classificado pelo legislador como especialmente grave. O catálogo de crimes do § 100 c I, n.º. 3 StPO abrange, ao lado de tipos normativo definidores de crime e de contravenção, também outros de cujas margens entre as penas mínima e máxima previstas (*Strafrahmen*) não expressa um conteúdo de antijuridicidade acima da média. As penas mínimas vão desde multas até penas restritivas de liberdade de três ou de seis meses, até aquelas de um ano, dois, três, cinco ou dez anos. As penas máximas também variam de três, cinco e dez anos até a prisão perpétua.

O legislador dispõe de uma margem de julgamento na determinação do conteúdo de antijuridicidade de um delito e na decisão de quais crimes deverão servir de ensejo para a vigilância acústica domiciliar. Relativamente ao Art. 13 III GG, tem que se tratar, em abstrato, de um crime especialmente grave. Para tanto, a margem entre as penas mínima e máxima dá um ponto de referência decisivo. Parte-se de uma gravidade especial de um crime na acepção do Art. 13 III GG somente se o legislador em todo caso previu pena máxima superior a cinco anos de reclusão. Segundo a sistemática legislativa, fixa-se, nos tipos normativos com uma medida penal superior [pena básica] que vai além dos cinco anos de reclusão, ao mesmo tempo uma pena máxima fixada de dez anos ou mais de reclusão. Essa pena máxima é reservada àqueles delitos que impliquem numa antijuridicidade especialmente grave, extrapolando, com isso, nitidamente o âmbito da criminalidade média.

(b) Com a aplicação desse parâmetro, a referência do § 100 c I, n.º. 3 StPO àqueles tipos penais, que, identificados por sua previsão de pena, se enquadrarem, no

máximo, na área da criminalidade média, se revela inconstitucional. Destes fazem parte, na versão atual do § 100 c I, n.º. 3, alínea a StPO: preparativos para a falsificação de cartões bancários com função de garantia de matrizes de cheques da Comunidade Européia (§ 152 b V c.c. § 149 I StGB); preparação de um rapto (§ 234 a III StGB); lavagem de dinheiro, encobrimento de valores patrimoniais ilegalmente adquiridos (§ 261 I, II StGB); corrupção (§ 332 I, também c.c. III StGB); suborno (§ 334 StGB). No § 100 c I, n.º. 3, alínea b StPO são atingidos [as seguintes normas penais materiais com seus respectivos tipos]: § 51 (com exceção da qualificadora do parágrafo 2º - § 51 II), bem como o § 52 I, n.º. 1, 2 alínea “c” e “d”, VI da Lei de Armas; § 34 I a III da Lei do Comércio Exterior; § 19 I e III, n.º. 1, bem como § 22 a I e III da Lei do Controle de Armas Bélicas. No § 100 c I, n.º. 3 alínea “c” StPO estão compreendidos: o § 30 da Lei de Entorpecentes c.c. o § 129 StGB. No § 100 c I, n.º. 3 alínea “d” StPO, não atendem às exigências: incitação à guerra (§ 80 a StGB); violação de uma proibição de associação (§ 85 StGB); atividades de agente para fins de sabotagem (§ 87 StGB); sabotagem contra Constituição (§ 88 StGB); revelação de segredos de Estado (§ 95 I StGB); espionagem de segredos de Estado (§ 96 II StGB); atividades de agente lesa-pátria (§ 98 I 1 StGB); atividades de agente de serviços secretos (§ 99 I StGB); falsificação lesa-pátria (§ 100 I e II StGB). Finalmente, não condizem com as exigências no § 100 c I, n.º. 3 alínea “e” StPO: formação de associação criminosa num caso especialmente grave (§ 129 IV c.c. I StGB); apoio a uma associação terrorista (§ 129 a III, bem como V 1, 2ª. sub-período e 2, também respectivamente c.c. § 129 b I StGB).

Inconstitucionais também eram a referência, no § 100 c I, n.º. 3 alínea “a” ao § 152 a V c.c. § 149 I StGB e a referência feita no § 100 c I, n.º. 3 “b” StPO, ao § 52 a da Lei de Armas na redação da Lei para Modificação do Direito de Armas de 31 de maio de 1978 (BGBl. I, p. 641) com exceção da qualificadora segundo o parágrafo 2º [§ 100 c II StPO), bem como ao § 53 I 1, n.º. 1 e 2, 2 (2º. período) da Lei de Armas na redação da Lei para Modificação da Lei de Armas de 4 de março de 1976 (BGBl. I, p. 417). O mesmo vale para a referência do § 100 c I, n.º. 3 alínea “b” StPO ao § 22 a I e III da Lei de Controle de Armas Bélicas na redação da Lei para modificação do direito de armas de 31 de maio de 1978 (BGBl. I, p. 641; à época: § 16). Igualmente inconstitucionais eram as referências do § 100 c I, n.º. 3 alínea “e” StPO ao § 129 a III StGB, na redação da Sexta Lei de Reforma do Direito Penal de 26 de janeiro de 1998 (BGBl. I, p. 164), bem como ao § 129 a III StGB na redação vigente até 27 de

dezembro de 2003 da Lei de Introdução do Código Penal Internacional de 26 de junho de 2002 (BGBl. I, p. 2254).

Desde que esteja prevista uma pena máxima superior a cinco anos, a referência ao catálogo de crimes corresponde às prescrições constitucionais. Não há objeções constitucionais a fazer contra referências a tais tipos normativos qualificadores, que prevejam uma pena máxima superior a cinco anos sob pressupostos normativos específicos, melhor definidos em um tipo qualificador com pelo menos um exemplo de regra, como, por exemplo, [ocorre com] o § 261 IV StGB ou o § 51 II da Lei de Armas. Se o tipo penal fundamental satisfizer as exigências, então ele não sairá do catálogo quando em casos menos graves não detalhadamente estabelecidos pelo legislador tiver sido prevista uma pena máxima menor do que cinco anos de reclusão.

ee) A autorização legal corresponde, no mais, pelo menos em se interpretando restritivamente, às exigências do Art. 13 III GG e ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

(1) Na relação de tensão entre a obrigação do Estado de garantir uma administração da Justiça penal conforme o Estado de direito e o interesse do acusado e dos terceiros atingidos na proteção de seus direitos constitucionalmente outorgados, é, primeiramente, tarefa do legislador alcançar um equilíbrio abstrato entre os interesses opostos. Além disso, os tribunais devem, quando da interpretação e aplicação de normas restritivas de direitos fundamentais, preocupar-se com a adequação³²⁷ das decisões concretas por eles tomadas. O mesmo vale para os órgãos executores de medidas de vigilância. Nesse [último] caso, o princípio da proporcionalidade é também determinante, na medida em que o Art. 13 III GG não previu expressamente pressupostos para a conformação da competência de intervenção processual penal impugnada e para sua aplicação no caso concreto.

(2) O § 100 c I, n.º. 3 StPO não pode ser, segundo esses princípios - independentemente do catálogo de crimes a ele ligado -, numa interpretação restritiva, impugnado constitucionalmente.

(a) O grau de suspeição fixado no § 100 c I, n.º. 3 StPO não revela problemas constitucionais.

(...).

³²⁷ Na acepção da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação entre as vantagens e desvantagens da intervenção para ambas as "partes", basicamente Estado e indivíduo.

(b) Uma elevação no nível de suspeição contido no § 100 c I, n.º. 3 StPO não é ordenada por razões de proporcionalidade. (...).

(...).

(3) O § 100 c I, n.º. 3 StPO é compatível com o Art. 13 III GG e com o princípio da proporcionalidade, na medida em que, paralelamente à investigação dos fatos, também permite a investigação do paradeiro do “infrator”.

O Art. 13 III GG menciona como objetivo da busca somente a investigação dos fatos. Além disso, ele autoriza somente a vigilância de residências nas quais o acusado presumivelmente se encontre. A vigilância acústica domiciliar só pode, assim, ser direcionada contra o acusado e não contra outras pessoas. Isso pressupõe que se saiba, ou, pelo menos, se possa presumir que o acusado se encontra na residência. No entanto, a medida pode objetivar também a obtenção de informações sobre o paradeiro permanente do infrator, desde que isso se mostre necessário à investigação do caso. Além disso, ela pode vir à pauta para a investigação do paradeiro de comparsas. Na fundamentação [exposição de motivos] do projeto de lei, o legislador titular do poder constituinte derivado vê a descoberta do paradeiro de comparsas como parte da investigação do caso e, portanto, como objetivo de descoberta lícito de uma vigilância acústica domiciliar para fins de persecução penal (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 5, bem como 13/8651, p. 13).

(4) Numa interpretação restritiva do dispositivo impugnado do § 100 c I, n.º. 3, II, 4 e 5 e III StPO, pode-se afirmar também que terceiros não suspeitos são atingidos pela vigilância acústica domiciliar apenas com uma intensidade que se encontra em uma relação adequada [razoável, equilibrada] em face dos interesses gerais de uma efetiva persecução penal perseguidos pela medida investigatória. Uma vigilância de terceiros, porém, é vedada – como sempre – desde o início se a comunicação versar sobre o núcleo da conformação da vida privada. Isso não será o caso se o suspeito se encontrar em residência conspirativa, alugada de um terceiro. Em contraposição, o núcleo será por outro lado atingido, se o acusado procurar a residência de um amigo ou de um membro da família somente passageiramente ou como visita.

(a) Para a razoabilidade [proporcionalidade em sentido estrito] de uma medida limitadora de direitos fundamentais, a intensidade da intervenção é co-determinante. Por isso, é importante esclarecer quantas pessoas e em que intensidade estarão expostas ao ônus, e se essas pessoas deram aqui motivo para tal (cf. BVerfGE 100, 313 [376]). [A determinação do] O peso do ônus depende do fato de as pessoas permanecerem [ou não]

anônimas, de quais circunstâncias e conteúdos da comunicação foram abrangidos pela medida e de quais prejuízos ameaçam os titulares de direitos fundamentais ou por eles temidos não sem motivos a partir da medida de vigilância (cf. BVerfGE 100, 313 [376]; 107, 299 [320]). Também faz diferença se as medidas investigatórias são executadas numa residência particular ou em dependências empresariais e comerciais, e se, e em que número, terceiros insuspeitos serão conjuntamente atingidos.

(á) – (ã) (...).

(b) Os dispositivos legais atendem a essas exigências constitucionais [supra descritas, sob (á) – (ã). Cf. supra *caput*, sob (a)], relativas à limitação das intervenções contra terceiros insuspeitos.

(á) – (ã) (...).

III.

A conformação legal da reserva judicial no § 100 d II e IV 1 e 2 StPO não viola os direitos fundamentais afirmados pelos reclamantes.

1. – 4. (...).

IV. – VIII. (...)

IX.

Na extensão em que os dispositivos do Código de Processo Penal forem incompatíveis com a *Grundgesetz*, o legislador está obrigado a restabelecer um estado jurídico de constitucionalidade o mais tardar até o dia 30 de junho de 2005.

Até esta data, as normas impugnadas deverão ser aplicadas sob observância da proteção da dignidade humana e do princípio da proporcionalidade. (...).

D.

(...)

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

Voto discordante da 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 -

I. – III. (...)

(ass.) *Jaeger, Hohmann-Dennhardt*

Seleção de 6 indicações bibliográficas sobre o Art. 13 GG:

AMELUNG, Knut. “Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug” i.S.d. Art. 13 II GG”. *NStZ*, p. 373 *et seq.*

DEUTSCH, Markus. *Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei*. 1992.

FRISTER, Helmut. “Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit 13 GG”. *StV* 1993, p. 151 – 155.

MARTINS, Leonardo. “Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio: Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º XI CF”. *Revista dos Tribunais*, ano 93, vol. 824, p. 401 – 437, 2004.

RAUM, Bertram; PALM, Franz. “Zur verfassungsrechtlichen Problematik des ‘Großen Lauschangriffs’”, *JZ* 1994, S. 447 – 454.

SCHWABE, Jürgen. “Die polizeiliche Datenerhebung in oder aus Wohnungen mit Hilfe technischer Mittel”. *JZ* 1993, S. 867 – 874.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 13 GG:

Além das aqui trazidas, vide também: BVerfGE 20, 162 (223 *et seq.*) – *Spiegel*; 42, 212 (218 *et seq.*) – *Quick / Durchsuchungsbefehl*; 57, 346 (354 *et seq.*) – *Zwangsvollstreckung II*; 75, 318 (326 *et seq.*) – *Sachverständiger*; 76, 83 (89 *et seq.*) – *Zwangsvollstreckung III*; 89, 1 (11 *et seq.*) – *Besitzrecht des Mieters*; 96, 44 (51 *et seq.*) – *Durchsuchungsanordnung II*; 103, 142 (150 *et seq.*) – *Wohnungsdurchsuchung*.

§ 22.

Garantia do instituto da propriedade privada e direito fundamental à propriedade

(Art. 14 e 15 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 14 (Propriedade, sucessão, desapropriação)

(1) A propriedade e o direito à sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei.

(2) ¹A propriedade obriga. ²O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar da coletividade.

(3) ¹Uma desapropriação só é permitida em razão do bem-estar da coletividade. ²Ela só pode ser efetivada por lei ou com base em uma lei que regulamente o tipo e o montante da indenização. ³A indenização será fixada mediante justa ponderação dos interesses da coletividade e dos atingidos. ⁴Em havendo divergência quanto ao montante da indenização, poder-se-á valer da via judicial perante os juízos e tribunais comuns.

NOTA INTRODUTÓRIA:

A propriedade, tal qual garantida pelo Art. 14 GG, tem a “missão (...) de assegurar ao [seu] titular uma esfera de liberdade no âmbito jurídico-patrimonial e, por meio disso, possibilitar-lhe uma conformação auto-responsável de sua vida”³²⁸. No mais, a propriedade deve ser, nas mãos do titular, “útil como base da iniciativa privada e interesse privado auto-responsável”³²⁹.

³²⁸ BVerfGE 102, 1 (15). Sobre essa e a próxima citação, cf. PIEROTH / SCHLINK (2003: 226).

³²⁹ BVerfGE 50, 290 (339) (Decisões 8. e 67.). PIEROTH / SCHLINK, *op. cit.*, lembram ainda da interdependência entre liberdade e propriedade definida na decisão BVerfGE 24, 367.

O TCF se ocupou intensamente com o Art. 14 GG. Este, porém, lhe deixou a seguinte dificuldade dogmática: só garante no Art. 14 I 1 GG os institutos da propriedade e da herança (esse não tratado aqui) sem defini-lo, dogmaticamente falando, sem fixar nenhum elemento sobre sua área de proteção. Esta tarefa pertence, segundo o 14 I 2 GG, ao legislador (“conteúdo e limites são determinados por lei”). Normalmente, a *Grundgesetz* dá os contornos da área de proteção ou, se deixar de fazê-lo, pelo menos não outorga expressamente ao legislador o poder para isso, como no caso do Art. 5 I 2 GG (liberdades de comunicação social). Como pode o Art. 14 proteger a propriedade contra o legislador, se é este quem deverá “dizer” o que é propriedade? Essa dificuldade não pode, como muito bem asseveraram PIEROTH E SCHLINK³³⁰, ser contornada com o recurso a dados pré-jurídicos, naturais ou sociais. Assim como acontece no caso da garantia do casamento e, em parte, da liberdade de radiodifusão, não se está diante de uma “liberdade natural”, entendida como tal aquela que não necessita do Estado para ser exercida, porque corresponde a um comportamento individual em face do qual a ação do Estado só pode, em regra, representar óbice (exemplo por excelência é a liberdade de expressão do pensamento do Art. 5 I 1, 1º sub-período GG), mas, pelo contrário, de uma “liberdade cunhada normativamente” (*normgeprägte Freiheit*). Assim, a área de proteção do direito fundamental do Art. 14 GG é caracterizada por um “intenso cunho normativo”, mais ainda que a garantia do casamento, o qual pode ser descrito como uma construção social sem que se recorra ao direito. O direito de propriedade, por sua vez, é exclusivamente relativo à uma atribuição normativa de bens e direitos a pessoas (relação jurídica *erga omnes*).

No que tange à competência do legislador para determinar o conteúdo do direito (Art. 14 I 2), essa não pode ser entendida como absoluta, até porque o legislador não se desvincula dos direitos fundamentais, também junto a essa tarefa de definir conteúdo do vínculo

³³⁰ *Op. cit.*, p. 227.

aos direitos fundamentais (e assim também ao direito de propriedade, estatuído no Art. 1 III GG). Toda definição de conteúdo que onerar o titular deverá ser considerada uma intervenção, tendo que, como comezinho, ser justificada.

O Art. 14 I 2 GG representa, ao mesmo tempo, uma garantia do instituto da propriedade privada (*Institutsgarantie*) na sua face jurídico-objetiva. A dimensão jurídico-subjetiva, enquanto direito de resistência, é caracterizada por uma garantia de subsistência da propriedade (*Bestandsgarantie*).

O Art. 14 II GG, ao determinar que a propriedade obriga, nada mais faz do que estipular um limite qualificado (implícita reserva legal qualificada pelo propósito).

O Art. 14 III GG traz mais um fator complicador para a dogmática: a reserva para a desapropriação. Como garantir a subsistência da propriedade se ao legislador e até à Administração é reservado o direito de retirá-la, uma vez presentes certos pressupostos? Aqui a garantia de subsistência transforma-se em garantia do valor da propriedade (*Eigentumswertgarantie*).

84. BVERFGE 38, 348

(ZWECKENTFREMUNG VON WOHNRAUM)

Controle concreto

04/02/1975

MATÉRIA:

Trata-se, no processo original, do julgamento de uma reclamação ordinária contra a aplicação de uma multa por **desvio de finalidade de imóvel residencial** (*Zweckentfremdung von Wohnraum*). No caso, os atingidos resolveram locar quartos do edifício localizado na região da estação ferroviária central de Frankfurt am Main, à época bastante conhecida por ser um “*Rotes Viertel*”, um bairro onde se pratica intensamente a prostituição, para prostitutas por um valor diário de 45,- DM. A par do fato de que as prostitutas também tinham os imóveis locados como suas residências, o Superior Tribunal de Frankfurt

apresentou o Art. 6 § 1 I 1 e o § 2 da Lei para o Melhoramento do Direito de Locação e para a Limitação do Aumento do Aluguel, de 4 de novembro de 1971, ao TCF, que julgou a Apresentação Judicial improcedente, confirmando a constitucionalidade do dispositivo em face, entre outros (sobretudo do princípio da legalidade da Administração do Art. 80 I 1 e 2 GG), do Art. 14 I GG.

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 4 de fevereiro de 1975
- 2 BvL 5/74 -**

no processo suscitado pelo exame de constitucionalidade do Art. 6 § 1 I 1 e § 2 da lei para o melhoramento do direito de locação e para a limitação do aumento do aluguel, bem como para a regulamentação dos trabalhos de engenheiros e arquitetos de 4 de novembro de 1971 (BGBl. I, p. 1745) – Decisão de suspensão e apresentação (*Aussetzungs- und Vorlagebeschluss*) do Superior Tribunal de Frankfurt am Main de 21 de janeiro de 1974 – 2 Ws (B) 13/74-.

Dispositivo da Decisão:

O Art. 6 § 1 I 1 e o § 2 da Lei para o Melhoramento do Direito de Locação e para a Limitação do Aumento do Aluguel, bem como para a regulamentação dos trabalhos de engenheiros e arquitetos de 4 de novembro de 1971 (BGBl. I, p. 1745) são compatíveis com a *Grundgesetz*.

RAZÕES

A. – I.

1. (...). Tal prescrição tem o seguinte teor:

Artigo 6

Proibição de mudança do fim do imóvel residencial

§ 1

(1) Os governos estaduais estão autorizados, para os Municípios (*Gemeinden*) nos quais o atendimento à população com moradia suficiente por condições adequadas de pagamento está muito ameaçado, a determinar,

por meio de decreto, que imóveis residenciais somente poderão servir a outros fins que não os residenciais, com a autorização do órgão da administração designado pelo governo estadual. Como exercício do fim residencial, na acepção do 1º período, deve-se considerar também aquele imóvel, que for utilizado com a finalidade de alojamento duradouro de terceiros, especialmente de uma locação comercial de sala ou instalação de dormitórios. Não é necessária autorização para a transformação de um cômodo residencial em um cômodo acessório, particularmente em um banheiro.

(2)

§ 2, § 3 (...).

2. (...).

II. – IV. (...).

B. (...)

C.

A Apresentação [Judicial] é improcedente.

I.

(...)

II.

O Art. 6 § 1 I 1 MRVerbG satisfaz também o princípio da legalidade da Administração, derivado do princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 6, 32 [43]).

1. (...). Se o legislador federal estatuiu (...) uma proibição repressiva com a reserva de isenção (*Befreiungsvorbehalt*), então ele leva em conta a circunstância segundo a qual normalmente também uma proibição justificada racionalmente pode entrar, no caso concreto, em conflito com os princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, que, como uma decisiva regra central para todas as atuações estatais, derivam necessariamente do princípio do Estado de direito. (BVerfGE 23, 127 [133] com outras referências; BVerfGE 35, 382 [400 s.]). O Art. 6 MRVerbG não exige, por isso, a proteção de todos os imóveis residenciais a qualquer preço, mas possibilita à Administração levar em consideração o princípio da proporcionalidade mediante uma autorização no caso concreto.

(...).

2. (...).

III.

O Art. 6 § 1 I 1 MRVerbG não viola o Art. 14 GG.

O Art. 14 I 2 GG obriga o legislador a determinar o conteúdo e os limites da propriedade e lhe confere com isso a tarefa de realizar o modelo social cujos elementos normativos resultam, de um lado, do reconhecimento da propriedade privada pelo Art. 14 I 1 GG e, de outro, da disposição vinculante do Art. 14 II GG (BVerfGE 37, 132 [149] com outras referências). Pertence por princípio ao conteúdo constitucional da propriedade privada o livre direito de dispor sobre o objeto da propriedade (BVerfGE 26, 215 [222]). Uma proibição repressiva, apenas acompanhada com a possibilidade de dispensa, da mudança da finalidade da imóvel residencial atinge esse direito de [livre] disposição. A autorização (*Ermächtigung*) para a entrada em vigor de uma tal proibição, como o Art. 6 § 1 I 1 MRVerbG prevê, é justificada, contudo, pela missão conformadora (*Gestaltungsauftrag*) do legislador, consoante o Art. 14 I 2 GG.

A exigência constitucional do uso da propriedade privada direcionada ao bem comum (Art. 14 II GG) compreende o mandamento de observância dos interesses daqueles cidadãos que dependam do uso dos referidos objetos da propriedade (BVerfGE 37, 132 [140]). Essa dependência fundamenta um lastro social e uma especial função social destes objetos da propriedade. Grande parte da população, principalmente nas cidades, não está em condições de, por suas próprias forças, adquirir sua [própria] moradia, dependendo, por isso, inevitavelmente dos imóveis alugados.

Um provimento geral suficiente da população com moradias por condições adequadas de custo serve diretamente à provisão de moradia, indispensável para o indivíduo e para a família. Quando esse provimento estiver muito ameaçado, como pressupõe o Art. 6 § 1 I 1 MRVerbG para a intervenção da Administração através do decreto, isso significa, em relação a um grande número de pessoas, que elas não têm espaço suficiente de moradia. A [necessidade de] cobertura social, que é em todo caso imanente à moradia, se fortalece ainda muito mais. Em uma tal situação, é uma medida adequada, na acepção do Art. 14 I 2 GG e orientada pelo bem geral, fazer com que o fim residencial das moradias existentes seja mantido, na medida em que a sua mudança seja, em geral, proibida. Isso é procedente, de qualquer forma, quando – como aqui – os interesses dignos de proteção do proprietário restam suficientemente protegidos. O proprietário recebe um rendimento no montante dos aluguéis

contratuais, dos aluguéis de acordo com o custo ou dos aluguéis comparáveis àqueles comuns na praça da situação do imóvel (cf. sobre isso BVerfGE 37, 132 [141 *et seq.*]), e ele tem a possibilidade, em casos muito especiais, de obter uma autorização excepcional. Suspensa fica somente a possibilidade dos legitimados à disposição [do imóvel] de explorarem toda chance oferecida de uma utilidade lucrativa máxima e imediata de sua propriedade. Essa possibilidade, entretanto, não é protegida constitucionalmente quando há uma situação de provimento insuficiente [de moradias].

IV.

O Art. 103 II GG não foi violado.
(...).

V.

A decisão foi prolatada unanimemente.

W. Seuffert, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Dr. Rottmann

85. BVERFGE 14, 263 (FELDMÜHLE-URTEIL)

Controle concreto

07/08/1962

MATÉRIA:

O Juízo de primeira instância de *Düsseldorf*, ao registrar a transformação da maioria acionária da Firma *Feldmühle Papier- und Zellstoffwerke AG Düsseldorf-Oberkassel* (Feldmühle = **moinho do campo**), questionou a constitucionalidade do § 15 da Lei de Transformação de Sociedades de Capital em face do Art. 14 I 2 GG, suspendendo o processo e apresentando a questão ao TCF, segundo o Art. 100 I GG. O TCF realizou e fixou no dispositivo uma interpretação conforme a Constituição para corroborar a constitucionalidade do dispositivo.

1. No exercício da competência conferida pelo Art. 14 I 2 GG, de determinar o conteúdo e limites da propriedade, o legislador deve observar tanto a decisão axiológica da *Grundgesetz* em favor da propriedade privada, como também todas as outras normas

constitucionais, principalmente o princípio da igualdade, o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade e o princípio do Estado de direito e do Estado social.

2. Por causa do seu caráter ambivalente, as normas do direito do mercado de capitais não se contrapõem à *Grundgesetz* [só] por não excluir a possibilidade de abuso, contanto que estejam à disposição meios eficientes para a defesa [contra o abuso]. Na mudança da maioria [acionária] está presente um tal meio, pois ela não está livre da impugnação em virtude de abuso só porque atende aos seus pressupostos formais.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 7 de agosto de 1962

Com base na audiência de 29 de novembro de 1961

– 1 BvL 16/60 –

Dispositivo da Decisão:

O § 15 da Lei da Transformação de Sociedades de Capital e de Associações Sindicais (*bergrechtlichen Gewerkschaften*), de 12 de novembro de 1956 (BGBl. I, p. 844) é compatível com a *Grundgesetz*, contanto que ele permita a transferência do patrimônio de uma sociedade anônima a uma [outra] sociedade anônima, em cuja mão se encontrem mais de três quartos do capital social³³¹.

RAZÕES

A. – I. – II.

B.

C.

O Tribunal Constitucional Federal não pôde verificar que o § 15 UmwG, na extensão em que ele se encontra para o exame³³², seja incompatível com a *Grundgesetz*.

³³¹ Nota explicativa encontrada na coletânea de J. SCHWABE (*op. cit.*, p. 321): “Efeito: Os titulares do um quarto restante não participam mais da AG [*Aktiengesellschaft* = sociedade anônima] transformada. Eles são, portanto, afastados da empresa pela transformação – sendo, por isso, naturalmente indenizados”. Trata-se da variante de dispositivo da “interpretação conforme a Constituição”. Cf. a respeito dessa variante de dispositivo: **Cap. Introdução, IV. 2.**

³³² Expressão interessante do TCF, que denota os limites da coisa julgada material também no caso desse processo tido como objetivo, que- é o controle concreto.

I.

(...)

II.

O Tribunal apresentante considera que a transformação da maioria é incompatível com o Art. 14 I GG, porque o direito do acionista minoritário à ação, geralmente não realizável, teria sido extinto.

A ação confere ao acionista, ao lado dos direitos de membro da sociedade, pretensões jurídico-patrimoniais de participação dos lucros e, em sendo o caso, de aquisição de ações novas e à quota de liquidação; ela é, nesse caso, propriedade transmitida segundo o direito societário. Como direito patrimonial (cf. BVerfGE 4, 7 [26]), ela goza da proteção do Art. 14 GG.

1. O Tribunal apresentante negou, com razão, que o próprio § 15 UmwG representaria ou permitiria uma desapropriação na acepção do Art. 14 III GG. Uma desapropriação deve advir sempre do Estado, ou mesmo do empresário dotado [pelo poder público] de direito estatal coercitivo. Quando o legislador confere à assembléia geral a autorização de decidir em geral sobre uma transformação da maioria, então ele não confere uma autorização de desapropriação, mas autoriza a assembléia geral a uma reconfiguração das relações jurídico-privadas entre os acionistas.

Também a decisão do juízo de registro de averbar a mudança [ou transformação] não representa uma intervenção estatal na propriedade dos acionistas minoritários; ela não é uma medida constitutiva de direito, mas tão somente verifica que nenhum óbice jurídico se oponha à averbação.

A atribuição da autorização de transformação à assembléia geral também não é uma desapropriação por meio da lei (*Enteignung durch Gesetz*), pois mesmo a lei de transformação não intervém diretamente em direitos existentes. Ela delimita no geral, para o caso da transformação, as competências da maioria e da minoria numa sociedade por ações; tal legislação já não configura por si só uma desapropriação.

2. O parâmetro para o exame da constitucionalidade do § 15 UmwG, sob o ponto de vista da propriedade é, portanto, apenas o Art. 14 I GG.

A propriedade, tal como a liberdade, é um direito fundamental elementar; o seu reconhecimento é uma decisão axiológica da *Grundgesetz* de especial significado

para o Estado social de direito. A propriedade é o instituto mais importante para a delimitação da esfera patrimonial privada. Ela necessita muito, por isso, de conformação pelo ordenamento jurídico. Em consequência, o Art. 14 I 2 GG contém a competência dada ao legislador de determinar o conteúdo e limites da propriedade. À autorização de regulamentação do legislador, segundo o teor do Art. 14 I 2 GG, parece não terem sido colocados limites. É evidente, contudo, que toda determinação legal de conteúdo e de limites tenha que observar tanto a decisão valorativa fundamental da *Grundgesetz* em favor da propriedade privada na acepção tradicional (cf. BVerfGE 1, 264 [276]; 4, 219 [240]), como também deva estar em harmonia com todas as demais normas constitucionais, assim especialmente com o princípio da igualdade, com o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade e com os princípios do Estado de direito e do Estado social.

a) A propriedade do direito societário incorporada na ação não é, em sua existência, necessariamente assegurada contra as decisões da maioria. (...).

(...).

b) (...)

c) (...)

(1) (...)

(2) O principal caso de aplicação da transformação da maioria de uma sociedade por ações em uma outra sociedade por ações é a transformação dentro de um grupo de sociedades (*innerhalb eines Konzerns*); a sociedade por ações dominante utiliza a transformação da maioria para, a partir da marginalização da minoria, assumir totalmente a empresa.

A avaliação político-econômica e político-social do grupo de sociedades (*Konzern*) é ambígua. A concentração de poder econômico e financeiro traz consigo perigos; de outro lado, ela permite uma racionalização e, com isso, um incremento e um barateamento da produção, o que é desejável e, especialmente em face da difícil concorrência no mercado internacional, inevitável. O direito econômico e o direito tributário em vigor reconhecem os grupos de empresas, sem, contudo, regular pormenorizadamente suas relações jurídicas (...).

Na permissão em princípio dos grupos de empresas está o reconhecimento fundamental de sua liberdade negocial. Com isso não se diz que o legislador deva privilegiar essa liberdade negocial também na construção interna do grupo, em face do direito dos acionistas minoritários à participação na substância patrimonial e ao

tratamento igualitário. Trata-se, portanto, da questão sobre se a lei pode dar primazia ao interesse do grupo de empresas em face do interesse da sociedade individual – visto pela perspectiva da sociedade dominante: primazia ao interesse do sócio principal em face dos acionistas minoritários.

(...).

Não obstante, não se pode afirmar que a regulamentação viole a *Grundgesetz*. O legislador, por relevantes motivos do bem geral, pôde considerar razoável privilegiar o interesse da coletividade no livre desenvolvimento da iniciativa negocial no grupo econômico em detrimento da proteção da propriedade dos acionistas minoritários. Essa decisão resulta da ponderação entre o significado dos direitos fundamentais do Art. 2 I e Art. 14 I GG nos quadros de uma sociedade dependente de um grupo de sociedades.

(...).

(3) Pressuposto da admissibilidade dessa avaliação do legislador é, sem dúvida, que os legítimos interesses da minoria obrigada a retirar-se estejam protegidos. Isso pode ocorrer, de um lado, quando remédios judiciais eficazes estejam à sua disposição contra um abuso do poder econômico. Por outro, precisa-se tomar providências no sentido de a minoria ser completamente indenizada economicamente pela perda de sua posição jurídica. Essas condições, no entanto, são preenchidas na transformação da maioria:

(...).

d) – e) (...).

III.

1. – 3. (...).

86. BVERFG 21, 73

(GRUNDSTÜCKVERKEHRSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

12/01/1967

MATÉRIA:

O reclamante, que era advogado, professor universitário e consultor de empresas, teve a autorização para a aquisição de um imóvel rural definitivamente denegada pelo Tribunal Federal (BGH), por não ser

agrônomo, nem técnico florestal, aplicando assim restritivamente o § 9 I, nº 1 da **Lei de Alienação Imobiliária** (*Grundstückverkehrsgesetz*). Com sua Reclamação Constitucional, o reclamante alegou violação, entre outros, de seu direito fundamental decorrente do Art. 14 I GG. O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional, embora tenha confirmado a constitucionalidade do dispositivo aplicado pelo Tribunal Federal. A inconstitucionalidade verificada residia na interpretação restritiva feita pelo Tribunal Federal, que, por considerar o fato da aquisição do imóvel rural representar um investimento para o reclamante, via configurado um uso “não saudável” ou inadequado da terra e do solo.

1. Dos limites da competência do legislador de determinar o conteúdo e os limites da propriedade (Art. 14 I 2 GG).
2. O § 9 I, nº 1 da lei de alienação imobiliária é compatível com a *Grundgesetz*.
3. Segundo esta norma, a autorização não pode ser recusada, só porque o negócio jurídico representa um investimento para o adquirente.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 12 de janeiro de 1967

- 1 BvR 169/63 -

(...)

RAZÕES

A.

O reclamante – advogado, professor universitário e consultor de empresas – comprou um imóvel florestal de 34 ha. pelo preço de 290.000 DM. As autoridades públicas competentes do setor da agricultura negaram a autorização [para a aquisição] segundo a lei de alienação imobiliária de 28 de julho de 1961 (BGBl. I, p. 1091) – GrdstVG, pois o adquirente não seria nem um agrônomo, nem um técnico florestal. O alienante teria a oportunidade de vender a propriedade florestal, sem a necessidade de autorização à Administração pública florestal de *Nordrhein-Westfalen*. (...).

(...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

C.

A Reclamação Constitucional é também procedente.

I. – II. (...)

III.

(...)

Consoante o § 9 I, n° 1 GrdstVG, a autorização deve ser negada quando a alienação significar uma distribuição inadequada do solo e da terra. Segundo o seu conteúdo material, esse tipo normativo compreende uma limitação legal da legitimidade de alienação e do direito de aquisição para propriedades agrárias e florestais. Trata-se, portanto, de uma norma que determina o conteúdo do instituto jurídico da propriedade. A norma pertence, destarte, à área de proteção do Art. 14 GG e deve ser pautada por ele.

1. O Art. 14 I 2 GG prescreve que o conteúdo e as limitações da propriedade são determinados pelo legislador. Uma tal lei deve corresponder material e formalmente à Constituição (BVerfGE 14, 263 [278]).

a) As alegações do reclamante contra a conformação formal do § 9 I, n° 1 GrdstVG não são procedentes.

Não se pode impugnar constitucionalmente que o legislador tenha se utilizado, nesse dispositivo, de um conceito jurídico indeterminado (BVerfGE 3, 225 [243]; 13, 153 [161]). Pode restar em aberto a questão de se teria sido possível diluir a matéria resumida no § 9 I, n° 1 GrdstVG em vários tipos especiais. Faz parte da discricionariedade do legislador definir se ele, com a fixação de um tipo legal, utiliza um conceito que cobre um grupo de matérias, ou cria elementos do tipo legal que sejam mais precisamente descritos [mais específicos e próximos de uma situação concreta]. O Tribunal Constitucional Alemão pode examinar apenas se o legislador nesse momento observou os limites a ele estabelecidos pela Constituição. Pode-se respondê-lo afirmativamente.

A legitimidade, em princípio, dos conceitos legais indeterminados não dispensa o legislador da obrigação de formular a norma de tal forma que ela corresponda aos princípios de Estado de direito da clareza da norma e da possibilidade de aplicação

jurisdicional. Ela deve ser formulada, no que tange aos seus pressupostos e conteúdo, de tal forma, que os seus destinatários reconheçam a situação jurídica e possam direcionar seu comportamento segundo ela. Ademais, o princípio da legalidade da Administração determina que o próprio legislador regule os direitos e obrigações individuais, que constituem a essência da propriedade; ele não pode deixar isso a critério da discricionariedade da Administração, quando uma tal norma for ao mesmo tempo fundamento material e parâmetro de exame para um processo administrativo de autorização. No direito de alienação imobiliária, devem derivar da própria lei os impedimentos para a alienação e para a aquisição; eles não podem ser determinados pela Administração e pelos juizes segundo suas próprias concepções. O § 9 I, n° 1 GrdstVG ainda³³³ cumpre essas exigências.

Deve-se anuir ao reclamante [quando este afirma] que a interpretação e a aplicação do conceito pouco preciso de “distribuição não saudável do solo e da terra” suscita algumas dúvidas. Da mesma forma, pode-se, a partir da determinação do objetivo da lei, do contexto objetivo das prescrições e da explicitação no § 9 II GrdstVG, suficientemente chegar ao propósito e ao conteúdo e ganhar critérios objetivos que excluam a possibilidade de uma utilização arbitrária por parte das autoridades e dos tribunais. (...).

(...).

b) O § 9 I, n° 1 GrdstVG, interpretado corretamente, corresponde também em seu conteúdo material à Constituição.

A tarefa delegada ao legislador no Art. 14 I 2 GG, de determinar o conteúdo e os limites da propriedade, não é ilimitada. Ele tem que observar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade do Art. 14 I 1 GG e as demais normas constitucionais (BVerfGE 14, 263 [278]; 18, 121 [132]).

Ao contrário da concepção do reclamante, a *Grundgesetz* não manda que a transação imobiliária rural deva ser tão livre como a transação com qualquer outro “capital”. O fato de que a terra não possa multiplicar-se e seja indispensável proíbe que se deixe a sua utilização totalmente ao jogo imprevisível das forças sociais livres e do livre arbítrio do indivíduo. Uma ordem social e jurídica justa compele, pelo contrário, a que os interesses da coletividade na terra sejam observados de modo

³³³ O “ainda” denota a necessidade de seu aperfeiçoamento. Cf. a categoria ou variante de decisão da norma “ainda constitucional” no Cap. Introdução, IV. 2.

muito mais forte do que em outros bens patrimoniais. A terra não pode ser simplesmente equiparada, nem economicamente, nem no que se refere ao seu significado social, a outros valores patrimoniais; ela não pode ser tratada no trânsito jurídico como um produto móvel. Não se pode extrair, então, do Art. 14 I 2 GG c.c. o Art. 3 GG, uma obrigação do legislador de sujeitar todos os bens patrimoniais de valor monetário aos mesmos princípios jurídicos. Também não é correto que o capital monetário seria discriminado em face do capital investido na propriedade imóvel rural e florestal.

A própria *Grundgesetz* atribuiu ao legislador, para a determinação do conteúdo da propriedade no Art. 14 II GG, uma relativamente ampla margem de conformação. Neste contexto, a propriedade não só obriga, mas “seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem da coletividade”. Os materiais legislativos [protocolos das discussões parlamentares] mostram claramente que o constituinte nesse caso tinha em vista antes de mais nada o ordenamento do solo (*ParlRat*, 8. Sitzung des Grundsatzausschusses, *Sten. Prot.*, p. 62 et seq.)³³⁴. O mandamento de uso social não é, porém, somente uma ordem para o comportamento concreto do proprietário, mas, em primeira linha, uma diretriz para o legislador observar o bem da coletividade na [sua] regulamentação do conteúdo da propriedade. Há, no caso, a recusa de um ordenamento da propriedade, no qual o interesse individual tenha a primazia incondicional sobre os interesses da coletividade. Dentro do campo dessa decisão axiológica fundamental encontra-se o § 9 I, nº 1, quando não são aceitas as alienações de terra que signifiquem uma inadequada distribuição de terra no sentido supra apresentado.

c) – e) (...).

2

Mesmo em sendo o § 9 I, nº 1 GrdstVG constitucional, sua interpretação e aplicação pelo Tribunal Federal (BGH) na decisão impugnada podem, todavia, não ser aceitas.

O Tribunal Federal parte corretamente em sua jurisprudência da tese de que o tipo legal do § 9 I, nº 1 GrdstVG deve ser interpretado restritivamente. Ele parte do questionamento de se existe uma demanda em propriedades agrárias e florestais em outras empresas; aceita, no entanto, a aquisição por pessoas que não sejam agrônomos ou profissionais florestais, quando estes não estiverem interessados nos imóveis alienados. Entretanto, o Tribunal Federal não se vale dessa interpretação restritiva,

³³⁴ Conselho Parlamentar (*Parlamentarischer Rat – ParlRat*), 8a. Sessão da Comissão de Constituição, protocolo estenográfico, p. 62 et seq.

quando a aquisição representa um “investimento puro”. Uma tal aquisição significa, segundo seu entendimento, uma distribuição não saudável da terra, “sem que faça diferença se, no caso concreto, o imóvel alienado estiver destinado à melhoria da estrutura agrária”. Se a lei tivesse realmente esse conteúdo, então não estaria em harmonia com o Art. 14 I 2 GG.

Os vínculos legais da propriedade devem ser indispensáveis a partir do âmbito material regulamentado; eles não podem ir além daquilo que for suficiente para o alcance do propósito ao qual a regulamentação serve. Esse limite seria ultrapassado se a aquisição da terra fosse por excelência proibida porque se trata de um investimento para o adquirente. O Tribunal Federal parte erroneamente do motivo da aquisição, mas não – o que no caso pode ser exclusivamente relevante – dos efeitos do negócio jurídico para a estrutura agrária. O motivo da aquisição não constitui por si só um critério que justifique um vínculo da propriedade. O propósito de proteção a que serve o direito de transação imobiliária não ordena uma tal limitação.

(...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Berger, Dr. Scholtissek, Ritterspach,
Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck,
Dr. Böhmer, o juiz Dr. Stein está doente, Dr. Müller

87. BVERFGE 25, 112

(NIEDERSÄCHSISCHES GESETZ)

Controle concreto

15/01/1969

MATÉRIA:

O autor do processo originário é proprietário de imóvel localizado numa área de dique (barreira para prevenção de enchentes). Requereu, junto ao órgão competente, a autorização para ampliar sua casa pela construção de uma edícula. Seu pedido foi denegado pelo requerido do processo originário (órgão da Administração), com fundamento no § 14 II 2 da **Lei de Diques de Niedersachsen (Baixa Saxônia) Niedersächsisches Gesetz – NDG**.

O Tribunal Administrativo suspendeu o processo e apresentou ao TCF, segundo o Art. 100 I GG, a questão da constitucionalidade do

dispositivo em pauta. O TCF admitiu a apresentação (julgou presentes os pressupostos e condições processuais do Controle concreto), mas a julgou improcedente, confirmando a constitucionalidade do § 14 II 2 NDG.

Da questão sob quais pressupostos pode o legislador proibir a construção de diques.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1969

– 1 BvL 3/66 –

(...)

RAZÕES

A.

§ 14 I e II da lei dos diques de *Niedersachsen* (Baixa Saxônia) de 1º de março de 1963 (Nds. GVB1. S.81) – NDG determinam:

(1) Toda utilização do dique (uso e aproveitamento) é proibida, salvo para o fim de conservação do dique pelo seu responsável ...

(2) A autoridade de primeira instância competente para a administração de diques (*untere Deichbehörde*) pode autorizar exceções para a dispensa da proibição do parágrafo 1º. Ela somente poderá permitir o levantamento ou expansão de construções em casos especiais de interesse público ou econômico geral com a anuência da autoridade competente superior (*obere Deichbehörde*), quando a segurança do dique restar garantida ...

B.

A apresentação é admitida.

(...)

C.

Na [sua] avaliação constitucional, não pode ser seguida a concepção do tribunal apresentante.

I. – II. (...)

III.

A proibição de construção do § 14 I 1 NDG é uma legítima determinação de conteúdo de propriedade na acepção do Art. 14 I 2 GG.

1. O legislador, no cumprimento da ordem de determinar o conteúdo e limites da propriedade a ele destinada no Art. 14 I 2 GG, está diante da tarefa de estabelecer, entre a margem de liberdade do indivíduo no campo da ordem jurídica da propriedade e os interesses da coletividade, uma harmonia adequada. Nesse sentido, a própria *Grundgesetz*, no Art. 14 II GG, fixou expressamente ao legislador uma diretriz vinculante (BVerfGE 21, 73 [83]). Ele deve, junto à regulamentação do conteúdo da propriedade, atentar para o bem da coletividade e fazer com que os direitos e deveres do proprietário se orientem pelo princípio do Estado social. Isso vale – como se disse na decisão supra mencionada – sobretudo para as prescrições que se referem à terra [propriedade rural e florestal]. Por outro lado, deve-se observar que a competência de regulamentação do legislador não é ilimitada: o legislador tem que proteger o conteúdo básico da garantia de propriedade e também manter-se em consonância com todas as demais normas constitucionais. Por isso, os vínculos [ou obrigações impostas] legais da propriedade precisam ser ordenados a partir da matéria regulada [ou seja: os vínculos ou obrigações da propriedade derivam da própria natureza da propriedade por eles oneradas], sendo [também] suas conformações apropriadas. Limitações dos direitos do proprietário não podem ir além do que é suficiente para o alcance do propósito de proteção, ao qual serve a regulamentação (BVerfGE 21, 73 [82 s., 86]; 21, 150 [155]; cf. também BVerfGE 24, p. 367, 389 referente a *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*). – A decisão axiológica fundamental da Constituição por uma propriedade privada vinculada socialmente determina, portanto, que, na regulamentação do conteúdo da propriedade, os interesses da coletividade e os interesses individuais sejam contra-balanceados. O bem da coletividade é ponto de orientação, mas também limite para a restrição imposta ao proprietário. O § 14 I c.c. II NDG encontra-se em harmonia com tais princípios.

2. (...).

3. O Tribunal apresentante considera que o legislador da lei de diques de *Niedersachsen* (Baixa Saxônia), ao proibir genericamente a construção do dique no interesse privado, perpetrou uma limitação excessiva da posição jurídica do proprietário. Segundo sua explanação, ele provavelmente acredita que a edificação de construções deveria ser, em princípio, permitida, podendo apenas ser proibida, se no caso concreto surgir um perigo para a segurança do dique. Do ponto de vista constitucional, trata-se, portanto, da questão de se verificar se é compatível com o Art. 14 I 2 GG que o legislador prescreva uma proibição geral de construção, e não somente uma *reserva de*

proibição (Verbotsvorbehalt) para o caso de periclitção concreta da segurança do dique. A opinião do Tribunal apresentante não pode ser seguida.

4. (...).

Porquanto a tarefa do dique é proteger a coletividade contra perigos de enchentes, os interesses públicos devem ter primazia sobre os interesses do indivíduo. Por isso, pelo menos tais limitações dos direitos do proprietário que sejam necessárias à conservação da segurança dos diques e, por conseguinte, à proteção contra os perigos a que pessoas estão sujeitas, mantêm-se nos limites estabelecidos pela Constituição. Sob esse ponto de vista, também não se pode afastar constitucionalmente a proibição de construir o dique no interesse privado. No entanto, questiona-se se é justificado proibir genericamente a construção do dique ou se uma regulamentação que se baseie no caso concreto teria que ser considerada suficiente.

5. A opinião do Tribunal apresentante, de que a proibição genérica de construção é excessiva, não pode ser seguida. O princípio da proporcionalidade não foi violado.

O legislador não pode sem mais utilizar-se de uma circunstância considerada perigosa para ensejar, sem maiores considerações, a exclusão das faculdades do proprietário. O meio determinado para a resistência ao perigo deve ser idôneo a afastá-lo. Assim, a situação concreta determina em grande parte o âmbito de conformação para uma solução legislativa apropriada. A proibição geral de construção é justificada pela consideração de que cada utilização de construção do dique que não sirva à sua conservação é potencialmente capaz de trazer uma ameaça concreta à segurança do dique e, com isso, aos moradores do local protegido. Isso não se pode contestar constitucionalmente:

Cada anexo edificado no ou sobre o dique que não sirva à sua conservação não é somente um corpo estranho, mas ele afeta também sua função, conduz a uma periclitção de sua estabilidade e dificulta sua defesa quando do infortúnio. Esse é um fato empírico, (...).

Se o legislador da lei dos diques de *Niedersachsen* (Baixa Saxônia), que tinha diante de seus olhos a catástrofe de 1962, considerou necessária uma proibição genérica de construção em conexão com a situação jurídica de então, isso não pode ser considerado irracional ou mesmo uma avaliação errônea do perigo.

Assim, deve-se atentar a que o legislador não impediu por excelência um exame a ser feito junto ao caso concreto. O § 14 II 2 NDG possibilita, justamente no caso de diques já construídos, a outorga de uma autorização de exceção. (...).

IV.

1. – 2. (...)

(ass.) *Müller, Stein, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Böhmer, Brox, Zeidler*

88. BVERFG 31, 229

(SCHULBUCHPRIVILEG)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

07/07/1971

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento conjunto de 27 Reclamações Constitucionais ajuizadas por autores de obras literárias, sobretudo contos, e musicais, imediatamente contra o § 46 da Lei do Direito Autoral e dos Direitos de Proteção Relacionados (Lei do Direito Autoral), de 9 de setembro de 1965, que fixava uma espécie de **privilegio do livro escolar** (*Schulbuchprivileg*), ou seja, uma autorização para a inserção e reprodução gratuitas de partes de obras literárias e musicais em coletâneas de livros escolares.

O TCF reconheceu a obrigatoriedade da inserção como limite ao direito fundamental à propriedade (intelectual), mas considerou a gratuidade como sendo inconstitucional em face do Art. 14 I 1 GG. Por isso, julgou as Reclamações Constitucionais procedentes, e o dispositivo impugnado, como incompatível com o Art. 14 I 1 GG em casos como o presente (cf. o dispositivo da decisão traduzido e reproduzido abaixo).

1. O direito autoral é, como direito de uso, “propriedade” na acepção do Art. 14 I 1 GG.

2. O Art. 14 I 1 GG prescreve a atribuição, em princípio, do valor econômico de uma obra protegida ao seu autor. Com isso, contudo, não está assegurada constitucionalmente toda e qualquer possibilidade de exploração.

É da alçada do legislador determinar, dentro do quadro da derivação de conteúdo do direito autoral, parâmetros racionais que assegurem uma exploração adequada e um uso do direito autoral correspondente à sua natureza e ao seu significado social (Art. 14 I 2 GG).

1. O interesse da coletividade em um acesso irrestrito aos bens culturais justifica que as obras protegidas possam ser alocadas [ou republicadas], após sua publicação [original], sem a anuência do autor, em coletâneas para o uso em igrejas, escolas e aulas, mas não, entretanto, que o autor [mesmo] nesses casos coloque sua obra à disposição gratuitamente (§ 46 UrhG).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 7 de julho de 1971

- 1 BvR 765/66 -

Dispositivo:

1. O § 46 da Lei do Direito Autoral e Direitos de Proteção Relacionados (lei do direito autoral) de 9 de setembro de 1965 (BGBl. I, p. 1273) é incompatível com o Art. 14 I 1 GG, quando [na hipótese em que] a reprodução e difusão é permitida gratuitamente, se partes de obras, obras literárias ou obras da música de pequena abrangência, obras singulares das artes plásticas ou obras fotográficas singulares, após sua publicação, forem alocadas em uma coletânea que reúna obras de um maior número de autores e que sirva, segundo suas características, apenas ao uso em igrejas, escolas ou aulas ...

(...) 2. – 3.

RAZÕES:

A.

I. – III. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

I.

(...).

(...). Trata-se de saber se a limitação do aspecto patrimonial do direito autoral trazida pela norma impugnada se encontra em harmonia com a Constituição. Esta constitui a típica área de proteção da garantia de propriedade do Art. 14 GG. Tarefa dessa garantia é primeiramente, no contexto geral da Constituição, garantir ao titular do direito fundamental um espaço de liberdade no âmbito do direito patrimonial por meio da atribuição e salvaguarda dos direitos de domínio, de fruição e de disposição, possibilitando, destarte, o desenvolvimento e a administração autônoma da vida; nesse

mister, ela é intimamente relacionada com a garantia da liberdade individual (cf. BVerfGE 21, 73 [86]; 24, 367 [389, 396, 400]). Ademais, a garantia de propriedade protege sobretudo os bens patrimoniais adquiridos com trabalho e produção contra intervenções injustificadas do poder público.

Esse significado de salvaguarda e de resistência da garantia de propriedade prescreve que os direitos patrimoniais do autor sobre sua obra sejam considerados como propriedade na acepção do Art. 14 GG e seja subsumida em sua área de proteção. Na avaliação constitucional devem ser observadas devidamente, entretanto, a ligação indissolúvel entre a criação pessoal-intelectual (cf. § 2 II UrhG) e sua comensuração econômica, bem como a natureza especial e a configuração desse direito patrimonial. (...).

II.

A norma do § 46 UrhG é um limite do direito autoral, na acepção do Capítulo VI do Título I da lei do direito autoral. Ela não se encontra em harmonia com a garantia de propriedade do Art. 14 I 1 GG.

Como não há nenhum conceito dado e absoluto da propriedade e como o conteúdo e a função da propriedade podem e devem adaptar-se às relações sociais e econômicas, a Constituição transferiu ao legislador a tarefa de determinar o conteúdo e os limites da propriedade (Art. 14 I 2 GG). Isso também vale para os direitos patrimoniais do autor; eles precisam, assim como a propriedade real, de conformação por meio da ordem jurídica. Mas o legislador, que é vinculado à Constituição, não pode, contudo, proceder nesse caso arbitrariamente. Junto à determinação das faculdades e obrigações que constituem o conteúdo do direito, deve proteger a substância fundamental da garantia de propriedade, mas também manter-se em harmonia com todas as outras normas constitucionais. Somente com o conteúdo daí resultante será o direito autoral protegido constitucionalmente (cf. BVerfGE 24, 367 [396]).

O Art. 14 I 1 GG garante primeiramente a propriedade privada como instituto jurídico que é caracterizado essencialmente pelo uso privado e pela disponibilidade sobre o objeto da propriedade (BVerfGE 24, 367 [389 s.]; 26, 215 [222]). Isso significa para o direito autoral: Faz parte das características constitutivas do direito autoral, como propriedade na acepção da Constituição, a atribuição em geral do

resultado patrimonial auferido a partir do trabalho de criação ao autor pela via da normatização jurídico-privada e de sua liberdade de dele dispor, sob sua [exclusiva] responsabilidade. Isso é o que constitui o núcleo protegido constitucionalmente do direito autoral.

Essa atribuição por princípio do aspecto patrimonial do direito autoral de livre disposição ao autor não significa, entretanto, que com isso esteja assegurada constitucionalmente toda e qualquer possibilidade de exploração. A garantia do instituto assegura um conjunto mínimo de normas que precisa existir, para que o direito possa ser chamado de “propriedade privada”. De resto, é da alçada do legislador, nos quadros da derivação de conteúdos do direito autoral segundo o Art. 14 I 2 GG, determinar parâmetros racionais que assegurem uma utilização correspondente à natureza e significado social do direito autoral e uma exploração adequada.

O legislador decidiu-se por uma regulamentação em consonância com esse mandamento, em princípio, da garantia de propriedade no direito de exclusão (*Ausschließlichkeitsrecht*) do § 15 UrhG. Ao contrário da opinião dos reclamantes, nem toda limitação desse direito prevista em lei, ou sua exclusão em determinados tipos normativos, pode ser considerada como intervenção na área de proteção fundamental do direito autoral.

Segundo o § 15 UrhG, cabe ao autor, entre outros, o direito exclusivo de utilizar a sua obra em forma corpórea; ele pode dispor, em princípio livremente, dessa possibilidade de uso, i.e. [dela] dispor pela via do acordo contratual. Esse direito não lhe é, contudo, concedido ilimitadamente. Ao direito autoral nos §§ 45 *et seq.* UrhG são colocados limites sob diversas formas, que são graduados e de diferentes intensidades. Em relação à norma ora discutida, o uso da obra por terceiros sem a anuência prévia do autor é permitido e até mesmo gratuito.

Na avaliação constitucional desse limite legal, deve-se partir da consideração de que o legislador não está tão somente obrigado a assegurar os interesses privados, como também lhe foi atribuída a tarefa de colocar limites aos direitos e faculdades individuais que sejam necessárias no interesse do bem coletivo; ele precisa provocar uma justa compensação entre o âmbito do indivíduo e o interesse da coletividade. A constitucionalidade da norma atacada depende, portanto, de – não obstante a concordância com [os demais dispositivos da] a *Grundgesetz* – determinar-se se ela é justificada por razões do bem comum.

III.

(...).

1. Não existem objeções contra a exclusão do direito [do autor] sobre a reprodução e a difusão para as coletâneas mencionadas no § 46 I UrhG. Com a publicação, a obra não está à disposição apenas do indivíduo: ela entra também no espaço social e pode, portanto, tornar-se um fator independente que ajude a formar o retrato cultural e intelectual da época. Por isso, a coletividade tem um significativo interesse em que a juventude, no contexto de uma aula sobre assuntos próximos à atualidade, se familiarize com o produzir intelectualmente. (...).

(...).

2. Pelo contrário, a norma não será mais constitucional quando a inserção de obras protegidas nas coletâneas mencionadas permanecer gratuita.

A denegação do direito sobre a reprodução e a difusão para as coletâneas mencionadas no § 46 I 1 UrhG enfraquece o direito de disposição do autor, porquanto ele não pode contestar a utilização de sua obra e também não pode acordar sobre [propor] as condições ante as quais ele anuiria a uma utilização. Essa limitação provoca, então, um prejuízo substancial do valor econômico da produção protegida, se a possibilidade da livre contratação de honorários não for substituída por uma pretensão jurídica à remuneração, prevista legalmente, quando, portanto, a entrega da obra se der gratuitamente.

O autor tem, em princípio, segundo o conteúdo da garantia da propriedade, o direito a lhe ser atribuída a utilização econômica de seu trabalho, contanto que motivos do bem coletivo não tenham primazia sobre os interesses do autor. Nesse sentido, deve-se considerar que se trata do resultado do trabalho intelectual e pessoal do autor, e não, por exemplo, de um crescimento patrimonial sem fundamento no esforço pessoal. Por isso, a exclusão de uma pretensão jurídica à remuneração não pode ser justificada por qualquer consideração em prol do bem comum; especialmente não basta só o interesse da coletividade em um acesso irrestrito às obras protegidas pelo direito autoral. Em face da intensidade da limitação da posição jurídica de direito autoral, precisa haver um interesse público maior para que uma tal regulamentação possa existir em face da Constituição.

Tais motivos do bem comum não estão presentes:

a) – d) (...).

3. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager,
Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Brox, Dr. Simon

89. BVERFGE 46, 325
(ZWANGSVERSTEIGERUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 07/12/1977

MATÉRIA:

No processo de execução forçada de débitos fiscais, o imóvel foi arrematado, quando da realização do leilão ou **praça forçada** (*Zwangsversteigerung*), por um valor bastante aquém do valor de mercado. Contra as decisões judiciais que corroboraram a legalidade desse procedimento, a reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional, julgada procedente pelo TCF, que entendeu que a interpretação dos dispositivos aplicáveis não foi compatível com a *Grundgesetz*.

Do significado da garantia da propriedade para a aplicação das normas a respeito da praça judicial nos casos em que o maior lance resta bem aquém do valor do imóvel.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 7 de dezembro de 1977
– 1 BvR 734/77 –
(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional volta-se contra o fato de que uma propriedade imóvel edificada, quando da execução forçada, tenha sido arrematada pelo arrematante por um valor bem aquém (por DM 10.500,-) ao seu (de DM 95.000,-), sem que se houvesse verificado, antes do trânsito em julgado da adjudicada arrematação, se os pressupostos para a impugnação da execução estavam presentes.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional ora admitida é, sobretudo, procedente porque a regra que fundamentou as decisões impugnadas não foi aplicada do modo constitucionalmente ordenado.

I.

(...)

II.

No presente caso, o processo iniciado para a aplicação das regras legais ofende o direito fundamental da reclamante do Art. 14 I 1 GG, cuja proteção inclui uma conformação processual de acordo com o Estado de direito.

1. (...).

(...).

Já na decisão do Segundo Senado, o significado especial da garantia da propriedade no Estado social de direito é destacado (*op. cit.* [76 s.]). Ele objetiva assegurar a existência concreta da propriedade nas mãos do proprietário (cf. BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181]). Em razão da Constituição, cabe a ela [garantia da propriedade no Estado social de direito] preservar ao titular do direito fundamental um espaço de liberdade no âmbito do direito patrimonial, possibilitando com isso ao particular um desenvolvimento e uma autônoma administração da vida (cf. BVerfGE 31, 229 [239] com maiores referências). Essa função de garantia influencia não somente a conformação do direito patrimonial material, mas produz seus efeitos também no direito processual correspondente. Logo, deriva diretamente do Art. 14 GG a obrigação de assegurar uma efetiva proteção jurídica no momento da intervenção nesse direito fundamental (cf. BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361 s.]; 37, 132 [141, 148]). Isso compreende o direito a uma justa condução do processo (*faire Verfahrensführung*)³³⁵, que, consoante a jurisprudência da Tribunal Constitucional Federal, faz parte dos elementos essenciais do princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 [99]; 46, 202). Isso vale também para o procedimento de leilões, pelos quais o Estado, no interesse do credor, efetua intensas intervenções na propriedade do devedor, protegida constitucionalmente. Na verdade, uma tal intervenção parece até justificada, quando e contanto que ela sirva à satisfação de fundadas exigências pecuniárias do credor. Ao mesmo tempo, devem ser protegidos também os interesses do devedor, a quem ao menos deve restar a possibilidade de

³³⁵ Ou garantia ao “devido processo legal”.

buscar proteção jurídica [requerer a prestação jurisdicional estatal após o acesso à via jurisdicional] contra uma dissipação não-proporcional de seu patrimônio imobiliário.

2. No presente caso, chegou-se ao mandamento de uma aplicação dos dispositivos processuais conforme a Constituição no sentido de que a decisão sobre a arrematação não devia se tomar imediatamente no dia da praça judicial, mas em um momento posterior, a fim de possibilitar à reclamante neste interregno a interposição de um recurso de impugnação à execução.

(...).

(*ass.*) Dr. Benda, Dr. Haager, Dr. Böhmer, Dr. Simon,
Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Niemeyer

90. BVERFG 52, 1 (KLEINGARTEN)

Controle concreto

12/06/1979

MATÉRIA:

Os autores do processo originário eram proprietários de uma área de aproximadamente 10.000 metros quadrados na cidade, utilizada, desde 1929, pelos membros de uma associação de pequenos jardineiros. Ele é localizado em uma área identificada pela lei local de zoneamento (de 27 de julho de 1972) como sendo reservada a permanentes **pequenos jardins** (*Kleingarten*).

O Tribunal Administrativo da Baviera, ao julgar a ação movida contra o indeferimento da rescisão de um contrato de arrendamento, com base no § 1 do Decreto de Proteção contra a Rescisão e outros dispositivos de proteção à pequena jardinagem e na lei que o fundamenta, suspendeu o processo e apresentou a questão do controle de tais dispositivos ao TCF. Este admitiu o Controle concreto, julgando a Apresentação Judicial parcialmente procedente, uma vez que reconheceu que os dispositivos não estavam “plenamente” em consonância com o Art. 14 I 2 GG.

1. Da delimitação entre as regulamentações que determinam o conteúdo e limites da propriedade na acepção do Art. 14 I 2 GG e a desapropriação prevista no Art. 14 III GG.

2. No exame constitucional das regulamentações, na acepção do Art. 14 I 2 GG, devem ser observadas as alterações das relações econômicas e sociais.
3. A ampla exclusão da faculdade de rescisão de arrendantes privados de jardins, nos limites do sistema regulamentar do direito de jardins em vigor (impossibilidade de contratos por tempo determinado, controle de preço), não pode ser compatibilizada com a *Grundgesetz*.
4. A reserva administrativa de autorização, disposta no direito de jardins para a rescisão de contratos de arrendamento de jardins, não cumpre as exigências do Estado de direito da *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 12 de junho de 1979

- 1 BvR 19/76-

(...)

RAZÕES

A.

Objeto da apresentação judicial é a questão sobre se é compatível com a Constituição que os arrendamentos de jardins possam ser rescindidos por arrendantes privados somente sob pressupostos estritamente delimitados.

I.

(...)

II.

1. Uma lide em torno da autorização pelo órgão da Administração para a rescisão de um contrato de arrendamento de jardim fora objeto do processo originário [de conhecimento].

(...).

2. Na fase processual da apelação, o Tribunal Administrativo da Baviera suspendeu o processo e apresentou a questão ao Tribunal Constitucional Federal para colher sua decisão sobre se o § 2 da Lei de Alteração e Complementação das Prescrições relativas ao Direito de Jardins de 28 de julho de 1969 (BGBl. I, p. 1013), e o § 1 do Decreto sobre a Proteção contra a Rescisão Contratual e outras Prescrições sobre Direito de Jardins na redação de 15 de dezembro de 1944, estão de acordo com o Art. 14 da *Grundgesetz*.

(...).

III.

(...)

B.

A apresentação é admitida.

1. – 2. (...).

C.

O sistema de regras do direito de jardins não se encontra plenamente em harmonia com a *Grundgesetz*.

I.

Segundo o direito infraconstitucional, deve-se partir da seguinte situação jurídica:

1. O fechamento de contratos de arrendamento de imóveis utilizados para jardins orienta-se, em geral, pelas determinações do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). (...). Por outro lado, a desconstituição de contratos de arrendamento, firmados com base na livre negociação, orienta-se pelo Decreto de Proteção contra a Rescisão de 1944 (*Kündigungsschutzverordnung* 1944) e pela Lei de Alteração de 1969 (*Änderungsgesetz* 1969). Essas leis compreendem um sistema em geral válido de normas jurídicas coercitivas que se relacionam umas com as outras. Elas determinam os direitos e as obrigações de arrendatários e arrendantes, no caso de destrato.

Esse sistema de regras é caracterizado essencialmente pelos seguintes princípios: contratos de arrendamento são em princípio irrescindíveis (§ 1 I 1 KSchVO); eles somente podem ser desfeitos em virtude dos motivos taxativamente fixados (§ 1 II KSchVO, § 2 I KGÄndG); no caso de rescisão, o arrendante deve, em princípio, prestar indenização e deve, se for o caso, colocar à disposição um terreno como substituto (§ 3 KSchVO, § 3 KGÄndG); contratos por tempo determinado valem como abrangendo tempo indeterminado (§ 1 I 2 KSchVO); uma eventual rescisão necessita, por princípio, de autorização da Administração pública (§ 1 III KSchVO, § 2 II KGÄndG).

2. – 5. (...).

II.

Na apreciação constitucional das regras de rescisão do direito de jardins, o tribunal administrativo parte das seguintes considerações:

A quase total exclusão da rescisão implica, em cotejo com a indexação da remuneração do arrendamento e com a reserva de autorização, em uma intervenção tão profunda na posição jurídica constitucionalmente garantida do proprietário, que quase mais nada sobraria da substância do direito de propriedade. A regra levaria, na prática, a uma desapropriação da propriedade. Considerando a intensidade da limitação do direito, as regras não poderiam mais ser consideradas uma determinação do conteúdo e dos limites na acepção do Art. 14 I 2 GG. Elas deveriam, pelo contrário, ser qualificadas como desapropriação, que, no entanto, seria inconstitucional, pois faltaria a regulamentação da indenização, prescrita pela *Grundgesetz*.

Com isso não se pode concordar.

1. Desapropriação na acepção do Art. 14 III GG é a tomada pelo Estado da propriedade do indivíduo. Conforme seu propósito, ela se volta à total ou parcial subtração de posições jurídicas subjetivas concretas que são garantidas pelo Art. 14 I 1 GG (BVerfGE 38, 175 [180]; 45, 297 [326]).

Não se pode ver na limitação legal da rescisão de contratos de arrendamento de jardins uma desapropriação por ato administrativo com base na lei [i.e., por lei material]. Mas também não se trata de uma desapropriação por meio de lei [i.e., lei formal]: a desapropriação legal é caracterizada pelo fato de que a própria lei priva ou cerceia, imediatamente à sua entrada em vigor, sem a necessidade de um ato executório, direitos individuais que são atribuídos, pelo direito até então em vigor, a um determinado círculo de pessoas ou a um grupo de pessoas (BVerfGE 45, 297 [325 s.]).

Por outro lado, a *Grundgesetz* entende por determinação de conteúdo, na acepção do Art. 14 I 2 GG, a estipulação geral e abstrata de direitos e obrigações pelo legislador em relação a tais bens jurídicos, que devem ser vistos como propriedade na acepção da Constituição. Ela se dirige à normatização de dispositivos objetivos que determinam o “conteúdo” do direito de propriedade a partir da entrada em vigor da lei em diante. Tais regras, contudo, já não se tornam constitucionais só porque foram promulgadas como lei formal; elas devem, pelo contrário, também materialmente estar em consonância com a *Grundgesetz* (BVerfGE 21, 73 [79]; 24, 367 [389]; 25, 112 [118]; 37, 132 [140]; 42, 263 [305]). Quando os limites derivados da Constituição são ultrapassados, ocorre que as regras legais não produzem efeitos, não representando uma desapropriação na acepção do Art. 14 III GG. Regras na acepção do Art. 14 I 2 GG e desapropriação na acepção do Art. 14 III GG são válidas apenas quando

respeitarem as normas constitucionais. Uma determinação inconstitucional de conteúdo também não pode ser transformada em desapropriação [não há a possibilidade de fungibilidade de institutos] e a violação da Constituição não pode ser “sanada” pela aceitação de uma indenização não prevista legalmente.

2. Quando, nesse sentido, a Constituição distingue claramente as regras sobre o conteúdo e os limites da propriedade da desapropriação por meio de lei, isso não exclui a possibilidade de que, por intermédio da promulgação de novas normas, válidas para o futuro, de acordo com o Art. 14 I 2 GG, sejam retirados ou diminuídos os direitos subjetivos que o indivíduo adquiriu, com base no direito posto não mais vigente (cf. BVerfGE 25, 112 [121 s.]). Nessa influência de novas prescrições jurídico-objetivas³³⁶ sobre as posições jurídicas individuais pode estar presente uma desapropriação por meio de lei que então será permitida, quando as condições do Art. 14 III GG estiverem presentes (cf. BVerfGE 31, 275 [284, 292 *et seq.*]; 45, 297 [330]).

Não está presente um tal caso (...).

Sob a égide da *Grundgesetz*, questiona-se apenas se o Decreto de Proteção contra Rescisão de 1944 e a Lei de Alteração de 1969 respeitam as exigências que a *Grundgesetz*, no Art. 14 I 2 GG, prescreve às regulamentações.

III.

1. No cumprimento da tarefa a ele conferida no Art. 14 I 2 GG, de determinar o conteúdo e os limites da propriedade, o legislador está diante da tarefa de realizar o modelo social cujos elementos normativos se originam, de um lado, do reconhecimento constitucional da propriedade privada por meio do Art. 14 I 1 GG e, de outro, da ordem social do Art. 14 II GG: o uso da propriedade também deve servir ao bem da coletividade (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]).

O legislador precisa considerar, nas regulamentações previstas no Art. 14 I 2 GG, ambos os elementos da relação estabelecida pela Constituição entre a posição jurídica garantida constitucionalmente e o mandamento de uma ordem socialmente justa da propriedade; ele deve contra-balancear e harmonizar os interesses dignos de tutela dos titulares. Um favorecimento ou preterimento unilateral não se coaduna

³³⁶ Sobre o conceito, cf. **Cap. Introdução, III. 2. a).**

com o ideal constitucional de uma propriedade privada socialmente vinculada (BVerfGE 37, 132 [140 s.]). A isso corresponde o vínculo do legislador ao princípio constitucional da proporcionalidade. O bem da coletividade não é apenas razão, mas também limite da restrição imposta ao proprietário. A fim de não afrontarem a Constituição, as regras devem mostrar-se necessárias a partir da área [social] regulada, devendo também sua conformação ser adequada. Limitações dos direitos do proprietário não podem ir além do que for suficiente ao propósito de proteção ao qual servem as regras (cf. BVerfGE 21, 150 [155]; 25, 112 [117 s.]; 37, 132 [141]).

Isso obviamente não significa que os respectivos parâmetros teriam que sempre e em qualquer contexto ter a mesma importância. Regulamentações justificadas em tempos de guerra e de calamidade podem ser, sob relações econômicas e sociais alteradas, avaliadas constitucionalmente de maneira diversa. Em todo caso, a garantia constitucional exige, contudo, a conservação da substância da propriedade (BVerfGE 42, 263 [295]) e o respeito do mandamento de igualdade do Art. 3 I GG (BVerfGE 34, 139 [146]; 37, 132 [143]; 42, 263 [305]).

As prescrições em pauta não respeitam esses princípios. A combinação dos elementos normatizadores apresentados leva a um exagerado ônus do arrendante privado, que não é compatível com a garantia constitucional da propriedade. Ademais, a reserva de autorização contraria exigências relativas ao Estado de direito.

2. A propriedade garantida pelo Art. 14 I 1 GG é caracterizada, em seu conteúdo jurídico, pela utilização privada e poder de disposição do proprietário sobre o objeto da propriedade (BVerfGE 24, 367 [389]; 26, 215 [222]; 31, 229 [240]; 37, 132 [140]; 42, 263 [294]). Deve ser para o proprietário a base da [sua] iniciativa privada, sendo útil no [seu] interesse privado pelo qual [só ele] responde (BVerfGE 50, 290).

Essa posição jurídica garantida por direito fundamental é primeiramente atingida pelo fato de a rescisão de um contrato de arrendamento não ser em princípio permitida e de que a proibição torna-se o princípio [i.e., torna-se a regra]. O estudo da situação jurídica segundo o direito infraconstitucional resultou em que os elementos típicos de exceção previstos na lei são formulados tão restritamente que quase não resta ao arrendante privado de um imóvel utilizado para a jardinagem a chance de um dia voltar a livremente dispor de sua propriedade. Apenas com a periclitación da existência econômica é que há a possibilidade de dissolução contratual, que, contudo, se sujeita por sua vez também a limitações e está ligada à obrigação de indenizar. O

contrato de arrendamento acordado por livre decisão – ainda que ele tenha uma prazo de validade determinado – usufrui de uma proteção quase ilimitada [contra sua rescisão]. O arrendante não pode conseguir o fim da relação contratual sequer no caso – como mostra o processo originário [de conhecimento] – de ele oferecer um terreno em substituição e uma indenização.

O direito de disposição garantido por direito fundamental abrange também a liberdade do proprietário de poder alienar sua propriedade. Essa parte constitutiva elementar da liberdade de ação na área da ordem da propriedade, na qual se pode intervir apenas se atendidos rígidos pressupostos (BVerfGE 26, 215 [222]; 42, 263 [295]), também é atingida significativamente pelas prescrições legais: (...). A lei não proíbe expressamente a alienação; tal possibilidade, entretanto, não se pode realizar plena e economicamente graças às regras legais em pauta. Uma tal limitação afeta a substância da propriedade garantida por direito fundamental. Para a avaliação constitucional não pode ser decisivo saber se a proibição de alienação é estatuída por uma norma expressa ou se isso, na prática, resulta inevitavelmente a partir de outra regulamentação.

A posição jurídica do arrendante garantida constitucionalmente é ainda limitada, na medida em que ele deve, antes de rescindir o contrato, pedir autorização da Administração, que irá examinar se a dissolução contratual afeta interesses públicos. (...).

3. Esse sistema de regras somente poderia existir se fosse justificado por razões que concretizam o Art. 14 II GG, sob a observância do princípio da proporcionalidade. Tais razões não estão presentes.

a) O postulado constitucional de uma utilização da propriedade privada orientada pelo bem da coletividade compreende o mandamento de respeito aos interesses daqueles co-cidadãos que sejam dependentes da utilização do objeto da propriedade. A medida e a extensão do vínculo imponível ao proprietário em virtude da Constituição, o qual deve ser concretizado pelo legislador, depende aqui primeiramente de se saber se e em que extensão o objeto da propriedade tem uma relação e uma função social (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]; 42, 263 [294]). Quanto mais fortemente o indivíduo depender da utilização da propriedade alheia, tão mais abrangente é a área de conformação do legislador; esta será diminuída, se esse não for o caso ou se o for apenas em extensão limitada (BVerfGE 42, 263 [294]).

O Art. 14 II GG não justifica, assim, uma limitação excessiva dos direitos privados que não seja exigida por interesses sociais (BVerfGE 37, 132 [141]).

O Tribunal Constitucional Federal já se manifestou na decisão publicada em BVerfGE 21, 73 [82 s.]: “O fato de que a terra não possa multiplicar-se e seja indispensável proíbe que se deixe a sua utilização totalmente ao jogo imprevisível das forças sociais livres e do livre arbítrio do indivíduo. Uma ordem social e jurídica justa compele, pelo contrário, a que os interesses da coletividade na terra sejam observados de modo muito mais forte do que no caso de outros bens patrimoniais”. Em uma função essencialmente social na acepção dessa jurisprudência encontram-se também as terras que sirvam à jardinagem.

(...).

Se o jardim, na intenção original do legislador, era um jardim de uso (*Nutzgarten*) que se destinava ao objetivo permanente de produtos de jardinagem, hoje ele é em grande parte e em primeiro lugar um jardim doméstico. Não se deve aqui, contudo, olvidar que também o uso livre de jardins é de considerável interesse público. O jardim pode ser de grande valia social justamente por ter uma função compensadora da atividade profissional esgotante a que freqüentemente as pessoas na sociedade industrial de massa são expostas e contribuir substancialmente para a melhoria das condições de vida. A alteração estrutural supra apresentada mostra, no entanto, que a posse de um jardim para a grande massa de jardineiros até tem ainda um valor considerável, mas não significa mais a garantia da sobrevivência. Essa mudança da função social não pode ser ignorada na legitimação constitucional do direito de proteção contra a rescisão. Ainda que o desejo e o interesse de um dado arrendatário de possuir um jardim seja tão grande e justo, mesmo assim não se pode dizer que o arrendatário seja dependente, da mesma forma, do uso da propriedade alheia, tal como é dependente, por exemplo, de uma residência, que representa uma condição imprescritível para uma existência humana digna e para a conformação pessoal da vida. Embora a residência tenha um significado essencialmente maior, para o locatário, do que o jardim para os arrendatários, o direito vigente atribui uma posição jurídica consideravelmente mais forte ao jardineiro, que não é compatível com o mandamento de contra-balancear e harmonizar os interesses dignos de tutela de ambas as partes. O sistema de regras protege, em sua conformação atual, de forma unilateral o interesse do arrendatário na manutenção do jardim, que certamente há de ser reconhecido, servindo principalmente a necessidades ideais, sem observar suficientemente os interesses

do arrendante; nesse sentido, o sistema tolera que a substância da propriedade garantida constitucionalmente seja em grande medida esvaziada, mesmo se o proprietário deixou, a partir de partes livres, o terreno ao arrendatário e ele mesmo seja dependente disso. Os interesses do arrendatário a serem protegidos não necessitam dessa limitação abrangente. A preponderância unilateral da posição jurídica do arrendatário não se coaduna com o princípio constitucional da proporcionalidade.

b) (...).

c) Deve-se atentar ainda que os efeitos da proteção contra a rescisão serão ainda mais fortalecidos com as regras de preço do arrendamento.

(...). Se o jardim serve hoje principalmente à recreação e ao descanso, dificilmente se pode justificar que o arrendante permanentemente tenha que colocar à disposição do jardineiro um imóvel de área, p.ex., de 300 m² por 2,50 DM mensais. Mesmo os arrendatários que tenham um salário acima da média acabam se beneficiando do vínculo do preço do arrendamento e da proteção contra a rescisão. Se o arrendatário fizer uso de outras instituições de recreação, então ele tem que pagar um preço de mercado. Parece, ao menos, duvidoso que o vínculo do preço do arrendamento possa ser compatível com o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG; no contexto mencionado, entretanto, essa questão pode restar em aberto.

d) Do exposto, o sistema de regras do direito de jardins em sua conformação atual - que, por um lado, não permite a delimitação temporal da duração do contrato e, de outro, limita de maneira bem restritiva as possibilidades de rescisão e, concomitantemente, conduz a uma extraordinariamente baixa renda mensal - extrapola os limites de uma determinação de conteúdo da propriedade permitida segundo o Art. 14 I e II GG. Como o legislador deve sanar a dúvida constitucional existente contra isso, cabe a ele decidir. Isso encerra a decisão que não deve ser aqui examinada sobre se, em que medida e sob quais pressupostos, ao lado do uso próprio [retomada para uso próprio] também o interesse do proprietário em uma outra utilização do imóvel deveria ser reconhecido como causa de rescisão nos contratos por tempo indeterminado.

4. Conforme o § 1 III KSchVO e § 2 II KGÄndG, toda rescisão necessita de autorização por órgão da Administração. Tais prescrições limitam o direito de rescisão complementarmente, na medida em que uma rescisão contratual pode ser impedida pela decisão da autoridade pública, mesmo quando estiver presente uma causa de rescisão.

(...).

(...). Consoante a fundamentação oficial [do decreto: KSchVO], a reserva de autorização serve à verificação pela autoridade sobre se “interesses públicos” são afetados quando da rescisão.

As reservas de autorização contrariam a Constituição. Segundo o princípio da legalidade da Administração e o princípio da separação dos poderes, é tarefa do Executivo cumprir as leis. Dele decorre para o legislador a necessidade de ele mesmo delimitar a esfera jurídica exposta às medidas estatais. A lei deve normatizar o conteúdo da atividade da Administração, não podendo limitar-se à estipulação de princípios genéricos (BVerfGE 21, 73 [79]). Ademais, o princípio do Estado de direito manda que as prescrições relevantes em face dos direitos fundamentais sejam formuladas em seus pressupostos e em seu conteúdo de maneira tão clara que a situação jurídica possa ser reconhecida pelo atingido e que ele possa pautar sua conduta a partir disso (BVerfGE 21, 73 [79]). Se o legislador considerar necessário prever a priori um procedimento de autorização para o exercício de faculdades próprias de direito fundamental, então, deve resultar da própria norma jurídica quais pressupostos devem estar presentes para a concessão da autorização e sob quais razões pode ela ser denegada (cf. BVerfGE 20, 150 [157 s.]; 21, 73 [79 s.]). O Art. 19 IV GG também o exige. Um controle jurisdicional somente é possível se aos juízos e tribunais forem dados parâmetros jurídicos executáveis (*vollzugsfähig*), segundo os quais eles devem decidir. Seguindo tais princípios, a reserva de autorização em pauta é inconstitucional, porque não se pode depreender da lei, com clareza suficiente, quais interesses públicos justificam uma denegação. (...).

IV.

(...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Heußner*,
Dr. *Hesse* (representado por Dr. *Benda*), Dr. *Niemeyer*, Dr. *Katzenstein*

91. BVERFGE 58, 300
(NASSAUSKIESUNG)

Controle concreto

15/07/1981

MATÉRIA:

O autor do processo originário explorava, em seu terreno, a extração de saibro³³⁷. A extração se dava em terreno por onde passavam lençóis freáticos, daí a alcunha **extração úmida de saibro** (*Nassauskiesung*).

A extração desse minério era permitida de acordo com a Lei Prussiana de Águas de 1913 mesmo em áreas de lençóis freáticos. Um pedido de autorização para o prosseguimento da extração, feito após a entrada em vigor da nova Lei de Gestão de Águas de 1976, foi denegado pela autoridade competente. A contestação (administrativa) do autor não surtiu efeito. Porém, ele não ajuizou uma ação com pedido de outorga da referida autorização. Pelo contrário, ele requereu em seguida, ainda na esfera administrativa, indenização em face da intervenção de desapropriação em sua empresa regularmente constituída, assim como em sua propriedade imobiliária provocada, na prática, pelo indeferimento da autorização. Esse pedido foi indeferido pelo órgão competente governamental do Estado-membro *Nordrhein-Westfalen*. Finalmente, buscou a tutela jurisdicional junto a tribunais cíveis, requerendo uma indenização adequada. Em última instância, o Tribunal Federal (BGH) apresentou ao TCF, segundo o Art. 100 I GG, a seguinte questão constitucional: se os § 1a III, § 2 I e § 6 WHG (*Wasserhaushaltsgesetz* ou Lei de Gestão de Águas) são compatíveis com o Art. 14 I 2 GG. Uma violação do direito de propriedade o BGH enxergou no fato de os dispositivos da Lei de Gestão de Águas fazerem com que cada uso economicamente significativo da água subterrânea dependa de uma “concessão”, sobre a qual, todavia, não existe uma pretensão jurídica do proprietário do respectivo imóvel.

O TCF verificou a constitucionalidade dos dispositivos decisivos para a decisão do Tribunal Federal (BGH).

³³⁷ Síntese em parte conforme GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, p. 66 s.

1. – 2. (...).

3. Junto à fixação da posição jurídica do proprietário de imóvel segundo o Art. 14 I 2 GG, o direito civil e as leis de direito público incidem juntos no mesmo patamar hierárquico.

4. É compatível com a *Grundgesetz* que a Lei de Gestão de Águas tenha, para a salvaguarda de uma exploração funcional da água – sobretudo em face do atendimento público –, submetido os lençóis freáticos a um código de uso de direito público separado da propriedade imóvel.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de julho de 1981

- 1 BvL 77/78 -

(...)

RAZÕES:

A.

A apresentação judicial é relativa à questão de se é compatível com a Constituição a propriedade imóvel não facultar o uso de lençóis freáticos, restando este submetido à necessidade da outorga de um alvará segundo a Lei de Gestão de Águas.

(...).

B.

A apresentação judicial é admitida.

I.

O processo do controle normativo segundo o Art. 100 I GG tem o objetivo de assegurar uma decisão judicial compatível com a Constituição para a lide. Assim sendo, esse procedimento incidental será obrigatório e admitido se a decisão do processo originário [principal] depender da validade da norma apresentada para o exame. Ela precisa ter em face da solução da lide uma relevância quanto à sua decisão. Isso só será o caso quando da nulidade da norma a decisão do caso fosse outra daquela que seria proferida no caso de sua validade (BVerfGE 46, 268 [283]).

Tais exigências somente são atendidas na decisão da apresentação sob a condição de a questão da apresentação (§ 81 BVerfGG) ser interpretada de tal sorte a julgar as normas impugnadas da Lei de Gestão de Águas como sendo incompatíveis com a

Grundgesetz, porque se trataria de normas de desapropriação que não continham as regras de indenização correspondentes ao Art. 14 III 2 GG. Além disso, o exame de constitucionalidade deve ser estendido ao § 17 WHG, tendo em vista a matéria objeto da lide do processo original [principal].

1. Para o processo originário, a decisão da apresentação mostra as seguintes alternativas para a decisão: (...).
2. A admissão da apresentação somente pode ser confirmada, neste mister, sob o aspecto da relevância da decisão das normas impugnadas se se partir do esclarecimento sobre o direito de desapropriação. (...).
3. O autor do processo originário [principal] não impugnou a denegação da permissão de uso pelo direito da água com a devida ação judicial. A questão que daí resulta - de se uma ação judicial é, em um caso como este, em si possível por causa da altura da indenização do Art. 14 III 4 GG - só pode ser, tendo em vista as especificidades do presente caso, excepcionalmente respondida de maneira afirmativa.
 - a) - d) (...).

II.

A apresentação judicial não deve deixar de ser admitida, porque o Tribunal Federal (BGH) apresentou as normas da Lei de Gestão de Águas sobre os usos de mananciais, caracterizando como problemático, ao mesmo tempo, se o projeto a ser por ele avaliado da construção de um saibro deva ser considerado como uso ou como exploração da água. Segundo tais reflexões, pode-se questionar se as normas apresentadas são [mesmo] relevantes para a decisão do processo originário [principal].
(...).

III.

A decisão do processo originário [principal] depende conseqüentemente do esclarecimento da questão de se saber se é compatível com a *Grundgesetz* o fato de a Lei de Gestão de Águas não conceder ao autor da ação principal o direito à indenização por causa da denegação da permissão do uso da água. A questão da apresentação (§ 81 BVerfGG) trata, portanto, de responder à questão de se o Art. 14 III 2 GG restou violado.
(...).

C.

Na avaliação constitucional [exame material de constitucionalidade], a concepção do Tribunal apresentante não pode ser seguida.

I.

1. As normas impugnadas apresentam um sistema de regras que é marcado pelos seguintes princípios: A Lei de Gestão de Águas submete as águas subterrâneas a um código de uso de direito público desvinculado da propriedade imobiliária. Esta não dá, em princípio, ao proprietário do terreno o direito de explorar a água subterrânea, mas o atribui à coletividade.

(...).

2. (...).

II.

1. No exame da regulamentação sob o parâmetro da *Grundgesetz*, parte-se do reconhecimento de que o legislador pode promulgar normas relevantes do ponto de vista do direito de propriedade no âmbito do Art. 14 GG, de três modos diferentes.

A propriedade, como atribuição de um bem jurídico a um titular de direito, precisa necessariamente, para ser praticável na vida jurídica, de uma conformação jurídica. Assim, a *Grundgesetz* transferiu ao legislador, no Art. 14 I 2 GG, a tarefa de fixar o conteúdo e os limites da propriedade. Tais normas determinam de maneira geral e abstrata os direitos e as obrigações do proprietário; fixam, portanto, o “conteúdo” da propriedade (BVerfGE 52, 1 [27]). O legislador cria com isso, ao nível do direito objetivo, aquelas normas jurídicas que fundamentam a posição jurídica do proprietário e a conformam; elas podem ter natureza jurídico-privada ou jurídico-pública.

No mais, o legislador tem, segundo o Art. 14 III 2 GG, a possibilidade de retirar de um determinado ou determinável grupo de pessoas, por meio da lei, direitos concretos de propriedade, que, com base nas leis em geral válidas na acepção do Art. 14 I 2 GG, foram adquiridos licitamente (Desapropriação legal - BVerfGE 24, 367 [395 s.]; 45, 297 [325 s.]; 52, 1 [27]). Finalmente, o legislador pode – também segundo o Art. 14 III 2 GG – autorizar o Executivo a retirar a propriedade concreta de indivíduos. A desapropriação com base na lei (desapropriação administrativa) pressupõe um ato executório da autoridade administrativa que – diferentemente da desapropriação legal – pode ser impugnada com ações e recursos judiciais.

Os vários tipos de regulamentação do direito de propriedade trazidos aqui à pauta submetem-se a diversas exigências de admissibilidade segundo a Constituição. É o que vale não somente na relação entre a fixação de conteúdo da propriedade e a desapropriação. Ambas as formas da desapropriação não podem ser discricionariamente trocadas em face da garantia derivada de direito fundamental de um amplo e efetivo controle (BVerfGE, 367 [401]; BVerfGE 45, 297 [331, 333]). Além disso, seus efeitos não são idênticos, porque a retirada do direito ocorre em momentos diversos. (cf. BVerfGE 45, 297 [326]).

(...).

2. A questão de saber se uma ocorrência jurídica deva ser qualificada como desapropriação exige primeiramente a resposta à pergunta de se ao atingido, no momento em que é atingido, já era atribuída uma posição jurídica desapropriável (BVerfGE 25, 112 [121]; 29, 348 [360]).

a) – b) (...).

3. Dessa situação jurídica deriva-se o seguinte [em face do presente caso]:

a) – b) (...).

III.

O prosseguimento do exame resulta no reconhecimento de que as normas impugnadas determinam de modo permitido conteúdo e limites da propriedade imobiliária.

1. O legislador precisa considerar, quando do cumprimento de sua tarefa outorgada pelo Art. 14 I 2 GG, qual seja: fixar o conteúdo e limites da propriedade, tanto o reconhecimento constitucional da propriedade privada pelo Art. 14 I 1 GG quanto o mandamento social do Art. 14 II GG (BVerfGE 37, 132 [140]; 52, 1 [29]). Junto à limitação dos poderes do proprietário, são impostos limites ao legislador, como por várias vezes declarou o Tribunal Constitucional Federal. No caso em pauta é fundamental perscrutar-se se a garantia da propriedade pode ser violada, porque o direito ao uso da água subterrânea é separado da propriedade imobiliária, sendo submetido ao regime jurídico público.

a) Em primeiro lugar, não se pode derivar do Art. 14 GG que a água subterrânea precise ser fundamental e juridicamente atribuída ao proprietário do

imóvel por onde passa, porque haveria entre a água subterrânea e a propriedade do terreno uma relação natural. O legislador não é vinculado, quando da criação de um ordenamento de bens de acordo com a Constituição, a um conceito de propriedade derivado da “natureza da coisa” (cf. BVerfGE 31, 229 [248]).

A garantia da propriedade privada enquanto instituto jurídico (BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]) até proíbe que sejam desconstituídos, aqueles âmbitos materiais do ordenamento jurídico privado que pertençam à configuração elementar, da atividade protegida por direito fundamental na área jurídico-patrimonial, evitando-se, com isso, que o âmbito de liberdade assegurado pelo Art. 14 GG seja suspenso ou substancialmente esvaziado. Mas daí não resulta, todavia, que todo bem jurídico precise, por força constitucional, submeter-se ao domínio jurídico privado (BVerfGE 24, 367 [389]). A garantia do instituto jurídico [da propriedade] não é tocada se bens vitais para a coletividade, para que se assegurem interesses públicos superiores e para o enfrentamento de perigos, não forem submetidos à ordem jurídica privada, mas a um ordenamento jurídico público (cf. BVerfGE 24, 367 [389 s.]).

(...).

b) – e) (...).

2. – 3. (...)

D.

(...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*
Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

92. BVERFGE 68, 361

(EIGENBEDARF I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 08/01/1985

MATÉRIA:

Trata-se de duas Reclamações Constitucionais contra decisões judiciais que indeferiram as respectivas ações de retomada do imóvel para uso próprio, mais precisamente, na terminologia no direito locatício alemão, por **necessidade própria** (*Eigenbedarf*). Os

reclamantes alegavam violação de seus direitos fundamentais de propriedade (Art. 14 I 1 GG).

O TCF julgou a primeira Reclamação Constitucional improcedente: a reclamante pretendia tão somente ampliar para 250 m² sua habitação. Na ponderação entre o uso privado do seu imóvel locado e seu vínculo ou função social, o TCF decidiu que esse interesse específico não tem o condão de sobrepujar a concretização do vínculo social, consubstanciado na garantia de moradia do locatário. A segunda Reclamação Constitucional foi julgada procedente: o locador pretendia mudar-se, em razão de sua elevada idade, para um andar térreo.

1. É compatível com a garantia da propriedade do Art. 14 I 1 GG que o legislador, no § 564 b II, n° 2 BGB tenha condicionado o direito à rescisão contratual do locador de imóvel residencial a um interesse legítimo no término da relação locatícia (uso próprio).
2. Sobre o impacto da garantia da propriedade na apreciação do uso próprio.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 8 de janeiro de 1985
- 1BvR 792, 501/83 -
(...)

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais trazidas à decisão conjunta voltam-se contra decisões judiciais (*Urteile*), pela quais ações de retomada de imóvel locado para uso próprio foram julgadas improcedentes em face do § 564 b II, n°. 2 BGB.

I.

1. O § 564 b II, n° 2 BGB rege, como assim é chamado o elemento nuclear do direito locatício social, a proteção contra rescisão da relação locatícia sobre imóvel residencial. Ele autoriza a rescisão do contrato de locação pelo locador, em princípio, apenas quando este tiver um interesse legítimo no término daquele. A norma tem o seguinte teor:

§ 564 b

(1) O locador somente poderá rescindir uma relação locatícia sobre imóvel residencial, resguardado o disposto no 4º parágrafo [abaixo], se tiver um interesse legítimo no término da relação locatícia.

(2) O interesse legítimo do locador no término da relação locatícia estará presente principalmente se

1. o locatário tiver culposamente violado, de forma considerável, seus deveres contratuais;

2. o locador necessitar do imóvel para si próprio, para pessoas que sejam seus dependentes ou para seus familiares. Em se constituindo propriedade imobiliária no imóvel locado depois da sua disponibilização ao locatário e sendo esta alienada, o adquirente somente poderá se valer de um interesse legítimo nos termos do 1º período após o prazo de três anos contados a partir da alienação;

3. o locador for impedido, pelo prosseguimento da relação locatícia, de explorar de maneira adequada, do ponto de vista econômico, a propriedade e, assim, vier a sofrer prejuízos consideráveis.

(3) ...

(4) No caso de uma relação locatícia que tenha por objeto residência localizada em prédio onde habita o próprio locador e que não tenha mais que duas residências, pode o locador rescindir a relação locatícia também quando as condições do 1º parágrafo não estiverem presentes (...).

(5) ao (7) ...

2. (...).

II. – III. (...)

B.

(...)

I.

1. O § 564 b BGB torna o exercício efetivo do direito regular à rescisão contratual dependente da existência de um interesse legítimo no término da relação locatícia. A norma regulamenta geral e abstratamente o poder de disposição do imóvel locado pelo proprietário, determinando, portanto, conteúdo e limites do direito de propriedade nos termos do Art. 14 I 2 GG (cf. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 *et seq.*]). O legislador encontra-se, no momento do cumprimento do encargo a ele confiado

pelo Art. 14 I 2 GG, frente à tarefa de concretizar o modelo social, cujos elementos normativos resultam, de um lado, do reconhecimento da propriedade privada da *Grundgesetz* pelo Art. 14 I 1 GG, e, de outro lado, pela diretriz vinculante do Art. 14 II GG (cf. BVerfGE 25, 112 [117]; 52, 1 [29]). A propriedade privada como prevista na Constituição caracteriza-se, em seu conteúdo jurídico, pelo uso privado e pelo poder, em princípio, de disposição sobre o objeto da propriedade (BVerfGE 31, 229 [240] com maiores referências). Seu uso deve, porém, “ao mesmo tempo servir ao bem da coletividade”. Nesse ponto, pressupõe-se que o objeto da propriedade esteja em um contexto e uma função sociais (BVerfGE 37, 132 [140]). Assim, a competência do legislador para a definição do conteúdo e dos limites é tão mais ampla quanto maior for o vínculo social do objeto da propriedade. Significativo é o aspecto cuja expressão se encontra no Art. 14 II GG, segundo a qual o uso e a disposição em qualquer hipótese não permanecem exclusivamente dentro da esfera do proprietário, mas afetam interesses daqueles terceiros que forem dependentes do uso do objeto de propriedade (BVerfGE 50, 290 [340 s.]). Sob esse pressuposto, o mandamento encontrado na *Grundgesetz* de um uso orientado pelo bem comum abrange o mandamento de se levar em consideração o não-proprietário, que, de sua parte, necessita da utilização do objeto da propriedade para garantia de sua liberdade e responsável conformação da vida (cf. BVerfGE 37, 132 [140]). Ainda que a propriedade neste diapasão possa ser submetida a restrições mais amplas, a garantia de subsistência da propriedade do Art. 14 I 1 GG exige, em todo caso, a conservação da relação de exclusividade entre a coisa e o proprietário (*Zuordnungsverhältnis*) e da substância da propriedade (BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

É tarefa do legislador levar igualmente em conta, na concretização de seu dever de legislar conforme o Art. 14 I 2 GG, tanto a garantia de existência (*Bestandsgarantie*) [do direito de propriedade] do Art. 14 I 1 GG, quanto o mandamento de um ordenamento da propriedade condizente com o seu aspecto social de acordo com o Art. 14 II GG, bem como fazer com que os interesses dignos de proteção de todas as partes envolvidas sejam trazidos a um equilíbrio equitativo e a uma relação balanceada (BVerfGE 25, 112 [117 s.]). Assim como a garantia da propriedade não assegura o uso de uma coisa que ignore sua função social, o Art. 14 II GG não pode justificar uma restrição exagerada e que não seja obrigatória em face da função social dos poderes jurídico-privados [sobre a coisa] (BVerfGE 37, 132 [141]; cf. também BVerfGE 58, 137 [148]) (...).

2. (...).

3. (...).

(...). A limitação ao direito de rescisão contratual por parte do locador de imóvel residencial pela necessidade pautada em interesse legítimo representa uma restrição admissível ao poder do proprietário derivado da propriedade de livre dispor sobre a coisa. O vínculo social da propriedade de imóvel residencial decorre do fato de este não ser ilimitadamente disponível, devendo ser encarado como ponto central da vida do locatário. Grande parte da população ainda não pode adquirir, com recursos próprios, um imóvel para residir, dependendo inevitavelmente, portanto, da locação de imóveis (neste sentido já em: BVerfGE 38, 348 [370]). Tendo em vista os em regra razoavelmente consideráveis custos e prejuízos nos campos pessoal, familiar, econômico e social que uma mudança de residência normalmente acarreta para o locatário (Veja Exposição de motivos do projeto de lei em *BTDrucks.*, 7/2011, p. 7), a limitação do direito de rescisão aos casos em que o locador tem um interesse legítimo no término da relação locatícia mostra-se justificada. Por meio da norma, o locatário cumpridor do contrato deve ser protegido contra a rescisão arbitrária e, assim, contra a perda de sua moradia (veja Exposição de motivos do projeto de lei em *BTDrucks.*, 7/2011, p. 7, bem como o Relatório da Comissão Jurídica, *BTDrucks.*, 7/2638). A exclusão de uma rescisão arbitrária ensejada sem razões relevantes não pode ser afastada constitucionalmente, já pelo fato de um tal exercício de poderes oriundos da propriedade não desfrutar de proteção constitucional tendo em vista o significado social do imóvel residencial para aqueles dele dependentes. O § 564 b BGB também não leva a uma limitação excessiva das faculdades jurídico-privadas [da propriedade] que não fossem obrigatórias em face da função social da propriedade. A norma não intervém nem nas relações entre a coisa e o proprietário [*erga omnes*], nem na substância do direito de propriedade. Os interesses do proprietário dignos de proteção são, com efeito, levados em conta, na medida em que lhe é possível pôr fim à relação locatícia para uso próprio. Na medida em que, por meio do § 564 b BGB, se reconhece ao locador o direito à rescisão sem a presença de interesses legítimos quando ele for atingido da maneira mais intensa e imediata que existe, ou seja, numa área na qual sua esfera privada de vida e residência devido à moradia muito próxima a do locatário [mesmo prédio] estiver ameaçada, o legislador levou em consideração a circunstância de

que também para o locador – da mesma forma que para o locatário – a moradia é o ponto central de sua existência. Finalmente, o direito do locador ao término da relação locatícia por motivos relevantes (§§ 563 *et seq.* BGB) não é afetado pelo § 564 b BGB.

Em sede de conclusão deve-se fixar que o legislador, com a promulgação do § 564 b BGB, atendeu adequadamente tanto aos interesses do locatário quanto aos interesses do locador. Um privilégio ou desvantagem unilateral, que enquanto tais não estariam de acordo com os ideais constitucionais da propriedade privada vinculada socialmente (BVerfGE 37, 132 [141]) não pode ser reconhecido no presente caso.

II.

1. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Herzog*, Dr. *Simon*, Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*,
Dr. *Heußner*, Dr. *Niedermaier*, Dr. *Henschel*

93. BVERFGE 100, 226 (DENKMALSCHUTZ)

Controle concreto

02/03/1999

MATÉRIA:

A autora do processo originário é uma indústria proprietária de um imóvel, tombado pelo patrimônio arquitetônico, histórico e cultural, cuja manutenção tornou-se um ônus econômico demasiado elevado. O Superior Tribunal Administrativo de *Rheinland-Pfalz*, ao decidir sobre seu pedido de demolição, suspendeu o processo e apresentou sua convicção sobre a inconstitucionalidade § 13 I 2 DSchPflG [da Lei de **Proteção e Manutenção do Patrimônio Arquitetônico Histórico e Cultural**] (*Denkmalschutz* – literalmente: “proteção de monumento”).

O TCF admitiu a Apresentação Judicial e declarou a incompatibilidade do § 13 I 2 DSchPflG com o Art. 14 I GG.

1. As regras do direito do patrimônio arquitetônico histórico e cultural que determinarem o conteúdo e os limites da propriedade serão incompatíveis com o Art. 14 I GG quando não excluam a possibilidade de ocorrência de ônus excessivos ao

proprietário, não prevendo nenhuma medida de precaução para a contenção de tais limitações da propriedade.

2. Regras de compensação que existem para proteger o princípio da proporcionalidade em casos especiais difíceis (*Härtefälle*) são insuficientes, quando se limitarem a garantir aos atingidos um direito à indenização em dinheiro. A garantia do Art. 14 I 1 GG exige que, em primeira linha, sejam tomadas medidas de precaução que realmente impeçam um ônus excessivo sofrido pelo proprietário e que a utilização privada da propriedade seja mantida tão amplamente quanto possível.

3. Assim como o legislador no nível normativo também tenha que, além de disciplinar a determinação do conteúdo e limites da propriedade, regular os pressupostos, modo e extensão da compensação de limitações de outra feita desproporcionais, a Administração deve também decidir, quando da efetivação da limitação da propriedade, se o caso, sobre a compensação exigível, cobre pelo menos as questões básicas. O legislador deve estabelecer os pressupostos para tanto.

4. O § 13 I 2 da lei de proteção e manutenção do patrimônio arquitetônico histórico e cultural de *Rheinland-Pfalz* é incompatível com a garantia da propriedade do Art. 14 I GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 2 de março de 1999

– 1 BvL 7/91 –

(...)

RAZÕES:

A.

O processo refere-se à questão sobre se é compatível com a garantia da propriedade o legislador não considerar os interesses do proprietário, junto à sua decisão sobre a demolição de um objeto do patrimônio arquitetônico.

I.

Em *Rheinland-Pfalz*, os “objetos do passado”, em cuja conservação e cuidado há um interesse público cultural e histórico, são patrimônios arquitetônicos culturais (§ 3 da Lei Estadual para a Proteção e Manutenção do Patrimônio Arquitetônico Cultural). A demolição de um objeto do patrimônio arquitetônico cultural pode ser

autorizada, no entanto, somente no interesse público (§ 13 I). Os interesses do proprietário, nesse caso, não serão considerados.

(...).O Estado-membro tem que indenizar o proprietário, quando ele, por causa de uma medida baseada no direito de proteção do patrimônio arquitetônico, não mais pode utilizar seu imóvel como antes e quando a utilidade econômica houver sido sensivelmente restringida (§ 31 I 1). A lei prevê uma indenização adequada também no caso em que uma medida baseada no direito de proteção do patrimônio arquitetônico “tiver, de algum modo, efeitos desapropriatórios” (§ 31 I 2).

Os dispositivos relevantes têm o seguinte teor:

(...).

§ 13

Autorização de modificações, ensejos de restaurações

(1) Um objeto do patrimônio arquitetônico cultural protegido pode somente com autorização ser:

1. destruído, quebrado, desmantelado ou demolido.
2. reformado ou modificado de outra forma.
3. atingido em sua aparência não apenas transitoriamente.

4. retirado de seu local original. No caso do item 1, a autorização somente poderá ser concedida se outras exigências do bem comum prevalecerem sobre os interesses de proteção e de manutenção do patrimônio arquitetônico; aqui deverá ser verificado se as preponderantes exigências do bem comum não podem ser atendidas de outra forma.

(2) até (6) (...).

(...).

II.

1. A autora do processo originário [de conhecimento], uma empresa industrial instituída pela forma jurídica de uma sociedade anônima (em diante, autora), é proprietária de uma mansão construída por volta do final do século passado como residência dos diretores [da empresa], com uma área útil de cerca de 950 metros quadrados, (...).

(...).

2. (...).

Em 1983, a mansão foi colocada formalmente sob proteção [tombada] (...).

(...).

3. Concomitantemente ao tombamento, a autoridade pública competente para a proteção do patrimônio arquitetônico histórico indeferiu, por meio de comunicação especial, o pedido da autora para a emissão de autorização de quebra prevista no direito de proteção do patrimônio arquitetônico. Não haveria razões do bem comum que pudessem justificar a autorização. O fato de não se poder encontrar uso para a construção e de não ser a administração do prédio viável economicamente por causa dos elevados custos de manutenção não poderia ser considerado na decisão tomada com base no § 13 I 2 DSchPflG.

A impugnação administrativa (*Widerspruch*) e a ação não lograram sucesso [foram julgadas improcedentes]. (...).

III.

O Tribunal que julgou a apelação suspendeu o processo conforme o Art. 100 I GG e apresentou ao Tribunal Constitucional a questão sobre se o § 13 I 2 da Lei Estadual de Proteção e Manutenção de objetos do Patrimônio Arquitetônico Cultural, DSchPflG, de 23 de março de 1978 (GVBl., p. 159) é inconstitucional na hipótese onde se fixa que, no caso do item 1 (do § 13 I 1 DSchPflG), a autorização somente pode ser expedida quando outras exigências do bem comum sobrepujem os interesses de proteção e manutenção do patrimônio arquitetônico.

1. – 2. (...).

IV.

1. – 5. (...)

B.

A apresentação judicial é admitida. (...).

C.

A norma em pauta não é compatível com o Art. 14 I GG.

I.

1. Trata-se, no caso do § 13 I 2 DSchPflG, de uma determinação de conteúdo e limites da propriedade, a qual deve ser avaliada a partir do Art. 14 I GG e não segundo o Art. 14 III GG.

Com a desapropriação, o Estado atinge a propriedade do indivíduo. A desapropriação tem o intuito de subtrair total ou parcialmente posições jurídicas concretas que são protegidas pelo Art. 14 I 1 GG, a fim de cumprir determinadas tarefas públicas (BVerfGE 56, 249 [270 *et seq.*] – opinião divergente: 70, 191 [199 s.] com outras referências; 71, 137 [143]; 72, 66 [76]). Isso ocorre por meio de lei que toma de um determinado círculo de pessoas direitos concretos de propriedade – desapropriação legal – ou por meio de ato executório administrativo com base em autorização legal para tanto – desapropriação administrativa – (cf. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 s.; jurisprudência consolidada]).

Esses pressupostos não estão presentes. Nem a norma em pauta, na qual se baseia a obrigação de autorizar demolição de objetos do patrimônio arquitetônico cultural protegidos, nem a própria denegação da autorização, representam uma desapropriação prevista pelo Art. 14 III GG. A regra não subtrai posições concretas de propriedade para o cumprimento de determinadas tarefas públicas, mas limita de forma geral e abstrata as possibilidades de uso de uma propriedade de um imóvel sobre o qual um objeto do patrimônio arquitetônico fora construído; o indeferimento [da autorização] efetiva essas limitações. O § 13 I 2 DSchPflG determina, assim, conteúdo e limites da propriedade consoante previsto no Art. 14 I 2 GG. Essa subsunção da norma independe da intensidade do ônus que recai sobre o proprietário. Ela permanece válida, mesmo nos casos em que a intervenção, em seus efeitos para os atingidos, se aproxime da desapropriação ou com ela se identifique (cf. BVerfGE 83, 201 [211 *et seq.*]).

Portanto, porquanto a constitucionalidade da norma em pauta deva ser avaliada com base no Art. 14 I c.c. Art. 14 II GG, a exigência prescrita no Art. 14 III 2 GG, segundo a qual as leis de desapropriação devem regular tanto a forma e o montante da indenização (cláusula de *Junktim*), vale [é aplicável no presente caso] tão pouco quanto vale a regulamentação do acesso à via judiciária no Art. 14 III 4 GG.

2. O legislador deve, junto à sua determinação de conteúdo e limites da propriedade, conforme previsto no Art. 14 I 2 GG, contra-balancear e harmonizar os interesses dignos de tutela do proprietário com os interesses do bem comum. Nesse momento, ele deve permanecer em consonância com todas as demais normas constitucionais; ele está vinculado principalmente ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da igualdade do Art. 3 I GG. O bem da coletividade não é apenas razão

[ou fundamento], mas também limite dos gravames a serem impostos à propriedade. Limitações dos direitos do proprietário não podem ir além do que for suficiente ao propósito de proteção ao qual servem as regras. O núcleo da garantia da propriedade não pode ser esvaziado. Fazem parte desse núcleo a utilidade privada e a atribuição do objeto da propriedade ao seu titular jurídico [relação real *erga omnes*, n. org], a quem tal objeto deve servir como base de [sua] iniciativa privada, assim como a faculdade em geral de dispor do objeto da propriedade (cf. BVerfGE 70, 191 [200]; 79, 174 [198]; 87, 114 [138 s.]; 91, 294 [308]).

São impostos diversos limites à competência regulamentar do legislador. Quando a propriedade assegurar a liberdade pessoal do indivíduo no âmbito jurídico-patrimonial, ela gozará de uma especialmente marcante proteção (cf. BVerfGE 42, 263 [294]; 50, 290 [340]; 70, 191 [201]; 95, 64 [84]). Em contrapartida, a liberdade de conformação do legislador será tão maior, quanto mais forte for a relevância social do objeto da propriedade; neste ponto, terá importância crucial definir o tipo específico e a função da propriedade (cf. BVerfGE 53, 257 [292]).

As limitações das faculdades do proprietário devem ser aceitas nesse quadro como resultado do vínculo social da propriedade (Art. 14 II GG), em princípio sem indenização. Se o legislador ultrapassar os limites estabelecidos quando de sua determinação de conteúdo e limites da propriedade, então ineficaz será a regulamentação legal (BVerfGE 52, 1 [27 s.]), sendo que as limitações ou gravames nela baseados serão ilegais, podendo ser repelidas na via jurisdicional primária. As limitações não ensejam um direito de indenização com base na Constituição (cf. BVerfGE 58, 300 [320]).

II.

Segundo esses princípios, o § 13 I 2 DSchPflG não está em consonância com o Art. 14 I GG.

1. A regulamentação que não prevê a observância dos interesses do proprietário – diferentemente de outras leis estaduais de proteção do patrimônio arquitetônico – limita os direitos dos proprietários atingidos em determinadas constelações casuísticas de forma desproporcionalmente forte.

a) A proteção de objetos do patrimônio arquitetônico cultural é uma legítima questão legislativa; a manutenção do patrimônio arquitetônico é uma tarefa do bem coletivo de alta dignidade [alto grau hierárquico na escala dos interesses coletivos a serem tutelados] que justifica regulamentações limitadoras tal qual previstas na acepção do Art. 14 I 2 GG. (...).

b) O tipo normativo da autorização do § 13 I 2 DSchlPflG é adequado e necessário ao alcance do propósito da lei (...).

c) A aplicação da norma também não leva, em regra, a um gravame desproporcional em sentido estrito do proprietário. O interesse público na manutenção do patrimônio arquitetônico protegido somente pode ser levado em conta por meio da oneração do proprietário do imóvel e da edificação, cuja propriedade se submete a um vínculo social mais forte. Ele resulta da vinculação à situação, no caso: da localização e das características do imóvel (cf. BVerwGE 94, 1 [4]; BGHZ 105, 15 [18] cada um com outras referências; BayObLG, BayVBl. 1999, p. 251 [252]).

A utilização de uma edificação objeto do patrimônio arquitetônico não é limitada pela proibição de demolição. Em face do elevado grau hierárquico da proteção do patrimônio arquitetônico e em vista do Art. 14 II 2 GG, o proprietário tem que, em princípio, aceitar que uma utilização mais lucrativa de sua propriedade lhe será impedida [pela lei]. O Art. 14 I GG não protege a utilização mais lucrativa da propriedade (cf. BVerfGE 91, 294 [310]).

d) Diversamente ocorre quando não há mais nenhuma possibilidade racional de utilização de uma edificação objeto do patrimônio arquitetônico protegido. Isso pode ocorrer quando a utilização original se tornar impossível devido a [certas] mudanças, e uma outra utilização que pudesse ser imposta de maneira razoável ao proprietário não se pode vislumbrar. Se mesmo um proprietário aquiescente à proteção do patrimônio arquitetônico [consubstanciado em seu imóvel] não pode fazer uso racional de uma edificação objeto de patrimônio arquitetônico e praticamente não pode aliená-lo, sua utilização privada é eliminada quase que totalmente. Acresça-se a obrigação legal de manutenção; então o direito transmuta-se em ônus, com o qual, somente o proprietário no interesse público deve arcar, sem poder usufruir, para tanto, dos benefícios de uma utilização privada. A posição jurídica do atingido aproxima-se, com isso, a uma situação que não merece mais o nome “propriedade”. O indeferimento de uma autorização de demolição não é mais então exigível [porque não mais razoável]. Se, ainda assim, o bem coletivo exigir, no entendimento do legislador, a manutenção

do objeto do patrimônio arquitetônico cultural protegido, como é de se pensar no caso de construções de grande significado histórico-cultural, esse resultado somente poderá ser atingido por meio da desapropriação (§ 30 I, n° 1 DSchPflG).

Pode permanecer em aberto onde transcorre, no caso concreto, o limite da exigibilidade e em que extensão proprietários serão atingidos pela norma em pauta de maneira não-exigível. A inconstitucionalidade do § 13 I 2 DSchPflG decorre já do fato de a norma não impedir gravames desproporcionais ao proprietário e não conter nenhuma precaução para a contenção de tais limitações da propriedade.

2. No que tange à desproporcionalidade da proibição de demolição em determinadas constelações, nada muda com o § 31 I 2 DSchPflG. Segundo essa cláusula denominada salvadora, o Estado-membro deve prestar uma indenização apropriada quando uma medida baseada na lei de proteção do patrimônio arquitetônico, ainda que deixe intocada a utilização até agora feita (1º período [§ 31 I 1]), produza todavia (“de outra maneira”) efeitos equivalentes a uma desapropriação. De fato, o legislador pode impedir em geral - embora não ilimitadamente -, os efeitos não razoáveis de uma regulamentação que determine o conteúdo da propriedade (a). O § 31 I 2 DSchPflG, contudo, não pode cumprir essa função, porque a prescrição não cumpre as condições (c) que devem ser estabelecidas em face da regulamentação da compensação (b)³³⁸.

a) As determinações de conteúdo e de limites que forem em si mesmas inexigíveis [porque não razoáveis], vinculadas, todavia, pelo legislador a medidas de compensação, podem, excepcionalmente, estar em consonância com o Art. 14 I GG.

aa) Não se proíbe, em princípio, ao legislador que imponha medidas limitadoras da propriedade que considere como sendo ordenadas pelo interesse público, também nos casos difíceis, se ele evitar gravames desproporcionais ou que ofendam o mandamento de tratamento igual ao proprietário por meio de medidas preventivas compensatórias, observando adequadamente a confiança jurídica digna de tutela (*schutzwürdiges Vertrauen*) (cf. BVerfGE 55, 137 [149 s.]; 79, 174 [192]; 83, 201 [212 s.]). Mediante uma tal compensação, pode ser conseguida a legitimidade constitucional de uma determinação de conteúdo e de limites prevista no Art. 14 I 2 GG, que fosse, de outra forma, desproporcional ou que violasse o princípio da igualdade.

³³⁸ “(a)”, “(b)” e “(c)” referem-se aos três próximos pontos abordados no texto.

bb) Regras de compensação não são, obviamente, sempre um legítimo meio constitucional de harmonizar as limitações desproporcionais da propriedade com o Art. 14 I GG. Normas que determinam o conteúdo e os limites da propriedade devem proteger, em princípio, também sem regras de compensação, a substância da propriedade e corresponder ao mandamento de igualdade (cf. BVerfGE 79, 174 [198] com outras referências). Onde a aplicação da lei levar, excepcionalmente, a um gravame não exigível [porque não razoável] do proprietário, as regras de compensação podem, então, ser utilizadas para a observância da proporcionalidade e compensação de sacrifícios excepcionais contrários ao mandamento de igualdade.

cc) Por fim, as medidas compensatórias não servem nos casos em que não possa ser encontrada, nem com meios técnicos ou administrativos, nem com meios financeiros, uma compensação que respeite o princípio da proporcionalidade e que seja destarte condizente com o Art. 14 I GG. Uma tal situação pode ocorrer, por exemplo, no âmbito social aqui relevante, quando a manutenção de um objeto do patrimônio arquitetônico em dada situação for menos importante e, por outro lado, os interesses do proprietário forem especialmente dignos de tutela e não de natureza puramente financeira. Para tais casos difíceis, a lei tem que permitir a demolição do objeto do patrimônio arquitetônico através de uma norma de dispensa, para estar completamente em consonância com a garantia da propriedade.

b) As regras compensatórias devem respeitar, no âmbito de aplicação do Art. 14 I 2 GG, os seguintes pré-requisitos:

aa) Elas necessitam de um embasamento legal. É por princípio tarefa do legislador determinar o conteúdo e os limites da propriedade. Ele está obrigado a observar os limites constitucionais de leis que determinem o conteúdo da propriedade e não pode, ao estatuir uma proibição coercitiva, confiar em que a Administração ou o Judiciário impeçam violações à garantia da propriedade por meio de medidas preventivas compensatórias ou prestações pecuniárias. Contanto que as pretensões jurídicas compensatórias de indenização devam [segundo a lei] estar fundamentadas, isso só pode de qualquer forma ocorrer mediante lei, também com a observância do direito orçamentário da Câmara Federal.

bb) Regras compensatórias que devem proteger o princípio da proporcionalidade em casos especialmente difíceis serão insuficientes quando se limitarem a atribuir ao atingido um direito à indenização em dinheiro. A garantia institucional (*Bestandsgarantie*) do Art. 14 I 1 GG demanda que, primeiramente,

sejam tomadas precauções que evitem realmente a oneração desproporcional do proprietário e que mantenham a utilidade privada da propriedade tão amplamente quanto possível. Como instrumentos para esse fim, estão à disposição do legislador regras de transição, prescrições de exceção e de isenção, bem como o uso de outras medidas de prevenção administrativas e técnicas. Se, no caso concreto, uma tal compensação não é possível ou se o for somente com um custo exagerado, pode-se pensar em uma compensação financeira para esse caso, ou pode-se tornar necessário que se atribua ao proprietário uma pretensão de aquisição [do objeto do patrimônio arquitetônico] pelo poder público pelo valor de mercado.

cc) Assim como o legislador ao nível normativo também tenha que, além de disciplinar a determinação do conteúdo e limites da propriedade, regular os pressupostos, modo e extensão da compensação de limitações de outra feita desproporcionais, a Administração deve também decidir, quando da efetivação da limitação da propriedade, se o caso, sobre a compensação exigível, cobre pelo menos as questões básicas (nesse sentido também Hermes, NVwZ 1990, p. 733 s.).

Um proprietário que considere desproporcional um ato administrativo que o atinja em seu direito fundamental derivado do Art. 14 I 1 GG, tem que impugnar tal ato na via jurisdicional administrativa. Se ele deixar precluir a oportunidade dessa impugnação, também não poderá mais exigir uma indenização como compensação a partir do Art. 14 I 2 GG (cf. BVerfGE 58, 300 [324]). Assim, o atingido deve decidir se ele quer aceitar ou impugnar o ato de intervenção que efetivou a limitação da propriedade. Ele somente poderá tomar essa decisão se souber que lhe cabe uma compensação. Não se pode exigir do atingido que ele, considerando o ato administrativo incompatível com a garantia constitucional da propriedade, deixe precluir a oportunidade de sua impugnação na incerta expectativa de uma compensação posterior a ser garantida em um outro processo. Também os tribunais administrativos precisam saber se e de que modo um gravame, de outra sorte inexigível, será compensado, para que possam avaliar, de maneira definitiva, a legalidade de um ato administrativo que intervenha em posições jurídicas da propriedade.

Por isso, o legislador tem que complementar suas normas jurídicas materiais compensatórias com normas processuais administrativas, as quais assegurem que, junto à edição de um ato administrativo que efetive no caso concreto a limitação da propriedade, se decida, se for o caso, sobre uma compensação a ser paga ao proprietário onerado; na compensação financeira deve-se decidir sobre a existência da pretensão, pelo menos no que tange às questões básicas.

c) A cláusula salvadora do § 31 I 2 DSchPflG não atende a esses pré-requisitos. Ela não prescreve que um gravame inconstitucional da propriedade deva ser evitado, em primeira linha, por meio de regras de exceção e de isenção, assim como por outras precauções administrativas e técnicas, nem regulamenta o processo administrativo de tal forma que se observe a proteção jurídica do atingido na forma apresentada. Já por isso ela não representa uma base constitucional suficiente para a compensação de intervenções desproporcionais com fulcro no § 13 I 2 DSchPflG. Os tribunais competentes deverão decidir se, em face de seu teor, da sistemática da lei e da vontade do legislador, ainda resta por excelência uma área de aplicação para a prescrição que não possa ser considerada nem uma base para a indenização de desapropriação prevista no Art. 14 III 2 e 3 GG, nem uma regra compensatória no âmbito da determinação de conteúdo e limites da propriedade prevista no Art. 14 I 2 GG.

III.

(...)

(ass.) *Papier, Grimm, Kühling, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt*

94. BVERFGE 93, 121

(EINHEITSWERTE II)

Controle concreto

22/06/1995

MATÉRIA:

Os autores do processo de originário são um casal que questionou judicialmente um lançamento tributário baseado no § 10, nº 1 VStG (*Vermögenssteuergesetz* – Lei do Imposto sobre o Patrimônio). A aplicação desse dispositivo não permitia que o Tribunal Financeiro diferenciasse entre patrimônio de **valores únicos** (*Einheitswerte*) – terreno e casa construída, por exemplo – e patrimônio de valor diversificado. Segundo a convicção do Tribunal Financeiro da inconstitucionalidade do § 10, nº. 1 VStG, reproduzida pelo TCF em sua decisão, esse dispositivo “seria inconstitucional, na medida em que a alíquota lá prevista seja aplicada uniformemente, tanto na base de cálculo do patrimônio com valor unificado, como também no resto do patrimônio, cuja fixação do [respectivo] imposto se dá com seu valor estimado”. Isso viola o Art. 3 I GG (igualdade), porque onera mais o patrimônio de valor unificado.

O TCF admitiu a Apresentação Judicial e, no mérito, julgou o § 10, nº. 1 VStG incompatível com o Art. 3 I GG, principalmente porque desatualizado, dando o prazo limite de 31/12/1996 para o legislador criar uma nova regulamentação para a matéria.

1. Se o legislador estabelece para a totalidade do patrimônio tributável uma alíquota única, uma tributação uniforme pode, assim, ser assegurada somente pelas bases de cálculo de cada unidade economicamente individualmente considerada. A base de cálculo deve, por isso, coerentemente basear-se na capacidade produtiva das unidades econômicas, retratando seus valores reais em suas relações.
2. Os limites constitucionais da tributação do patrimônio, por meio dos impostos de renda e sobre fortuna, delimitam a carga tributária sobre a capacidade produtiva do patrimônio. As diferenciações ordenadas pelo mandamento de igualdade devem se orientar por esse limite do ônus total ao patrimônio.
3. O imposto sobre o patrimônio somente poderá incidir sobre rendimentos, paralelamente aos demais tributos, se a totalidade do ônus tributário devido sobre os rendimentos permanecer, a partir de uma consideração tipificadora da arrecadação, das despesas dedutíveis e das demais isenções, próxima de uma divisão equitativa [*fifty-fifty*] entre as esferas pública e privada.
4. Levando-se em conta a prévia tributação do patrimônio, o legislador tributário deve, em todo caso, proteger o fundamento econômico da administração da vida privada contra um [exagerado] imposto devido.
5. Na medida em que os sujeitos passivos da obrigação tributária do tributo podiam, dentro de seu casamento ou família, organizar-se com uma base econômica comum (majorada) de configuração da vida individual, a proteção do casamento e da família, de acordo com o Art. 6 I GG, manda que o legislador tributário, o qual cria tributo sobre o patrimônio, observe a continuidade desses bens matrimoniais e familiares.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de junho de 1995

- 2 BvL 37/91 -

(…)

RAZÕES:

A. I. – II.; B. I. – II. (…)

C.

(…)

I. (…)

II.

1. (…).

a) (…).

b) (…).

(…). O ônus total causado pela tributação da aquisição, existência e uso patrimoniais deve ser coordenado pelo legislador de tal forma que reste assegurado o equilíbrio de encargos [justiça tributária] e que seja evitado um ônus excessivo. Nesses termos, há de ser observado que também o legislador tributário não pode atingir aleatoriamente o patrimônio privado, mas que, pelo contrário, o titular de direitos tem uma pretensão constitucional nesse sentido [de não ter seu patrimônio aleatoriamente atingido pela criação de tributos]. Finalmente, há de se assegurar que a utilização privada das coisas adquiridas e o poder de dispor de posições jurídicas de valor patrimonial permaneçam, pelo menos em sua essência, intocados. (cf. BVerfGE 87, 153 [169]).

(…).

c) A igualdade de todos perante a lei (Art. 3 I GG) não implica numa contribuição igual de todas as pessoas nacionais ao financiamento dos custos da coletividade, mas exige, em sua aplicação específica no campo do direito tributário atual, que cada pessoa nacional seja chamada, de acordo com sua capacidade de produção financeira e de forma equitativa, a financiar as tarefas gerais do Estado. O legislador decidiu, como preceito fundamental, onerar o indivíduo não em sua capacidade aquisitiva, mas em face dos bens econômicos por ele adquiridos. Quem não usar seu talento para auferir renda por meio do trabalho não será, em princípio, tributado. Quem, por outro lado, deixar seu patrimônio sem uso, será tratado, para fins de tributação, como se tivesse auferido renda.

d) (...).

2. (...).

3. Os limites constitucionais da tributação do patrimônio, por meio dos impostos de renda e sobre fortuna, delimitam a carga tributária sobre a capacidade produtiva do patrimônio. As diferenciações ordenadas pelo mandamento de igualdade devem se orientar por esse limite do ônus total ao patrimônio. Tais diferenciações constituem para o Senado, que é competente em face do imposto de renda e no presente processo, também em face do imposto sobre o patrimônio, enquanto motivos relevantes, o parâmetro do exame de sua constitucionalidade:

a) O imposto sobre patrimônio é tributo recorrente sobre o patrimônio inutilizado que, em regra, se constituiu a partir de renda já tributada. Ele intervém na liberdade geral de ação (Art. 2 I GG) relativa ao poder de disposição e de uso de um patrimônio justamente em seu aspecto do desenvolvimento pessoal na área jurídico-patrimonial (Art. 14 GG). Isso significa que o direito de liberdade protegido somente poderá ser, em geral, limitado até a medida em que reste ao sujeito passivo da obrigação tributária um núcleo substancial do resultado de sua própria³³⁹ atividade na área econômica, enquanto expressão da utilidade privada das coisas adquiridas e do poder em geral de disposição sobre as posições jurídicas patrimoniais (cf. BVerfGE 87, 153 [169]). A atribuição³⁴⁰ de uma posição jurídica de relevância patrimonial ao proprietário e a essência da propriedade devem restar asseguradas (cf. BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

b) De acordo com esses parâmetros [do exame de constitucionalidade], considerando-se as determinações do direito tributário atual, segundo as quais o patrimônio já onerado por meio da tributação da renda e dos rendimentos da situação patrimonial concreta, muitas vezes também atingida por meio da tributação indireta, resta, em face da Constituição, para uma tributação complementar deste patrimônio várias vezes onerado, tão somente um espaço restrito. O imposto sobre patrimônio pode ser calculado somente de forma que ele, em sua coexistência com os demais encargos tributários, não atinja a substância do patrimônio, a origem do patrimônio

³³⁹ O Segundo Senado do TCF quer dizer que a intervenção estatal não pode corroer o resultado do próprio esforço de trabalho. O patrimônio, por sua vez, pode ser resultado da somatória do próprio trabalho com a disponibilização de posições jurídicas patrimoniais (por exemplo: dividendos de ações e demais investimentos financeiros). Estes últimos não estão nesse núcleo essencial, podendo ser mais intensamente atingidos por intervenções estatais justificadas.

³⁴⁰ Relação *erga omnes* entre *res* e *dominus*.

e que ele possa ser pago a partir dos normalmente esperados e possíveis rendimentos (rendimentos devidos). De outra feita, a tributação do patrimônio levaria a um confisco paulatino, que oneraria, assim, o sujeito passivo da relação tributária excessivamente, prejudicando fundamentalmente suas relações patrimoniais (cf. BVerfGE 14, 221 [241]; 82, 159 [190], jurisprudência consolidada).

(...).

c) – d) (...).

4. – 6. (...).

III. (...)

D.

Esta decisão foi prolatada em sede de conclusão unanimemente.

(ass.) *Limbach, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*

Opinião discordante do Juiz *Böckenförde* sobre a decisão (*Beschluss*) do
Segundo Senado de 22 de junho de 1995 - 2 BvL 37/91 -

(...)

(ass.) *Böckenförde*

§ 23.

Proteção contra a retirada da cidadania e extradição e direito ao asilo político

(Art. 16 e 16a GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 16 (Expatriação, extradição)

(1) ¹A nacionalidade alemã não pode ser retirada. ²A perda da nacionalidade só pode ocorrer com base em uma lei e contra a vontade do atingido somente quando este, em consequência desse fato, não se torne apátrida.

(2) ¹Nenhum alemão pode ser extraditado. ²Por lei pode-se dispor em contrário no caso de extradições para países membros da União Européia ou para um tribunal internacional, desde que preceitos de Estado de direito sejam observados.

Artigo 16a (Direito de asilo)

(1) Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo.

(2) ¹Não pode invocar o parágrafo 1º. quem provenha de um Estado-membro das Comunidades Européias ou de um terceiro Estado no qual esteja assegurada a Convenção sobre a Posição dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. ²Os Estados externos às Comunidades Européias que reúnam os pressupostos do 1º período serão definidos por meio de uma lei que necessita da anuência do Conselho Federal [Bundesrat]. ³Nos casos do 1º período, podem ser perpetradas medidas terminativas da permanência, independentemente de um remédio judicial impetrado contra estas medidas.

(3) ¹Uma lei, que precisa da anuência do Conselho Federal [Bundesrat], pode determinar que há Estados onde, tendo como fundamento sua

legislação, na aplicação do seu direito vigente e da situação política geral, parece garantido lá não ocorrerem nem perseguição política nem aplicação de pena desumana ou humilhante.² Presume-se que um estrangeiro proveniente de um tal Estado não é perseguido até que ele apresente fatos que fundamentem a tese de que contrariamente a esta presunção ele é perseguido político.

(4) ¹*A execução de medidas terminativas da permanência será somente interrompida, nos casos do parágrafo 3º e em outros caso, que sejam notoriamente infundados ou considerados notoriamente infundados, quando houver sérias dúvidas quanto à licitude da medida; a abrangência do exame pode ser restringida, podendo alegações intempestivas não serem conhecidas.* ²*Os detalhes deverão ser determinados por lei.*

(5) Os parágrafos 1º a 4º não destoam de tratados internacionais de Estados-membros das Comunidades Europeias entre si e com terceiros Estados, que adotarem - sob a observância da Convenção sobre Convenção sobre a Posição dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, cuja aplicação nos Estados partes precisa ser assegurada - regulamentações da competência para o exame de pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento recíproco de decisões sobre [pedidos] de asilo.

95. BVERFGE 74, 51
(NACHFLUCHTTATBESTÄNDE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/11/1986

MATÉRIA:

O reclamante, um cidadão de Gana, entrou na República Federal da Alemanha em novembro de 1980, fugindo da ditadura local. Com a mudança da titularidade do poder político em dezembro de 1981, esvaeceu-se a fundamentação original de seu pedido de asilo. No entanto, valeu-se de uma outra fundamentação, qual seja: ele seria muito provavelmente perseguido se retornasse a Gana, por ter entrado na comunidade religiosa dos mórmons, vista pelo então governo como uma organização de espionagem.

Durante toda a via jurisdicional administrativa, sua pretensão judicial não pôde ser correspondida. Sua Reclamação Constitucional, impetrada contra o Superior Tribunal Administrativo de *Hamburg*, foi admitida, em face da possível violação perpetrada pelo Superior Tribunal Administrativo de *Hamburg*, mas, no mérito, julgada improcedente. Na fundamentação, o TCF verificou que os **atos posteriores à fuga** (*Nachfluchttatbestände*) não são, neste caso, protegidos.

1. O direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG pressupõe, em seu suporte fático, basicamente, a relação de causalidade entre perseguição e fuga. A ampliação [da proteção do direito fundamental] a fatos posteriores à fuga somente pode ser possível se tal ampliação for exigida a partir do sentido e do propósito da garantia de asilo, correspondendo à vontade normatizadora do constituinte.
2. No caso de fatos correspondentes a elementos subjetivos do tipo normativo ocorridos após a fuga, ensejados autonomamente pelo requerente do asilo após deixar o Estado de origem (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria), um direito ao asilo somente pode vir ao caso quando representar a expressão e continuação de uma firme convicção já perceptível e existente quando da estada do requerente ainda no Estado de origem [antes de deixá-lo].

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 26 de Novembro de 1986

- 2 BvR 1058/85 -

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional tem como objeto a questão de sob quais pressupostos os fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria fazem parte da área de proteção do direito fundamental ao asilo.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida. (...).

A Reclamação Constitucional é, porém, improcedente. A decisão (*Beschluss*) impugnada do Superior Tribunal Administrativo de Hamburg não pode ser modificada por razões constitucionais.

I.

O reclamante [um membro da organização de exílio *Ghana Democratic Movement*, n. JW] se vale, em face de iminente perseguição que [certamente] sofrerá ao retornar à Gana, de circunstâncias que ele, durante sua residência na República Federal Alemã, criou por sua iniciativa própria (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria). Em tais circunstâncias, o reconhecimento como legitimado para o asilo somente pode ser levado em consideração em casos excepcionais – sujeitos critérios especialmente rigorosos (BVerfGE 9, 174 [181]; 38, 398 [402]; 64, 46 [59 s.]), já que o direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG não abrange, em seu conteúdo de garantia, uma perseguição política (iminente) causada por fatos posteriores à fuga e ensejados pelo próprio requerente.

1. O significado da prescrição “os perseguidos políticos gozam do direito de asilo” não pode ser definido a partir de sua formulação parca [de palavras] e lapidar (...), pelo contrário, chega-se ao significado somente a partir de uma análise global com a inclusão especialmente da tradição [interpretação histórica] e da gênese normativa [interpretação genética].

A prescrição do Art. 16 II 2 GG liga-se em seu conteúdo ao instituto de direito internacional público do asilo. Com ela, deveria ser o direito fundamental [ao asilo] configurado como direito subjetivo individual (oponível com propositura de ação), tal qual fora compreendido na época [de sua criação] como asilo e outorga de asilo. Não deveria ter sido criado um novo instituto jurídico independente desse contexto, pelo contrário: o instituto do direito de asilo existente, conhecido e enraizado no direito internacional público deveria, a partir de uma oportunidade de livre discricionariedade do Estado, tornar-se uma pretensão jurídica de direito fundamental daquele que procura o asilo (cf. BVerfGE 54, 341 [356]; também: BVerwGE 67, 184 [185]).

a) Junto a esse instituto jurídico do asilo, tal qual fora naquele tempo praticado e conhecido, pressupunha-se em princípio uma relação de causalidade entre perseguição (iminente) e fuga (...).

b) (...).

c) O suporte fático do Art. 16 II 2 GG desse modo mais precisamente definido não está em contradição com sua intenção humanitária, que está na base da garantia jurídica de asilo (cf. BVerfGE 54, 341 [360]), mas, pelo contrário, junta-se a ela. Essa intenção humanitária é dirigida a garantir recepção e proteção àquele que se encontrar numa situação desesperadora (sem saída) para ele. Esse é reconhecidamente o caso dos perseguidos políticos que tiveram que abandonar o país onde nasceram ou vivem por causa de sua liberdade, sua vida e sua integridade física. Em contrapartida, uma tal situação desesperadora no momento de seu surgimento justamente não ocorre no caso de fatos posteriores à fuga.

Uma ampliação indiscriminada do suporte fático do asilo para o alcance de fatos posteriores à fuga corresponderia apenas aparentemente ao fim humanitário da outorga de asilo. O direito de asilo seria desse modo desvirtuado para se transformar em um direito de imigração de todos. O estrangeiro ou apátrida poderia, por meio da provocação de uma perseguição inofensiva, já estando em lugar seguro, forçar um direito de estadia, garantido [constitucionalmente] por direito fundamental, na República Federal da Alemanha. Com tal expansão, a intenção humanitária da garantia de asilo não restaria corroborada ou consolidada, mas esvaziada.

2. Esse dado hermenêutico tem como consequência que o direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG pressupõe, em seu suporte fático, a relação de

causalidade entre perseguição e fuga. Tem por escopo, segundo sua proposição, garantir refúgio e proteção àqueles que fogem de perseguição política. Portanto, a ampliação [da proteção] a fatos posteriores à fuga somente pode ser possível se tal ampliação for exigida a partir do sentido e do propósito da garantia de asilo, correspondendo à vontade normatizadora do constituinte.

a) Sob esse aspecto, consideram-se relevantes, para efeitos de outorga de asilo, fatos objetivos posteriores à fuga, [mas] ensejados por processos e acontecimentos no país de origem, independentemente da pessoa do requerente do asilo.

b) No caso de fatos correspondentes a elementos subjetivos ocorridos após a fuga, ensejados autonomamente pelo requerente do asilo após deixar o Estado de origem (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria), mister se faz, ao contrário, o maior cuidado possível (...).

(...) um direito ao asilo pode somente vir ao caso se os fatos posteriores à fuga ensejados pelo requerente representarem a expressão e continuação de uma firme convicção já perceptível e existente quando da estada do requerente ainda no Estado de origem; portanto, apresentarem-se como consequência necessária de um modo de vida duradouro, exteriorizado e que marca a própria identidade.

Para o aqui examinado complexo de uma atividade política relacionada ao exílio e de afiliação a organizações de emigrantes, do exposto depreende-se que a relevância do asilo para tais atividades em princípio não está presente.

c) Por tudo quanto exposto, não se deve ignorar que o direito de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG não representa o único fundamento jurídico para a residência de estrangeiros no território federal ou, em todo caso, para proteção contra deportação. Se não couber a alguém o direito fundamental de asilo, não se exclui de forma alguma a possibilidade de lhe ser reconhecido um visto de residência no território federal, por exemplo, em razão das regras da Lei de Estrangeiros, que, a esse respeito, prevê amplas opções discricionárias. Justamente nos casos em que – não obstante a falta do direito ao asilo – a outorga do direito de residência segura na República Federal da Alemanha por motivos políticos ou outros parece fundamentada, estão presentes tais possibilidades. E contra a deportação para um Estado que ameaça persegui-lo politicamente, ou para um que possivelmente irá extraditá-lo para aquele Estado, existe para todo estrangeiro a proteção segundo a medida prevista no Art. 33 da Convenção relativa ao status jurídico dos refugiados (Convenção de Genebra sobre Refugiados) de 28 de julho de 1951 (BGBl. 1953 II, p. 559), § 14 da Lei do Estrangeiro de 28 de abril de 1965

(BGBl. I, p. 686), possivelmente também o Art. 3 da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Européia para Direitos Humanos) de 4 de novembro de 1950 (BGBl. 1952 II, p. 686). Esses vínculos jurídicos legais, em parte também fundados no direito internacional público, devem ser evidentemente observados também nos casos de fatos posteriores à fuga, destituídos da relevância em face do [direito] ao asilo.

II.

(...)

C.

Esta decisão foi prolatada com 7 votos a 1.

(ass.) *Zeidler*, Dr. Dr. h. c. *Niebler*, *Steinberger*, *Träger*,
Mahrenholz, *Böckenförde*, *Klein*, *Grasshof*

96. BVERFG 80, 315

(TAMILLEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

10/07/1989

MATÉRIA:

Os reclamantes, cidadãos do Sri Lanka da etnia tamilense (*Tamilen*), fugiram do seu país de origem, em virtude de uma longa guerra civil com um grupo étnico rival. Os choques étnicos devem-se a razões históricas relacionadas ao colonialismo britânico no sudeste asiático, que provocou um deslocamento populacional para efeitos da utilização de mão-de-obra (plantação de chá) em locais que convinhem à agenda político-econômica da coroa britânica. Chegaram à Alemanha entre o fim da década de 1970 e início da década de 1980, onde requereram asilo político. Seus requerimentos foram inicialmente indeferidos pela autoridade administrativa competente. Depois disso, o primeiro reclamante teve sua ação judicial julgada procedente em primeira e segunda instância. O segundo reclamante teve seu pedido indeferido em primeira instância, cuja sentença fora, no entanto, reformada em

grau de apelação. O Tribunal Administrativo Federal reformou, no seu julgamento do recurso de revisão interposto pela autoridade administrativa, ambas as decisões prolatadas em sede de apelação, indeferindo os pedidos de asilo com o fundamento central de que a perseguição sofrida pelos requerentes não poderia ser atribuída ao Estado do Sri Lanka.

O TCF julgou, no entanto, procedentes as Reclamações Constitucionais, que afirmaram uma violação de seu direito fundamental decorrente do Art. 16 II 2 GG, revogando assim as decisões do Tribunal Administrativo Federal.

1. A perseguição política nos termos do Art. 16 II 2 GG é basicamente a perseguição estatal.
2. Uma perseguição será, então, política se ela objetivamente infligir ao indivíduo violações de direitos em razão de sua convicção política, sua orientação religiosa ou de característica para ele indisponível, que marcam o seu ser diferente. Tais violações excluem o indivíduo, devido a sua intensidade, da ordem pacífica predominante na unidade estatal.
3. Também uma perseguição estatal de atos que manifestam a realização de uma convicção política pode, em princípio, representar perseguição política, especialmente também quando o Estado defende, desta forma, o bem jurídico de sua própria existência ou de sua identidade política. É necessária uma razão especial para não considerar uma tal perseguição estatal como não pertencente à categoria de perseguição política.
4. É pressuposto de uma perseguição realizada pelo Estado, ou a ele imputável, o uso da força territorial do Estado no sentido de uma efetiva e soberana supremacia. Por isso, não é possível perseguição política, enquanto o Estado, no caso de declarada guerra civil no território em disputa, estiver faticamente desempenhando o papel de um partido militar, não existindo mais como um efetivo poder de ordem central. O mesmo vale para determinadas situações de crise em uma guerra civil de guerrilha. Em todos esses casos, há, todavia, uma perseguição política se as forças estatais procederem à luta de tal sorte a orientá-la à destruição física de pessoas do partido oposto ou que sejam a ele atribuídas, determinadas por características relevantes para

a concessão de asilo, embora estas já não queiram ou não possam mais oferecer resistência ou que não tenham tomado parte de ações militares (ou já não o façam). Isto se dá especialmente quando as ações das forças estatais redundarem no objetivo do extermínio físico ou à destruição da identidade étnica, cultural ou religiosa de uma parte da população determinada por características relevantes para a concessão de asilo.

5. a) Quem for atingido por uma perseguição política apenas regional, somente será, então, perseguido político nos termos do Art. 16 II 2 GG quando por ela cair em uma situação desesperadora em todo o país. Esse será o caso se o atingido não puder encontrar, em outras áreas de seu Estado de origem, um refúgio razoável (opção de refúgio dentro do território).

b) Uma alternativa de refúgio dentro do território pressupõe que o requerente do asilo esteja suficientemente seguro, nas áreas em questão, contra a perseguição política, e que nelas não haja, em todo caso, também outras desvantagens ou perigos, os quais, segundo sua intensidade e dimensão, sejam equivalentes a uma ofensa de bem jurídico relevante para a outorga de asilo por motivos políticos, desde que essa ameaça à existência não exista dessa forma no local de origem.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 10 de julho de 1989

- 2 BvR 502, 1000, 961/86 -

(...)

RAZÕES

A. I – III., B. I. – III. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Träger, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Franßen, Kirchhof*

97. BVERFG 81, 142

(TERRORISTISCHE BETÄTIGUNG IM EXIL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 20/12/1989

MATÉRIA:

O reclamante, nascido em 1957, é cidadão turco, pertencendo ao povo curdo. Em 1980 entrou na República Federal da Alemanha e requereu asilo político, com o fundamento da perseguição política praticada pelo Estado turco contra o povo curdo. Ele teria se engajado

pela causa de um Estado curdo livre. Por isso teria sido, segundo seu relato pessoal, várias vezes preso, humilhado e torturado. A autoridade administrativa competente (*Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge*) para o reconhecimento do status de perseguido político, que concede, em princípio, concretamente o direito ao asilo, indeferiu o pedido. Segundo ela, não se pode proibir ao Estado turco que reprima movimentos separatistas.

Contra essa decisão, o reclamante propôs uma ação junto à Justiça Administrativa, na qual relatou que é membro de uma organização curda “Partisan”, que faz parte do partido TKP/ML (Partido Comunista Turco / Marxistas-leninistas), que pregava a utilização da força para a mudança da situação política na Turquia. Na Alemanha, entrou para a organização ATIF/ATÖF (Federação dos Trabalhadores provenientes da Turquia na República Federal da Alemanha). Por isso, ele poderia contar com prisão, condenação e tortura, caso tivesse que retornar à Turquia, principalmente porque muito provavelmente seria acusado de ter promovido **ação terrorista no exílio** (*terroristische Betätigung im Exil*).

O Tribunal Administrativo de primeira instância julgou a ação improcedente. As sanções potenciais a serem aplicadas pela Turquia ao autor, ora reclamante, se fundamentariam em ilícitos criminais e não em perseguição política. O Tribunal Administrativo de segunda instância reformou essa decisão em sede de apelação. O Tribunal Administrativo Federal, no entanto, deu provimento ao recurso de revisão, restabelecendo a decisão denegatória de primeira instância.

Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante argüiu violação de seus direitos fundamentais dos Art. 3, 16 II 2 e 19 IV GG. O TCF censurou a fundamentação da decisão do Tribunal Administrativo Federal, mas, na conclusão sobre o mérito, julgou a Reclamação Constitucional improcedente por “outras razões”, devidamente reproduzidas abaixo.

1. A tortura apenas é relevante para a concessão de asilo quando praticada em razão de características relevantes para o asilo ou praticada de forma mais severa em vista dessas características.

2. Não pode requerer asilo aquele que der continuidade a atividades terroristas realizadas em seu país de origem ou que fornecer suporte a estas a partir da República Federal da Alemanha, nas formas aqui possíveis.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 20 de dezembro de 1989
- 2BvR 958/86 -
(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional refere-se à questão de se um acusado de crime político que deu apoio a atividades terroristas em seu país de origem, estando lá sujeito a sofrer tortura pela polícia ou militares, e que deu continuidade, na República Federal da Alemanha, ao apoio de atividades terroristas, goza [do direito] de asilo.

I. – II. (...)

C.

(...)

I.

O Senado já decidiu que também as medidas relacionadas à auto-proteção estatal podem servir de fundamento para a concessão do asilo. A perseguição política nos termos do Art. 16 II 2 GG não poderá ser, portanto, já negada, só porque o Estado combate atividades separatistas ou político-revolucionárias com sanções penais, para assim defender o bem jurídico de sua própria existência ou de sua identidade política. Para que de tais medidas estatais, todavia, seja retirada a natureza de perseguição *política*, necessária se faz a presença de critérios ligados a circunstâncias complementares objetivas.

1. Um tal critério é, primeiramente, a proteção de bens jurídicos. A perseguição estatal de violações jurídicas criminais, ou seja de crimes que se dirigem contra os bens jurídicos de outros cidadãos, não é “perseguição política”, até mesmo também quando as ações criminosas são cometidas em razão de uma convicção política. A perseguição política também não estará presente quando circunstâncias objetivas

levarem à conclusão de que um ato dirigido contra um bem jurídico político não se dê em função de uma convicção política enquanto tal, realizada pelo delito, mas de um componente criminal complementar que encontrou expressão naquele cuja criminalização é corrente [normal, por esperar] na práxis estatal. Também neste caso, porém, pode ser afirmada uma perseguição política, desde que o atingido sofra um tratamento mais severo do que aquele normalmente aplicado por aquele Estado na perseguição de ações criminosas semelhantes – não políticas – de periculosidade semelhante (cf. em face do supra exposto BVerfGE 80, 315 [336 s.]).

2. (...).

3. (...). Em verdade, um tratamento desumano como a tortura não enseja como tal a concessão de asilo, segundo o teor e sentido do Art. 16 II 2 GG. Se a tortura, porém, for utilizada em razão de características relevantes para a concessão do asilo ou o for de maneira mais severa em vista dessas características, sendo, portanto, segundo seu identificável direcionamento ao componente político das ações, atribuídas ao atingido, então ela estará ligada à convicção política realizada pelo torturado, sendo, destarte, relevante para o [direito de] asilo. Ela o atinge por causa de sua agressão a um bem jurídico político e, assim, por causa de sua manifesta periculosidade à unidade estatal e aos fundamentos políticos do Estado.

(...).

4. Também, se depois do supra aludido devesse ser afirmado o caráter político da potencial perseguição, um requerimento de asilo pode ser indeferido devido a um outro limite da promessa de asilo prevista no Art. 16 II 2 GG. Este se dá quando o requerente do asilo realizou sua convicção política com o emprego de meios terroristas. Tal modalidade de luta política é por princípio condenada pela República Federal da Alemanha em consonância com a ordem jurídica internacional também por ela firmada. As medidas tomadas pelo Estado para combater o terrorismo não constituem, portanto, perseguição política quando dirigidas a terroristas ativos, a participantes em sentido penal ou àqueles que realizam atos de suporte em favor de atividades terroristas sem delas participar [diretamente]. Apesar disso, pode haver também, em casos desse tipo, uma perseguição que enseje a concessão de asilo, desde que outras circunstâncias complementares – como a intensidade especial das medidas de perseguição – falarem a favor de tal exceção (cf. sobre o exposto BVerfGE *op. cit.*, p. 339 *et seq.*).

Independentemente disso, vale o seguinte: Não faz parte do direito de asilo quando apenas se procura um novo local de batalha para a realização de atividades

terroristas, para lá garantir sua continuidade ou suporte. Logo, não pode requerer asilo aquele que der continuidade a atividades terroristas realizadas em seu país de origem ou que fornecer suporte a estas a partir da República Federal da Alemanha, nas formas aqui possíveis. Este não procura a proteção e paz que o direito de asilo quer outorgar. O direito de asilo tem como sua idéia fundamental garantir o refúgio para aquele que se encontra em uma situação para ele desesperadora em razão de perseguição política (imminente) (BVerfGE 74, 51 [64]). À luta política que põe em risco a vida ou a existência deve ser dado [pela concessão do asilo] um fim. O refugiado por perseguição política deve encontrar novamente a proteção de uma ordem estatal onde a paz seja predominante, proteção da qual o Estado que o perseguiu lhe havia excluído. (...).

II. – IV. (...)

(*ass.*) Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grasshof, Kruis, Franssen, Kirchhof, Winter

98. BVERFGE 94, 49

(SICHERE DRITTSTAATEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

14/05/1996

MATÉRIA:

O direito de asilo, assim como seu correspondente direito fundamental, foi (por Emenda Constitucional) substancialmente reformado em 1993. As Reclamações Constitucionais aqui conjuntamente decididas ocupam-se do novo Art. 16a II 1 e 2 GG, assim como do § 26a I da Lei do Processo de Asilo, os quais possibilitaram a exclusão da outorga do direito fundamental ao asilo no caso da entrada de interessados vindos imediatamente de um dos assim chamados „terceiros Estados seguros“ (*sichere Drittstaaten*). O TCF confirmou a constitucionalidade da Emenda que adicionou o novo Art. 16a GG do dispositivo supra citado da lei processual (§26a I AsylVfG), julgando as Reclamações Constitucionais improcedentes.

1. a) Com a lei de emenda constitucional de 28 de junho de 1993, o constituinte reformador [titular poder constituinte derivado reformador] criou uma base para a

construção de uma regulamentação comum europeia da garantia de proteção aos refugiados com o objetivo de [proceder a] uma divisão de encargos entre os Estados participantes de um tal sistema.

b) O constituinte é livre juridicamente também para a conformação e modificação de direitos fundamentais, desde que os limites do Art. 79 III GG não sejam atingidos, fornecendo ao Tribunal Constitucional Federal o [novo] parâmetro. O direito fundamental de asilo não está incluído no conteúdo da garantia prevista no Art. 1 I GG. O que é seu conteúdo e quais conseqüências dele resultam para o poder estatal alemão deve ser determinado autonomamente [pela discricionariedade do constituinte e não pelo conteúdo do Art. 1 I GG].

2. O Art. 16a II GG limita o campo de aplicação pessoal do direito fundamental ao asilo garantido como dantes pelo Art. 16a I GG. Quem chega de viagem vindo de um terceiro país que seja seguro na acepção do Art. 16a II 1 GG, não necessita, na República Federal da Alemanha, da proteção do direito fundamental garantido pelo Art. 16a I, já que ele poderia ter encontrado no terceiro país proteção contra perseguição política.

3. Os respectivos Estados membros da Comunidade Europeia são, por força da Constituição, imediatamente considerados terceiros Estados seguros.

4. a) A garantia de aplicação da Convenção de Genebra sobre Refugiados (*Genfer Flüchtlingskonvention* – GFK) e da Convenção Europeia para Direitos Humanos (*Europäische Menschenrechtskonvention* – EMRK), necessária para a definição por meio de lei (Art. 16a II 2 GG) dos terceiros Estados seguros, pressupõe especialmente que o Estado seja parte de ambas as convenções e que, segundo sua ordem jurídica, ele não possa deportar um estrangeiro ao Estado supostamente perseguidor, sem antes ter verificado se em tal lugar há para ele a ameaça de perseguição, na acepção do Art. 33 da GFK, ou de tortura ou de pena ou tratamento desumano ou cruel, na acepção do Art. 3 da EMRK.

b) Ao legislador cabe, na classificação de Estados como terceiros Estados seguros para a consecução do suporte fático, uma margem de ação [discricionariedade] na escolha dos meios de identificação. A escolha do legislador deve se mostrar como defensável [razoável].

5. a) O estrangeiro que tiver de ser reenviado ou levado de volta ao terceiro Estado não poderá exigir, em princípio, a proteção da República Federal da Alemanha contra

uma perseguição política ou demais violações graves em seu Estado de origem com o fundamento segundo o qual não existiria para ele segurança nesse terceiro Estado em questão, porque lá, no seu caso isolado, apesar da certeza normativa, as obrigações da Convenção de Genebra sobre Refugiados e da Convenção Européia para Direitos Humanos não seriam cumpridas. Desta forma, não é o caso de se afirmar a presença, também, de posições jurídicas materiais que, em correspondência ao objetivo perseguido pelo Art. 16a II GG, de certeza normativa quanto à segurança em terceiro Estado, lhe aproveitariam, uma vez que um estrangeiro pode também nelas se basear contra sua deportação.

b) A República Federal da Alemanha deve, todavia, outorgar a proteção quando impedimentos para a deportação segundo o § 51 I ou o § 53 da Lei do Estrangeiro (AuslG) forem fundamentados por circunstâncias que, em razão de sua peculiaridade, não poderiam ter sido consideradas preliminarmente já a partir da idéia constitucional da certeza normativa pela Constituição ou pela lei e, destarte, se encontrarem, desde o início, fora dos limites impostos à implementação de uma tal idéia por si mesma.

c) O estrangeiro somente poderá se valer de um exame sobre se excepcionalmente se contrapõem causas impeditivas ao indeferimento [do pedido de asilo] ou imediato reenvio ao terceiro Estado, quando, com base em determinados fatos, restar claro que ele fora atingido por um dos casos de exceção não contemplados pela idéia da certeza normativa. À apresentação desta tese devem ser colocadas exigências rigorosas³⁴¹.

6. a) O Art. 16a II 3 GG não se dirige somente ao legislador, mas também diretamente aos agentes administrativos e tribunais: remédios jurídicos contra medidas terminativas do direito de permanência não têm efeito suspensivo; pedidos dirigidos aos tribunais competentes com o objetivo de suspender provisoriamente a execução dessas medidas devem restar sem êxito.

b) O efeito de exclusão do Art. 16 II 3 GG não ultrapassa os limites estabelecidos para a idéia de certeza normativa.

³⁴¹ O TCF quer dizer que a alegação leviana deve ser, de plano (*a limine*), rechaçada e que, indiretamente, a tese em si deverá ser submetida ao mais rigoroso critério de procedência.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 14 de maio de 1996
com base na audiência realizada em 21, 22 e 23 de novembro
e 5 de dezembro de 1995
– 2 BvR 1938, 2315/93 –
(...)

RAZÕES:

A. I. – VI. (...)

B.

1. – 2. (...).

C.

I.

1. – 6. (...).

II.

A nova disciplina do direito fundamental de asilo no Art. 16a GG não viola os limites do Art. 79 III GG. O constituinte reformador atendeu também aos requisitos do Art. 79 I 1 GG.

1. a) O Art. 79 III GG proíbe emendas constitucionais pelas quais os preceitos previstos nos Art. 1 e 20 GG sejam atingidos. A isto não pertence apenas o princípio de observância e proteção da dignidade humana firmado no Art. 1 I GG. Também o reconhecimento, contido no Art. 1 II GG, dos direitos humanos invioláveis e inalienáveis enquanto fundamento da comunidade humana, da paz e da justiça adquire importância neste mister. Em conexão com a menção do Art. 1 III GG aos direitos fundamentais subseqüentes, as outorgas destes não são passíveis, em princípio, de uma limitação, na medida em que sejam imprescindíveis à manutenção de uma ordem correspondente aos Art. 1 I e II GG. Da mesma forma, devem ser respeitados elementos fundamentais do princípio do Estado social e do Estado de direito, que vêm expressos no Art. 20 I e III GG. Todavia, apesar de tudo, o Art. 79 III GG determina apenas que os princípios mencionados não sejam afetados. Mas ele não impede que o constituinte reformador modifique a característica juspositiva desses princípios por motivos racionalmente fundamentados (cf. BVerfGE 84, 90 [120 e seguinte]).

b) Como basicamente toda determinação da Constituição, também o direito fundamental de asilo se encontra à disposição do constituinte reformador (Art. 79 I 1, II

GG). O limite imposto ao constituinte reformador pelo Art. 79 III GG, segundo o qual os preceitos estabelecidos nos Art. 1 e 20 GG não poderiam ser atingidos, não restará violado [só] porque não se oferecerá proteção ao estrangeiro contra perseguição política por meio de uma garantia de direito fundamental. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal discorreu, para determinação do conceito de perseguição política do Art. 16 II 2 GG a.F. [*alte Fassung* = versão revogada], que na base do direito fundamental de asilo estaria a convicção determinada pela observância da inviolabilidade da dignidade humana, [e por isso] que nenhum Estado teria o direito de ameaçar ou violar a integridade física, a vida ou a liberdade pessoal devido apenas à convicção pessoal, orientação religiosa ou atributos indisponíveis da pessoa (cf. BVerfGE 80, 315 [333]; cf. também já em: BVerfGE 54, 341 [357]; 76, 143 [157 s.]). Disto não se pode, por sua vez, deduzir que o direito fundamental de asilo pertença ao conteúdo da garantia do Art. 1 I GG. O que é seu conteúdo e quais conseqüências dele resultam para o poder estatal alemão deve ser determinado autonomamente [pela discricionariedade do constituinte e não pelo conteúdo do Art. 1 I GG].

Se, portanto, o constituinte reformador não está impedido de suspender o direito de asilo como tal, conclui-se, sem mais, que a regra do Art. 16a GG – a qual reduz, por meio do Art. 16a II 1 e 2, o campo pessoal de validade do direito fundamental; limita, por meio do Art. 16a III, o conteúdo da garantia de cunho processual; modifica, por meio dos Art. 16a II 3 e IV, a garantia de acesso ao Judiciário do Art. 19 IV GG e, finalmente, cria uma base para a regulamentação, em toda a Europa, de proteção para refugiados por meio de tratados internacionais – não ultrapassa os limites de uma emenda constitucional permitida.

c) O Art. 16a II 3 GG contém uma regra especial para o procedimento de término da permanência [permitida] depois da entrada no país daquele vindo de um terceiro Estado seguro. Com isso, o Art. 19 IV GG foi modificado. Pode restar em aberto se os princípios estabelecidos pelo Art. 20 GG declaram como irrevogável (cf. BVerfGE 30, 1 [39 *et seq.*]) um princípio de Estado de direito de acesso individual ao Judiciário, o qual é concretizado pelo Art. 19 IV GG. Em todo caso, o Art. 16a II 3 não atinge um tal princípio. Isto vale principalmente em vista de que o estrangeiro, ainda que seja imediatamente reenviado ao terceiro Estado seguro sem prévio julgamento por uma outra instância de controle, a esta medida precederá, no entanto, com uma certeza normativa sobre a garantia de aplicação da Convenção de Genebra sobre Refugiados e da Convenção Européia para Direitos Humanos no terceiro Estado.

2. O mandamento do Art. 79 I 1 GG, de identificar a mudança constitucional – no presente caso a modificação do Art. 19 IV GG pelo Art. 16a II 3 GG – no próprio texto constitucional foi cumprido pela inserção do Art. 16a II 3 GG no texto da Constituição.

III.

1. – 2. (...).

D., E. (...)

(ass.) *Limbach, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*

§ 24.

Direito de petição (Art. 17 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 17 (Direito de petição)

Todos têm o direito de, individual ou coletivamente, apresentar por escrito petições com requerimentos ou reclamações às autoridades competentes e à representação popular.

**

§ 25.

Garantia da via judicial (Art. 19 IV GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 19 (Limitação dos direitos fundamentais, **Garantia da via judicial**)

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ¹Se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, poder-se-á valer da via judicial. ²Segue-se a via judicial ordinária, a não ser que uma outra competência seja prevista [para o caso]. ³Não se derroga o Art. 10 II 2.

99. BVERFG 10, 264

(VORSCHUSS FÜR GERICHTSKOSTEN)

Controle concreto

12/01/1960

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de uma Apresentação Judicial proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal Federal Administrativo, que considerou o Art. 24 II da Lei de Custas Processuais Bávara (KG) incompatível com os Art. 3 I e 19 IV GG. O referido dispositivo prescrevia a obrigatoriedade do **pagamento antecipado das custas processuais** (*Vorschuss für Gerichtskosten*), dentro do prazo de duas semanas, no caso de decisão parcial ou totalmente denegatória da assistência judiciária gratuita.

O TCF confirmou a constitucionalidade do Art. 24 II KG.

Uma norma segundo a qual pode ser exigido o adiantamento das custas judiciais no processo administrativo, tendo como consequência, em caso de não realização do pagamento antecipado, a aplicação à demanda da pena de deserção, é compatível com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 12 de janeiro de 1960

– 1BvL 17/59 –

(...)

RAZÕES

I. – II. (...)

III.

A apresentação judicial é admitida.

(...).

IV.

O Art. 24 KG é compatível com a *Grundgesetz*.

1. A importância do Art. 19 IV GG reside principalmente no fato de ele acabar com a “autocracia” do Poder Executivo na relação com os cidadãos; nenhum ato do Executivo que intervenha em direitos dos cidadãos pode ficar fora do controle judicial. A via judicial, quer dizer, o acesso ao Poder Judiciário, não se encontra todavia ilimitadamente “aberto”. Quando o Art. 19 IV GG garante aos cidadãos proteção jurídica integral em face do poder público, isto não quer dizer que todos os tradicionais princípios de direito processual que dificultam, de fato ou juridicamente, o acesso aos tribunais estejam [automaticamente] revogados. A maior parte desses princípios existe para garantir a segurança jurídica e o andamento organizado da jurisdição, servindo em sentido amplo, destarte, também à proteção jurídica do cidadão. Por isso, nunca foi questionado que o Art. 19 IV GG garante a via judicial somente nos limites da respectiva ordem processual vigente, de forma que o apelo ao Judiciário pode ser submetido ao cumprimento de determinados pressupostos formais, algo como o cumprimento de determinados prazos, da devida representação processual, etc. (BVerfGE 9, 194 [199 s.]). Somente se tais normas dificultassem o acesso aos tribunais

de maneira abusiva e racionalmente não mais justificável, elas seriam incompatíveis com o Art. 19 IV GG.

Desta forma, como antes, é evidentemente admissível que o Estado cobre custas pelo uso de seus tribunais. Tampouco se pode questionar constitucionalmente a forma tradicional da assistência judiciária gratuita, mesmo quando sua concessão for submetida a um exame das chances de êxito da demanda.

(...).

2. (...).

100. BVERFGGE 24, 33

(AKU-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

25/06/1968

MATÉRIA:

Os autores da Reclamação Constitucional são ex-acionistas alemães da “*Algemene Kunstzijde Unie N. V.*” (AKU), uma sociedade anônima criada com base no direito holandês e com sede na Holanda.

Ações da AKU que pertenciam a acionistas alemães foram desapropriadas durante a Segunda Guerra Mundial por um decreto holandês sobre o “patrimônio inimigo”, datado de 20 de outubro de 1944. Os reclamantes e outros acionistas alemães propuseram diversas ações contra a validade dessa desapropriação.

A Reclamação Constitucional volta-se contra tratados internacionais firmados entre a R.F.A. e a Holanda a respeito da recuperação das referidas ações. O TCF não admitiu a Reclamação Constitucional direta contra os dispositivos potencialmente inconstitucionais, por entender que seus pressupostos processuais não estavam presentes. O cerne da decisão reside sobre a interpretação do conceito de “poder público” do Art. 19 IV GG.

1. – 2. (...).

3. O Poder Legislativo não faz parte do “poder público” na acepção do Art. 19 IV GG.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 25 de junho de 1968
com base na audiência de 25 de março de 1968
– 2BvR 215/63 –
(...)

RAZÕES

A. I – III., B. (...)

C.

A Reclamação Constitucional não é admitida. (...).

I. (...)

II.

1. – 2. (...).

3. a) (...).

b) (...) o Poder Legislativo não faz parte do “poder público” na acepção [do conceito de poder público do] do Art. 19 IV GG. (...).

Até a entrada em vigor da *Grundgesetz*, considerava-se evidente, segundo o direito e a tradição constitucional alemães, que o cidadão não podia recorrer diretamente ao Judiciário com uma ação contra uma lei. Esse princípio deduzia-se da relação entre os três poderes estatais. (...).

(...). Se a *Grundgesetz* quisesse quebrar essa tradição e introduzir, por meio do Art. 19 IV GG, a possibilidade de uma ação do cidadão diretamente contra uma lei votada pelo parlamento em razão de lesão a seus direitos, ela o teria expressado de maneira clara. Segundo o Art. 20 III e 97 I GG, a lei é o fundamento da decisão judicial. Se devesse ser excepcionalmente seu objeto, isto deveria ser deduzido claramente de uma norma, que garantiria uma tal ação. O Art. 19 IV GG não contém uma regra clara a esse respeito. O exame jurisdicional-constitucional de leis em face de sua constitucionalidade é disciplinado pela *Grundgesetz*, acima de tudo, nos Art. 93 I, nº 2 e Art. 100 I GG. Essas regras devem ser vistas como conclusivas [regras que esgotam a matéria], não obstante a garantia da via judicial do Art. 19 IV GG existir em função da proteção de direitos individuais. Não se pode aceitar que - ao lado do exame jurisdicional-constitucional que está vinculado a determinados pressupostos e que, no caso do controle abstrato de normas, só pode ser provocado por determinados requerentes - qualquer cidadão deva poder recorrer à Justiça comum contra uma lei

sob a alegação de que esta viola seus direitos, ainda que se trate principalmente de exame sobre possíveis violações de direitos fundamentais. Finalmente, no caso de uma ação judicial direta contra uma lei, à decisão a ser prolatada sobre ela teria que ser atribuído o vínculo geral [efeito *erga omnes*]. O Tribunal deveria estar na posição de, se necessário, verificar a nulidade da lei. Uma decisão judicial cujo objeto é a validade de uma lei, não poderia limitar-se, dada a peculiaridade de um tal processo, a uma decisão com efeito de coisa julgada “inter partes”, nem se restringir à verificação de que uma lei, de resto, ainda válida, violasse direitos do autor da ação, não podendo mais ser aplicada em face dele. O Art. 19 IV serve, porém, claramente à proteção dos direitos individuais; não se pode deduzir da norma que é atribuído a cada cidadão o direito de, a partir do ensejo de uma violação a seus direitos, provocar uma decisão de tribunal comum com o efeito *erga omnes* sobre a validade de uma lei, como era possível no processo de ação popular em vigor devido a uma prescrição constitucional expressa, [qual seja,] o Art. 98 IV da Constituição da Baviera de 1946, uma Constituição que já estava em vigor durante os trabalhos do Conselho Parlamentar [*Parlamentarischer Rat* = Assembléia Constituinte].

(...)

III.

1. – 3.

4. Esta decisão foi prolatada com 4 votos a 3.

(ass.) *Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher*

101. BVERFG 35, 382

(AUSLÄNDERAUSWEISUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

18/07/1973

MATÉRIA:

Contra a não concessão do efeito suspensivo de seus recursos interpostos junto à Justiça administrativa, os dois reclamantes árabes ajuizaram suas respectivas Reclamações Constitucionais, aqui decididas conjuntamente. A não-concessão do efeito suspensivo autoriza a Administração à **extradição imediata de estrangeiros** (*Ausländerausweisung*) que não receberam o asilo requerido.

O TCF confirmou a constitucionalidade do dispositivo decisivo do § 10 I, nº 11 da Lei do Estrangeiro, porém julgou que o uso do poder discricionário da Administração e sua confirmação pela Justiça administrativa feriram o direito fundamental dos reclamantes do Art. 19 IV GG. Por isso, julgou procedente as Reclamações Constitucionais.

1. O § 10 I, nº 11 da Lei do Estrangeiro (*Ausländergesetz* – AuslG) não viola o princípio do Estado de direito.
2. A proteção jurídica outorgada no Art. 19 IV GG é válida, em toda sua extensão, também para estrangeiros.
3. Os pré-requisitos para a configuração do necessário interesse público para a execução imediata das medidas de extradição não devem, por causa da garantia de proteção jurídica da *Grundgesetz*, ser menos intensos do que os pré-requisitos para a configuração da motivação da extradição em si. Pelo contrário, deve haver um interesse público específico justamente na execução imediata.
4. Quando da devida ponderação entre o interesse público na imediata execução e o interesse particular do estrangeiro no prosseguimento de sua estadia no país, há de se considerar também que a imediata execução de uma medida de extradição pode impedir que o estrangeiro prossiga na defesa de sua pretensão jurídica em processo principal.
5. Uma vez ocorrendo a extradição, por meio da imediata execução de sua ordem antes de seu exame por órgão jurisdicional, existe, então, para os órgãos revisores da Administração e juízos e/ou tribunais administrativos, a obrigação de atuar no processo principal com a maior celeridade possível. De outro modo, uma ordem a princípio justificada de execução imediata pode tornar-se inconstitucional.
6. O Art. 6 I c.c. Art. 3 II GG impõe que se confrontem ao interesse público, na execução imediata de uma extradição, também os interesses próprios do cônjuge alemão.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1973
– 1 BvR 23, 155/73 –
(...)

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão em conjunto referem-se à proteção de direito fundamental de estrangeiros junto à imediata execução de uma medida de extradição e seu exame no processo previsto no § 80 III no Código Jurisdicional Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO).

I.

(...)

II.

Os reclamantes são estudantes árabes. Sua extradição está relacionada com as medidas administrativas tomadas contra árabes e organizações palestinas, que foram provocadas pelo atentado praticado em Munique, a 4 e 5 de setembro de 1972, por terroristas palestinos contra a equipe olímpica israelense. (...).

(...).

III. – V. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

I. – II. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

As decisões impugnadas violam os direitos fundamentais dos reclamantes previstos no Art. 2 I c.c., o princípio do Estado de direito, e com o Art. 19 IV GG, bem como, no caso do reclamante 2, seu direito fundamental previsto no Art. 6 I GG.

I.

O direito fundamental, previsto no Art. 2 I GG, ao livre desenvolvimento da personalidade, cabe, na República Federal da Alemanha, como direito humano geral,

também a estrangeiros. A limitação do direito fundamental à liberdade de trânsito aos alemães no território nacional (Art. 11 GG) não exclui a aplicação, também, do Art. 2 I GG à permanência de pessoas na República Federal da Alemanha (cf. BVerfGE 6, 32 [36]). A proteção daí resultante é garantida, porém, apenas dentro da moldura delineada pelo Art. 2 I GG, especialmente apenas nos limites da ordem constitucional. À ordem constitucional pertence toda norma jurídica que esteja formal e materialmente de acordo com a Constituição (cf. BVerfGE 6, 32 [37 s.]; cf. também BVerfGE 10, 89 [99]; 21, 54 [59]). O legislador é, por princípio, nesse sentido, competente para estabelecer regras sobre a permanência e a extradição de estrangeiros.

II.

1. Junto a tais regras, o legislador tem evidentemente que observar o princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 17, 306 [313 s.]; 19, 342 [348 s.]). Esse princípio exige, primeiramente, que intervenções estatais onerosas aos indivíduos devam ter um fundamento legal suficientemente claro e que, no mais, o princípio da proporcionalidade seja adequadamente observado. Não é necessário ser aqui decidido se todas as normas da Lei do Estrangeiro satisfazem tais exigências. Os dispositivos sobre as quais se baseiam as impugnadas medidas de extradição e as ordens para sua imediata execução não podem ser atacados sob esse ponto de vista. Isso vale, a despeito do entendimento dos reclamantes, também para o § 10 I, nº 1 AuslG. Como o governo federal de maneira procedente formulou, o conteúdo e o propósito desses dispositivos, principalmente a interpretação do conceito jurídico indeterminado “interesses relevantes da República Federal da Alemanha”, podem ser assaz verificados a partir de sua relação [sistemática] com o arrolamento de motivos de extradição, mais precisamente descritos no § 10 I, nº 1 ao 10 AuslG (...).

2. Uma vez que, em estando presentes os pressupostos fáticos dos tipos normativos encontrados nos números do § 10 I AuslG, a extradição não seja prescrita cogentemente, mas colocada no âmbito de discricionariedade da autoridade competente, as normas aplicadas pela Administração deixam, como bem enfatizado pelo governo federal, margem suficiente para que se leve em consideração, quando de sua aplicação no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, no qual o princípio do Estado de direito tem papel especialmente marcante (BVerfGE 17, 306 [314]). Segundo esse princípio

dotado de status constitucional (jurisprudência consolidada, cf. BVerfGE 19, 342 [348 s.]; 23, 127 [133], com maiores referências bibliográficas), intervenções na esfera privada somente serão admissíveis se e na medida em que forem indispensáveis à proteção de interesses públicos. Os meios escolhidos devem estar numa relação racional com o resultado pretendido. Assim, há de se ponderar, na aplicação dos suportes fáticos previstos no § 10 I AuslG, entre o interesse público particularmente protegido por cada prescrição e os interesses do estrangeiro atingido, ou seja, em face, por exemplo, das conseqüências da extradição para sua existência econômica, profissional, pessoal, especialmente para o casamento com uma mulher que não queira ou não possa seguir com ele para o exterior, assim como para outros vínculos sociais. (...).

III.

A exigência geral já decorrente do princípio do Estado de direito de uma proteção jurídica adequada contra violações de direitos pelo poder público é concretizada pela norma constitucional positiva do Art. 19 IV GG. Ela tem validade em toda sua extensão também para estrangeiros.

1. A proteção jurídica (cf. BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]), que é deste modo garantida de maneira abrangente e efetiva, torna-se ilusória quando os agentes administrativos implementam medidas irreparáveis antes de o Poder Judiciário [ter a oportunidade de] analisar sua legalidade. O efeito suspensivo (§ 80 I VwGO) do recurso administrativo e da ação perante tribunal administrativo, em regra prescrito, é uma configuração infraconstitucional adequada da garantia constitucional de proteção jurídica e “um princípio fundamental do Direito Processual Público” (BVerfGE 35, 263 [272]). Por outro lado, o Art. 19 IV GG não garante em absoluto o efeito suspensivo dos remédios jurídicos no processo administrativo (cf. BVerfGE 11, 232 [233]; 35, 263 [274]). Interesses públicos preponderantes podem justificar retroceder provisoriamente a pretensão à proteção jurídica do titular do direito fundamental, a fim de introduzir a tempo medidas inadiáveis no interesse do bem comum. Isto deve, porém, permanecer uma exceção. Uma prática administrativa que invertesse essa relação entre regra e exceção, na qual, por exemplo, atos administrativos do tipo em questão fossem declarados indistintamente como

imediatamente executáveis e uma jurisprudência que aprovasse tal praxe, não seriam compatíveis com a Constituição.

Para a imediata execução de um ato administrativo é, por isso, exigido um interesse público especial, que vá além daquele interesse que justifica o próprio ato administrativo. Ainda que não se possa determinar em termos gerais, mas somente no caso concreto, quando a pretensão do indivíduo à proteção jurídica deve excepcionalmente ser preterida em prol dos interesses públicos e quando é defeso ao executivo, por força do Art. 19 IV GG, antecipar-se ao controle judicial de suas medidas, deriva-se, no entanto, o seguinte do propósito da garantia de proteção jurídica e do princípio constitucional da proporcionalidade: A pretensão do cidadão à segurança jurídica será tão mais forte, devendo por isso ser menos preterida, quanto mais grave for para ele o ônus imposto e quanto mais irreversíveis forem as medidas da Administração.

2. A fundamentação das decisões atacadas não permite que se reconheça que os tribunais administrativos tenham cumprido sua obrigação de exame na extensão [supra] apresentada.

(...).

(...) as exigências do necessário interesse público para a execução imediata não devem, em vista da garantia à proteção jurídica prevista na *Grundgesetz*, ser menos rigorosas do que as exigências de razões para a própria extradição. Ao contrário, necessário se faz justamente um interesse público especial na execução imediata. Deve haver uma preocupação fundamentada de que a ameaça advinda com o estrangeiro e combatida com a extradição se realizaria no interregno até a decisão judicial sobre a legalidade da ordem (administrativa) de extradição. A suspeita geral de prejuízo a interesses relevantes da República Federal da Alemanha não basta para a extradição.

3. Das decisões impugnadas também não se pode satisfatoriamente depreender que os graves e irreparáveis prejuízos que resulta[ria]m para os reclamantes da execução imediata da ordem de extradição, foram devidamente analisados em toda a sua extensão.

a) – b) (...).

c) Tendo em vista o direito fundamental de proteção jurídica previsto no Art. 19 IV GG, há de se considerar finalmente que a execução imediata de uma ordem de extradição prejudica o estrangeiro, nos casos do tipo ora apresentado, em

seu direito de defesa, especialmente quando o impede, no processo principal, de exercer seu direito processual ao depoimento pessoal perante o Tribunal Administrativo. (...).

IV.

Finalmente, as decisões impugnadas, no caso do reclamante 2, que é casado com uma mulher detentora da nacionalidade alemã, não apreciaram suficientemente a extensão da área de proteção do direito fundamental que compete a ambos os cônjuges por força do Art. 6 I GG. O Tribunal Administrativo até reconheceu que o casamento do reclamante estaria sujeito a graves ônus em razão da execução imediata. Todavia, ele parte, sem maior fundamentação, provavelmente da tese de que se poderia esperar da mulher, sem considerar seus outros vínculos, que esta siga com o reclamante para o exterior, mesmo já antes de uma decisão definitiva sobre sua permanência na República Federal. Isso não corresponde ao entendimento atual do significado da garantia constitucional prevista no Art. 6 I GG, que, em conexão com o Art. 3 II GG, garante a proteção do casamento enquanto sociedade composta por parceiros detentores de iguais direitos (...). A extradição do cônjuge estrangeiro força o cônjuge alemão ou a renunciar à sua terra natal, a fim de manter seu casamento, ou a aceitar o fim da sociedade conjugal, a fim de permanecer em sua terra natal. Esse constrangimento pode ameaçar o casamento atingido. Disso não resulta que o casamento com um parceiro que detenha a nacionalidade alemã proteja por excelência [em todos os casos] contra uma extradição. No entanto, junto à devida ponderação, também o interesse próprio do cônjuge alemão deve ser *ex officio* confrontado ao interesse público da Administração na execução imediata da extradição.

V.

(...)

(ass.) *Benda, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon*

102. BVERFGE 37, 150

(SOFORTIGER STRAFVOLLZUG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 24/04/1974

MATÉRIA:

As Reclamações Constitucionais de dois presidiários contra a aplicação imediata de pena, sofrida por delito praticado dentro da instituição prisional, foram julgadas improcedentes pelo TCF, pois não representam uma violação do Art. 19 IV GG.

1. (...).
2. Não há, com efeito, ofensa ao Art. 19 IV GG quando o legislador, no campo do processo penal e da execução penal, previu a execução imediata como regra e a suspensão da execução como exceção. Todavia, deve ser garantido que o atingido possa imediatamente provocar uma decisão judicial sobre se prevalece, no caso concreto, o interesse público à execução imediata ou, por outro lado, o interesse do indivíduo à suspensão da execução até que a legalidade da medida seja examinada [judicialmente].

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 24 de abril de 1974,
de acordo com o § 24 da Lei do Tribunal Federal Constitucional
(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG)
- 2 BvR 236, 245, 308/74 -
(...)**

RAZÕES

I.

1. – 2. (...).

II.

(...).

O Art. 19 IV GG garante não somente o direito formal e a possibilidade teórica de se recorrer ao Poder Judiciário, mas também estabelece em favor do cidadão uma pretensão ao controle judicial efetivo e eficaz. A partir dessa garantia constitucional segue, ao mesmo tempo, o mandamento constitucional de se impedir, tanto quanto possível, que, por meio da execução imediata de uma medida estatal do peso de uma

pena privativa de liberdade, por exemplo, sejam criadas circunstâncias que não possam mais ser desfeitas, ainda que a medida seja depois, em sede controle judicial, considerada ilegal (cf. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401 s.]).

Não há ofensa ao Art. 19 IV GG quando o legislador, no campo do processo penal e da execução penal – ao contrário das regras válidas para a impugnação de atos administrativos no processo administrativo (§ 80 VwGO) – previu a execução imediata como regra e a suspensão da execução como exceção, porque ele viu, por princípio, como necessária a execução imediata de medidas ordenadas em razão de interesse público prevalecente. Todavia, deve ser garantido que o atingido possa imediatamente provocar uma decisão judicial sobre se prevalece, no caso concreto, o interesse público à execução imediata ou, do outro lado, o interesse do indivíduo à suspensão da execução até que a legalidade da medida seja examinada [judicialmente]. Junto a esta ponderação, a pretensão do cidadão à proteção jurídica ganha um peso tanto maior quanto mais grave for o ônus imposto e quanto mais irreversível for a medida efetivada pelo Executivo (BVerfGE 35, 382 [402]).

(...).

(ass.) *Seuffert, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Dr. Rottmann*

103. BVERFGE 84, 34

(GERICHTLICHE PRÜFUNGSKONTROLLE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 17/04/1991

MATÉRIA:

As duas Reclamações Constitucionais, julgadas conjuntamente na presente decisão, foram movidas por formandos em direito contra suas respectivas avaliações orais, em seus exames de Estado (respectivamente segundo e primeiro exame de Estado)³⁴² e suas confirmações judiciais em sede de **controle judicial de exame** (*gerichtliche Prüfungskontrolle*). O TCF admitiu as Reclamações Constitucionais, mas, no mérito, julgou-as improcedentes, porque não enxergou nas decisões

³⁴² O Primeiro Exame de Estado (*Erstes Staatsexamen*) fecha a formação acadêmica, enquanto o Segundo Exame de Estado habilita o aprovado a ser *Assessor* ou *Volljurist*, qualificação necessária à investidura de magistrado e de todas as demais carreiras jurídicas.

judiciais nenhuma violação de direito fundamental, principalmente nenhum ferimento de sua margem discricionária, ou seja, os tribunais ordinários observaram o disposto no Art. 19 IV GG.

1. De acordo com o Art. 12 I GG, os procedimentos de concurso para seleção profissional devem ser organizados de tal forma que o direito fundamental à liberdade de profissão seja efetivamente protegido. Os candidatos devem, portanto, ter o direito de efetivamente levantar objeções contra sua nota final. Porém, o acesso a uma segunda instância administrativa para a reavaliação completa dos polêmicos desempenhos no exame não é devido.
2. A jurisprudência dos tribunais administrativos em relação à margem de avaliação das bancas públicas de avaliação somente será compatível com o Art. 19 IV GG quando se tratar de julgamentos específicos à matéria examinada. De outra feita, divergências de opinião técnica entre examinador e candidato não são, em geral, isentas de controle judicial.
3. Do Art. 12 I GG deriva-se, para os exames de aptidão profissional [de habilitação ou ingresso em carreira fiscalizadas pelo poder público], o princípio geral de avaliação, segundo o qual uma solução defensável e fundamentada com argumentos consistentes não pode ser julgada como errada.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado em 17 de abril de 1991

– 1 BvR 419/81 e 213/83 –

(...)

RAZÕES

A.

Os reclamantes voltam-se contra avaliações de seus exames consideradas por eles como errôneas. Eles contestam, sobretudo, que essas avaliações foram analisadas apenas de forma limitada no recurso administrativo e nos subseqüentes processos judiciais administrativos.

I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas, mas improcedentes.

I.

(...)

II.

(...)

1. (...).

(...). Se a decisão administrativa impugnada se baseia na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, a concretização destes é, pois, fundamentalmente matéria dos tribunais que devem reexaminar ilimitadamente a aplicação normativa pela Administração. As regras sobre o controle limitado das medidas da Administração não valem para a interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados³⁴³ (cf. BVerfGE 7, 129 [154]; 64, 261 [279]).

Conceitos jurídicos indeterminados podem, todavia, em razão da sua grande complexidade ou da dinâmica especial da matéria regulamentada, ser tão vagos e sua concretização na interpretação da decisão administrativa ser tão difícil, que o controle judicial esbarre nos limites funcionais do Judiciário. À autoridade administrativa aplicadora da lei é garantido, em tais casos, sem ofensa ao princípio do Estado de direito, um espaço delimitado de liberdade de decisão (cf. BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; *Schmidt-Aâmann* em: Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 IV, comentário n. 184 com maiores referências bibliográficas). Essa questão não requer, porém, aqui [em face do presente caso], maiores esclarecimentos. Para a avaliação de exames para admissão profissional, como aqueles que formam o objeto das decisões atacadas, existem, no entanto, peculiaridades.

2. Concursos públicos que limitam o acesso a profissões acadêmicas implicam em avaliações difíceis que devem ser feitas de acordo com a igualdade de chances de todos os candidatos (Art. 3 I GG) em todas as fases do procedimento do concurso que não podem ser reproduzidas isoladamente, sem mais, em subseqüentes litígios administrativos provocados por alguns candidatos (a). Disso resulta uma margem de avaliação própria do direito de concurso [no sentido objetivo, posto, sistema normativo] (b). Esta é, porém, limitada a avaliações específicas dos conhecimentos avaliados, não

³⁴³ Nestes casos; vale o controle amplo, porque conceitos indeterminados devem ser interpretados sempre à luz da Constituição e, sobretudo, dos direitos fundamentais, segundo a teoria da irradiação dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*); e suas conseqüências para a eficácia dos direitos fundamentais em face dos órgãos da Administração e do próprio Judiciário.

se estendendo, também, a todas as questões técnicas, que constituam o objeto do exame (c).

a) A avaliação dos desempenhos num exame para admissão profissional é uma decisão juridicamente vinculada do examinador. Esta é, como intervenção na liberdade de escolha da profissão, segundo o Art. 12 I GG, somente admissível com base em uma lei e nos limites da proporcionalidade. (...). Apesar desse grande significado prático e relevância constitucional do resultado do exame, os critérios de avaliação são determinados na lei de maneira tão somente inexata. Já o modo de definição de tarefas é limitado tematicamente somente superficialmente em todos os regulamentos para a formação em carreiras jurídicas. Os níveis previstos de notas variam entre “insuficiente” e “muito bom” – divididos respectivamente em notas intermediárias segundo o valor da pontuação – e são definidos, não de forma determinada, mas indicados apenas de forma bem geral (...).

A força diretiva desses dados legais é limitada. (...).

(...) Vem à pauta uma circunstância decisiva: Os examinadores têm que partir, em sua avaliação, de estimativas e experiências que eles desenvolveram no decorrer de sua práxis em exames semelhantes e que geralmente utilizam. As definições de notas dos Regulamentos de Exames, exigem-nas expressamente, na medida em que tomam como critério os desempenhos regulares [para definir a escala de predicados, n. org]. Mas também o limite da aprovação/reprovação, ou seja a medida de aferição de desempenhos insuficientes, não pode ser determinado de maneira rígida sem se considerar resultados regulares [ou medianos] (...). Disso resulta que as notas dos exames não devem ser vistas isoladamente, mas aferidas em um sistema co-relacional, o que é influenciado pelas experiências pessoais e idéias dos examinadores. No processo administrativo referente a um único candidato, o tribunal não poderia – também com a ajuda de um expert – recuperar [reconstruir] os critérios de avaliação que foram decisivos para o total dos demais candidatos, de forma a aplicá-los a uma situação de exame precariamente reconstruída. O tribunal precisaria desenvolver critérios próprios de avaliação, colocando-os no lugar daqueles dos examinadores.

b) No caso, não se trata apenas de dificuldades práticas da aplicação do direito, mas também, principalmente, de um problema constitucional. Segundo o princípio da igualdade de chances que rege o direito relativo aos exames (BVerfGE 37, 342 [352 s.]; 79, 212 [218]), devem ser válidos para os candidatos semelhantes [concorrentes] condições de prova e critérios de avaliação que sejam tão semelhantes

quanto possível. Seria incompatível com esse princípio se candidatos individuais obtivessem a chance de receberem uma avaliação independente de um contexto de comparação, só porque ensinaram um processo jurisdicional administrativo. A avaliação uniforme de todos os candidatos semelhantes [concorrentes] seria profundamente atingida. Uma tal avaliação uniforme é somente possível se for assegurado à autoridade examinadora, junto às avaliações específicas do exame, uma margem de decisão [uma certa discricionariedade], sendo o controle judicial, neste ponto, limitado.

(...).

c) Os limites da margem de avaliação do direito relativo a concursos públicos [de habilitação profissional] resultam de sua legitimação constitucional. Eles definem, ao mesmo tempo, a extensão do controle jurisdicional administrativo previsto pelo Art. 19 IV GG. Apenas avaliações específicas de exame – ligadas multilateral e indissociavelmente a decisões técnicas – são deixadas ao critério da competência final de decisão da autoridade pública examinadora. Porém, também a resposta de tais questões da avaliação não é isenta de quaisquer controles. A margem de avaliação tem limites, cuja observância é, em vista do Art. 19 IV GG, passível de revisão judicial. O controle que resta na competência dos tribunais precisa, no caso de exames para habilitação profissional, ser direcionado a um propósito, adequado e proporcional (cf. BVerfGE 60, 253 [269]).

Segundo a jurisprudência dos tribunais administrativos, a qual é seguida também pelas decisões impugnadas, a margem de avaliação será extrapolada, fazendo-se necessária uma correção judicial, quando as autoridades públicas examinadoras cometerem erros procedimentais, desconhecereem o direito aplicável, se basearem em fatos equivocados, violarem parâmetros de avaliação geralmente válidos ou se orientarem por considerações estranhas à matéria [irracionais] (...). Assim, não deve existir, portanto, princípio de avaliação em geral válido que proíba julgar o correto como errôneo e posições defensáveis como indefensáveis (BVerwG, Buchholz 421.0, nº 121, p. 195; Seebass, *op. cit.*, p. 527). O controle residual da arbitrariedade, de acordo com o que foi dito, limita-se apenas a casos extremos, nos quais uma avaliação também seja possível sem que se aprofunde em considerações técnicas específicas. Somente quando a avaliação se fundar “em um erro tão evidente e fora de qualquer contexto razoável do ponto de vista técnico-científico”, de tal sorte “que seu resultado se revele ao juiz como inteiramente insustentável”, deverão ser os limites da arbitrariedade considerados ultrapassados (BVerwG, *Buchholz* 421.0, n. 121, p. 195).

Uma parcimônia assim tão ampla do controle judicial não será, em todo caso, compatível com o Art. 19 IV GG, se se tratar de exames que restrinjam o acesso à profissão (...).

(...). Um erro arbitrário de avaliação deve (...) já ser reconhecido quando ele aparecer como indefensável por experts. Ainda que isso possa ser feito por tribunal somente com ajuda especializada, tais dificuldades práticas não são, todavia, razão suficiente para limitar a proteção jurídica garantida pelo Art. 19 IV GG.

(...).

3. (...).

III.

(...)

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*

TERCEIRA PARTE

Direito Constitucional Material II
(Direito de Organização do Estado)

§ 26.

Princípios constitucionais do Estado I: Ordem federativa (Art. 20 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 20 (Princípios do Estado)

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado **federal** democrático e social.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

104. BVERFG 12, 205

(1. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle abstrato

28/02/1961

MATÉRIA³⁴⁴ :

Trata-se da questão de se saber se o governo federal, com a fundação da “*Deutschland-Fernsehen-GmbH*” (Emissora de Televisão Alemã Ltda.), em 25 de julho de 1960, e com outras medidas na área da televisão, violou os Art. 5 e Art. 30 c.c. Art. 87 III GG, bem como o dever de se comportar com lealdade ao princípio federativo (*bundesfreundliches Verhalten*).

³⁴⁴ Cf. já acima, **Decisão nº 53**.

Os dois processos aqui decididos (controle abstrato e lide entre União e Estados-membros) tinham como objeto parte do ordenamento jurídico da radiodifusão vigente à época. Trata-se da primeira de pelo menos 8 decisões fundamentais sobre a radiodifusão³⁴⁵ que se sucederiam (**1ª Decisão da Radiodifusão = 1. Rundfunkentscheidung**).

O controle abstrato era relativo à lei de anuência da Cidade-Estado de *Hamburg* (unidade da federação) ao § 3 do Contrato Estatal (*Staatsvertrag*) de 16 de fevereiro de 1955 sobre a NDR (*Norddeutscher Rundfunk*), a Empresa de Radiodifusão setentrional alemã. O dispositivo em pauta entregava à NDR o monopólio das produções de programações de radiodifusão e, ao mesmo tempo, o monopólio sobre a criação e administração de equipamentos de transmissão nas unidades da federação (*Länder*) *Niedersachsen, Schleswig-Holstein* e *Hamburg*.

No litígio entre a União e Estados-membros, vários Estados questionaram o fato de o Governo Federal ter criado, em 25 de junho de 1960, a *Deutschland-Fernsehen-GmbH*, que deveria gerenciar um segundo canal de televisão de alcance nacional, ao lado da ARD, a “*Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland*”.

O TCF declarou o § 3 do Contrato Estatal como nulo, até o ponto em que previa um monopólio da técnica de transmissão da NDR e verificou a inconstitucionalidade da fundação da *Deutschland-Fernsehen-GmbH*.

1. – 10. (...).

³⁴⁵ Quais sejam: BVerfGE 31, 314 – 2. *Rundfunkentscheidung*, 57, 295 (**Decisão 54.**)– 3. *Rundfunkentscheidung*, 73, 118 – 4. *Rundfunkentscheidung*, 74, 297 – 5. *Rundfunkentscheidung*, 83, 238 – 6. *Rundfunkentscheidung*. Quanto aos respectivos objetos das decisões, cf. no final da síntese da matéria da presente decisão.

**Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de fevereiro de 1961
com base na audiência de 28, 29 e 30 de novembro de 1960
– 2 BvG 1, 2/60 –
(...)**

RAZÕES

A. – I.

II. (...)

III.

(...)

1. (...).

2. (...).

3. a) Em 25 de julho de 1960, foi fundada pela República Federativa Alemã, representada pelo Chanceler Federal e pelo Ministro Federal *Schäffer*, a “*Deutschland-Fernsehen-GmbH*” (sociedade), com sede em Colônia. (...).

(...).

b) A missão da sociedade é “a criação de programas de televisão e radiodifusão, que devem transmitir, em toda a Alemanha e no exterior, aos telespectadores e ouvintes, uma abrangente imagem da Alemanha” (§ 2 do Estatuto). (...).

c) (...).

B. I. – III. (...)

C. I. – II. (...)

D.

(...)

I. – VI. (...)

E. – I.

1. – 6. (...).

II.

No Estado federal alemão, toda a relação constitucional entre o Estado como um todo e seus membros, bem como a relação constitucional entre seus membros [entre si], é regida pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da União e dos Estados-membros, de comportamento leal ao princípio federativo (cf. *Smend, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* – Direito

constitucional não escrito no Estado federal monárquico, em homenagem a *Otto Mayer*, 1916, p. 247 *et seq.*). O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu, a partir disso, uma série de deveres jurídicos concretos. No contexto das considerações acerca da constitucionalidade da denominada cooperação financeira horizontal [por meio da repartição de receitas tributárias], encontra-se a seguinte proposição: “O princípio do Estado federal fundamenta segundo sua essência, não apenas direitos, mas também obrigações. Uma dessas obrigações estabelece que os Estados federados financeiramente mais fortes devem prestar ajuda, dentro de determinados limites, aos Estados federados mais fracos” (BVerfGE 1, 117 [131]). O princípio constitucional pode, além disso, fundamentar, em casos nos quais a lei exige um entendimento entre a União e os Estados-membros, um maior dever de cooperação entre todos eles, fazendo com que uma [eventual] contestação unilateral estranha ao princípio e contrária a um entendimento multilateral [dos demais membros da federação] não seja considerada juridicamente (BVerfGE 1, 299 [315 s.]). Esse limite jurídico baseado na idéia de fidelidade federativa torna-se ainda mais forte quando do exercício de competências legislativas: “Se os efeitos de uma regulamentação jurídica não estão limitados à área de um Estado-membro, o legislador estadual deve, então, levar em consideração os interesses da União e dos demais Estados-membros” (BVerfGE 4, 115 [140]). Do princípio constitucional do dever de comportamento fiel à federação resulta ainda o dever dos Estados-membros de respeitar os tratados internacionais celebrados pela União (BVerfGE 6, 309 255 [328, 361 s.]). Em certas circunstâncias, um Estado-membro pode, finalmente, atendendo ao seu dever de lealdade federal, ser obrigado a tomar providências, por intermédio de seu poder de fiscalização municipal, no sentido de agir contra municípios que, por meio de suas medidas, interfiram numa competência exclusiva da União (BVerfGE 8, 122 [138 *et seq.*]). Também com o exercício das competências da União na área da radiodifusão, como exposto acima, o preceito do comportamento leal à federação tem um significado fundamental.

A jurisprudência até aqui revela que a partir desse preceito se desenvolveram tanto deveres concretos dos Estados-membros em face da União e da União em face dos Estados-membros, que vão além dos deveres expressamente normatizados na Constituição federal, quanto [também] limites concretos no exercício de competências atribuídas à União e aos Estados-membros pela Grundgesetz.

O presente caso dá ainda ensejo ao desenvolvimento de um outro lado do princípio constitucional do dever de comportamento leal à federação. Também o

procedimento e o estilo das negociações tornadas necessárias entre a União e seus membros e entre os Estados-membros [entre si] na vida constitucional encontram-se sob o mandamento do comportamento leal à federação. Na República Federal da Alemanha, todos os Estados-membros têm o mesmo status constitucional. Eles são todos Estados que, no relacionamento com a União, têm direito a um tratamento igual. Onde quer que a União se esforce no sentido de buscar um entendimento constitucionalmente relevante em questões da vida constitucional nas quais todos os Estados-membros tenham interesse e sejam parte, este dever de comportamento leal à federação proíbe-a de agir segundo o princípio *divide et impera*, ou seja, de partir de uma separação entre Estados-membros, buscar acordo com apenas alguns deles, colocando os demais sob coação do ingresso.

Aquele princípio proíbe também que o governo federal, em negociações que digam respeito a todos os Estados-membros, trate diferentemente os governos dos Estados-membros de acordo com sua orientação político-partidária, especialmente que consulte, para deliberações politicamente decisivas, somente representantes de governos estaduais próximos do ponto de vista político-partidário, excluindo delas governos estaduais associados à oposição ao governo federal. Em casos do tipo ora discutido, é bom direito dos políticos pertencentes a *um* partido na União e nos Estados-membros, primeiramente esclarecer suas idéias em discussões políticas para a solução dos problemas de interesse da União e dos Estados-membros, entendendo-se uns com os outros também durante as discussões entre a União e os Estados-membros sobre os próximos passos a serem tomados. As necessárias discussões entre a União e os Estados-membros, ou seja, entre os governos e seus porta-vozes, devem, porém, corresponder aos princípios apresentados acima.

(...).

III.

(...)

A fundação e existência da *Deutschland-Fernsehen-GmbH* violam, portanto, o Art. 5 GG.

§ 27.

Princípios constitucionais do Estado II: Estado social (Art. 20 I GG)

Artigo 20 (Princípios do Estado)

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e **social**.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

105. BVERFG 40, 121

(WAISENRENTE II)

Controle concreto

18/06/1975

MATÉRIA:

A Apresentação Judicial é fundamentada na convicção do Tribunal Estadual de *Hamburg* a respeito da inconstitucionalidade da disciplina legal da previdência de empregados, segundo a qual os filhos de um aposentado assegurado receberiam a **pensão de órfãos** (*Waisenrente*) só até o 25º ano de vida, mesmo que estes não sejam capazes de se manter, devido a uma deficiência física ou mental. O TCF admitiu a Apresentação Judicial, mas, no mérito, confirmou a constitucionalidade do questionado § 44 II da Lei da Aposentadoria de Empregados Privados.

É compatível com a *Grundgesetz* que órfãos, que não possam, em razão de deficiência física ou mental, se auto-sustentar, recebam do Seguro de Empregados Privados pensão de órfão apenas até completarem 25 anos de idade (§ 44, 2 AVG).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 18 de junho de 1975

- 1 BvL 4/74 -

(...)

RAZÕES

(...)

A. – I. – III. (...)

B. – I. – II. (...)

C.

A apresentação é admitida. No mérito, a concepção do tribunal apresentante não pode, todavia, ser seguida. (...).

I.

A regra impugnada não viola o Art. 6. I GG.

(...).

II.

A regra a ser examinada do § 44 AVG não viola nem o princípio geral da igualdade nem o princípio do Estado social.

Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de

se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente pré-definindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.

Uma violação dos princípios constitucionais do Art. 3 I e Art. 20 I GG somente estará presente, primeiramente, se a ajuda outorgada a deficientes não corresponder aos requisitos da justiça social, seja porque o grupo de pessoas do qual faz parte o titular esteja limitado de maneira irracional, seja porque, em se observando todo o espectro, se revela que a proteção social de um grupo relevante fora negligenciada. Este não é, aqui, o caso.

III. – IV. (...)

(ass.) Dr. *Benda*, *Ritterspach*, Dr. *Haager*, *Rupp-v. Brünneck*,
Dr. *Böhmer*, Dr. *Faller*, Dr. *Brox*, Dr. *Simon*

106. BVERFG 59, 231

(FREIE MITARBEITER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 13/01/1982

MATÉRIA:

Objeto das Reclamações Constitucionais, nesse caso decididas conjuntamente, é a definição do significado do Art. 5 I 2 GG (liberdade de radiodifusão) em face da jurisprudência trabalhista, que considera **trabalhadores**, até então considerados **autônomos** (*free lancer – freie Mitarbeiter*), como empregados de empresas de radiodifusão, no caso especificamente da Empresa de Radiodifusão Alemã Ocidental (*Westdeutscher Rundfunk*).

Em vários processos originários trabalhistas, que ensejaram finalmente as Reclamações Constitucionais da Empresa de Radiodifusão Alemã Ocidental, os autores, “autônomos” que prestavam serviços periódicos a ela, buscavam o reconhecimento de

uma relação de emprego e de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Contra o julgamento de procedência de tribunais trabalhistas e em última instância do Tribunal Trabalhista Federal (*Bundesarbeitsgericht* – BAG), o reclamante afirmou violação de seus direitos fundamentais dos Art. 5 I 2, 9 III GG (associação profissional) e 2 I GG (liberdade geral de ação). O TCF admitiu as Reclamações Constitucionais somente em face do Art. 5 I 2 GG e julgou a maioria procedente, revogando as decisões dos tribunais trabalhistas.

O pequeno excerto, abaixo reproduzido, define o não-caráter do princípio do Estado social como uma limitação do direito fundamental de radiodifusão, decorrente diretamente da *Grundgesetz*.

(...)

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de janeiro de 1982

(...)

RAZÕES

A. I. – V., B. I – II. (...)

C.

I.

II.

1. (...).

2. (...).

a) Esses limites não resultam diretamente da Constituição.

aa) (...).

bb) (...).

O princípio do Estado social pode tornar-se relevante para a interpretação de direitos fundamentais, assim como para a interpretação e a avaliação constitucional de – segundo a medida de uma reserva legal – leis que limitem direitos fundamentais. Ele não é, porém, adequado para limitar direitos fundamentais sem maiores concretizações pelo legislador, ou seja, diretamente. Ele fundamenta o dever do Estado, de estabelecer uma ordem social justa (cf. por exemplo: BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 s.]). Na realização desse dever, é atribuída ao legislador uma ampla margem de conformação (BVerfGE 18, 257 [275]; 29, 221 [235]). O princípio do Estado social impõe, portanto, ao Estado uma tarefa, mas

nada diz sobre como essa tarefa deve ser concretamente realizada: Se isso fosse diferente, então o princípio estaria em contradição com o princípio democrático, [pois] a ordem democrática da *Grundgesetz* seria, enquanto ordem de um processo político livre, substancialmente limitada e reduzida se fosse imposta à formação da vontade política uma tal e não outra forma de cumprir a obrigação constitucional [relativa à realização do princípio do Estado social]. Por causa dessa abertura, o princípio do Estado social não pode determinar limites diretos aos direitos fundamentais. (...).

b) (...).

3. (...).

III. – IV. (...)

(ass.) *Opinião divergente do Juiz Heußner sobre a fundamentação da decisão (Beschluss) do Primeiro Senado de 13 de janeiro de 1982 - 1 BvR 848/77 e outros -*

1. – 2. (...).

(ass.) *Heußner*

107. BVERFGE 100, 271

(LOHNABSTANDSKLAUSEL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

27/04/1999

MATÉRIA:

O sindicato da indústria metalúrgica alemã ajuizou uma Reclamação Constitucional direta contra o § 275 II c.c. § 265 I 1 SGB III (Código de Direito Social, Livro Terceiro), por entender que a **cláusula de renúncia salarial** (*Lohnabstandsklausel*) nele contida, enfraquecia sua posição negocial junto ao fechamento de convenções coletivas e que, portanto, violava seu direito fundamental à associação profissional (sindical) do Art. 9 III GG.

O TCF reconheceu uma intervenção na área de proteção do direito fundamental do Art. 9 III GG, mas a considerou justificada constitucionalmente. Por isso, julgou improcedente a Reclamação Constitucional e confirmou a constitucionalidade do dispositivo impugnado.

1. Normas jurídicas que temporariamente ligam subsídio para iniciativas de criação de postos de trabalho a acordo de pagamento abaixo do piso salarial (cláusula de renúncia salarial) ainda que representem uma intervenção na autonomia das convenções coletivas de associações [sindicais] de empregados, podem ser justificadas pela criação de postos de trabalho adicionais em tempos de alta taxa de desemprego.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 27 de abril de 1999

(...)

Dispositivo

As Reclamações Constitucionais são julgadas improcedentes.

RAZÕES:

A.

As Reclamações Constitucionais referem-se à compatibilidade de dispositivos legais sobre pagamento (cláusula de renúncia salarial) em determinadas iniciativas de criação de postos de trabalho. O sindicato reclamante – Sindicato da Indústria de Metais – vê violada, por esses dispositivos, sua autonomia de convenções coletivas.

I.

São objetos da Reclamação Constitucional o § 275 II c.c. § 265 I 1 SGB III (*Sozialgesetzbuch, Drittes Buch* – Código de Direito Social, Livro Terceiro), assim como normas procedimentais da Lei de Fomento ao Trabalho (*Arbeitsförderungsgesetz* – AFB), que permanecem parcialmente em vigor.

1. O § 275 II SGB III disciplina o valor de um subsídio da Secretaria Federal do Trabalho para iniciativas de criação de postos de trabalho, (...). É fomentado o emprego daqueles desempregados com maior dificuldade em conseguir emprego. (...). O subsídio somente será pago em seu valor total se o salário estipulado não for superior a 80% do piso salarial fixado em convenção coletiva para atividades semelhantes no livre mercado de trabalho. (...).

2. – 3. (...)

II.

Com sua Reclamação Constitucional, a reclamante alega uma violação dos Art. 9 III e Art. 3 I GG pelas cláusulas de renúncia salarial previstas nas normas

mencionadas. Ela teria que observar o limite superior fixado nas negociações com empregadores sobre a conclusão de convenções coletivas para empregados em vagas de programas de criação de empregos, caso ela quisesse alcançar a conclusão da convenção coletiva. Sua posição nas negociações de uma convenção coletiva torna-se, dessa forma, enfraquecida. Por isso, ela é, pelas regras em questão, direta e atualmente afetada.

(...).

III.

1. – 5. (...).

B. – I.

(...)

II.

As Reclamações Constitucionais são, até o ponto em que foram admitidas, improcedentes³⁴⁶. As regras atacadas não violam a liberdade de associação profissional da reclamante. Do princípio geral de igualdade (Art. 3 I GG) não resultam maiores pré-requisitos para o exame.

1. O § 275 II c.c. § 265 I SGB III é compatível com o Art. 9 III GG.

a) O Art. 9 III GG não protege somente os indivíduos em sua liberdade de fundar uma associação para salvaguarda das condições de trabalho e condições econômicas, de associar-se a ela, de dela manter-se distante ou de deixá-la. Também é protegida a própria associação em sua existência, sua composição organizacional e suas atividades, desde que estas sirvam ao fomento das condições de trabalho e condições econômicas (cf. BVerfGE 50, 290 [373 s.]; 84, 212 [224]). A proteção não é desde o início limitada a um núcleo de atividades especificamente de associação [no caso, de atividades de associações sindicais] (cf. BVerfGE 93, 352 [385]), abrangendo especialmente também a autonomia das convenções coletivas, que se encontra no centro das possibilidades garantidas às associações profissionais [no caso, sindicais] para a perseguição de seus propósitos. A negociação de convenções coletivas é um propósito essencial dos sindicatos (cf. BVerfGE 94, 268 [283] com maiores

³⁴⁶ Sobre a parte não admitida, não há, obviamente, coisa julgada.

referências). Fazem parte das matérias deixadas ao critério da competência normativa das associações, principalmente, o salário e outras condições materiais de trabalho (cf. BVerfGE 94, 268 [283]).

b) O § 275 II SGB III intervém nessa área de proteção.

(...).

c) A intervenção é, porém, constitucionalmente legítima e justificada por razões preponderantes do bem comum.

aa) A liberdade de associação profissional garantida pelo Art. 9 III GG pode, embora seja assegurada sem reserva legal, ser limitada, em todo caso, para a proteção dos interesses do bem comum que tenham o mesmo status constitucional (cf. BVerfGE 84, 212 [228]; jurisprudência consolidada). Ao legislador não é defeso, quando tais razões estiverem presentes, regulamentar aquelas questões que podem ser objeto de convenções coletivas (cf. BVerfGE 94, 268 [284]).

A proteção de direito fundamental não é igualmente intensa para todas as atividades de associação profissional [atividades sindicais]. Ao contrário, a força do direito fundamental aumenta na medida em que uma matéria, por razão prática, pode ser melhor regulamentada pelas partes de uma convenção coletiva, já que elas levam, segundo concepções do poder constituinte, a uma mais adequada harmonização de interesses opostos do que aquela realizada pelo Estado. Isto vale, sobretudo, para a determinação dos salários e de outras condições materiais de trabalho. Quanto maior for a proteção que o Art. 9 III GG garante, mais importantes devem ser os motivos que pretendem justificar uma intervenção (cf. BVerfGE 94, 268 [284 s.]).

bb) O fim perseguido com as regras impugnadas, de lutar contra o desemprego em massa por meio do incentivo da criação de postos de trabalho complementares, tem status constitucional. O legislador pode, assim, valer-se do princípio do Estado social (Art. 20 I GG). Além disso, ele ajuda os indivíduos desempregados a desenvolverem sua personalidade e experimentar, a partir disso, o respeito de outrem e o respeito-próprio. Nesta medida, seu objetivo é embasado também no Art. 1 I e Art 2 I GG.

O princípio do Estado social contém uma ordem de conformação endereçada ao legislador (cf. BVerfGE 50, 57 [108]). Este o obriga a providenciar uma harmonização das contradições sociais (cf. BVerfGE 22, 180 [204]). Além disso, ele determina que o Estado ofereça assistência social a indivíduos ou grupos que, em razão de suas circunstâncias pessoais de vida ou de desvantagens sociais, se encontram

impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social (cf. BVerfGE 45, 376 [387]). Como o legislador vai realizar essa tarefa é, na ausência de uma concretização mais precisa do princípio do Estado social, [exclusivamente] de sua alçada (cf. BVerfGE 1, 97 [105]; jurisprudência consolidada).

A assistência social do Estado referente ao desemprego não é limitada ao suporte financeiro a ser concedido aos desempregados. Ela pode também estar dirigida ao aumento do número de postos de trabalho por meio, por exemplo, do cofinanciamento dos custos salariais e, deste modo, ao combate do próprio desemprego. O princípio do Estado social empresta a tais esforços uma importância legitimadora que pode também justificar os efeitos limitadores na autonomia das convenções coletivas.

O legislador quer, com as regras ora impugnadas, contribuir com a luta contra o desemprego. Esta tem por finalidade, em primeiro lugar, ajudar aqueles desempregados com maiores dificuldades de conseguir emprego e que são, portanto, os mais severamente atingidos pelo desemprego (...).

(...).

cc) – dd) (...).

ee) (...).

(...).

As razões de justificação que ensejaram o legislador à criação das regras impugnadas são importantes. Com um número de aproximadamente quatro milhões de desempregados, a criação de postos de trabalho é uma questão de alto interesse social. O desemprego freqüentemente provoca nas pessoas por ele atingidas um sofrimento existencial. Com a perda da base econômica de existência podem ocorrer prejuízos ao sentimento de auto-estima e à [própria] personalidade (cf. BVerfGE 84, 133 [155]). A experiência de não ser útil pode, em uma sociedade que mede o valor do indivíduo em grande medida por seu desempenho profissional, ter como consequência sérios danos psicológicos. Isto vale principalmente em relação àqueles que se encontram desempregados por muito tempo, para quem é mais difícil de se intermediar uma vaga e, por isso, têm menor perspectiva de conseguir um emprego. Além disso, iniciativas de criação de postos de trabalho podem servir à harmonização de diferenças estruturais dentro do território federal.

Ao todo, tendo em vista a intensidade relativamente pequena da intervenção e o significado maior dos interesses do bem comum perseguidos com as regras

impugnadas, não pôde ser verificado um prejuízo desproporcional da liberdade de associação profissional [sindical].

(...).

2. (...).

(ass.) *Papier, Grimm, Kühling, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt*

§ 28.

Princípios constitucionais do Estado III: Estado democrático (Art. 20 I e II GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 20 (Princípios do Estado)

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal **democrático** e social.

(2) ¹Todo o poder estatal emana do povo. ²Ele é exercido pelo povo em eleições e votações, e por intermédio de órgãos especiais do Legislativo, Executivo e Judiciário.

(3) ...

(4) ...

108. BVERFG 44, 125

(ÖFFENTLICHKEITSARBEIT)

Contencioso entre órgãos constitucionais (Art. 93 I 1 GG)

02/03/1977

MATÉRIA:

O Governo Federal mandou publicar, em maio de 1976, pouco antes, portanto, das eleições para a Câmara Federal em 3 de outubro daquele ano, uma série de anúncios em jornais e revistas. Nos anúncios publicados entre os dias 18 de maio e 30 de junho, o Governo Federal relatava e destacava suas ações e metas realizadas em diversas áreas. Todos os anúncios terminavam com a seguinte frase: “O balanço [das ações perpetradas] demonstra: Nós estamos no caminho certo. Bom desempenho merece confiança. Nós asseguramos o futuro.”

De maio até julho de 1976, foram publicados outras séries de anúncios. De 4 de agosto até 10 de setembro, publicou-se um anúncio informativo sobre o conteúdo e efeitos da reforma do direito matrimonial. Durante todo o ano, o governo federal editou livros, revistas e publicações semelhantes, nas quais destacava seu desempenho; nelas eram reproduzidos alguns discursos do chanceler federal e dos demais ministros de Estado, além da reprodução de textos legais, relatórios e programas. Algumas publicações alcançaram a cifra de um milhão de exemplares. A distribuição das publicações foi confiada, em grande parte, aos partidos governistas (SPD e FDP), mais precisamente 59,5%. Apenas 0,26% foram entregues aos principais partidos da oposição, CDU e CSU.

O Partido político CDU, convicto de que o Governo Federal fazia propaganda política camuflada em **serviço de informação ao cidadão** (*Öffentlichkeitsarbeit*), requereu ao TCF, em sede de contencioso entre órgãos constitucionais, a verificação da inconstitucionalidade de tal comportamento do Governo Federal.

O TCF admitiu o contencioso e julgou procedente seu pedido, verificando a inconstitucionalidade do comportamento do Governo Federal, que feriu direito constitucional do CDU (igualdade de chances e condições na disputa eleitoral). No entanto, a decisão não foi unânime (cf. referências das opiniões divergentes abaixo). Dois juízes não partilharam da fundamentação da maioria no Senado e da decisão sobre as custas. Um terceiro juiz (Dr. *Rottmann*) divergiu também da conclusão, não considerando inconstitucional o comportamento do Governo Federal.

1. Aos órgãos estatais é proibido pela Constituição identificarem-se, na função administrativa e tendo em vista as eleições, com partidos políticos ou candidatos, apoiá-los ou combatê-los com a utilização de meios estatais, e, especialmente, influenciar a decisão dos eleitores por meio de propaganda.
2. É incompatível com o princípio constitucional segundo o qual a Câmara Federal (*Bundestag*) e o Governo Federal têm somente um mandato temporalmente limitado, que o governo federal em exercício se coloque, enquanto órgão constitucional, quase como se disputasse a reeleição, e faça propaganda no sentido de ser “reeleito como governo”.

3. O direito dos partidos políticos à igualdade de oportunidades é violado quando órgãos estatais exerçam como tais influência partidária na disputa eleitoral em favor ou contra um partido político ou de candidatos.
4. A influência partidária de órgãos estatais nas eleições para representação popular também não é permitida na forma de serviço de imprensa. O serviço de imprensa do governo encontra seus limites onde começa a propaganda eleitoral.
5. Nem os órgãos constitucionais da União, por ocasião das eleições dos Estados-membros, nem os órgãos constitucionais dos Estados-membros, por ocasião das eleições para a Câmara Federal, podem exercer influência político-partidária sobre a disputa eleitoral.
6. Se o conteúdo informativo de um panfleto ou anúncio é claramente menos importante do que sua apresentação publicitária, isto pode ser uma indicação de que o limite para uma propaganda eleitoral inadmissível foi ultrapassado.
7. Como indicações de uma violação do limite para uma propaganda eleitoral inadmissível, vem à pauta, além disso, um aumento do serviço de imprensa em tempos próximos à disputa eleitoral, que pode ter sua expressão tanto no grande número de iniciativas individuais sem ensejo preciso, como em sua dimensão e na utilização de recursos públicos para tais medidas.
8. Da obrigação do governo federal de se abster de qualquer influência político-partidária na disputa eleitoral, resulta, por fim, em relação ao período pré-eleitoral, a ordem de maior distanciamento possível e a proibição da execução de quaisquer serviços de imprensa financiados com recursos orçamentários na forma dos denominados relatórios de trabalho, desempenhos e êxitos.
9. O governo federal deve tomar precauções para que os impressos por ele produzidos para o trabalho de relações públicas não sejam usados como propaganda eleitoral pelos próprios partidos ou por outras organizações ou grupos que os apóiem.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 2 de março de 1977
Com base na audiência ocorrida em 9 de setembro de 1976

- 1 BvE 1/76 -

(...)

RAZÕES

A.

Objeto do processo é a questão de se o governo federal, por meio de medidas chamadas por ele de serviço de imprensa, não interveio na disputa eleitoral para a Câmara Federal de 1976 e, desta forma, violou ou ameaçou diretamente direitos da autora [a CDU – *Christlich Demokratische Union*, União Democrática Cristã, n. JW] em seus direitos previstos pela *Grundgesetz*.

I. – II. (...)

B.

O pedido é admitido.

1. – 3. (...)

C.

O pedido [da CDU] é procedente. (...).

I.

Do Art. 20 I e II GG depreende-se o seguinte:

1. Na democracia livre, instituída pela *Grundgesetz* para a República Federal da Alemanha, todo o poder estatal emana do povo e é exercido pelo povo por meio das eleições e outras formas de participação direta, e por meio dos órgãos especiais do Legislativo, Executivo e Judiciário (Art. 20 I e II GG) (...).

2. As eleições só podem dar legitimação democrática na acepção do Art. 20 II GG quando são livres. Isto não requer apenas que o exercício do direito de voto permaneça livre de coação e de pressão ilegítima, como determina o Art. 38 I GG, mas também, da mesma forma, que os eleitores possam formar sua convicção chegando ao seu julgamento em um processo de formação do pensamento livre e aberto (ver BVerfGE 20, 56 [97]) (...).

3. (...).

4. (...). No ato de votar – esse é o sentido que se depreende do Art. 20 II GG – deve ser cumprida a vontade do povo em relação aos órgãos estatais, e não, pelo contrário, a vontade dos órgãos estatais em relação ao povo. Tais são os efeitos sobre o processo de formação do pensamento e da vontade dos eleitores que partem do comportamento dos órgãos estatais, sendo esse próprio comportamento objeto do julgamento pelo eleitor, que, da mesma forma, tanto [maiores] serão os impedimentos endereçados aos órgãos estatais, na função administrativa, de atuarem por meio de medidas especiais na formação da vontade do povo nas épocas de eleição, para, destarte, manter ou alterar o poder de domínio nos órgãos estatais. É a eles proibido pela Constituição se identificarem, na função administrativa e tendo em vista as eleições, com partidos políticos ou candidatos, apoiá-los ou combatê-los com a utilização de meios estatais, e, especialmente, influenciar a decisão dos eleitores por meio de propaganda.

Independentemente disso, é incompatível com o princípio constitucional segundo o qual a Câmara Federal e o Governo Federal têm somente um mandato temporalmente limitado, que o governo federal em exercício se coloque, enquanto órgão constitucional, quase como se disputasse a reeleição, e faça propaganda no sentido de ser “reeleito como governo”. Isso não exclui que os membros do governo federal, fora de suas funções administrativas, intervenham na disputa eleitoral a favor de um partido.

5. A *Grundgesetz*, como ordem democrática, prevê que decisões estatais fundamentais sejam tomadas de acordo com o princípio da maioria (Art. 42 II, Art. 63 II ao 4, Art. 67 I, Art. 52 III, Art. 54 VI) (...).

(...). E somente quando a maioria surge de um processo de formação da opinião e da vontade *livre*, de um processo aberto, constantemente renovado, no qual possam tomar parte com os mesmos direitos, por princípio, todos os cidadãos maiores; quando eles, com suas decisões, tenham em vista o bem comum – a ser sempre novamente determinado –, observando especialmente os direitos das minorias e considerando também seus interesses, não lhes subtraindo ou reduzindo a chance jurídica de se tornar a maioria no futuro, pode a decisão da maioria valer, no exercício do poder estatal, como vontade geral, tendo [inclusive], segundo a idéia da livre determinação de todos os cidadãos, força vinculante em relação a todos. (...).

(...).

Especialmente os recursos financeiros e ônus com os quais este Estado sobrevive são obtidos junto a todos os cidadãos sem consideração de suas convicções ou afiliações políticas. Também esses meios são confiados ao Estado para sua utilização conforme o bem comum. Ele serve a esse propósito como Estado social de direito de variados modos, como, também, justamente por meio do incentivo a parcelas e grupos da população de uma sociedade pluralista e seus mais diversos interesses. Onde surgem neste ponto limites, como por exemplo o da proibição de privilégio contida no Art. 3 III GG, não é necessário ser aqui abstratamente decidido. Porém, ocorre que esse vínculo não mais cobre a situação em que são utilizados, num processo tão decisivamente orientado para a totalidade do Estado como a eleição para representação popular, recursos e possibilidades financeiras pertencentes ao Estado, produzidos e suportados pela coletividade, em favor ou por conta de um partido político ou de candidatos à disputa eleitoral. A *Grundgesetz* ignora, no processo de formação do pensamento e da vontade políticos do povo, que culmina no ato de votar, as diferenças extra-jurídicas [sociais] de seus cidadãos e de seus agrupamentos políticos. Ela proíbe ao Estado, porém, exercer influência, por meio da atuação na disputa eleitoral, sobre as relações entre as forças políticas em disputa. Os órgãos estatais têm que agir como tais e comportar-se de forma neutra na disputa eleitoral.

6. (...).

II.

Quando o Estado, como será quase sempre o caso em tais situações, intervier em favor ou contra um partido político ou de candidatos na disputa eleitoral, também estará violando, além disso, o direito de respaldo constitucional dos prejudicados à igualdade de chances na eleição (Art. 21 I, Art. 38 I GG).

1. – 3. (...).

III – VII. (...).

(ass.) Dr. *Zeidler*, Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck*, *Wand*, *Hirsch*,
Dr. *Rottmann*, Dr. *Niebler*, Dr. *Steinberger*

Opinião discordante do juiz Dr. Geiger sobre a fundamentação e sobre a decisão de custas da decisão (Urteil) do Segundo Senado de 2 de março de 1977

– 2 BvE 1/76 –

A. I – VI., B (...)

Geiger

Eu me filio à opinião discordante supra.

(ass.) Hirsch

Opinião discordante do juiz Dr. *Rottmann* sobre a decisão do
Segundo Senado de 2 de março de 1977 – 2 BvE 1/76 –

(...)

I. – IV. (...)

(ass.) Dr. *Rottmann*

§ 29.

Princípios constitucionais do Estado IV: Estado de direito (Art. 20 II 2 e III GG)

GRUNDGESETZ

Art. 20 (Princípios do Estado)

(1) ...

(2) ¹(...). ²Ele é exercido pelo povo em eleições e votações, e por intermédio de órgãos especiais do Legislativo, Executivo e Judiciário.

(3) O Legislativo é vinculado à ordem constitucional; o Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito.

(4) ...

109. BVERFGGE 8, 274

(PREISGESETZ)

Controle concreto

12/11/1958

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento conjunto de cinco Apresentações Judiciais (duas respectivamente de um juiz de primeira instância de *Köln* e outro de *Koblenz*, uma do Tribunal Estadual de *Göttingen* e duas do Tribunal Administrativo Federal), que partilhavam da mesma convicção: a inconstitucionalidade do § 2 da Lei Provisória (mas ordinária) sobre a Formação e Fiscalização de Preços, ou somente “**Lei de Preços**” (*Preisgesetz*). O problema, visto no dispositivo pelos juízes e tribunais apresentantes, foi a competência muito indeterminada concedida a órgãos da Administração para regular a matéria por meio de decretos e medidas administrativas.

O TCF admitiu as Apresentações Judiciais e, no mérito, confirmou a constitucionalidade do dispositivo questionado em face da ordem federativa da *Grundgesetz*, dos princípios derivados do Estado de direito e de todos os direitos fundamentais.

1. – 6. (...).

7. Os princípios do Estado de direito exigem que também os poderes delegados ao Executivo para a edição de atos administrativos onerosos sejam, por meio de lei autorizadora, suficientemente determinados e delimitados em seu conteúdo, objeto, propósito e extensão, de tal forma que as intervenções sejam mensuráveis, bem como sejam, em certa extensão, previsíveis e calculáveis para os cidadãos. Isso decorre do princípio da legalidade da Administração, do princípio da divisão de poderes e da exigência, própria do Estado de proteção judicial, de que seja, na medida do possível, isenta de lacunas contra a violação da esfera jurídica do indivíduo por meio de intervenções do Poder Público.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 12 de novembro de 1958

- 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 -

(...)

RAZÕES

A. I. – IV., B. I. – II. (...)

C.

(...)

I. – V. (...)

VI.

1. (...).

2. Os princípios do Estado de Direito exigem que também os poderes delegados ao Executivo para a edição de atos administrativos onerosos sejam, por meio de lei autorizadora, suficientemente determinados e delimitados em seu conteúdo, objeto, propósito e extensão, de tal forma que as intervenções sejam mensuráveis, bem como sejam, em certa extensão, previsíveis e calculáveis para os cidadãos (cf. Bay VfGH [*Österreichischer Verfassungsgerichtshof* – Tribunal Constitucional Bávaro] n. F. 81 [91]; decisão de Apresentação Judicial do Tribunal Federal Administrativo, em 4 de julho de 1956, BVerwGE 4, 24 [38, 35 s.]).

Isso resulta principalmente do princípio da legalidade da Administração [dos atos da Administração]. Este princípio não exige apenas qualquer, mas uma autorização do Executivo para edição de atos administrativos onerosos que seja delimitada e o mais determinada possível. Ele tem por objetivo tornar as intervenções do poder público, na medida do possível, calculáveis. A lei deve regulamentar o conteúdo da atividade administrativa, não podendo se limitar a estabelecer princípios gerais a serem observados. Um vínculo legal meramente formal da intervenção administrativa não basta. Uma “cláusula geral vaga”, que deixa a critério do poder discricionário do Executivo o estabelecimento de limites à liberdade no caso concreto, não é compatível com o princípio da legalidade da Administração [dos atos da Administração] (cf. BVerfGE 6, 32 [42]; 7, 282 [302]; 8, 71 [76]; Bay VfGH n. F. 1, 81 [91]; 4, 181 [191]; 7, 113 [119 s.]; BVerwGE 2, 114 [116]; 2, 118 [121]; 3, 205 [207]; Bay VfGH n.F. 8, 30 [34], OVG [*Oberverwaltungsgericht* – Tribunal Superior Administrativo] de Hamburgo, jurisprudência administrativa 3, 187 [201 e s.], LVG [*Landesverwaltungsgericht* – Tribunal Administrativo Estadual] de Düsseldorf, DVBl. 1951, 670 [671], Ule em: *Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge* – Contribuições sobre Ciência do Estado e da Administração, 1957, p. 127 [156 *et seq.*]).

Isto resulta também do princípio da divisão de poderes. Se os poderes do Executivo não são mais suficientemente determinados, ele (Executivo) não mais executa a lei, não agindo mais segundo as linhas gerais traçadas pelo Legislador, mas decide no lugar deste. Isto viola o princípio da divisão de poderes (ver BVerfGE 6, 32 [48]; 8, 71 [76]; BVerwGE 2, 114 [116]; Bay VfGH n. F. 4, 181 [191]; Kägi, ZfSchwR n. F. 71, 1952, p. 173 [228]; Ule, *op. cit.*, p. 153 *et seq.*).

Finalmente, isso decorre da exigência, pelo Estado de direito, de proteção legal, na medida do possível sem lacunas, contra violação da esfera jurídica do indivíduo por meio de intervenções do Poder Público, tal qual hoje garantido pelo Art. 19 IV GG. A tarefa relativa à proteção jurídica atribuída por essas normas ao Judiciário somente pode, então, ser concretizada se a aplicação, pelo Executivo, da norma que intervenha na esfera jurídica do cidadão puder ser examinada pelos tribunais. A autorização de intervenção deve ser, também por esse motivo, suficientemente determinada. (...).

3. (...).

VII.

(...)

D.

(...)

110. BVERFGE 9, 137

(EINFUHRGENEHMIGUNG)

Controle concreto

03/02/1959

MATÉRIA:

O Tribunal Administrativo de *Frankfurt am Main* apresentou ao TCF a proposição do controle concreto de dispositivos que prescreviam uma multa pecuniária para o caso da não-utilização de uma **licença de importação** (*Einfuhrgenehmigung*). O TCF confirmou a constitucionalidade do dispositivo questionado.

O princípio do Estado de direito exige que os indivíduos devam saber até que ponto a Administração pode interferir em sua esfera jurídica. Porém, ele não exige nem que o Legislativo obrigue a Administração a sempre executar a intervenção possível, nem que o Legislativo estabeleça exatamente os elementos fáticos que autorizam a Administração a não realizar uma intervenção admissível e que tenha seu tipo e consequência claramente regulamentados.

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 3 de fevereiro de 1959
– 2 BvL 10/56 –**

no processo do exame de constitucionalidade de se os § 1 I e § 4 II da Lei contra a Não-utilização Injustificada de Licenças de Importação, de 27 de dezembro de 1951 (BGBl., p. 1005) são compatíveis com a *Grundgesetz* (...).

(...).

RAZÕES

I.

(…)

**Lei contra a Não-utilização Injustificada de Licenças de Importação
de 27 de dezembro de 1951.**

§ 1

(1) Se uma licença concedida num procedimento de importação não for utilizada ou não for totalmente utilizada, a autoridade administrativa responsável poderá estabelecer uma multa [Reugeld: pena pecuniária por desistência ou “arrependimento”] contra aquele a quem foi concedida a licença.

(2) – (4) (…).

(…)

§ 4

(1) A multa será estabelecida, após o decurso do prazo de validade da licença, no máximo dois meses depois do vencimento desse prazo de validade, por meio de notificação por escrito pela autoridade administrativa responsável.

(2) Poderá não ser estabelecida multa pecuniária, em aplicação analógica das normas vigentes para criação de impostos previstas pelo § 131 do Código Tributário do Reich (Reichsabgabenordnung), se o sujeito passivo da multa não tiver dado causa à não utilização ou à não utilização total da licença.

(3) A multa pecuniária será destinada à União.

(…).

II.

(…)

III.

A Lei de Multa Pecuniária [por arrependimento] é válida.

1. – 2. (…).

3. A principal objeção levantada contra a Lei da Multa Pecuniária dirige-se contra a configuração que o legislador deu a sua regra em relação à “amplitude da margem de liberdade discricionária” que ele, por meio da utilização da palavra “pode”, nos § 1 I e § 4 II, concedeu à Administração.

Essas objeções ignoram a que “discricionariedade” se refere em ambos os dispositivos, e que a discricionariedade concedida pelo legislador à Administração

não significa que a Administração possa comportar-se livremente segundo seu livre arbítrio.

No § 1 não é o modo e a extensão da intervenção (imposição de uma obrigação) que se coloca na discricionariedade da autoridade administrativa, mas apenas a decisão sobre se será feito uso da possibilidade de intervenção claramente delineada pela lei. O § 4 II não contém uma autorização de intervenção, mas concede à Administração uma competência, que favorece os indivíduos, de desistir no caso concreto de uma intervenção permitida. Na medida em que seja concedida discricionariedade à Administração, ela tem que agir segundo uma discricionariedade *vinculada*, fazendo uso das alternativas a ela dadas nos termos da lei. Essa aplicação do direito submete-se aos mandamentos cogentes do Estado de direito, especialmente ao princípio da igualdade. O exercício incorreto da discricionariedade está sujeito ao controle pelos tribunais administrativos, cujas competências incluem também interpretar o conceito jurídico indeterminado de “não-ter-dado-causa” no § 4 II, no caso de lide.

a) O princípio do Estado de direito exige que a Administração somente possa intervir na esfera jurídica do indivíduo quando for para tanto autorizada por lei, e quando essa autorização seja, em seu conteúdo, objeto, propósito e extensão, suficientemente determinada e delimitada, de tal sorte que as intervenções se tornem mensuráveis, bem como sejam, de forma segura, previsíveis e calculáveis para os cidadãos (BVerfGE 8, 276 [325]). A utilização da palavra “pode” em dispositivos legais que *autorizam* a Administração a intervir na esfera jurídica dos indivíduos corresponde, assim, à relação fundamental entre Legislativo e Executivo no Estado de direito: O poder atribuído ao Executivo é ampliado pela autorização. Ele pode, daqui para frente, fazer algo que antes não podia fazer. Em muitas autorizações de intervenção, encontra-se, por isso, a formulação de que a Administração “pode” tomar determinadas medidas. Sob o aspecto do Estado de direito, decisivo é saber se é suficientemente claro o que a Administração está autorizada a fazer. Nesse ponto, porém, não existe qualquer objeção ao § 1 da Lei da Multa Pecuniária. A Administração não está sendo autorizada para “intervenções segundo sua discricionariedade”, mas a fazer uso [ou não], de acordo com sua discricionariedade, de intervenções exatamente delimitadas pela lei. A fixação de uma multa pecuniária somente é permitida quando “uma licença concedida num procedimento de importação não for utilizada...”. O conceito de licença de importação é definido no § 1 II da lei, de tal sorte que não podem surgir quaisquer dúvidas a respeito. Também o elemento do suporte fático “não-ser-utilizada”

uma licença de importação é claramente delineado, não deixando à autoridade administrativa nenhuma margem de avaliação e podendo, em caso de litígio, ser revista pelos tribunais administrativos. Da mesma forma como é evidente a delimitação do suporte fático, cuja realização no caso concreto possibilita a aplicação de uma multa pecuniária, a consequência jurídica é regulamentada. O valor da multa pecuniária é previsto no § 2 da lei de acordo com uma tabela, de forma que não resta à Administração, assim, nenhuma liberdade de decisão [discricionariedade].

O legislador pode, quando autoriza a Administração a tais intervenções na esfera jurídica do indivíduo, também prescrever que a Administração deva sempre intervir caso o suporte fático se realize. Porém, tal configuração da autorização de intervenção [tornada “poder-dever”] não é exigida em termos gerais pelo princípio do Estado de direito. A concepção jurídica defendida pelo tribunal apresentante teria como conclusão que o § 1 da Lei da Multa Pecuniária somente restaria sem mácula constitucional se ele prescrevesse à Administração fixar multa para todos os casos nos quais a hipótese legal se realizasse. A obrigação de intervenção seria, assim, mais conforme ao princípio do Estado de direito do que a autorização de só intervir quando a intervenção fosse segundo a discricionariedade vinculada da Administração necessária ao alcance dos objetivos próprios da Administração. No entanto, o princípio do Estado de direito deve, justamente, proteger tanto quanto possível o indivíduo contra intervenções do poder público. Se o legislador estabelece a autorização de intervir na forma de uma prescrição com o verbo poder (“pode”) [na acepção de não estar proibido de], ele coloca, desta forma, à disposição da Administração essa intervenção como um meio para que ela possa realizar as tarefas que lhe foram atribuídas. Ele não obriga a Administração, porém, a fazer uso de tal meio em todos os casos em que se realize a hipótese legal, pois que, segundo, justamente, o ponto de vista do legislador, a Administração não necessita se valer desses meios onerosos aos indivíduos em todos os casos. O legislador delimita, portanto, a intervenção, fazendo referência à discricionariedade vinculada da Administração, que deve decidir, considerando todas as circunstâncias e atendendo ao princípio da igualdade dominante em toda aplicação do direito, se ela quer fazer uso desse meio ou não. A concessão à Administração da liberdade de decisão, se ela quer fazer uso das possibilidades de intervenção a ela atribuídas, que são claramente delineadas pelo legislador, está totalmente de acordo com o princípio do Estado de direito. Ela corresponde à relação entre Legislativo e Executivo, atendendo intensamente à liberdade do indivíduo almejada pelo Estado

de direito contra intervenções desnecessárias do poder público. Tal regulamentação corresponde, por sua vez, ao princípio da oportunidade, que rege a atuação prática da Administração (...). A situação jurídica não difere daquela existente no caso da decisão que se coloca perante a Administração, de se ela quer fazer uso da possibilidade de impor pena pecuniária por causa de uma ofensa à ordem pública. (...).

(...).

b) (...).

111. BVERFGE 17, 306

(MITFAHRZENTRALE)

Controle concreto

07/04/1964

MATÉRIA:

Desde o fim da Segunda Guerra floresceram em muitos lugares da Alemanha as assim chamadas **agências de viagens em automóvel particular** (*Mitfahrzentrale*), cuja atividade se constituía em intermediar o encontro entre os motoristas, donos dos veículos, e possíveis caronas, tendo todos o escopo mínimo de reduzir os custos da viagem, dividindo-os entre o motorista e seus caronas. A agência cobrava uma taxa, que incluía um seguro contra acidentes.

O Primeiro Senado do Tribunal Federal (*1. Strafsenat des BGH*), considerando inconstitucionais os §§ 1 e 2 da Lei de Transporte de Pessoas, de 21 de março de 1961 (BGBl. I, p. 241), apresentou ao TCF proposição de Controle concreto. O dispositivo em pauta proibia que o preço acordado entre o dono de veículo, a agência e os caronas ultrapassasse o custo da viagem, prevendo uma sanção criminal em caso de violação. No caso concreto, que deu ensejo ao controle, tratava-se do diretor de uma agência, condenado pelo tribunal estadual a uma pena pecuniária por “cooperação continuada com o transporte ilegal de pessoas”. O Primeiro Senado do Tribunal Federal (BGH), como instância de revisão, suspendeu o processo: se a norma fosse inconstitucional, deveria dar provimento ao recurso de revisão por não ser a conduta mais penalmente tipificada. Em caso contrário, deveria negar provimento e

confirmar a condenação (presente, portanto, condição da relevância em face do caso a decidir).

O TCF declarou o dispositivo incompatível com a *Grundgesetz*, tanto em face do Art. 2 I GG, quanto em face do princípio da segurança jurídica, derivado do princípio do Estado e direito.

Sobre os pré-requisitos de uma conformação legislativa consoante o [princípio do] Estado de direito.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 7 de abril de 1964

– 1 BvL 12/63 –

(...)

RAZÕES

A. – I. – III. (...)

B.

A apresentação é admitida. (...)

C.

Não é compatível com a *Grundgesetz* a proibição, contida nas normas mencionadas e assegurada com a ameaça de pena, de realizar transporte por meio de automóvel mediante contraprestação geral que não exceda os custos operacionais da viagem quando motoristas e passageiros são apresentados por intermediação pública de terceiro ou propaganda.

I.

(...)

II.

A proibição viola o direito fundamental previsto no Art. 2 I GG de proprietários de automóvel e outros titulares do direito de disposição de automóvel.

1. A proibição limita a liberdade geral de ação do proprietário privado de automóvel, que é garantido pelo Art. 2 I GG. Ela deveria, assim, estar coberta por um

dos três limites desse direito fundamental. À pauta vem somente o limite da “ordem constitucional”. A lei limitadora deveria ser, conseqüentemente, elemento de composição da ordem constitucional, ou seja, deveria estar formal e materialmente (fora do Art. 2 I GG) em plena compatibilidade com a Constituição (cf. a esse respeito BVerfGE 6, 32 [36 e *et seq.*, especialmente 41]).

2. A proibição não se contrapõe a nenhuma norma individual do direito constitucional escrito. Por outro lado, ela não está em harmonia com um princípio fundamental decisivo da Constituição, o princípio do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*)³⁴⁷.

O princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*) exige – sobretudo quando ele é visto em conexão com a presunção geral de liberdade em favor do cidadão tal qual firmada justamente no Art. 2 I GG – que o indivíduo permaneça preservado de intervenções desnecessárias do poder público. Em sendo uma tal intervenção na forma de um mandamento ou uma proibição legal indispensável, então seus pressupostos devem ser, tanto quanto possível, definidos de forma clara e identificável pelo cidadão (BVerfGE 9, 137 [147, 149]). Quanto mais, assim, a intervenção legal afetar formas elementares da liberdade de ação humana, tanto mais meticolosas devem ser as razões trazidas para sua justificação ponderadas em face do direito fundamental à liberdade do cidadão. Isso significa, antes de tudo, que os meios de intervenção para o alcance de objetivos legais devem ser adequados e não podem onerar excessivamente o indivíduo.

3. Sob esses aspectos, a norma legal apresentada ao exame há de ser criticada em diversas perspectivas.

a) Uma proibição legal deve ser formulada, em seus pressupostos e em seu conteúdo, de forma tão clara que aqueles por ela atingidos possam reconhecer a situação jurídica e possam determinar, de acordo com ela, seu comportamento. Certamente nem todas as dúvidas e incertezas de uma norma legal podem ser evitadas desde o início. Deve, porém, ser exigido que o legislador ao menos torne totalmente evidentes sua idéia fundamental, o objetivo de sua vontade legisladora – principalmente quando se tratar de uma disciplina de uma matéria relativamente simples e de fácil

³⁴⁷ *Rechtsstaatlichkeit*, expressão de tradução literal impossível, é o substantivo à presença das condições materiais do Estado de direito.

compreensão, sendo que a composição do tipo legal não traz, por isso, maiores dificuldades. Isso faltou no presente caso: o § 1 II, nº 1 PBefG (*Personenbeförderungsgesetz* – Lei sobre Transporte de Pessoas) submete viagens publicamente intermediadas à lei, fazendo, portanto, que elas necessitem de uma licença. Porém, não se dispõe nada sobre os pressupostos, procedimento e forma da licença. Pelo contrário, dos §§ 46 e 49 decorre que viagens desse tipo não possam ser de qualquer modo autorizadas. Tendo em vista essa nítida contradição do conteúdo da lei, devem surgir dúvidas sobre o tratamento legal dessa modalidade de transporte. O governo federal considerava-as como passíveis de licença, os tribunais têm-nas como proibidas. Esse litígio não pode ser decidido pelo cidadão, que se expõe ao risco de ser processado criminalmente, se seguir a posição do governo federal.

(...).

b) – d) (...).

4. Uma vez que o dispositivo legal já é inconstitucional pelas razões apresentadas, não precisa ser questionado se ele viola também os Art. 12 I e 14 GG (cf. neste mister: BVerfGE 9, 83 [88]; 14, 263 [278]; decisão (*Urteil*) de 13 de fevereiro de 1964 – 1 BvL 17/61).

112. BVERFGE 48, 210

(AUSLÄNDISCHE EINKÜNFTEN)

Controle concreto

19/04/1978

MATÉRIA:

A autora do processo originário é uma sociedade anônima que atua no ramo da construção civil e que obteve, no ano de 1961, juntamente com outras empresas, **renda auferida no exterior** (*ausländische Einkünfte*), especificamente no Iraque. Buscando uma compensação tributária de imposto já recolhido no exterior, ela requereu a prestação jurisdicional do Tribunal Financeiro de *Düsseldorf*. Este, por sua vez, por considerar o dispositivo legal aplicável ao caso, o § 34c III da Lei do Imposto de Renda, inconstitucional na medida em que concedia à Administração fazendária um poder de conceder vantagem tributária com base no conceito indeterminado e vago de “razões macro-

econômicas”, suspendeu o processo, apresentando o dispositivo citado para controle de constitucionalidade pelo TCF. O TCF admitiu a Apresentação Judicial, mas confirmou a constitucionalidade do § 34 c III EStG.

1. O § 34c III EStG é compatível com a *Grundgesetz*, quando as mais altas autoridades fazendárias dos Estados-membros, com a anuência do Ministério Federal da Fazenda, possam dispensar, total ou parcialmente, o imposto de renda alemão incidente sobre rendimentos auferidos no exterior ou fixá-los em um montante genérico, quando isso for conveniente por razões macro-econômicas.

O conceito de “razões macro-econômicas” previsto no § 34c III EStG é suficientemente concretizado quando observados seu contexto semântico, seu objetivo estabelecido e sua gênese.

2. As exigências dirigidas ao grau de determinação de autorizações para atos administrativos que envolvam vantagens tributárias são menores do que aquelas relativas às autorizações de intervenção, uma vez que a relevância de direito fundamental destas é, em geral e consideravelmente, maior. Isso vale, em todo caso, na medida em que, quando uma tal autorização discipline tipos normativos de exceção, que deixem fundamentalmente intocados os ônus iguais para todos os sujeitos atingidos pela norma instituidora de tributo, não se provoca distorções na concorrência.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 19 de abril de 1978

– 2 BvL 2/75 –

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B. – I.

A Apresentação Judicial é admitida.

(...).

II.

§ 34c III EStG é compatível com a *Grundgesetz* na medida (...).

A norma satisfaz – ao contrário da posição defendida pelo Tribunal Federal de Finanças em sua sentença de 13 de janeiro de 1966 – IV 166/61 – (BFH 85, 399) –

os requisitos que a *Grundgesetz* estabelece para a autorização legal do Executivo em face da concessão de benefícios tributários.

1. Do princípio do Estado de direito (Art. 20 III GG) decorre o princípio da reserva de lei. Ele serve à garantia constitucionalmente prevista da liberdade e igualdade dos cidadãos. A necessidade de uma base de autorização legal deve, igualmente, assegurar que o legislador tome as decisões fundamentais essenciais que afetem o campo da liberdade e da igualdade dos cidadãos. O § 34c III (primeira alternativa) EStG satisfaz essa exigência, pois o legislador regulamentou ele mesmo as condições básicas do benefício tributário. Uma dispensa de tributo ou a fixação de um montante genérico pressupõe que uma tal medida “seja conveniente por razões macroeconômicas”.

2. O objeto, o conteúdo, o propósito e a extensão desta autorização também preenchem os requisitos estabelecidos pelo princípio do Estado de direito, porque são suficientemente determinados e delimitados (ver BVerfGE 8, 274 [326 s.]; 13, 153 [161 *et seq.*]). A autorização é também, por fim, compatível com o princípio de Estado de direito da igualdade do ônus tributário e, por isso, com o princípio da igualdade tributária.

a) A extensão da concreção necessária de uma autorização legal não pode ser determinada em geral [abstratamente], mas depende da particularidade do caso regulamentado, especialmente da extensão na qual direitos fundamentais são afetados e do tipo e da intensidade do comportamento para o qual a Administração foi autorizada. O § 34c III EStG não é norma instituidora de obrigação tributária e não autoriza atos administrativos onerosos, mas apenas medidas que *desoneram* os contribuintes.

É reconhecido que no Estado democrático de direito deve ser exigido também junto a tais autorizações um certo grau de concreção legal já com vistas à devida delimitação, por meio da reserva de lei, entre a área de ação do legislador e da Administração, e no interesse da realização do princípio da justiça tributária (cf. BVerfGE 23, 62 [73]). Mesmo que no direito tributário encargos e benefícios não raro caminhem juntos, as exigências direcionadas ao grau da concreção de tais autorizações são, não obstante, menores do que aquelas direcionadas às autorizações de intervenção, uma vez que a relevância de direito fundamental destas é em geral muito maior. Isso vale, em todo caso, na medida em que quando uma tal autorização

discipline tipos normativos de exceção que deixem fundamentalmente intocados os ônus iguais para todos os sujeitos atingidos pela norma instituidora de tributo, não se provoca distorções na concorrência.

b) O requisito da concreção da autorização legal não torna defeso ao legislador o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados na norma de autorização. Justamente no direito tributário, se o legislador quiser possibilitar às autoridades fazendárias o atendimento das circunstâncias especiais do caso concreto, e também, com isso, considerar os direitos fundamentais dos contribuintes, não tem como trabalhar sem eles.

Por tais razões, não é problemático, em todo caso nesta área, que o legislador conceda às autoridades fazendárias uma certa margem de discricionariedade.

3. a) O conceito “razões macro-econômicas” não é uma “cláusula geral vaga” inadmissível, que, como sustenta o Tribunal Federal de Finanças (BFH 85, 399), expressaria a “totalidade de todas as forças que têm influência direta ou indireta sobre a economia, todas as relações e obrigações dos [vários] setores econômicos dentro de um território claramente delimitado por fronteiras em face de outros territórios com moeda única”, e que, portanto, se basearia em fontes tão variadas que seria impossível compreendê-las.

Essa interpretação ignora que o § 34c III EStG somente quer se ocupar de tais razões macro-econômicas que tenham natureza específica de economia externa, e que o benefício tributário depende de sua conveniência em face *dessas razões*, e não, por exemplo, em face exclusivamente de relações pessoais ou empresariais. Esse pressuposto adicional somente estará presente quando o benefício tributário servir à economia externa alemã.

aa) – bb) (...).

b) – c) (...).

(ass.) *Hirsch, Hirsch* para Dr. *Rinck* que está impossibilitado de assinar, *Wand, Dr. Rottmann, Dr. Niebler, Dr. Steinberger, Träger*

113. BVERFGE 49, 89 (KALKAR I)

Controle concreto

08/08/1978

MATÉRIA:

Em 1972³⁴⁸, o Ministério competente concedeu a licença de instalação parcial do assim denominado regenerador rápido em *Kalkar*. Um vizinho questionou a concessão na competente Justiça Administrativa. O Superior Tribunal Administrativo de *Nordrhein-Westfalen* suspendeu o processo e apresentou ao TCF o § 7 I e II AtomG (Lei sobre o Uso Pacífico da Energia Nuclear) para o seu devido exame de constitucionalidade, segundo permissivo constitucional do Art. 100 I GG. No entendimento do Superior Tribunal Administrativo, o dispositivo se chocava contra os princípios democráticos da divisão de poderes e do Estado de direito, na medida em que permitia a licença também para esse tipo de reator nuclear, sem uma decisão expressa do legislador e sem critérios legais mais precisos para tanto. O TCF decidiu que a norma impugnada é compatível com a *Grundgesetz*.

1. Do princípio da democracia parlamentar não pode ser derivada uma primazia do parlamento e de suas decisões sobre os outros poderes como um princípio hermenêutico que desconsidere todas as atribuições concretas de competência.
2. A decisão normativo-axiológica a favor ou contra a permissão legal do uso pacífico da energia nuclear no território de soberania da República Federal da Alemanha, em razão dos seus largos efeitos sobre os cidadãos, especialmente nos campos de sua liberdade e igualdade, sobre as relações sociais gerais, bem assim como em razão do necessariamente correlacionado tipo e intensidade da regulamentação, é uma decisão fundamental e essencial no sentido da reserva de lei. Tomá-la compete somente ao legislador.
3. Se o legislador tomou uma decisão, cujo fundamento está sendo questionado devido a novos desenvolvimentos ainda não previsíveis à época da promulgação da lei, ele pode ser pela Constituição compelido a rever sua decisão original no sentido de procurar saber se aquela deve ser mantida também sob as novas circunstâncias.

³⁴⁸ Cf. aqui GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, p. 521.

4. Em uma situação necessariamente marcada pela incerteza, faz parte em primeira linha da responsabilidade política do legislador e do governo tomar, com base em suas respectivas competências, as decisões por eles consideradas convenientes. Dada essa situação fática, não é tarefa dos tribunais colocar-se, com suas valorações, no lugar dos órgãos políticos cunhados [funcionalmente] para tanto, pois neste caso faltam parâmetros jurídicos [de decisão].
5. A redação, aberta em relação ao futuro, do § 7 II, nº 3 AtomG serve a uma proteção dinâmica de direito fundamental. Essa redação ajuda a concretizar, da melhor forma possível, o objetivo de proteção do § 1, nº 2 AtomG.
6. Exigir do legislador, com vistas ao seu dever de proteção, uma regulamentação que exclua com precisão absoluta riscos sofridos por direitos fundamentais, que possivelmente podem surgir da permissão de instalações técnicas e suas operações, significaria desconhecer os limites da faculdade cognoscitiva humana e, no mais, baniria definitivamente toda autorização estatal para uso da técnica. Para a conformação da ordem social, deve, a esse respeito, satisfazer-se com prognósticos baseados na razão prática. Incertezas [que estão] além dos limites da razão prática são inevitáveis, devendo, nesse caso, ser suportados como ônus socialmente adequados por todos os cidadãos.

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 8 de agosto de 1978
– 2 BvL 8/77 –**

no processo do exame da constitucionalidade do § 7 da Lei sobre o Uso Pacífico da Energia Nuclear e Proteção contra seus Riscos [*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*], de 23 de dezembro de 1959 (BGBl., p. 814), na redação da publicação de 31 de outubro de 1976 (BGBl., p. 3053), na extensão em que esse dispositivo possibilita a licença para usinas nucleares do tipo do assim denominado regenerador rápido – Decisão de suspensão e apresentação do Superior Tribunal Administrativo do Estado de *Nordrhein-Westfalen* de 18 de agosto de 1977 (VII A 338/74).

(...)

RAZÕES

A. – I.

1. (...).
2. (...)O § 7 AtomG estabelece que:

Licença para usinas

(1) Quem constrói, opera ou de qualquer outra forma tem uma usina imóvel para geração, para processamento ou manipulação, para fissão de combustíveis nucleares ou para produção de combustíveis nucleares radiativos, ou ainda mantém ou altera substancialmente a usina ou seu funcionamento, necessita de licença.

(2) A licença somente deve ser concedida quando:

1. não estejam presentes quaisquer fatos dos quais resultem dúvidas em relação à credibilidade do requerente ou das pessoas responsáveis pela construção, direção e fiscalização do funcionamento da usina, e quando as pessoas responsáveis pela construção, direção e fiscalização do funcionamento da usina possuam o conhecimento técnico necessário para tanto.

2. seja garantido que as demais pessoas que atuam junto ao funcionamento da usina tenham os conhecimentos necessários sobre seu funcionamento seguro, os riscos existentes e as medidas de proteção a serem aplicadas.

3. sejam tomadas as precauções necessárias, segundo o grau de desenvolvimento alcançado pela ciência e técnica, contra danos causados pela construção e funcionamento da usina.

4. sejam tomadas as precauções necessárias para o cumprimento das obrigações legais de reparação de danos.

5. seja garantida a necessária proteção contra medidas inconvenientes ou demais influências [nocivas] de terceiros.

6. interesses públicos preponderantes, como especialmente a manutenção da pureza da água, do ar e do solo, não se contraponham à escolha do local de instalação da usina.

(3) – (6) (...).

De acordo com o entendimento do tribunal apresentante, essa prescrição legal viola, a esse respeito, o princípio da divisão de poderes (Art. 20 II 2 GG), o princípio da democracia parlamentar (Art. 20 I e II GG) e o princípio do Estado de direito (Art. 20 III GG), uma vez que ela permite, na sua redação atual, também a licença para reatores regeneradores rápidos.

a) – b) (...).

II.

1. – 5. (...)

B. – I.

A apresentação é admitida. (...).

II.

O § 7 I e II AtomG é compatível com a *Grundgesetz*.

1. a) A *Grundgesetz* não concede ao parlamento uma primazia absoluta no que se refere às decisões fundamentais. Ela estabelece, por meio da classificação de competências segundo a divisão de poderes, limites a suas competências. Há decisões abrangentes – e justamente também políticas – que fazem parte da competência de outros órgãos estatais superiores, como, por exemplo, a fixação das diretrizes políticas pelo Chanceler (Art. 65, 1 GG), a dissolução da Câmara Federal (Art. 68 GG), a declaração de urgência legislativa (Art. 81 GG) ou outras decisões de política exterior, como, por exemplo, sobre o estabelecimento ou o rompimento de relações diplomáticas. Ao parlamento, caso não aceite tais decisões, restam as competências de controle. Ele pode, se for o caso, eleger um novo Chanceler e, assim, provocar a queda do atual governo federal. Ele pode fazer uso de suas competências orçamentárias. A *Grundgesetz* não lhe concede porém, nessas questões [aludidas], a competência para tomada das decisões [originais]. A ordem concreta de separação e compensação entre os poderes estatais, que a *Grundgesetz* quer conservar, não pode esvaír-se em um monismo de poderes, equivocadamente derivado do princípio democrático, na forma de uma reserva parlamentar absoluta. Da circunstância de que apenas os membros da Câmara Federal sejam diretamente eleitos pelo povo não decorre que outras instituições e funções do poder estatal não tenham legitimação democrática. Os órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário recebem sua legitimação democrática institucional e funcional da decisão do Poder Constituinte encontrada no Art. 20 II GG. (...).

b) No presente caso, trata-se da área da legislação e, portanto, de uma área para a qual a *Grundgesetz* estabelece uma atribuição de competência. Nesse ponto, decorre do princípio da reserva geral de lei que o Executivo necessita de um fundamento legal para atos que atinjam substancialmente o campo da liberdade e igualdade do cidadão.

2. O § 7 I e II AtomG não viola o princípio da reserva de lei.

a) O princípio da reserva de lei não está expressamente previsto na Constituição. Sua validade resulta, todavia, do Art. 20 III GG (BVerfGE 40, 237 [248]). O entendimento sobre esse princípio foi, especialmente com o reconhecimento também de seu componente democrático, modificado nos últimos anos (cf. a esse respeito *Jesch, Gesetz und Verwaltung*, 1961, p. 205 s.; *Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, 1965, p. 104 *et seq.*; *Rupp, JZ* 1977, p. 226 e seguinte; *Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, p. 208 *et seq.*; *Ossenbühl, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag* [Parecer B para o 50º Congresso de Juristas Alemães, 1974, p. 155 *et seq.*; *Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 1977, p. 637 *et seq.*; *Kisker, NJW* 1977, p. 1313 *et seq.*; *Listl, DVBl.*, 1978, p. 12 *et seq.*; *Niehues, Schul- und Prüfungsrecht*, 1976, p. 37 *et seq.*). Hoje é jurisprudência consolidada que o legislador é obrigado – livre do elemento “intervenção” – a tomar ele mesmo todas as decisões essenciais em áreas normativas fundamentais, particularmente no campo do exercício de direitos fundamentais, desde que a regulamentação estatal tenha acesso a esse exercício (BVerfGE 34, 165 [192 s.]; 40, 237 [249]; 41, 251 [260]; 45, 400 [417 s.]; 47, 46 [78 *et seq.*]; 48, 210 [221]). Os Art. 80 I e 59 II 1, segundo sub-período GG, assim como as reservas de lei especiais, são expressões desse princípio geral da reserva legal.

Em quais áreas, segundo o que foi dito, a ação estatal necessita de uma base jurídica na lei formal, somente pode ser determinado tendo em vista o respectivo campo e intensidade da regulamentação planejada ou [já] criada. Os critérios constitucionais axiológicos são, assim, em primeiro lugar, extraídos dos princípios fundamentais da *Grundgesetz*, especialmente dos direitos fundamentais reconhecidos e outorgados pela *Grundgesetz*.

Segundo os mesmos parâmetros, avalia-se se o legislador, como a reserva legal constitucional também exige (BVerfGE 34, 165 [192]), com a norma apresentada para exame, fixou ele mesmo os fundamentos normativos essenciais do campo jurídico a ser regulamentado e se não o deixou a outrem, por exemplo, à Administração.

b) A decisão normativo-axiológica a favor ou contra a permissão legal do uso pacífico da energia nuclear no território de soberania da República Federal da Alemanha, em razão dos seus largos efeitos sobre os cidadãos, especialmente nos campos de sua liberdade e igualdade, sobre as relações sociais gerais, bem assim como em razão do necessariamente correlacionado tipo e intensidade da regulamentação, é uma decisão fundamental e essencial no sentido da reserva de lei. Tomá-la compete somente ao legislador.

O mesmo se aplica às regras que estabelecem a licença administrativa para usinas nos termos do § 7 I AtomG. No caso de concessão, ou não, de licença para tais usinas pelo Executivo, trata-se de atos que poderiam atingir incisivamente a área de direitos fundamentais dos cidadãos (...).

(...).

O legislador tomou, no § 1 AtomG, a decisão fundamental, optando pela utilização da energia atômica e estabelecendo ao mesmo tempo, por lei, os limites do uso, com vista ao caráter indispensável da maior proteção possível contra os riscos da energia nuclear. Dentro desse cenário, ele regulamentou, no § 7 I e II AtomG, todas as questões substanciais e fundamentais sobre a licença (...).

(...).

c) Com isso, porém, não se disse nada sobre se e, em caso afirmativo, quando o legislador deve se ocupar dos pressupostos jurídicos da construção e funcionamento de reatores regeneradores rápidos. Se o legislador tomou uma decisão cujo fundamento está sendo questionado devido a novos desenvolvimentos ainda não previsíveis na época da promulgação da lei, ele pode ser pela Constituição compelido a rever sua decisão original, no sentido de procurar saber se ela deve ser mantida também sob as novas circunstâncias.

Não se pode impugnar constitucionalmente que o legislador não tenha considerado como necessário, até o presente momento, um aperfeiçoamento da lei tendo em vista a utilização da técnica regeneradora e seus possíveis efeitos, como, por exemplo, [aqueles envolvidos] na questão dos resíduos produzidos. (...).

(...).

3. O § 7 I e II AtomG também não viola a exigência constitucional da suficiente determinação [concreção] da lei.

O § 7 I e II AtomG vale-se, amplamente, de conceitos jurídicos indeterminados. Segundo a jurisprudência consolidada, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é, em princípio, constitucionalmente não problemática (cf. BVerfGE 21, 73 [79]; 31, 255 [264]; 37, 132 [142]). Junto à questão sobre quais condições [graus] de determinação devem ser respectivamente cumpridas, há de se considerar as particularidades do respectivo objeto regulamentado, bem como a intensidade da regulamentação (cf. BVerfGE 48, 210 [221 s.]). Menores exigências podem ser feitas, sobretudo, junto a matérias multifacetárias (BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28,

175 [183]), ou quando se deve contar com que as relações fáticas mudem muito rapidamente (BVerfGE 8, 274 [326]; 14, 245 [251]) (...).

a) – b) (...).

4. O § 7 I e II AtomG não viola direitos fundamentais ou deveres de proteção jurídico-objetivos, derivados da ordem de direitos fundamentais.

a) (...). Não importa como os conceitos de precaução, dano e – em conexão com estes – risco ou risco residual sejam definidos na interpretação dessa norma, [pois] a lei exclui, do ponto de vista constitucional, a licença quando a construção ou o funcionamento da usina cause danos que representem violações a direito fundamental. A esse respeito, a lei não tolera, contudo, quaisquer danos residuais ou mínimos que devessem ser tidos como violação de direito fundamental à luz do direito fundamental do Art. 2 II 1 ou de outros direitos fundamentais, pois, caso contrário, ela teria que limitar expressamente o correspondente direito fundamental, segundo o Art. 19 I 2 GG, vez em que se trata, em face do tipo desses danos, de limitações de direito fundamental completamente novas, como, por exemplo, ocorre no § 12 II 2 segundo o disposto no § 12 I 1, n° 4 AtomG em face do direito fundamental da incolumidade física.

(...).

b) – c) (...)

III.

Esta decisão foi, em relação ao seu dispositivo, unânime.

(ass.) *Zeidler, Rinck, Wand, Hirsch*, Dr. Dr. *h.c. Niebler, Träger, Rottmann*
(repr. por *Zeidler*)

114. BVERFGE 34, 269

(SORAYA)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 14/02/1973

MATÉRIA:

Trata-se de uma Reclamação Constitucional ajuizada pela gigante Editora *Axel-Springer* (responsável entre outras publicações com edição na casa do milhão de exemplares, do popular jornal *Bild Zeitung*) contra

decisões judiciais condenatórias. Uma revista do grupo publicou uma “entrevista exclusiva” com a princesa iraniana *Soraya*, que não existiu. A editora foi condenada por danos morais e afirmou em sua Reclamação uma violação, entre outros, de seu direito fundamental do Art. 5 I 2 GG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente e negou a quebra do princípio do Estado de direito, consubstanciado, nesse caso, no vínculo do juiz para com a lei e o direito, quebra essa que teria ocorrido, segundo a concepção do reclamante, devido à ausência de previsão legal específica da indenização por danos imateriais.

A jurisprudência dos tribunais cíveis, segundo a qual em caso de violações graves ao direito geral da personalidade pode ser requerida uma indenização em dinheiro também por danos imateriais [morais], é compatível com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 14 de fevereiro de 1973

(...)

RAZÕES

A.

1. – 3. (...).

4. Enquanto o direito geral da personalidade se impunha rapidamente na jurisprudência e na literatura jurídica, permanecia controversa a questão de se, segundo o direito vigente, poderia ser exigida indenização em dinheiro por danos imateriais [morais], em razão de violação a direito da personalidade.

(...).

5. (...). No ano de 1958, o Tribunal Federal (BGH) concedeu pela primeira vez, na decisão (*Urteil*) assim denominada “*Herrenreiter*”, indenização de pequeno valor em dinheiro ao atingido em seu direito da personalidade em razão de dano não-patrimonial (BGHZ 26, 349). Na fundamentação, que se liga à decisão de 1954 (BGHZ 13, 334), discorre-se que dos Art. 1 e 2 GG decorreria, não apenas a obrigação de se respeitar a personalidade: deles resultaria a necessidade de garantir a proteção, em intervenções na esfera pessoal, contra danos próprios da essência [da personalidade]. A obrigação de reparação de danos é fundamentada numa aplicação analógica do § 847 BGB.

(...).

6. (...).**B.**

1. A editora reclamante “*Die Welt*”, pertencente ao grupo *Axel-Springer*, publicava antigamente a revista semanal “*Das Neue Blatt mit Gerichtswoche*” [“Novo jornal sobre a semana dos tribunais”], (...). Nos anos de 1961 e 1962, a revista ocupou-se reiteradamente, estampando fotos, com a ex-mulher do xá do Irã, Princesa *Soraya Esfandiary-Bakhtiary*. Na primeira página da edição de 29 de abril de 1961 foi publicada uma reportagem especial então denominada sob o título “*Soraya: o xá não me escreve mais*” com uma “entrevista exclusiva”, a qual teria sido concedida pela Princesa *Soraya* a uma jornalista. Ali eram relatadas declarações da princesa sobre sua vida privada. A entrevista foi vendida ao “*Neues Blatt*” por uma “*free-lancer*”. A entrevista foi inventada [pela “*free-lancer*”, não existiu na realidade]. (...).

O Tribunal Estadual julgou procedente a ação da Princesa *Soraya* para pagamento de indenização por dano a seu direito da personalidade, condenando as reclamantes solidariamente ao pagamento de 15.000 DM. A Apelação e a Revisão das reclamantes restaram sem êxito. (...).

2. Com a Reclamação Constitucional, as reclamantes alegam a violação do Art. 2 I c.c. Art. 20 II e III, Art. 5 I 2 e II, Art. 103 II GG, bem como, “preventivamente”, violação a seus direitos fundamentais previstos nos Art. 3, 12, 14 GG. Como fundamentação, elas discorrem o seguinte:

A aplicação do preceito jurídico segundo o qual, em caso de violação do direito geral da personalidade e sob determinados pressupostos, deva ser paga indenização em dinheiro também para danos morais, não estaria fundamentada na ordem constitucional, uma vez que essa regra teria sido construída em violação ao princípio da divisão de poderes estabelecido pelo Art. 20 II e III GG. As decisões impugnadas estariam intervindo, por isso, na sua liberdade de ação de modo não permitido. O Tribunal Federal concede o *pretium doloris* (reparação de danos morais) *contra legem*, pois essa consequência jurídica não poderia ser deduzida das prescrições do Código Civil, nem direta, nem analogicamente. (...).

(...).

C.

A reclamação constitucional não é procedente.

I. – III. (...)

IV.

1. O tradicional vínculo do juiz à lei, um componente fundamental do princípio da divisão dos poderes e, portanto, do princípio do Estado de direito, transformou-se na *Grundgesetz*, em todo caso segundo sua formulação, na concepção de que o Judiciário está vinculado à “lei e ao direito” (Art. 20 III GG). Com isso, rejeitou-se, segundo opinião geral, um positivismo jurídico estrito. A fórmula mantém a consciência de que direito e lei, embora geralmente ocorra na prática, não coincidem sempre e necessariamente. O direito não é idêntico ao conjunto das leis escritas. Ao par das normas positivas do poder estatal, pode existir, dadas certas circunstâncias, um plus em Direito, cuja fonte se encontra na ordem jurídica constitucional como uma unidade de sentido e que pode agir como corretivo em face da lei escrita. É tarefa do Judiciário interpretá-lo e concretizá-lo. O juiz não é obrigado pela *Grundgesetz* a aplicar as instruções legislativas ao caso concreto nos limites do significado literal possível. Tal entendimento pressuporia categoricamente a ausência de lacunas na ordem jurídica estatal positiva, uma situação que é defensável como postulado do princípio da segurança jurídica, mas que é, na prática, inalcançável. A atividade jurisdicional não consiste somente em reconhecer e pronunciar as decisões do Legislativo. A tarefa do Judiciário pode exigir especialmente que se tragam à luz e que se concretizem nas decisões judiciais ideais axiológicos iminentes à ordem jurídica constitucional, mas que não lograram integrar expressamente, total ou mesmo parcialmente, os textos das leis escritas, num ato de reconhecimento valorativo ao qual não faltam elementos cunhados na vontade. O juiz deve, nesse ponto, manter-se livre de [cometer] arbitrariedades. Sua decisão deve basear-se em argumentação racional. Deve poder ser demonstrado que a lei escrita não realiza sua função de solucionar um problema jurídico. A decisão judicial preenche, então, essa lacuna de acordo com os parâmetros da razão prática e com “idéias gerais de justiça aceitas pela sociedade” (BVerfGE 9, 338 [349]).

Essa tarefa e competência do juiz para “criadora interpretação do direito” nunca foram – em todo caso sob a vigência da *Grundgesetz* – em princípio contestadas (cf., por exemplo, *R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, Série da Sociedade de Estudos Jurídicos de Karlsruhe, Caderno 100 [1971], e, também, *Redeker*, NJW 1972, p. 409 *et seq.*, respectivamente com maiores referência bibliográficas). Os tribunais superiores ocuparam-se com a questão desde o início (cf., por exemplo, BGHZ 3, 308 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279 [280 s.]). O Tribunal Constitucional Federal sempre a reconheceu (cf., por exemplo, BVerfGE 3,

225 [243 s.]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 *et seq.*]; 25, 167 [183]). O legislador expressamente atribuiu aos Grandes Senados dos tribunais superiores da União a tarefa do “desenvolvimento do direito” (v., p.ex., § 137 GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz*, Lei de Organização dos Tribunais). Em muitas áreas do direito, como no direito do trabalho, isso adquiriu um valor especial dado o [inevitável] atraso do legislador em relação ao desenvolvimento social.

Questionáveis podem ser somente os limites que devem ser impostos a uma tal interpretação criadora do direito sob observância daquele que, em razão do Estado de direito, é um princípio indispensável: o vínculo do Judiciário à lei. Eles não podem ser sintetizados em uma fórmula que seja igualmente válida para todas as áreas do direito e para todas as relações jurídicas por elas criadas ou regidas.

2. – 3. (...).

V.

(...).

(ass.) *Benda, Ritterspach*, Dr. *Haager, Rupp-v. Brünneck*, Dr. *Böhmer*,
Dr. *Faller*, Dr. *Simon*
(O Juiz Dr. *Brox* está convalescente. *Benda*)

115. BVERFG 30, 367

(BUNDESENTSCHÄDIGUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo /

Controle concreto

23/03/1971

MATÉRIA:

A derrogação da **Lei de Indenização Federal** (*Bundesentschädigungsgesetz*), realizada por lei em 1965, fixou uma data (1º de outubro de 1953) depois da qual os expulsos de suas terras, em decorrência das mazelas históricas do nacional-socialismo (que agora residem fora da Alemanha), não teriam mais direito à indenização pecuniária.

Considerando esse dispositivo inconstitucional em face da proibição da retroatividade de leis que representem uma piora da situação jurídica do atingido, o Tribunal Estadual de *Köln* suspendeu um dos processos originários, apresentando a questão da constitucionalidade do dispositivo específico (§ 150 II BEG II n.F.) ao TCF.

Paralelamente, eram ajuizadas várias Reclamações Constitucionais diretamente contra o dispositivo em pauta e, em alguns casos, igualmente contra decisões judiciais de outros tribunais, também com outros fundamentos (violação do Art. 3 I e 14 GG). O TCF as decidiu conjuntamente, admitindo tanto o controle concreto proposto pela Apresentação Judicial do Tribunal Estadual de *Köln* quanto às Reclamações Constitucionais aludidas. No mérito, o TCF, depois de ter julgado procedentes tanto a Apresentação Judicial quanto as Reclamações Constitucionais, declarou a nulidade do dispositivo impugnado.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 23 de março de 1971

- 2 BvL 2/66, 2 BvR 168, 196, 197, 210, 472/66 -

(...)

RAZÕES

A. - I.

1. A mudança do § 150 da Lei de Indenização Federal (*Bundesentschädigungsgesetz* - *BEG*) pela Lei de Conclusão da Lei de Indenização Federal (*BEG-Schlussgesetz*) de 14 de setembro de 1965 (BGBl. I, p. 1315) constitui o objeto de todos os processos no ponto em que neles se limita a legitimidade ativa a perseguidos que tenham cumprido os pressupostos da hipótese normativa na entrada em vigor (retroativa) da lei em 1º de outubro de 1953, portanto em uma data passada (§ 150 II n.F.). A redação do § 150 BEG não continha, em todo caso, nenhum dia marcado expressamente mencionado.

Todas as pretensões pecuniárias que as leis de indenização contemplam têm como pressuposto um ônus provocado por medidas de coerção nacional-socialistas em relação à vida, integridade física, saúde, liberdade, propriedade e patrimônio ou à subsistência profissional ou econômica.

(...).

2. – 4. (...).

II. – III. (...)

B.

A Apresentação do Tribunal Estadual de *Köln* e as Reclamações Constitucionais foram conectadas para decisão conjunta.

I.

1. A Apresentação é admitida.

(...).

2. As Reclamações Constitucionais são também admitidas, na extensão em que se voltam diretamente contra o dispositivo de data marcada do § 150 II n.F. (...).

II.

A determinação do dia marcado do § 150 II n.F. viola o princípio do Estado de direito (Art. 20 GG). As Reclamações Constitucionais são procedentes. (...).

1. (...).

2. (...).

a) Segundo o § 150 II a.F., eram legitimados ao direito [de indenização] também aqueles perseguidos que somente depois de 1º de outubro de 1953 se tornaram expulsos na acepção do § 1 BVFG. A Lei de Conclusão da Lei de Indenização Federal de 14 de setembro de 1965 modificou a situação jurídica de maneira retroativa no momento em que inseriu no § 150 II n.F. essa data marcada e, com isso, denegou a este círculo de pessoas as pretensões jurídicas à indenização, deixando, portanto, no lugar de uma ordem jurídica válida para um interregno passado, uma ordem posteriormente criada (...).

aa) – bb) (...).

b) No caso do § 150 II n.F., trata-se de uma autêntica retroação, que aqui não se justifica, nem mesmo pela presença de circunstâncias especiais.

aa) De fato, uma lei retroativa nem sempre viola a Constituição. A proibição absoluta de retroatividade do direito penal não vale em geral para [todo] o ordenamento jurídico. Entretanto, de acordo com a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, leis onerosas, que compreendem retroativamente fatos [já] concluídos, são em regra “incompatíveis com o mandamento do princípio

do Estado de direito ao qual pertence, como elemento essencial, a segurança jurídica, que, de sua parte, significa para o cidadão proteção da confiança” (BVerfGE 18, 429 [439]; igualmente 23, 12 [32]; 24, 220 [229]. Autêntico efeito passado retroativo neste sentido está presente quando a lei *a posteriori* intervier mudando situações fáticas [correspondentes a tipos normativos passados] acabadas; isso é oposto ao efeito de intervenção em face de matérias ainda não acabadas e relações jurídicas contemporâneas (assim chamado efeito passado retrospectivo, efeito passado não autêntico) (cf. BVerfGE 11, 139 [145 s.], jurisprudência consolidada). A Constituição protege por princípio a confiança de que as conseqüências jurídicas legais ligadas a situações fáticas concluídas permaneçam reconhecidas. (BVerfGE 13, 261 [271]) (...).

A Lei de Conclusão da BEG, que limita retroativamente o tipo normativo da pretensão [à indenização] do § 150 II BEG a.F. por meio de uma data marcada, representa uma regra onerosa para aquele que foi com ela excluído de uma indenização que antes lhe cabia. Como leis onerosas não podem ser consideradas apenas as leis tributárias e outras leis que contenham mandamentos e proibições, mas todas as normas que piorem uma posição jurídica existente. Para aqueles perseguidos que depois do dia 1º de outubro de 1953 se tornaram expulsos na acepção do § 1 BVFG, e que por isso, segundo o § 150 II BEG n.F., não são mais legitimados à indenização, a regulamentação impugnada tem natureza onerosa.

Ela interveio em situações fático-normativas concluídas. Com efeito, os fatos aos quais se ligam as correspondentes normas [definidoras] de pretensão jurídica da Lei de Indenização Federal estavam todos concluídos no passado: No caso de normas jurídicas que contemplam pretensões jurídicas, a expressão “situação fático-normativa acabada” não significa “reconhecida por aviso [administrativo]”, porque o que importa são os elementos do tipo normativo legal e não os atos executórios administrativos. Para se poder falar, no caso de normas [definidoras] de pretensão jurídica, em “autêntico efeito retroativo”, basta que o legislador intervenha em situações fáticas que antes da publicação da lei estavam concluídas e que cumpriam os pressupostos do tipo normativo até então vigente.

bb) A proibição por princípio de leis onerosas com autêntico efeito retroativo baseia-se no pensamento da proteção da confiança, que é inerente ao princípio do Estado de direito. Exceções só podem valer quando a confiança em uma determinada situação jurídica não for digna de proteção, por não ser racionalmente justificada (cf. BVerfGE 13, 261 [271 s.]). Tais circunstâncias especiais não estão aqui presentes.

(A) Uma proteção da confiança não será exigida quando, no momento no qual a ocorrência da consequência jurídica for trazida pela lei, tiver que se contar com uma tal regulamentação (cf. BVerfGE 13, 261 [272] com maiores referências).

(...).

(B) O cidadão também não poderá contar com o direito vigente se a situação jurídica for obscura e confusa ou lacunosa (cf. BVerfGE 7, 129 [151 *et seq.*]; 11, 64 [73 *et seq.*]; 13, 261 [272]), ou de tal sorte contra-sistemática e inaceitável que existam sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade. (cf. BVerfGE 13, 215 [224]; 19, 187 [197]). Nestes casos, o próprio princípio do Estado de direito exige que a segurança jurídica e a justiça sejam [r]estabelecidas retroativamente por meio de uma regulamentação que traga clareza (...).

(...).

(C) A confiança dos atingidos na situação jurídica vigente não careceria também de proteção em face de mudanças legislativas retroativas fundamentadas racionalmente, quando nenhum ou somente pouco significativos prejuízos fossem causados por intermédio delas. Também o princípio do Estado de direito não protege contra qualquer decepção (cf. BVerfGE 14, 288 [299]; 22, 241 [252]). A regulamentação legal tem que, em geral, ser adequada a produzir ou a influenciar decisões e disposições, a partir da confiança em seu prosseguimento, as quais se mostrem como onerosas no momento da mudança da situação jurídica [para que a confiança possa carecer de proteção constitucional, disparando o respectivo mecanismo de controle].

O prejuízo sofrido pelos agora excluídos, segundo o § 150 BEG n.F., da legitimidade ativa da pretensão jurídica se constitui no fato de que foram perdidas aquelas pretensões de indenização, que eles calcularam pela lei e que também podiam esperar concretamente de acordo com a situação jurídica [então vigente], pois que neste mister não cabia à Administração nenhum poder discricionário. A confiança nestas pretensões, que não representavam meras expectativas, ensejou naturalmente certas disposições, sem que isso precisasse ser pormenorizadamente apresentado pelos atingidos. De resto, uma pretensão de direito público a prestações pecuniárias significativas representa um valor patrimonial.

(...) resta fixar que uma regulamentação onerosa também deve ser medida, com base no parâmetro do princípio do Estado de direito, quando ela atingir poucos cidadãos. Eles, em todo caso, foram decepcionados em sua legítima confiança na

situação jurídica vigente. Uma piora não insignificante desta situação jurídica, também em face de poucos atingidos, pode invalidar uma regulamentação retroativa (...).

(...).

(D) (...).

(...).

Finalmente, a idéia de que a nova regulamentação teria o escopo de facilitar o processamento das pretensões de indenização por parte das repartições públicas e dos tribunais não basta para justificar uma exceção à proibição por princípio do autêntico efeito retroativo de leis onerosas.

3. Uma vez que o § 150 II BEG n.F. na extensão apresentada já é incompatível com a *Grundgesetz* por causa de uma violação do princípio do Estado de direito, não importa se também os direitos fundamentais do Art. 3 I e 14 GG [respectivamente igualdade e propriedade] foram violados.

III.

Na extensão em que, conforme o exposto, o § 150 II BEG n.F. é incompatível com a *Grundgesetz*, ele deve ser declarado nulo de acordo com o § 78 BVerfGG.

As decisões (*Urteile*) do Tribunal Federal (BGH) baseadas no dispositivo inconstitucional devem ser revogadas e os autos do processo no qual elas foram prolatadas, devolvidos ao tribunal estadual.

Esta decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Rinck, Wand*

§ 30.

Direitos adquiridos do funcionalismo público (Art. 33 V GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 33 (direitos políticos)

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ...

(5) O direito do serviço público deverá ser regulamentado observando-se os preceitos tradicionais do funcionalismo público de carreira.

116. BVERFGE 8, 1

(TEUERUNGSZULAGE)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 11/06/1958

MATÉRIA:

Dois funcionários públicos de alto escalão, um civil e outro militar, ambos aposentados, voltaram-se com suas Reclamações Constitucionais diretamente contra a regra do § 6 I da Lei de Alteração e Complementação do Direito de Remuneração do Funcionalismo. Eles afirmaram violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 3 I e 33 V GG, porque o dispositivo excluía a possibilidade de aumento salarial compatível com a desvalorização monetária e seu padrão de vida. Tratava-se, portanto, de

não serem excluídos das **compensações para o encarecimento** (*Teuerungszulage*) do custo de vida.

O TCF admitiu as Reclamações para o julgamento do mérito, fundamentando-o detalhadamente (os excertos abaixo transcritos fazem parte da fundamentação da admissão) e as julgou procedentes em face do Art. 33 V GG, ficando prejudicada a questão de se saber se o Art. 3 I GG também teria sido violado.

1. Não há “princípio tradicional”, na acepção do Art. 33 V GG, que garanta aos servidores públicos o direito adquirido a uma remuneração determinada pela somatória [de diversos proventos].
2. É um “princípio tradicional”, na acepção do Art. 33 V GG, que seja garantido aos servidores públicos um meio de subsistência adequado, de acordo com a classificação hierárquica de seu cargo, a responsabilidade ligada à sua função e segundo o padrão de significado do funcionalismo público para a coletividade, correspondente ao desenvolvimento das condições gerais econômicas e financeiras e ao padrão de vida comum. O legislador tem que observar esse princípio.

O Art. 33 V GG outorga ao servidor público, a esse respeito, um direito individual igual³⁴⁹ a direito fundamental, cuja violação pode ser afastada, conforme o § 90 I BVerfGG, pela Reclamação Constitucional.

3. No processo da Reclamação Constitucional, o Tribunal Constitucional Federal não pode declarar a nulidade de uma lei sobre remuneração do funcionalismo que, em razão da alteração dos padrões de vida, não mais corresponda às necessidades de uma adequada subsistência e que, por isso, não seja mais compatível com Art. 33 V GG. Pelo contrário, ele [TCF] está limitado à declaração de que o legislador violou, quando da omissão da alteração da remuneração, o direito do servidor previsto no Art. 33 V GG.

³⁴⁹ É a expressão dogmática (*grundrechtsgleiche Rechte*) que denota esses direitos com caráter de direito fundamental outorgados fora do seu capítulo próprio (1º) da *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 11 de junho de 1958

– 1 BvR 1/52, 46/52 –

(…)

RAZÕES

A. – I. – III. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

I.

(…)

II.

(…)

1. – 3. (...).

4. O princípio, resultante do desenvolvimento histórico anterior e concomitante com a vigência da Constituição de Weimar, segundo o qual o Estado teria que garantir ao servidor público uma adequada subsistência, deve ser “observado” como “princípio tradicional do funcionalismo público” na regulamentação do funcionalismo (cf. BVerfGE 3, 58 *et seq.* [137]). A *Grundgesetz* deixa, em princípio, no Art. 33 V GG, ao Poder Legislativo Federal uma ampla margem de discricionariedade para que a legislação sobre o funcionalismo atenda aos requisitos do Estado livre e democrático e ao seu desenvolvimento progressivo. Por outro lado, ela não garante uma total liberdade de regulamentação. O princípio tradicional em concreto deve ser, pelo contrário, apreciado em seu significado para a instituição do funcionalismo público num Estado livre, democrático e social de direito. Disto depende de que modo e em que extensão deve tal princípio ser observado. O funcionalismo público somente pode realizar a função a ele incumbida, de assegurar uma Administração Pública estável e com isso compor um fator estabilizador em face das forças políticas que configuram a vida estatal, quando é protegido jurídica e economicamente (BVerfGE 7, 155 [162/163]). Por isso, a conclusão irrefutável é que a garantia dos meios de subsistência adequados deve ser tida como um especialmente essencial princípio tradicional, a cuja *observância* o legislador está obrigado.

5. Com a garantia objetiva e direta dos meios de subsistência adequados, o Art. 33 V GG dá a cada servidor público, ao mesmo tempo, também um direito individual semelhante [equivalente] ao direito fundamental contra o Estado. Isso deve ser, acima de tudo, concluído a partir da natureza particular das relações jurídicas referentes ao

funcionalismo. Frente ao servidor público encontra-se o Estado enquanto seu chefe, mas tal chefe é, ao mesmo tempo, em sua condição de legislador, também o único competente e responsável pela regulamentação da relação jurídica, pela distribuição de direitos e deveres opostos entre si. O servidor público individual não tem qualquer possibilidade jurídica própria de atuar sobre a conformação mais específica de sua relação jurídica, especialmente sobre o aumento de sua remuneração. Tampouco está ele autorizado, segundo princípios tradicionais, a tomar, para o fomento de interesses profissionais comuns, medidas coletivas de luta econômica [greve, por exemplo]. Ele depende da regulamentação feita por seu chefe como legislador. Quando, por isso, a *Grundgesetz*, no Art. 33 V GG, quer oferecer *diretamente* uma garantia para que a legislação sobre o funcionalismo público atenda a requisitos mínimos estabelecidos e delimitados de forma estrita pela Constituição, então resta claro que deve ser garantido àqueles direta e principalmente atingidos um direito individual correspondente, de tal sorte que, a esse respeito, eles possam manter também juridicamente seus status constitucional em conformidade com os princípios fundamentais do Estado de direito e do Estado social (cf. também: BVerfGE 6, 386 [387/388]). Essa tese é sustentada tendo-se em vista o desenvolvimento fático que, desde o tempo da monarquia constitucional, caminhou rigorosamente no sentido da ampliação da proteção jurídica individual do servidor público, justamente em face de seu status jurídico-patrimonial. Se for considerada a tendência da *Grundgesetz*, de fortalecimento geral da proteção jurídica do indivíduo, então chega-se à conclusão de que o Art. 33 V GG assegura ao servidor público a garantia constitucional do direito individual correspondente. Também esse direito é tido em mente quando o § 90 I BVerfGG admite a Reclamação Constitucional baseada numa violação do Art. 33 GG.

6. Se uma violação do direito a meios de subsistência adequados fundada no Art. 33 V GG pode ser argüida com uma Reclamação Constitucional, então ela é possível principalmente em dois sentidos.

a) Porque a pretensão jurídico-patrimonial do servidor público à remuneração legal alcança a necessidade de a regra sobre vencimentos corresponder à ordem constitucional (Art. 20 III GG), pode o servidor que considerar inconstitucional uma diminuição da remuneração, dirigir-se ao tribunal competente (cf. § 172 BGG). Se este tiver o mesmo entendimento jurídico, então deve, nos termos do Art. 100 I GG, solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal a respeito. Se o tribunal entender, pelo contrário, que a diminuição da remuneração e que a revogação ou modificação

da lei sobre remuneração anterior com ela relacionada, estará então aberta para o servidor, nos termos do Art. 33 V GG, a via da Reclamação Constitucional – em princípio após o esgotamento da via judicial [ordinária].

b) Se, ao contrário, o servidor público – sem que tenha havido uma diminuição da remuneração – entender que a disciplina legal da remuneração atual não mais corresponde ao direito mínimo garantido pelo Art. 33 V GG em razão de uma alteração nos padrões econômicos, ou seja, que uma alteração da lei seja constitucionalmente ordenada, então ele não poderá – como se conclui também a partir do supra discorrido sob V II 3 – apelar ao tribunal competente em favor de seu direito à remuneração. A isso se contraporiam o princípio tradicional, segundo o qual as remunerações do funcionalismo público devem ser em geral disciplinadas por lei (Art. 33 V GG), e a posição dos tribunais prevista pela *Grundgesetz* (Art. 20 III GG). Estes não podem conceder a um servidor público uma remuneração não prevista em lei. Não obstante, o § 90 I BVerfGE oferece ao servidor a via da Reclamação Constitucional em face do legislador (BVerfGE 6, 257 *et seq.*).

aa) Também o Tribunal Constitucional Federal não tem competência para estabelecer remunerações no caso concreto fora da regra geral prevista pela lei (Art. 33 V GG). Enquanto tribunal, ele também não poderia, por ocasião de uma Reclamação individual, colocar-se no lugar do legislador e determinar qual regra geral seria necessária (Art. 20 III GG). Mas, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal pode decidir se uma regra legal existente ainda atende aos requisitos mínimos do Art. 33 V GG. No exame desta questão, ele tem que, evidentemente, respeitar a discricionariedade legislativa e observar todas as considerações constitucionalmente admitidas que pudessem ter motivado o legislador a não alterar a legislação sobre a remuneração. Só então, quando para a conservação da regra atual simplesmente não houver mais nenhum fundamento constitucional, quando, portanto, resultar da *Grundgesetz* a consecutiva necessidade de uma alteração da lei com a clareza exigida para a prolação de uma decisão judicial, pode o Tribunal Constitucional Federal verificar a ofensa da disciplina até então vigente ao Art. 33 V GG.

bb) Mas em relação ao conteúdo de tal decisão, resulta do princípio tradicional - segundo o qual as remunerações devem ser disciplinadas de forma geral pela lei - um limite significativo: Em princípio, uma lei que ofende a Constituição deve ser declarada nula. No caso de uma lei sobre remuneração que, em razão de uma alteração de padrões econômicos, não mais corresponda às exigências mínimas de um meio de

subsistência adequado, tal decisão do Tribunal Constitucional Federal, porém, causaria uma situação na qual a ordem constitucional seria respeitada menos ainda. Com efeito, o Art. 33 V GG exige que existam disciplinas legais gerais e abstratas sobre a remuneração. Por causa da conexão de ambos os princípios constitucionais (garantia de meios de subsistência adequados e regulamentação legal geral e abstrata sobre remuneração), o Tribunal Constitucional Federal não pode, por isso, declarar a nulidade de leis sobre remuneração que se tornaram inadequadas. Ele está, em tais casos, limitado à verificação de que o legislador federal violou por omissão, tendo em vista a [necessária] alteração da remuneração, o direito do servidor previsto no Art. 33 V GG. Tal decisão, que deixa vigente uma lei sobre remuneração atual inadequada [não a cassa], não é porém destituída de significado prático, pois obriga, nos termos da Constituição, o legislador à correspondente ação (BVerfGE 6, 257 *et seq.* [265/266]).

7. – 8. (...).

III.

(...)

C.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

I. – II. (...)

117. BVERFGE 44, 249

(ALIMENTATIONSPRINZIP)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 30/03/1977

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento conjunto de 14 Reclamações Constitucionais diretas contra vários dispositivos da Sétima Lei para a Mudança de Normas do Direito do Funcionalismo e do Direito dos Vencimentos de Funcionários Públicos. Os reclamantes, todos funcionários públicos civis e militares, incluindo alguns juízes, entenderam que a mudança da disciplina jurídica de seus vencimentos não atendia mais ao “tradicional”³⁵⁰ – baseado no Art. 33 V GG – **princípio da garantia de alimentos** (*Alimentationsprinzip*).

³⁵⁰ Explícito elemento do tipo normativo constitucional do Art. 33 V GG.

O TCF julgou, em decisão unânime, procedentes as Reclamações Constitucionais. (Cf. dispositivo transcrito abaixo).

1. Definir se os vencimentos dos servidores públicos, incluindo a aposentadoria e as pensões de herdeiros, são [ou não] suficientes nos termos do Art. 33 V GG, somente poderá ser feito a partir do rendimento efetivo líquido, e, portanto, do rendimento que é transmitido ao servidor público e do qual, depois da incidência dos impostos, ele [efetivamente] poderá dispor.
2. (...).
3. O Art. 33 V GG, que hoje deve ser visto também em conjunto com as escolhas axiológicas da Constituição, previstas no Art. 6 GG e no princípio do Estado social, exige que na vida real os servidores públicos possam, sem consideração do tamanho de sua família, “ter aproximadamente as mesmas condições [de sustento]”.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 30 de março de 1977

— 2 BvR 1039/75 —

(...)

Dispositivo

1. O legislador violou o direito [equiparado a direito fundamental] dos reclamantes 1 a 9 a uma alimentação adequada em face de sua investidura pública e o direito dos reclamantes a um vencimento adequado, porque deixou de considerar suficientemente o número de filhos na nova disciplina legal do vencimento [do funcionalismo].
2. A República Federal da Alemanha deve ressarcir os reclamantes das custas necessárias.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais dirigem-se contra o vencimento dos servidores públicos, juízes e soldados incluídos na compensação geral para encargos familiares, sob a alegação de que tal vencimento seria insuficiente, em face dos custos econômicos, para a manutenção e formação escolar e profissional de seus filhos.

(...)

I. - III. (...)

B.

Contra a admissão das Reclamações Constitucionais não há argumentos.

Elas se referem em sua substância ao mesmo objeto e devem por isso ser trazidas à decisão conjunta.

C. - I.

1. - 5. (...).

II.

A partir deste contexto, deve-se responder à questão de se, segundo a disciplina legal impugnada, os reclamantes ainda são alimentados de maneira adequada em relação à sua investidura [pública].

1. - 2. (...).

3. O princípio tradicional do funcionalismo público e do direito da magistratura a ser observado exige uma adequada contraprestação (alimentos) pela Administração; isto é: os vencimentos, assim como a aposentadoria e pensões de herdeiros, devem ser de tal sorte calculados, que garantam - segundo a classificação hierárquica do servidor, o significado e responsabilidade do cargo e o correspondente desenvolvimento dos padrões econômicos - adequados meios de sustento que constituam pressuposto suficiente para que o servidor público se dedique exclusivamente ao serviço público e que possa contribuir, com independência econômica, para a realização da tarefa estabelecida pela *Grundgesetz* ao funcionalismo público, de forma a assegurar, num jogo de forças políticas, uma Administração estável e fiel à lei (BVerfGE 39, 196 [201]). À estrutura dos órgãos administrativos dentro da organização estatal corresponde, destarte, uma graduação dos vencimentos dentro do ordenamento dos vencimentos.

O legislador, que tem que concretizar a adequação dos vencimentos, incluindo aposentadoria e pensão a herdeiros, deve, por isso, além dos aspectos já mencionados - significado da instituição do funcionalismo público, a consideração de que a carreira pública deve atrair pessoal qualificado, reputação do cargo aos olhos da sociedade, formação requerida do ocupante do cargo, responsabilidade do cargo, exigência de desempenho do ocupante do cargo (frequentemente denominada como “produção”) -, considerar também que, segundo a atual concepção geral, não somente as necessidades básicas do ser humano referentes à alimentação, vestuário e moradia

integram as necessidades que o trabalhador deve poder satisfazer, mas também, tendo em vista do padrão de vida comum e costumes de vida e de consumo, um mínimo de “conforto”. Por exemplo, instalação na casa da aparelhagem elétrica usual, incluindo sua manutenção; rádio, TV juntamente com seus custos contínuos; assinatura de jornal e revistas; visita a teatros e a outros eventos semelhantes; automóvel; viagem de férias; contrato de financiamento de habitação; seguro de vida e seguro-saúde; gastos com educação, atividades políticas e sociais e outras atividades razoáveis de lazer. Os alimentos, numa sociedade próspera, significam mais do que a garantia de subsistência em tempos que foram caracterizados por privação e escassez para amplos setores da sociedade. O princípio do direito a alimentos fornece um conceito parâmetro, que deve ser sempre concretizado de acordo com os padrões de cada época (cf. *Castner*, in: Anuário *Schmollers* 82, ano 1962, p. 461, 479 *et seq.*; *Fürst*, GKÖD [*Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht* – Comentários gerais sobre direito do serviço público] 1, K antes de § 82, n^o 14 aa).

Definir se os vencimentos dos servidores públicos, incluindo a aposentadoria e as pensões de herdeiros, são adequados segundo esse parâmetro, somente poderá ser feito a partir do rendimento efetivo líquido, e, assim, principalmente a partir do rendimento que é transmitido ao servidor público e do qual, depois da incidência dos impostos, ele [efetivamente] poderá dispor. Ou devem, portanto, ser encontradas medidas no direito tributário de forma que o servidor público mantenha, com seus vencimentos líquidos, o suficiente para que seja possível que ele e sua família tenham um padrão de vida correspondente ao seu cargo, ou os vencimentos brutos devem ser fixados nas normas aplicáveis em um tal valor que, após a incidência do direito tributário geral, reste garantido para o servidor e para sua família seu adequado sustento.

4. Desde que os vencimentos pagos pelo serviço público, a aposentadoria e a pensão aos herdeiros não se encontrem no limite inferior de uma subsistência adequada nos termos do supra apresentado, é da competência do legislador determinar se e em qual extensão ele atribuirá à alimentação do funcionalismo público as prestações garantidas fora do direito do funcionalismo público a todo cidadão.

5. O que, assim, por força constitucional cabe ao servidor público como direito a alimentos, depende, no momento da fixação, claramente também do tamanho da família e das altas despesas causadas em razão de sua alimentação. O legislador tem várias possibilidades de concretizar esse mandamento constitucional. Não existe uma

pretensão autônoma do servidor público, derivada do Art. 33 V GG, ao sustento de seu filho; tampouco que essa pretensão devesse ser multiplicada conforme o número de filhos. Os custos do sustento de um filho dentro de uma família são menores do que os custos de sustento que devem ser empregados em relação a uma pessoa que se encontra fora do círculo familiar. E os custos de sustento de uma família não crescem proporcionalmente no mesmo valor com cada aumento em um filho. Exigido é, contudo, uma mensuração dos vencimentos num valor no qual o servidor e sua família não sejam, pois, forçados, por causa do maior número de filhos, a uma tal restrição que os levem a renunciar total ou parcialmente à satisfação de suas necessidades. Para tal satisfação, aliás, é que os adequados vencimentos pagos pelos servidores públicos são estabelecidos, segundo o item 3 supra apresentado. Não se pode calcular centavo por centavo. Por isso, há de se reconhecer ao legislador uma margem conformadora para a sua regulamentação. O Art. 33 V GG, que hoje deve ser visto também em conjunto com as escolhas axiológicas da Constituição, previstas no Art. 6 GG e no princípio do Estado social, exige que, na vida real, os servidores públicos possam, sem consideração do tamanho de sua família, “ter aproximadamente as mesmas condições [de sustento]”. Se uma regra jurídica leva clara e evidentemente à situação em que a família, em razão do maior número de filhos e dos gastos vinculados ao seu sustento e à sua educação – portanto regulares durante os anos nos quais eles dependam do orçamento familiar –, deva renunciar à conclusão de um contrato de financiamento habitacional, à compra dos aparelhos domésticos comuns, à participação em eventos culturais, e às férias, e que deva impor limites ao seu estilo de vida privado, como na compra de roupas, devendo, assim, viver, nesse sentido, de maneira mais humilde do que servidores e pensionistas do mesmo nível – servidores solteiros, servidora casada, mas sem filhos ou família com um ou dois filhos –, então é violado o princípio do direito aos alimentos adequados para toda família com maior número de filhos.

III. – V. (...)

VI.

Esta decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) Dr. *Zeidler*, Dr. *Geiger*, Hirsch, Dr. *Rottmann*, Dr. *Niebler*, Dr. *Steinberger*

118. BVERFGE 39, 334
(EXTREMISTENBESCHLUSS)

Controle concreto

22/05/1975

MATÉRIA:

No processo originário, o autor requeria a revogação do ato administrativo que indeferiu sua admissão no estágio oficial ou serviço de preparação jurídica (*Refendariat*)³⁵¹ do Estado de *Schleswig-Holstein*. Sua admissão foi indeferida pela autoridade competente daquele Estado, porque ele participou de diversas reuniões e eventos promovidos pela organização “Célula Vermelha Direito” (“*Rote Zelle Jura*”), uma organização que, segundo a Secretaria de Justiça estadual, perseguia objetivos hostis à Constituição. A autoridade havia indeferido o requerimento do candidato com base no § 9 I, nº 2 da Lei do Funcionalismo Público de *Schleswig-Holstein*, segundo o qual somente pode entrar para o serviço público quem “oferecer a garantia de que se engajará, em qualquer tempo, pela ordem fundamental democrática na acepção da *Grundgesetz*”. O objetivo principal dessa norma é excluir **extremistas** do serviço público (daí a decisão ter sido denominada *Extremistenbeschluss*).

O Tribunal Administrativo de *Hannover* suspendeu o processo, apresentando o referido dispositivo para o devido controle pelo TCF, porque entendia que essa “obrigação de fidelidade” violava a liberdade profissional do autor, tal qual garantida pelo Art. 12 GG. O TCF admitiu a Apresentação Judicial, mas, no mérito, julgou o § 9 I, nº 2 da Lei do Funcionalismo Público de *Schleswig-Holstein* compatível com a *Grundgesetz*.

1. É um princípio tradicional do funcionalismo público, a ser observado (Art. 33 V GG), que cabe aos servidores públicos um dever de lealdade política especial em face do Estado e de sua Constituição.

³⁵¹ Cf. próxima nota.

2. O dever de lealdade determina a aceitação do Estado e de sua Constituição vigente, mesmo se ela for passível de modificação por meio de uma emenda constitucional, e isso não apenas em forma verbal, mas, especialmente, na atividade profissional, de tal modo que o servidor deve observar e cumprir as prescrições legais e constitucionais existentes, realizando sua função segundo o espírito dessas prescrições. O dever de lealdade política requer mais do que uma atitude formalmente correta, no mais desinteressada, reservada, internamente distante em relação ao Estado e à Constituição. Ele exige do servidor público, especialmente, que ele inequivocamente se distancie de grupos e esforços que ataquem, combatam e difamem o Estado, seus órgãos constitucionais e a ordem constitucional em vigor. Do servidor público espera-se que reconheça e afirme este Estado e sua Constituição como um alto valor positivo, pelo qual valha a pena engajar-se. O dever de lealdade política se afirma em tempos de crise e em situações de graves conflitos, quando o Estado confia em que o servidor público estará do seu lado.

3. A quebra do dever de lealdade justifica, em geral, a demissão do cargo de servidores em estágio probatório e de vínculo provisório. No caso de servidor ocupante de cargo vitalício, pode ser reconhecido, em processo formal disciplinar, em razão de quebra do dever funcional, o afastamento do cargo.

4. É um pressuposto jurídico para o ingresso no serviço público, exigido pela Constituição (Art. 33 V GG) e concretizado pela lei infraconstitucional, que o candidato ofereça a garantia de defender a todo tempo a livre e democrática ordem fundamental.

5. A convicção de que o candidato não oferece a garantia exigida fundamenta um julgamento sobre a sua personalidade, que inclui, da mesma forma, um prognóstico e se baseia respectivamente, de caso em caso, numa pluralidade cambiante de elementos e suas avaliações.

6. A situação jurídica resultante do Art. 33 V GG vale para todo vínculo funcional, para o vínculo funcional por tempo determinado, para o vínculo funcional em estágio probatório e para o vínculo funcional provisório, da mesma forma que para o vínculo funcional vitalício.

7. Ainda que aos empregados públicos se exija menos do que se exige dos servidores, eles devem, da mesma forma, lealdade ao seu empregador e o cumprimento consciente de suas obrigações funcionais. Eles também não podem atacar o Estado a cujo serviço estão, nem a sua ordem constitucional. Também

eles podem, por causa de grave ofensa a essas obrigações funcionais, ser demitidos sem aviso prévio. E, por fim, sua contratação pode ser rejeitada, se com isso se deva contar que não poderão ou não quererão cumprir os deveres vinculados a sua contratação.

8. Uma parte do comportamento, que pode ser relevante para a avaliação da personalidade de um servidor em estágio probatório, pode também ser a filiação ou a participação em um partido político que persegue objetivos avessos à Constituição – independentemente de ter sido ou não sua inconstitucionalidade verificada por decisão do Tribunal Constitucional Federal.

9. As normas, protegidas pelo Art. 33 V GG, do funcionalismo público e o direito disciplinar são leis gerais na acepção do Art. 5 II GG.

10. Não há contradição com o Art. 12 GG quando o princípio tradicional do funcionalismo público é concretizado pelo direito do funcionalismo, exigindo-se do candidato a um cargo público que ofereça a garantia [juramento] de defender a todo tempo a livre e democrática ordem fundamental.

11. O Estado encontra-se livre para organizar, em termos gerais, um serviço preparatório, cuja aprovação seja pressuposto, tanto para o serviço público em relação ao vínculo funcional, quanto para uma profissão livre. Assim, o serviço preparatório é prestado com um vínculo empregatício de direito comum ou um vínculo especial de direito público, fora do vínculo propriamente funcional. Se o Estado se decidir por um serviço preparatório, baseado no vínculo funcional, então ele deve oferecer, àqueles que queiram uma profissão fora do serviço público, um serviço preparatório de igual valor, que não discrimine e que possa ser realizada a inserção no vínculo funcional, ou prever, no âmbito das regras sobre funcionalismo público, uma norma de exceção que permita o serviço preparatório, em se querendo, fora de um vínculo funcional. Tendo em vista que exista, de forma crescente, ao lado de uma formação jurídica em dois níveis, uma formação jurídica em um nível, pode-se pensar, no futuro, para a unificação dos serviços jurídicos preparatórios, em uma previsão para todos os juristas de formação prática anterior ao Segundo Exame de Estado, no âmbito de uma relação de estágio jurídico de direito público, que não é uma relação funcional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de maio de 1975
– 2 BvL 13/73 –

no processo do exame de constitucionalidade de se são compatíveis com a *Grundgesetz* e com o § 7 do Código Federal da Advocacia o § 9 I, nº 2 da Lei sobre Funcionalismo Público do Estado de *Schleswig-Holstein*, de 10 de maio de 1971 (GVBl., p. 254), c.c. e o § 25 III do Decreto do Estado de *Schleswig-Holstein*, de 25 de maio de 1972 (GVBl., p. 91), segundo os quais deve ser nomeado como estagiário em direito [*Rechtsreferendar*]³⁵² somente quem oferecer a garantia de defender, a todo tempo, a livre e democrática ordem fundamental na acepção da *Grundgesetz* – decisão de suspensão e apresentação (*Aussetzungs- und Vorlagebeschluss*) do Tribunal Administrativo de Schleswig de 10 de abril de 1973 (A 363/72).

Dispositivo

O § 9 I, nº 2 da Lei do Funcionalismo Estadual de *Schleswig-Holstein* na redação de 10 de maio de 1971 (...) é compatível com a *Grundgesetz* e com o resto do direito federal.

RAZÕES

A. I. – VI., B. 1. – 3., C. I – IV.

(...)

Esta decisão foi prolatada, em sua conclusão, unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *v. Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*,
Hirsch, Dr. *Rinck*, Dr. *Rottmann*, *Wand*

Opinião divergente do Juiz *Seuffert* sobre a decisão (*Beschluss*) do
Segundo Senado de 22 de maio de 1975 – 2 BvL 13/73 –

³⁵² Estágio oficial, com duração de 2 anos, feito após a realização bem sucedida do *Erstes Staatsexamen* (Primeiro Exame de Estado). O *Rechtsreferendar* atuará em todas as principais carreiras jurídicas, sobretudo na magistratura, no Ministério Público, na Administração e na advocacia. Conseguir uma vaga como *Rechtsreferendar* tem se tornado cada vez mais difícil, em razão de seu pequeno número em face do grande número de candidatos. O principal critério de distribuição é a nota média auferida no *Erstes Staatsexamen*.

Eu anuí à esta decisão com as seguintes observações:

1. – 3. (...).

(ass.) *Seuffert*

Opinião divergente do Juiz Dr. *Rupp* sobre a fundamentação da decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 – 2 BvL 13/73 –

Eu não posso concordar com a fundamentação da decisão em um ponto essencial:

(...)

I. – III. (...)

(ass.) Dr. *Rupp*

Opinião divergente do Juiz *Wand* sobre a decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 – 2 BvL 13/73 –

I. – III. (...)

(ass.) *Wand*

QUARTA PARTE

*Direito Constitucional Processual
e Garantias Processuais Constitucionais*

§ 31.

Controle concreto da constitucionalidade de normas (Art. 100 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 100 (Controle de constitucionalidade de normas)

(1) ¹ Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta Grundgesetz. ² Isso vale também se se tratar da violação desta Grundgesetz pelo direito estadual, ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) ...

(3) ...

119. BVERFG 1, 184

(NORMENKONTROLLE I)

Controle concreto

20/03/1952

MATÉRIA:

Trata-se do primeiro caso (sucintamente descrito abaixo sob “II.”) sobre os pressupostos processuais do **controle concreto de normas** (*Normenkontrolle I*). O TCF não admitiu o controle de um decreto administrativo e interpretou o Art. 100 I GG no sentido de que *mera dúvida*³⁵³ sobre a inconstitucionalidade de norma aplicanda não é suficiente para suscitar o controle concreto.

³⁵³ Cf. Cap. Introdução, II. 3. c).

1. Somente leis em sentido formal estão sujeitas ao controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional Federal segundo o Art. 100 I GG, incluindo leis promulgadas em regime de urgência legislativa, nos termos do Art. 81 GG.
2. A submissão à decisão do Tribunal Constitucional Federal, prevista no Art. 100 I GG, somente é admissível se o tribunal apresentante estiver convicto de que a lei é inconstitucional. Meras dúvidas não são suficientes.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 20 de março de 1952

- 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28/51 -

no processo de exame de constitucionalidade: 1. do Decreto Policial do Ministério do Interior de *Nordrhein-Westfalen* (...).

Dispositivo da decisão

Os pedidos [de Controle concreto normativo] não são admitidos.

RAZÕES

I.

(...)

II.

1. O Tribunal Estadual de *Bielefeld* suspendeu, em decisão de 27 de setembro de 1951 (7 Qs 248/51), a ação penal proposta em face do pedreiro *Hans Heinrich L.* de *M.*, nos termos do Art. 100 I GG, e requereu a decisão do Tribunal Constitucional Federal. O tribunal expressou a dúvida sobre a inconstitucionalidade do Decreto Policial de 28 de abril de 1951 em face dos Art. 4, 5, 8, 9, 17 e 19 GG. Ele interpretou o Art. 100 I GG de tal sorte que já dúvidas em relação à constitucionalidade justificam a busca da decisão do Tribunal Constitucional Federal.
2. – 3. (...).

III. – V. (...)

VI.

Em face do texto inexato da lei e do fato de que, nem a gênese do Art. 100 GG, nem o desenvolvimento histórico do direito de controle judicial, fornecem pontos seguros de apoio para a interpretação da expressão “lei” no Art. 100 GG, uma decisão

sobre se os tribunais podem negar incidentalmente a conformidade de decretos administrativos com a *Grundgesetz*, ou se em tais casos deve ser obtida, segundo Art. 100 GG, uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, só pode ser derivada a partir do significado de todo o controle normativo lastreado na *Grundgesetz* e das tarefas neste contexto outorgadas ao Tribunal Constitucional Federal.

1. No caso do controle de constitucionalidade segundo o Art. 93 I, nº 2 GG, a competência do Tribunal Constitucional Federal como guardião da Constituição encontra-se certamente em primeiro plano (...).

(...).

Se estiver em questão, portanto, a validade de qualquer decreto em razão de alegada inconstitucionalidade, então todos os órgãos superiores do Executivo têm – e, de fato, independentemente dos demais – a possibilidade de chamar o Tribunal Constitucional Federal, enquanto guardião da Constituição. (...).

2. No entanto, no caso do controle de constitucionalidade segundo o Art. 100 GG, a tarefa do Tribunal Constitucional Federal, de ser o guardião da Constituição, fica em segundo plano.

O Art. 100 GG não quer, já segundo seu texto, excluir os tribunais do exame e decisão sobre todas as questões constitucionais em um litígio singular e, nesse caso, fundamentar a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal. Pelo contrário, os tribunais podem e devem examinar a compatibilidade das prescrições normativas enfrentadas em seu julgamento com a *Grundgesetz*, bem como a compatibilidade de prescrições estaduais com o direito federal. Eles podem afirmar a compatibilidade dentro de sua própria competência. Se a *Grundgesetz* fosse violada por tal decisão positiva, porque, em uma interpretação correta, a norma jurídica aplicada seria inconstitucional e, assim, nula, então o Tribunal Constitucional Federal poderia agir, enquanto guardião da Constituição, apenas por ocasião do controle de constitucionalidade segundo o Art. 93 I, nº 2 GG, ou – no caso de violação de direitos fundamentais – em razão de uma Reclamação Constitucional. Do Art. 100 GG, porém, não é possível derivar uma tal competência do Tribunal Constitucional Federal para proteção da Constituição.

Por outro lado, segundo a idéia básica do Art. 100 GG, é tarefa do Tribunal Federal Constitucional impedir que qualquer tribunal desconsidere a vontade do

legislador federal e estadual ao não aplicar as leis por eles estabelecidas, porque elas, na concepção do respectivo tribunal, ofendem a *Grundgesetz* ou a hierarquia federativa entre o direito federal e o direito estadual. O direito [competência] de exame judicial geral é, por isso, limitado a uma afirmação incidental da constitucionalidade. Em caso de negação, os tribunais têm somente um direito [competência] de exame preliminar. Desta forma, exclui-se a possibilidade de prejuízo ao Poder Legislativo.

Justamente a ameaça ao Poder Legislativo pela ampliação do direito de exame judicial foi uma das principais objeções contra a competência de exame judicial geral [contra o controle judicial difuso] (...).

Tais objeções não podem ser, porém, levantadas contra a competência de exame judicial geral [controle difuso] de decretos [leis em sentido material, de autoria do Executivo]. Sempre foi, como já mencionado, incontroverso que os tribunais podiam examinar, num litígio concreto, decretos em face de sua compatibilidade com a Constituição, desde que essa possibilidade não fosse [legal e] expressamente excluída. Somente depois que o direito de exame judicial se impôs também em face de leis (RGZ 111, 320), surgiu o problema de como poderia ser enfrentado o perigo, desta feita provocado, de que cada tribunal deixasse de lado atos do poder legislativo. Somente com fundamento nessa competência para o exame judicial geral de *leis* levantou-se a questão de uma concentração num tribunal especial estatal ou constitucional.

Não obstante, a competência de exame de cada tribunal também está, na medida em que pode levar à negação da validade de uma norma jurídica, ligada ao risco da incerteza e da dispersão jurídica. Esta poderia ser uma razão para que o exame [vinculante, controle vinculante] também de decretos devesse ser feito por um único tribunal (...).

Todavia, segundo a *Grundgesetz*, não existe, no caso da revisão de decretos por qualquer tribunal, risco de insegurança ou dispersão jurídica, pois o controle normativo previsto no Art. 93 I, n° 2 GG oferece, como apresentado acima, bastantes possibilidades para, no caso de todos os decretos de maior significado, provocar tempestivamente uma decisão com eficácia *erga omnes* do Tribunal Constitucional Federal.

Diferentemente, entretanto, ocorre com as leis. Aqui, de fato, como mostram as tendências do passado dirigidas a um monopólio do exame, surgem, no caso de uma competência de exame geral pelos tribunais, riscos específicos de insegurança e dispersão jurídicas. Isso porque falta aos órgãos legislativos dos Estados-membros, cujas leis foram tratadas por alguns tribunais como contrárias a direito fundamental ou ao direito federal, competência para requerer ao Tribunal Constitucional Federal o controle de

constitucionalidade previsto pelo Art. 93 I, nº 2 GG [controle abstrato de normas]. Justamente a regulamentação da legitimidade ativa para a propositura desse controle normativo, que até contempla os governos estaduais, mas não as assembleias legislativas estaduais, demonstra com toda clareza que a concentração do controle de constitucionalidade, também sob a perspectiva de que deve impedir a insegurança e dispersão jurídicas, é necessária apenas no caso de leis, mas não de decretos.

Mesmo que assim, nem a posição do Tribunal Constitucional Federal, como guardião da Constituição, nem a regulamentação geral do controle normativo falem a favor da inclusão dos decretos no Art. 100 GG, a conformação do controle normativo no Art. 100 GG, por outro lado, depõe contra essa tese. Se esse dispositivo fosse estendido aos decretos, então todo tribunal deveria requerer uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, não somente quando considerasse um decreto da União ou de Estado-membro nulo por causa da violação da *Grundgesetz*, mas também sempre que um decreto estadual fosse incompatível com uma lei federal (...).

3. Em face das demais competências abrangentes do Tribunal Constitucional Federal, a interpretação aqui desenvolvida corresponde também ao mandamento de limitar a atuação do Tribunal Constitucional Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, às [realização de] tarefas mais importantes. (...).

VII.

(...)

120. BVERFG 2, 124

(NORMENKONTROLLE II)

Controle concreto

24/02/53

MATÉRIA:

Trata-se da segunda decisão fundamental sobre a admissibilidade (pressupostos e condições processuais) do **controle concreto de normas** (*Normenkontrolle II*). Como no primeiro, o TCF não admitiu a Apresentação Judicial. Desta vez, foi apresentada uma norma pré-constitucional. O TCF fundamentou sua decisão de não admissão com o fundamento no princípio *lex posteriori derogat lex anteriori*.

Não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal previsto no Art. 100 I 1 GG as leis que foram publicadas antes da entrada em vigor da *Grundgesetz*, em 24 de maio de 1949.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado em 24 de fevereiro de 1953

– 1 BvL 21/51 –

(...)

Dispositivo

O pedido não é admitido.

RAZÕES

I. – IV.

V.

1. (...).
- (...).

Esses princípios levam (...) necessariamente à conclusão de que cada tribunal tem que examinar e decidir autonomamente a questão jurídica de se as leis promulgadas antes da entrada em vigor da *Grundgesetz* são ou não são compatíveis com a *Grundgesetz*.

a) A decisão sobre a compatibilidade do direito anterior à Constituição com a *Grundgesetz* deixa intacta a autoridade do Poder Legislativo. Quando um tribunal considerar “inconstitucional” direito anterior à Constituição por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, deixando por isso de aplicá-lo, não está ignorando a vontade original do legislador, pois a avaliação de uma lei quanto à sua compatibilidade com uma Constituição promulgada *posteriormente* pressupõe justamente a eficácia jurídica original da norma a ser examinada. Somente então, quando o ato legiferante do legislador anterior for considerado eficaz, pode-se levantar afinal a questão da compatibilidade com a *Grundgesetz* posteriormente promulgada. Se a compatibilidade for negada, não é a autoridade do legislador anterior que está sendo diminuída, mas verifica-se objetivamente que a vontade do legislador posterior prevalece sobre a vontade dissonante do legislador anterior. (...).

b) – c) (...).

2. – 4. (...).

VI. (...)

(...)

§ 32.

Direito ao juiz legal (Art. 101 I 2 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 101 (Proibição de tribunais de exceção)

(1) ¹(...)²Ninguém pode ser privado de seu juiz natural

(2) ...

121. BVERFG 4, 412

(GESETZLICHER RICHTER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 20/03/1956

MATÉRIA:

O reclamante foi condenado a uma pena privativa de liberdade por co-autoria em crime de estelionato. A decisão condenatória da 1ª Câmara Criminal do Tribunal Estadual de Munique foi prolatada em uma audiência, fixada por juiz incompetente em razão da matéria.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, julgando-a procedente, por vislumbrar uma violação do Art. 101 I 2 GG, que ocorrera pela não-exclusão da possibilidade de que a audiência fixada por juiz incompetente possa ter sofrido influência do juiz incompetente, que fixara a audiência. Trata-se de um vício processual que contaminou a constitucionalidade da decisão judicial terminativa.

1. O Art. 101 I 2 GG não vale somente para o juiz titular do feito [que prolata a decisão], mas também para o juiz que fixa a audiência.

2. O Art. 101 I 2 GG será também violado quando um juiz presidente de câmara [apesar de] impedido [para participar do julgamento] influenciar de maneira determinante, pelo uso de sua autoridade, a fixação da audiência.
3. Se uma decisão judicial se basear em uma tal fixação da data de audiência, então ela mesma estará violando o Art. 101 I 2 GG. A decisão judicial será baseada na fixação da audiência quando não se puder excluir a possibilidade de [a câmara do] o tribunal ter uma outra composição se a fixação da data fosse constitucional.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 20 de março de 1956

– 1 BvR 479/55 –

(...)

RAZÕES

A.

1. (...). Com base na audiência principal realizada nos dias 20 e 21 de dezembro de 1954, o reclamante foi condenado a um ano de pena privativa de liberdade. Com seu novo recurso de revisão, o reclamante alegou, entre outros, ter sido privado de seu juiz natural, porque os desembargadores do tribunal estadual Dres. R. e O. não teriam participado do julgamento e porque [a fixação da] a audiência principal teria decorrido de uma medida [decisão interlocutória] do presidente da 1ª câmara criminal, diretor do tribunal estadual, Dr. M., impedido para o julgamento em razão causa segundo o Regimento Interno do tribunal. Além disso, a audiência teria sido fixada pelo desembargador Dr. L., incompetente para tanto, preterindo-se os desembargadores Dres. R. e O.

(...).

2. – 3. (...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida. Ela é também procedente.

l. A decisão se baseia nas seguintes considerações jurídicas:

1. O mandamento “ninguém será privado de seu juiz natural”, bem como ocorre com a garantia da independência dos órgãos judiciários, deve impedir intervenções

de órgãos incompetentes na administração da justiça e protege a confiança dos postulantes e da sociedade na imparcialidade e objetividade dos tribunais: a proibição dos tribunais de exceção, historicamente vinculada a isso, tem a função de atuar contra o desrespeito sutil a esse mandamento. Como esses dispositivos em sua essência concretizam o princípio do Estado de direito no âmbito da constituição [organização] judiciária, elas já foram introduzidas na maioria das Constituições estaduais alemãs do século XIX, dando-lhes, assim, a dignidade de norma constitucional. O Art. 105 da Constituição de Weimar deu prosseguimento a esse legado. À medida que os princípios do Estado de direito e separação dos poderes se foram aprimorando, também as prescrições relativas ao juiz natural foram sendo aperfeiçoadas. A lei de organização judiciária, os códigos de processo e os planos de distribuição das causas [definidos nas *Geschäftsordnungen* - regimentos internos] dos tribunais determinavam sua competência territorial e material, [o sistema de] a distribuição das causas, bem como a composição dos departamentos individualizados, câmaras e senados. Se originalmente a determinação “ninguém será privado do seu juiz natural” era dirigida sobretudo para fora, principalmente contra qualquer tipo de “justiça de exceção” (*Kabinettsjustiz*), hoje seu alcance de proteção estendeu-se também à garantia de que ninguém poderá ser privado do juiz legalmente previsto para sua causa por medidas tomadas dentro da organização judiciária.

2. Isso, porém, não significa que o Art. 101 I 2 GG restará sempre violado toda vez que um outro, que não o “juiz natural”, atuar [no feito]. Se uma medida tomada por um juiz que produza um tal efeito se basear em um erro processual (*error in procedendo*), o Art. 101 I 2 GG não restará violado (BVerfGE 3, 359 [364]). Não cabe aqui delimitar “erro processual” de “privação do juiz natural”, uma vez que erro processual, pois em todo caso um erro processual já estará, por definição, excluído quando se tratar de atuação de pessoa ou órgão exterior aos tribunais. Nada diferente pode valer para as pessoas de dentro da organização judiciária que, em geral ou em uma determinada matéria – por exemplo juiz impedido – não poderiam exercer funções jurisdicionais.

3. Tais pessoas podem perpetrar na administração da justiça intervenções que violam o Art. 101 I 2 GG, não apenas pelo fato de se arrogarem [indevidamente] funções jurisdicionais, mas também por influenciarem de maneira determinante, por meio de sua autoridade, o conteúdo concreto dos atos judiciais. O Art. 101 I 2 GG só cumprirá plenamente sua função de proteção própria do Estado de direito se oferecer proteção também nesse caso.

4. O Art. 101 I 2 GG não vale somente para o juiz titular do feito [que prolata a decisão], mas também para o juiz que fixa a audiência. Isso deriva do fato de que a competência e a composição pessoal dos tribunais são regulamentadas por lei e pelo plano de distribuição de causas, não só para a decisão propriamente dita, mas também para os atos judiciais preparatórios em relação a ela. Um vício contido na fixação da audiência só atingirá, entretanto, a decisão judicial [terminativa], se esta naquela se basear, ou seja, se entre o vício processual e a decisão houver um nexo causal.

Conforme a jurisprudência consolidada, uma tal conexão que leva à revogação de uma decisão judicial [terminativa] na violação de dispositivos processuais essenciais já estará presente se houver a possibilidade do erro processual ter influenciado a decisão judicial terminativa (cf. *Löwe - Rosenberg*, 18ª. e 20ª. edições, § 337, observação 7 “a” e “b”). Corresponde à função desta norma, de proteger a confiança na imparcialidade e objetividade dos tribunais, a aplicação desse pensamento jurídico a casos em que, junto à fixação da audiência, se violou o Art. 101 I 2 GG; uma violação do Art. 101 I 2 GG, quando da fixação da audiência, já leva à revogação da decisão judicial terminativa, se essa violação influenciou, possivelmente, a decisão judicial terminativa. Devido à importância da composição do tribunal do conhecimento [na audiência quando se prolata a decisão terminativa naquela instância processual] para a fundamentação da decisão judicial terminativa, essa possibilidade não pode ser excluída se o tribunal, em caso de fixação correta da audiência, tivesse possivelmente outra composição.

II. Considerando-se esses princípios, a decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual de Munique de 21 de dezembro de 1954 contra o reclamante viola o Art. 101 I 2 GG, uma vez que, segundo a conclusão da instrução:

1. está comprovado que a fixação da audiência principal para o dia 20 de dezembro de 1954 pelo Presidente da 1ª. Câmara Criminal, Diretor de Tribunal Estadual Dr. M., impedido nessa causa, influenciou de forma determinante no seu conteúdo concreto.

2. não está excluída a possibilidade de que a audiência principal contra o reclamante, sem a intervenção do juiz impedido, teria sido realizada com outra composição.

(...).

III. (...).

122. BVERFGE 42, 237 (VORLAGEPFLICHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 29/06/1976

MATÉRIA:

A respeito de um dispositivo penal sobre dosagem de pena privativa de liberdade, o Superior Tribunal Estadual de *Köln* divergiu, em sua interpretação, da jurisprudência do Tribunal Federal (BGH), julgando o recurso de revisão contra decisão do tribunal estadual como “notoriamente improcedente”. Nesse caso, existia, porém, uma **obrigação de apresentar** (*Vorlagepflicht*) a matéria ao Tribunal Federal, segundo o § 121 II GVG, obrigação essa não cumprida então pelo Superior Tribunal Estadual de *Köln*.

O reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional contra essa decisão em face de seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 1, 2, 3, 19 e 33 GG. O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, porém, em face de uma violação não argüida (demonstrando, mais uma vez, o caráter “objetivo” do instrumento de controle de constitucionalidade que também é a Reclamação Constitucional), qual seja: em face da violação do princípio do juiz natural, julgando-a com base nesse parâmetro (e não nos argüidos pelo reclamante), procedente para o efeito de revogar a decisão do Superior Tribunal Estadual de *Köln*, a quem os autos foram então remetidos, para nova decisão restrita somente à parte do dispositivo relativa à fixação da dosagem da pena.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 29 de junho de 1976

– 2 BvR 948/75 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional se refere à questão de se resta violado o princípio do juiz natural (Art. 101 I 2 GG) quando um Superior Tribunal Estadual, sob violação de seu dever de apresentação (§ 121 II GVG) [de questão de uniformização da interpretação de lei federal, competência exclusiva do Tribunal Federal], divergiu de uma decisão do Tribunal Federal (BGH).

I. – III. (...)

B. – I.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

A decisão impugnada viola o direito fundamental do reclamante derivado do Art. 101 I 2 GG.

1. O exame com o parâmetro deste dispositivo não é vedado ao Tribunal Constitucional Federal, porque o reclamante não alegou uma violação do princípio do juiz natural, pois, no âmbito de uma Reclamação Constitucional ajuizada com observância dos seus pressupostos processuais [e demais condições], o Tribunal Constitucional Federal pode examinar também violações daqueles dispositivos constitucionais que não foram apontados da petição da Reclamação (*Leibholz / Rupprecht*, BVerfGG, *Köln* 1968, § 92, nota 2).

2. O Superior Tribunal Estadual privou o reclamante de seu juiz natural pelo fato de não submeter a causa ao Tribunal Federal [BGH], apesar de ter divergido de uma decisão desse tribunal (§ 121 II GVG).

O Art. 101 I 2 GG resta violado quando um tribunal ignora arbitrariamente a obrigatoriedade de apresentação da matéria a um outro tribunal (BVerfGE 3, 359 [363]; 9, 213 [215 s.]; 13, 132 [143]; 17, 99 [104]; 18, 441 [447]; 19, 38 [43]; 22, 254 [266]; 23, 288 [319]; 29, 166 [172 s.]; 29, 198 [207]; 31, 145 [169, 1761 s.]). Esses pressupostos [da violação] estão presentes no caso em pauta.

a) O Superior Tribunal Estadual estava obrigado a apresentar a matéria ao Tribunal Federal.

(...).

b) No presente caso, o não cumprimento do dever de apresentação não podia ser defendido objetivamente, sob hipótese alguma (cf. BVerfGE 2, 266 [281]; 4, 144 [155]; 42, 64, [72 *et seq.*]); não havia motivo para se eximir da apresentação. Os pressupostos do dever de apresentação estavam claros sem a menor dúvida. O Superior Tribunal Estadual tinha apenas a possibilidade de, ou seguir o entendimento jurídico do Tribunal Federal (BGH) e, portanto, reformar a decisão impugnada quanto ao dispositivo da pena aplicada, ou então – se pretendia defender um entendimento jurídico divergente – submeter a matéria ao Tribunal Federal (BGH). Tendo em vista esta clara e incontornável alternativa, o não recebimento do recurso de revisão continha

uma violação do dever de apresentação, defensável sob hipótese alguma e, assim, arbitrária, que privou o reclamante de seu juiz natural.

II.

1. – 2. (...).

(ass.) Dr. *Zeidler*, Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck*, *Wand*, *Hirsch*,
Dr. *Rottmann*, Dr. *Niebler*, Dr. *Steinberger*

§ 33.

Extinção da pena capital (Art. 102 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 102 (Extinção da pena capital)

Fica abolida a pena de morte.

123. BVERFG 18, 112

(AUSLIEFERUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 30/06/1964

MATÉRIA:

Contra uma decisão de **extradição** (*Auslieferung*) do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main*, de 1964, o reclamante volta-se, afirmando que tal decisão teria violado seu direito fundamental do Art. 16 II 2 c.c. Art. 102 GG, pois a ele poderia ser aplicada na França (país que requereu a extradição) uma pena de morte.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente. Do Art. 102 GG não se pode derivar uma proibição de extradição, porque a extinção da pena de morte é direcionada somente aos poderes estatais alemães (sobretudo ao legislador alemão, que não pode implementá-la), não tendo efeitos em face de autoridade estrangeiras.

Hoje, esta decisão tem um valor mais histórico do que reflete a dogmática vigente, pois o § 8º IRG permite a extradição somente quando

o Estado estrangeiro assegura a não execução da pena de morte. Na decisão, publicada em BVerfGE 65, 348 [354], restou em aberto se ainda se deve manter a presente decisão³⁵⁴. Não obstante, ela é relevante para mostrar a base da interpretação do Art. 102 GG pelo TCF.

O Art. 102 GG não proíbe, por excelência, a extradição por conta de um delito penal para o qual é prevista a pena de morte no Estado que a requereu.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 30 de junho de 1964

– BvR 93/64 –

(...)

RAZÕES

A.

1. O reclamante, nascido na Iugoslávia em 1937, entrou para a Legião Estrangeira em 1957, após – como ele relata – ter deixado sua terra natal por motivos políticos. Ele é procurado pelas autoridades francesas por prática de delito criminal: ele confessou que, como cabo, em 12 de junho de 1962, atacou, à noite, de surpresa, juntamente com três legionários estrangeiros a ele subordinados, uma moradia numa aldeia argeliana, atirando em vários moradores, entre os quais mulheres e crianças. Depois que o reclamante fugira de um presídio francês para a República Federal da Alemanha, a República Francesa requereu, com base em uma ordem de prisão do Tribunal Militar de Marselha de 3 de dezembro de 1962, por meio de carta de sua Embaixada de 22 de abril de 1962 [carta rogatória], sua extradição pelo homicídio qualificado de, no mínimo, onze pessoas, juntamente com lesão corporal dolosa e furto qualificado. De acordo com o Art. 302 do Código Penal francês, o homicídio qualificado é punido com a morte.

(...).

2. – 3. (...).

³⁵⁴ As duas últimas referências foram feitas por SCHWABE (*op. cit.*, p. 587), em sua coletânea.

B.

A Reclamação Constitucional é admitida, porém improcedente.

I.

(...)

II.

O direito fundamental do reclamante derivado do Art. 2 II GG não restará ainda violado pela extradição, mesmo quando, como se supõe, seja possível que ele seja condenado à morte na França e a pena de morte seja executada. A *Grundgesetz* não proíbe o poder estatal alemão de prestar auxílio jurisdicional a um outro Estado, mesmo que isto possa ter como conseqüência que o outro Estado aplique e execute a pena de morte.

A expressão no Art. 102 GG “Fica abolida a pena de morte” significa, em primeiro lugar, que o legislador alemão não pode fixar a morte como pena, o juiz alemão não pode mais aplicar a pena de morte, mesmo porque, com base numa lei pré-constitucional, o executivo alemão também não pode mais, com base em uma decisão judicial pré-constitucional, executar a pena de morte. No entanto, a questão é se o Art. 102 GG, além disso, implica um desprezo e recusa [absolutos] da pena de morte, no sentido de ser vedado ao poder estatal alemão contribuir, de alguma forma, para que a pena de morte seja aplicada e executada por um outro Estado. A resposta é negativa.

1. O teor da norma até indica, pela redação categórica “fica abolida” que, aqui, se tomou uma decisão por princípio de significado especial, definitivo: esse mesmo teor todavia não permite reconhecer que seja atribuído à prescrição um efeito que vá além do poder penal alemão.

2. A localização sistemática do Art. 102 GG não leva a qualquer outra conclusão. Ele está no Capítulo IX, “Poder Judiciário”, entre dispositivos que, em primeiro lugar, contêm regras para a conformação processual e de direitos alemães internos. Caso se quisesse anexar ao dispositivo o significado mais abrangente de um “desprezo e recusa” geral da pena de morte, aproximadamente no sentido de um direito humano geral e dele derivar – mas então de maneira procedente – uma proibição de extradição para

o caso no qual o extraditando pode sofrer a pena de morte [no exterior], então [o constituinte] deveria ter sido mais claro, pelo menos indicando-o no dispositivo especial do capítulo dos direitos fundamentais sobre extradição, [ou seja] no Art. 16 II GG. Aqui é o local sistemático da limitação constitucional da extradição. O Art. 16 II GG estabelece, porém, uma proibição de extradição em geral somente para alemães e, no mais, somente para estrangeiros que sofram perseguição política.

3. Uma conscientização do fundamento e possível alcance dessa norma constitucional não conduz a outra conclusão.

a) Todavia, a abolição da pena de morte significa para a República Federal Alemã mais do que apenas o puro afastamento juspositivo de uma das diversas penas do antigo sistema penal. Ela é uma decisão de grande importância de política estatal e de política jurídica. Ela contém um reconhecimento do valor por princípio da vida humana e de uma concepção estatal que se contrapõe, enfaticamente, às ideologias de um regime político para o qual a vida individual pouco significava e que, por isso, com direitos feitos sob medida [para estas ideologias] abusava inescrupulosamente da vida e morte do cidadão. Essa decisão deve ser compreendida a partir da especial situação histórica na qual ela foi tomada. Por isso, ela não pode significar um juízo axiológico sobre outros ordenamentos jurídicos, que não tiveram tais experiências com um sistema de injustiça e que, devido a um desenvolvimento diferente do processo histórico, a outros acontecimentos político-estatais e concepções fundamentais de filosofia estatal, não tomaram para si esta decisão.

b) Para tornar de tal forma absoluta a decisão da *Grundgesetz* contra a pena de morte, faltaria ao ordenamento jurídico alemão legitimação interior. Em face do estágio da legislação e da opinião pública em todo o mundo cultural atual, não se pode verificar que a pena de morte seja de tal forma incompatível com o estágio [atual] da³⁵⁵ civilização, que pudesse ser permitido ou até ordenado aos Estados que a aboliram impor incondicionalmente a sua concepção, valendo-se de uma superioridade moral-jurídica e discriminando ordenamentos estrangeiros nesse aspecto.³⁵⁶

(...).

³⁵⁵ Note-se: O TCF utiliza o artigo definido antes do substantivo civilização (“Stand *der* Zivilisation”, destaque do Org.) e não simplesmente a preposição “estágio *de* civilização”.

³⁵⁶ Cf. porém a observação de SCHWABE (*op. cit.*, p. 587) supra aduzida à síntese da matéria.

4. A gênese do Art. 102 GG não traz, para a questão que aqui interessa, nada decisivo (...).
 (...).
5. (...).

§ 34.

Direito ao contraditório em processo judicial (Art. 103 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)

- (1) Todos têm o direito de serem ouvidos perante os juízos e tribunais
- (2) ...
- (3) ...

124. BVERFG 9, 89

(GEHÖR BEI HAFTBEFEHL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 08/01/1959

MATÉRIA:

A reclamante, que respondia em liberdade a processo penal por estelionato e difamação, volta-se, em sua Reclamação Constitucional, contra a decretação de sua prisão preventiva, ocorrida a partir de requerimento do Ministério Público feito em uma reclamação ordinária (*Beschwerde*). A reclamante afirmou, de maneira substancial (pressuposto processual), a violação de seu direito fundamental processual ao contraditório em processo judicial, previsto no Art. 103 I GG, por não ter sido intimada dessa decisão, não tendo oportunidade de ser ouvida.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente, pois considerou permitida uma ponderação com interesses contrapostos ao direito fundamental, os quais funcionam como limites

constitucionais, concluindo que se trata de uma intervenção justificada naquele direito fundamental.

1. Na decretação da prisão preventiva, uma intimação do acusado para audiência (*Anhörung*)³⁵⁷ posterior à prisão é compatível com a *Grundgesetz*. O mesmo vale também para a instância de reclamação (*Beschwerdeinstanz*).
2. Se o Superior Tribunal Estadual conceder um mandado de prisão, rejeitado ou revogado na instância inferior, a partir de uma reclamação (*Beschwerde*) do Ministério Público, sem antes ouvir o acusado, então ele terá que dar ao acusado a oportunidade de oferecer suas contra-razões, decidindo sobre estas. Para isto, o acusado deverá ser intimado em análoga aplicação do § 115 StPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 8 de janeiro de 1959
– 1 BvR 396/53 –
(...)

RAZÕES

A.

1. Num processo de investigação contra a reclamante por vários casos de estelionato e difamação, o Juízo de Primeira Instância de *Schwäbisch Hall* decretou, em 3 de setembro de 1955, com base no perigo de obstrução da justiça (*Verdunkelungsgefahr*) [destruição ou falseamento de provas, tomada de influência sobre testemunhas etc], sua prisão. A partir de reclamação da acusada, o Tribunal Estadual de *Heilbronn* revogou esse mandado de prisão em 8 de setembro de 1955, (...).

(...).

Em 16 de setembro de 1955, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* reformou a decisão do Tribunal Estadual, mantendo o mandado de prisão de 3 de setembro de 1955 do Juízo de Primeira Instância. (...).

A reclamação do Ministério Público não havia sido comunicada nem aos advogados, nem à reclamante [ambos não foram dela intimados]. (...).

(...).

³⁵⁷ A escolha terminológica é, no direito processual penal alemão, diversa da brasileira, que optou pelo termo “interrogatório” (*Verhör*). A escolha terminológica alemã sublinha o caráter de defesa do acusado, que corresponde, inclusive, a um dos aspectos importantes (fazendo parte de sua área de proteção como mostra a presente decisão) do direito fundamental previsto no Art. 103 GG.

2. – 3. (...).**B.**

A Reclamação Constitucional é admitida.

1. – 3. (...).**C.**

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

A questão levantada pela reclamante sobre se o Tribunal que examinou a reclamação [do Ministério Público, ou seja, o Superior Tribunal Estadual], querendo decretar uma prisão que fora rejeitada por um tribunal inferior [no caso, pelo Tribunal Estadual – 2ª instância] deverá ouvir o acusado antes dessa decisão exige algumas ponderações, por princípio, sobre o significado do direito ao contraditório em geral, e, especificamente, sobre a oitiva do acusado no processo prisional do Código de Processo Penal.

1. O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103 GG, é uma conseqüência do pensamento de Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta da vida, não pode, em regra, ser cumprida sem oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

O direito ao contraditório do acusado foi reconhecido fundamentalmente há muito tempo no direito processual e amplamente respeitado; cada código de processo concretizou esse princípio, dando-lhe conteúdo e forma. Nesse momento, ele precisou ser harmonizado com outros princípios decorrentes da coerência material interna do tipo processual individualmente considerado. Apesar da elevação do princípio do direito ao contraditório à categoria de direito fundamental, nada pode ter mudado na

legitimidade de interesses contrários [a ele] e na necessidade de realizar uma compatibilização desses interesses com o interesse do atingido na sua oitiva. Sua inserção na *Grundgesetz* teve o escopo de tornar impossíveis abusos em processos judiciais, tais quais aqueles que foram perpetrados sob o regime nacional-socialista, reconstruindo a confiança do povo numa administração imparcial da Justiça. Não pode, porém, corresponder ao sentido do Art. 103 I GG [a possibilidade de] preterir absolutamente as ponderações cuidadosamente pensadas entre os diversos interesses, a serem observados individualmente em cada tipo de processo, e as limitações ao direito ao contraditório nelas baseadas.

O Art. 103 I GG parte, portanto, do princípio de que a conformação mais detalhada do direito ao contraditório deve caber aos códigos de processo. Como os códigos de processo vigentes à época da promulgação da *Grundgesetz* em geral atendiam às exigências de Estado de direito, relativamente à concessão do direito ao contraditório, a interpretação do Art. 103 I GG – da mesma forma que ocorre com a interpretação da proibição do dupla penalização de um único delito criminal (*ne bis in idem*, cf. BVerfGE 3, 248 [252]) elevada à categoria de direito fundamental pelo parágrafo 3º do Art. 103 GG [Art. 103 III GG] – deve-se dar a partir do quadro geral do direito processual pré-constitucional.

(...).

2. Como o direito ao contraditório deve dar ao atingido a oportunidade de influenciar uma decisão judicial a ser tomada, só uma oitiva prévia, via de regra, fará sentido. Acima de tudo, a natureza definitiva e imutável dos dispositivos, a qual é, em regra, própria das decisões, obriga à oitiva das partes antes que se decida definitivamente, como ocorre no caso de decisões judiciais de última instância e daquelas equiparadas àquelas que concluem um processo, principalmente aquelas decisões capazes de fazer coisa julgada material.

Aos tribunais são, todavia, outorgadas também tarefas junto às quais não se realiza um julgamento jurídico conclusivo sobre uma matéria, mas se toma medidas cautelares para a regulamentação de um estado provisório ou para assegurar direitos públicos privados; (...).

(...).

A necessidade de se assegurar interesses ameaçados pode, no entanto, tornar necessária uma ação imediata, a qual não somente não permite o esclarecimento

[imediato] da matéria, como também até mesmo exclui a possibilidade de uma oitiva prévia do atingido. De fato, pode ser até mesmo ordenado desistir de uma em si possível oitiva do atingido, a fim de não o advertir [a respeito da investigação], se interesses relevantes estiverem em jogo (cf. BVerfGE 7, 95 [99]). É justamente a interposição do juiz que torna viável a aplicação de tais medidas sem a prévia oitiva da parte contrária. Todavia, como nesses casos sempre se trata de uma intervenção nos direitos do atingido, uma exceção ao princípio da audiência prévia somente será permitida quando isso for indispensável para não pôr em risco o propósito da medida. Desse contexto resulta para o legislador a obrigação de submeter intervenções sem audiência prévia a oportunos pressupostos muito estritos. Além disso, a idéia do Estado de direito exige que o atingido em tais casos tenha a oportunidade de se defender contra as medidas ordenadas, pelo menos a posteriori. (...).

3. – 4. (...).

II.

1. – 5. (...).

III. – IV. (...)

125. BVERFGE 41, 246

(BAADER-MEINHOF)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 21/01/1976

MATÉRIA:

Os reclamantes, entre eles o Sr. *Baader* e a Sra. *Meinhof*, respondiam presos a processo penal. Na prisão, promoveram, entre outros, greve de fome, o que comprometeu suas saúdes e tiveram suas condições carcerárias legalmente pioradas por repetidos choques contra o Código Disciplinar Prisional. Tudo isso os levaram a uma incapacidade relativa de participar da longa audiência principal, que se estendeu por vários dias. A partir desse quadro, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* decidiu prosseguir a audiência principal na ausência dos réus. Contra essa decisão, os réus ajuizaram uma criminal-processualmente prevista Reclamação Imediata perante o Tribunal Federal [BGH], que a rejeitou com fundamento no § 231 a StPO [cf. o teor abaixo, na reprodução de

excertos da decisão em pauta], o qual, assim o BGH, não se aplicaria somente ao caso de incapacidade absoluta, mas, segundo seu propósito (interpretação teleológica que não contraria o teor), também a casos como o presente, de relativa incapacidade provocada, de maneira dolosa e punível, pelo réu. Contra essa decisão, os réus, ora reclamantes, ajuizaram sua Reclamação Constitucional, julgada “evidentemente” infundada e, portanto, improcedente pelo TCF.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 21 de janeiro de 1976

De acordo com o § 24 BVerfGG

– 2 BvR 941/75 –

(...)

Dispositivo da decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida de plano (*wird verworfen*).

RAZÕES:

O objeto da Reclamação Constitucional é a questão sobre se os direitos fundamentais dos réus no processo *Baader-Meinhof*, de *Stuttgart*, foram violados porque a audiência principal foi prosseguida na sua ausência.

I.

1. Por princípio, a audiência principal não acontece na ausência do réu. Há exceções. A Lei para Complementação da Primeira lei de Reforma do Direito Processual Penal, de 20 de dezembro de 1974 (BGBl. I, 1, p. 3686) expandiu o círculo destas exceções e, especialmente, inseriu o seguinte dispositivo:

§ 231a StPO

(1) Se o réu de maneira dolosa e culpável colocar-se em um estado que exclua sua capacidade de atuação [defesa oral] em audiência, prejudicando assim, conscientemente, a devida realização ou prosseguimento da audiência principal em sua presença, então a audiência principal, ainda que ele não tivesse sido ouvido sobre a acusação, ocorrerá ou prosseguirá em sua ausência, desde

que o tribunal não considere a sua presença imprescindível. Segundo o 1º. Período [anterior a este, ou seja: § 231a I 1 StPO]³⁵⁸, deve-se somente proceder se o réu, após o início da ação principal, teve a oportunidade de se pronunciar a respeito da acusação perante o tribunal ou um juiz incumbido para tanto.

(2) Assim que o réu se tornar novamente capacitado para a atuação em audiência, o Presidente deve, enquanto não tiver sido iniciada a leitura da decisão, informá-lo a respeito daquilo que foi feito em sua ausência.

(3) Pela audiência na ausência do réu, segundo o [supra] parágrafo 1 [§ 231a I StPO], o tribunal se decide depois da oitiva de um médico [que atua na audiência] como especialista. A decisão pode ser tomada já antes do início da audiência principal. Contra a decisão é admitida reclamação [ordinária] imediata; ...

(4) (...).

2. Com base nesse dispositivo, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* decidiu, em 30 de setembro de 1975, dar continuidade na ausência do réu à audiência principal iniciada.

(...).

3. (...).

II.

A Reclamação Constitucional é evidentemente improcedente.

A decisão (Beschluss) do Tribunal Federal (BGH) não viola os direitos fundamentais dos réus.

1. O dispositivo do § 231 a do StPO, sobre a qual ele [BGH] se baseia, é constitucional. Ele não atinge o réu nem em seu direito ao contraditório (Art. 103 I GG), nem em seu direito ao devido processo legal (Art. 2 I c.c. o Art. 20 III GG).

Na medida em que destes direitos fundamentais resulta o direito do réu de estar presente na audiência principal e de defender-se, esse direito de estar presente não lhe é subtraído pelo § 231a StPO. Quem provoca sua incapacidade de atuação em audiência de maneira dolosa e culpável, equipara-se àquele que – apesar de poder comparecer – não comparece à audiência principal ou dela se afasta por própria vontade

³⁵⁸ Sobre a técnica legislativa na Alemanha, cf. nota introdutória às abreviações.

(cf. § 231 II StPO). Se o réu, porém, em vez de fazer uso de seu direito de estar presente, abdicar da possibilidade de sua participação pessoal na audiência principal, então ele não terá seus direitos fundamentais feridos pelo fato de a audiência principal ocorrer em sua ausência.

(...).

2. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Zeidler*, Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck*, *Wand*, *Hirsch*,
Dr. *Rottmann*, Dr. *Niebler*, Dr. *Steinberger*

126. BVERFG 25, 158

(RECHTLICHES GEHÖR BEI VERSÄUMNISURTEILEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 21/01/1969

MATÉRIA:

O reclamante respondia por um processo de contravenção penal prevista pelo direito penal de trânsito. Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante afirmou a violação de seu direito fundamental ao contraditório, perpetrada pela decisão (*Beschluss*) do Tribunal Estadual de *Bremen*, ao indeferir liminarmente seu protesto pela devolução do prazo de resposta contra uma medida penal aplicada pelo Tribunal de Primeira Instância de *Bremen*. O TCF admitiu e julgou procedente a Reclamação Constitucional, fundamentando, com o direito do acusado ao **contraditório junto a decisões judiciais**, que declaram a **preclusão** (*rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen*).

O direito do atingido, de conseguir valer-se de seu direito ao contraditório em processo de protesto contra decisão de preclusão processual (*Einspruchsverfahren*), não é alterado por uma intimação substitutiva prevista no § 182 ZPO da medida penal de modo inconstitucional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 21 de janeiro de 1969
– 2 BvR 724/67 –
 (...)

RAZÕES

A. – I.

1. O Tribunal de Primeira Instância de *Bremen* editou contra o reclamante uma medida penal³⁵⁹ que impunha pena de 60 marcos alemães, alternativamente a dois dias de detenção, devido a uma transgressão no trânsito viário. Antes, o reclamante foi interrogado pela polícia como indiciado. Da medida penal foi o reclamante citado pelo correio em 28 de junho de 1967, conforme o § 37 I 1 StPO c.c. § 182 ZPO. Segundo suas informações, o reclamante encontrava-se em férias entre 17 de junho e 8 de julho de 1967 e só pôde retirar no correio a [intimação] da medida penal no dia 10 de julho de 1967. Com a petição, datada em 11 de julho de 1967, recebida pelo Tribunal de Primeira Instância de *Bremen*, o reclamante ofereceu por intermédio de seu advogado, a 12 de julho de 1967, contestação contra a medida penal e requereu, devido à perda do prazo para contestação, o restabelecimento do estágio [processual] anterior (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*)³⁶⁰.
2. Com a decisão (*Beschluss*) de 26 de setembro de 1967 – 94 Cs (P) 94054/67 – o Tribunal de Primeira Instância de *Bremen* indeferiu o restabelecimento do estágio [processual] anterior [a devolução do prazo de contestação]; (...).
3. (...).
4. O Tribunal Estadual de *Bremen* indeferiu a reclamação ordinária como improcedente na decisão (*Beschluss*) de 7 de novembro de 1967. (...).
5. (...).

II. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

1. – 2. (...).

³⁵⁹ Neste ponto, JÜRGEN SCHWABE lembra, em sua coletânea, que tal instituto “não existe mais atualmente” (*op. cit.* P. 592, n. 1). Além disso, faz (*ibid.*) a seguinte referência: “Cf., porém, o semelhante mandado criminal (§ 407 *et seq.* StPO).”

³⁶⁰ Ou seja, no caso: devolução do prazo de contestação.

C.

A Reclamação Constitucional contra a decisão (*Beschluss*) do Tribunal de Bremen de 7 de novembro de 1967 é procedente.

1. (...).

2. Ao contrário, a decisão do Tribunal Estadual de *Bremen* de 7 de novembro de 1967 viola o Art. 103 I GG, porque o tribunal não considerou o significado e o alcance do direito ao contraditório quando do exame da questão da culpa no processo de restabelecimento do estágio [processual] anterior, (cf. BVerfGE 7, 198 [ementa 3 e p. 207]; 18, 85 [92]; 19, 303 [310]; 22, 93 [98]).

a) As deficiências do processo penal sumário podem ser toleradas constitucionalmente, porque o contraditório para o atingido é outorgado na medida em que ele tem a possibilidade de, por protesto [*Einspruch* – ato processual previsto para tanto], provocar uma audiência principal (BVerfGE 3, 248 [253]). No caso de perder o prazo para protestar, esta possibilidade depende de se o restabelecimento será concedido. Para os pressupostos do restabelecimento, os dispositivos processuais serão em si determinantes; todavia, deve ser observado que o Art. 103 I GG garante, em face de todos os procedimentos judiciais, independentemente da conformação do procedimento pelos diferentes códigos processuais (BVerfGE 7, 53 [57]), um mínimo de contraditório. No mais, deve ser observado que num caso como o presente não se trata apenas da garantia de contraditório em face de um único fundamento de decisão ou em uma instância, mas da questão sobre se nesse processo o contraditório foi em geral garantido. O princípio pelo qual as exigências sobre o que uma parte processual deve fazer para a garantia de seu direito ao contraditório não podem ser exageradas (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]) tem que ser, por isso, justamente em um caso como o presente, aplicado com cuidado especial.

b) O tribunal estadual ignorou este mandamento constitucional pelas exigências que fez ao dever de cuidado do reclamante em relação a uma intimação que deveria estar sendo esperada. Quem tem residência fixa e dela se ausenta apenas passageiramente – como, por exemplo, neste caso, durante uma viagem de férias de três semanas – não está obrigado a tomar medidas especiais de precaução tendo em vista possíveis intimações judiciais. O cidadão deve poder contar com a certeza do restabelecimento ao estágio anterior [do procedimento], caso durante esse período ele seja intimado de uma medida penal pelos correios e, por desconhecer a existência

dessa intimação substitutiva, ele venha a perder o prazo para a [devida] resposta [processual]. (...).

c) (...).

3. (...).

Esta decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *Leibholz*, *Geller*, o juiz Dr. v. *Schlabrendorff* não pôde assinar.

Seuffert, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*, Dr. *Kutscher*, o juiz Dr. *Rinck* não pôde assinar.

Seuffert.

§ 35.

***Nulla poena sine lege* e proibição da retroatividade de leis penais (Art. 103 II GG)**

GRUNDGESETZ

Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)

(1) ...

(2) Um ato só pode ser punido se sua punibilidade tiver sido legalmente fixada antes de sua prática.

(3) ...

127. BVERFG 14, 174

(GESETZGEBUNDENHEIT IM STRAFRECHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/07/1962

MATÉRIA:

O reclamante foi condenado por uma infração de trânsito, em última instância, pelo Segundo Senado Criminal do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main*, com base em dispositivo de um decreto que disciplina o trânsito viário. O TCF vislumbrou no caso uma violação do direito fundamental do reclamante derivado do art. 103 II c.c. 104 GG e, por isso, julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando a decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main*. Ao mesmo tempo, declarou nulo o dispositivo penal do decreto, cuja pena fora aplicada ao reclamante indo além do que o pedido formulado na Reclamação Constitucional, porque, além da violação de direito fundamental, trata-se do elemento de controle objetivo da

vinculação legal no direito penal (*Gesetzgebundenheit im Strafrecht*). O TCF determinou também a devolução dos autos ao Superior Tribunal Estadual para nova decisão.

1. Leis em virtude das quais, de acordo com o Art. 103 II GG, uma ação pode ser punida são [podem ser] também decretos que foram promulgados no âmbito de uma autorização correspondente ao Art. 80 I GG.

O legislador deve pronunciar a autorização para a previsão de pena de forma não ambígua e com isto delimitar o conteúdo, o propósito e a extensão da autorização de maneira tão exata que os pressupostos da punibilidade e o tipo da pena sejam previsíveis para o cidadão já a partir da autorização, e não somente a partir do decreto nela apoiado.

2. Também a condenação a uma pena privativa de liberdade é uma limitação da liberdade, na acepção do Art. 104 I 1 GG.

À reserva [legal], segundo o Art. 104 I 1 GG, só atendem [seus pressupostos] as leis formais. O legislador deve determinar minuciosamente o que deve ser punível e, no mais, fixar o tipo e a medida da pena na lei formal; ao legislador do decreto só pode ser delegada a especificação do tipo penal.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 3 de julho de 1962

Com base na audiência de 10 de abril de 1962

(...)

RAZÕES

A. – I.

1. O reclamante foi condenado a 3 semanas de detenção pelo Tribunal de Primeira Instância – Tribunal do Júri - *Alsfeld* segundo o § 2 e 71 do Código de Admissão ao Trânsito Viário (StVZO). (...).

(...).

2. (...). Ele alega que as decisões impugnadas teriam violado o Art. 104 I 1 GG, segundo o qual a pena privativa de liberdade seria permitida somente com base em uma lei formal. Entretanto, o Código Admissional de Trânsito Viário não seria uma lei formal, mas apenas um decreto. (...).

(...).

II.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional admitida é procedente.

I.

(...)

1. – 2. (...).

II.

1. Segundo o Art. 103 II GG, uma ação somente pode ser punida se a punibilidade já for legalmente determinada antes de a ação ter sido praticada. Como já o correspondente Art. 116 da Constituição de Weimar e o § 2 I StGB, o Art. 103 II GG contém o princípio do vínculo à lei no direito penal. O significado do Art. 103 II GG não se esgota, porém, na proibição da fundamentação ou agravamento da pena por analogia, direito consuetudinário e retroativa. Ele pressupõe conceitualmente a reserva de lei para dispositivos penais. Uma condenação prolatada por tribunal penal só pode ocorrer *com base* em uma lei penal vigente (BayVerfGH, Tomo 1, 101 [109 s.]).

Leis, em virtude das quais, de acordo com o Art. 103 II GG, uma ação pode ser punida, são [podem ser] também decretos que foram promulgados no âmbito de uma autorização correspondente ao Art. 80 I GG. Como o Tribunal Constitucional Federal já pronunciou por diversas vezes e como o Governo Federal acentuou também neste processo, devem ser feitas exigências rigorosas quanto à determinação do conteúdo da norma de autorização para leis de intervenção e, sobretudo, para leis penais. O legislador deve pronunciar a autorização para a previsão de pena de forma não ambígua e com isto delimitar o conteúdo, o propósito e a extensão da autorização de maneira tão exata que os pressupostos da punibilidade e o tipo da pena sejam previsíveis para o cidadão já a partir da autorização, e não somente a partir do decreto nela apoiado. (cf. BVerfGE 1, 14 [60]; 2, 307 [334]; 186, 5, 71 [76]; 7, 282 [302]; 8, 274 [307 *et seq.*]; 10, 251 [238]).

O réu só pode ser punido segundo o dispositivo daquela lei ou do decreto editado com autorização legal, pelo qual a punibilidade é fundamentada. A aplicação de pena com base em decreto não baseado em autorização legal não pode ser justificada pelo fato de que “a punibilidade” fora determinada em uma *outra* norma.

2. Enquanto o Art. 103 II GG se refere a aplicações de pena de todo tipo por decisão judicial, o Art. 104 I 1 GG objetiva efetivar proteção especial junto a restrições de liberdade, tanto perante o Poder Executivo como também perante a Justiça Penal. Segundo o Art. 104 I 1 GG, a liberdade da pessoa somente poderá ser limitada em virtude de uma lei formal e sob a observância das formas nela prescritas.

O Art. 104 é inseparavelmente ligado ao direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 e 3 GG. Por este motivo, originalmente foi também previsto que se sintetizassem os dispositivos do Art. 104 com os do Art. 2 GG. Mais tarde, eles foram remetidos ao capítulo “Jurisprudência”, não por considerações sistemáticas, mas por considerações de redação, para se evitar uma conformação muito ampla da parte relativa aos direitos fundamentais.

Também a condenação a uma pena privativa de liberdade é uma limitação da liberdade, na acepção do Art. 104 I 1 GG. Ainda que a prolação da pena [pelo Judiciário], observada isoladamente, ainda não limite a liberdade, ela forma, contudo, juntamente com a execução da pena que a segue, um processo conjunto de privação de liberdade (cf. ao Art. 5 I, alínea a, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos; *Dürig*, NJW 1961, p. 1831; Adolf Arndt, *Rechtsprechende Gewalt und Strafkompentenz*, in: *Festgabe für Carlo Schmid*, 1962, p. 5 *et seq.*, 31).

À reserva [legal], segundo o Art. 104 I 1 GG, só atendem [seus pressupostos] as leis formais, ou seja, somente as normas jurídicas que foram aprovadas no processo legislativo prescrito [na *Grundgesetz*]. Um decreto também não será uma lei formal na acepção do Art. 104 I 1 GG, [mesmo] quando editado com base em uma autorização contida em uma lei formal; por isso, devem “os próprios pressupostos, sob os quais a intervenção, como tal, é em geral permitida, ... ser eles mesmos determinados na lei formal” (*BGHZ* 15, 61 [64]). Se o legislador determinar com suficiente clareza o que deve ser punido, determinando, em seguida, o tipo e a medida da pena na lei formal, ele estará deixando, por sua vez, apenas a especificação do tipo penal ao legislador do decreto; assim se estará protegendo a segurança jurídica e a liberdade do indivíduo em consonância com o sentido e o propósito do Art. 104 GG, não se retirando do legislador responsabilidade que lhe foi atribuída pela *Grundgesetz*. (...)

III.

(...)

1. (...).

O § 21 StVG não serve como autorização; ele próprio é um dispositivo penal, mas não contém uma autorização ao legislador do decreto para editar dispositivos penais, nem mesmo aqueles com mesmo ou semelhante conteúdo.

Portanto, falta ao § 71 StVZO o suporte legal necessário, sendo nulo por violar o Art. 103 II GG.

2. Uma vez que o § 71 StVZO, além disso, prevê autonomamente a privação de liberdade, mas não é uma lei formal, ele é também incompatível com o Art. 104 I 1 GG.

IV. – V. (...)

128. BVERFGE 32, 346

(STRAFBESTIMMUNGEN IN GEMEINDESATZUNGEN)

Controle concreto

23/02/1972

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão fundamental do TCF sobre a constitucionalidade de **dispositivos penais em regulamentos municipais** (*Strafbestimmungen in Gemeindesatzungen*):

O Tribunal de Primeira Instância de *Augsburg* (*Amtsgericht Augsburg*) suspendeu um processo no qual tinha que aplicar uma sanção penal prevista em um regulamento tributário municipal e apresentou a questão ao TCF. O tribunal apresentante estava convencido da inconstitucionalidade do dispositivo aplicando, em face de algumas normas da *Grundgesetz*, entre outras, do direito fundamental derivado do Art. 103 II GG.

O TCF admitiu o controle concreto, mas, no mérito, confirmou a constitucionalidade do dispositivo questionado.

Regulamentos municipais podem conter dispositivos penais que se baseiem em uma autorização especial do legislador estadual. No entanto, o mandamento de concreção legal contido no Art. 103 II GG só restará cumprido se já da autorização puderem ser previstos pelo cidadão os limites da punibilidade, assim como o tipo e a medida máxima da pena.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 23 de fevereiro de 1972
– 2 BvL 36/71 –
(...)

RAZÕES

A. I. – V. (...)

B. – I.

A Apresentação Judicial é admitida.

1. – 3. (...).

II.

A Apresentação Judicial não é procedente.

1. – 3. (...).

4. Também o Art. 103 II GG não foi violado.

a) (...).

Leis na acepção do Art. 103 II GG não são apenas leis em sentido formal. O TCF já esclareceu que também decretos podem conter dispositivos penais, se forem editados no âmbito de autorização que atenda aos pressupostos do Art. 80 I GG (BVerfGE 14, 174 [185]; 14, 245 [251]; 14 [257]; 22, 21 [25]). O mesmo vale para os regulamentos municipais. Em verdade, uma lei formal que autorize a edição de regulamentos não pode ser medida com base no parâmetro do Art. 80 I GG; esse dispositivo constitucional também não pode ser aplicado por analogia. Disto não decorre, porém, que tais tipos de autorização para edição de regulamentos não se submetam a quaisquer limitações constitucionais. O mandamento da concreção da lei contido no Art. 103 II GG só será cumprido quando o indivíduo puder depreender da norma penal o que é proibido criminalmente e a que pena ele estará sujeito, caso ele desrespeite a proibição. Se, como no presente caso, a competência de edição de regulamentos do município se basear em uma autorização especial do legislador estadual, então não somente o regulamento, que representa a própria lei penal, mas também a lei da [outorga de] autorização, devem observar tais exigências. Já a partir da autorização, e não somente a partir do regulamento nela baseado, devem ser previstos pelo cidadão os limites da punibilidade e o tipo da pena. De outro modo, não poderiam nem o cidadão nem o juiz avaliar, no caso concreto, se o legislador do regulamento era, de fato, competente para a edição de um determinado regulamento com cunho criminal e se a competência legislativa penal a ele outorgada era suficiente para tanto.

A autorização deve ser, assim, promulgada de tal sorte que se possa dela ler se o tipo penal disciplinado no regulamento pôde ser em geral estatuído segundo as intenções do legislador e como ele [o tipo penal] deve poder ser defendido [com que sanção penal].

A autorização não tem, entretanto, necessariamente que disciplinar os tipos penais em todos seus detalhes. As exigências do Art. 103 II GG pertinentes a uma tal autorização [já] estarão atendidas quando delas se puderem depreender claramente os possíveis tipos penais, incluindo a forma de culpa, além do tipo e a medida máxima de pena, segundo as reconhecidas regras de interpretação jurídica. Nesse contexto, o legislador pode outorgar ao titular da competência de edição do regulamento – desde que, como no presente caso, não estejam em questão as limitações à liberdade submetidas à reserva legal do Art. 104 I 1 GG (cf. também BVerfGE 14, 174 [186 s.]) – uma certa discricionariedade relativamente aos tipos penais que abrangem os limites mínimo e máximo (*Strafrahmen*) da pena do indivíduo, a fim de lhe deixar aberta a possibilidade de adequar o juízo de valor sobre o conteúdo de antijuridicidade (*Unrechtsgehalt*) das violações ao regulamento pelos referidos tipos penais sancionados à estrutura econômica e social diferenciada de cada órgão territorial [no caso: de cada município].

b) (...).

C.

Esta decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *v. Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, *Hirsch*, Dr. *Rinck*,
Dr. *Rottmann*, *Wand*

129. BVERFGE 26, 41

(GROBER UNFUG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 14/05/1969

MATÉRIA:

O reclamante afirmou em sua Reclamação Constitucional, movida contra uma decisão condenatória do Superior Tribunal Estadual de *Celle*, uma violação do seu direito fundamental derivado do Art. 103 II GG, porque o dispositivo penal aplicado seria muito pouco determinado,

principalmente tendo em vista a indefinição do elemento do tipo “grave desordem” (“*grober Unfug*”). O TCF admitiu a Reclamação, mas no mérito julgou-a improcedente.

O dispositivo penal sobre grave desordem (§ 360 I, nº. 11 [segunda alternativa] do StGB) é compatível com o Art. 103 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 14 de maio de 1969 conforme

§ 24 BVerfGG

– 2 BvR 238/68 –

(...)

RAZÕES

I.

1. Conforme o § 360 I, nº. 11, StGB³⁶¹, será punido com multa de até quinhentos marcos alemães ou com detenção

quem inconvenientemente provocar ruído perturbador ou quem praticar grave desordem.

(...).

2. a) Na noite de 29 para 30 de setembro de 1967, o reclamante carregou, juntamente com um conhecido, um banco de uma praça pela calçada, onde eles impediam a passagem de transeuntes. Por isso, em 22 de janeiro de 1968, o Tribunal de Primeira Instância de *Wolfsburg* condenou-o por grave desordem (§ 360 I, nº. 11 StGB) ao pagamento de multa de 100 marcos alemães ou, alternativamente, a dez dias de detenção.

b) (...).

3. (...).

II.

A Reclamação Constitucional é admitida, mas improcedente.

O dispositivo penal sobre grave desordem (§ 360 I, nº. 11 [segunda alternativa] do StGB) é compatível com o Art. 103 II GG.

³⁶¹ Segundo nota de JÜRGEN SCHWABE (*op. cit.*, p. 598, nota 1): “revogado pelos §§ 117 e 118 OWiG”.

1. Segundo o Art. 103 II GG, uma ação somente pode ser punida se a punibilidade já estava legalmente determinada antes de a ação ter sido praticada. O Art. 103 II GG veda constitucionalmente tanto a aplicação retroativa de novos tipos penais, como também o fundamento da pena a partir da analogia ou do direito consuetudinário.

Mais além, o Art. 103 II GG exige que a punibilidade seja “determinada pela lei”. Todos devem poder prever que ação é punível com que pena, e orientar seu comportamento de maneira correspondente (BVerfGE 25, 269 [285]). Todavia, também não se pode prever qual comportamento é sancionado criminalmente se a lei compuser um tipo penal de forma muito indeterminada (cf. BVerfGE 14, 245 [252]; BVerfGE 25, 269 [285]).

No entanto, o direito penal não pode dispensar totalmente o emprego de conceitos gerais que não podem ser delimitados de maneira clara no plano abstrato, carecendo, em grande medida, da interpretação do juiz (BVerfGE 11, 234 [237]). Por isso, o Art. 103 II GG exige, somente dentro de um determinado marco, uma delimitação legal da punibilidade.

Não se pode dizer em geral qual o grau de determinação legal que cada tipo penal deve ter. A determinação [concreção] legal necessária depende da particularidade de tipo penal e das circunstâncias que levam à regulamentação legal. Em todo o caso, a lei deve determinar os pressupostos da punibilidade de maneira tão mais precisa quanto mais rigorosa for a pena prevista (BVerfGE 14, 245 [251]).

2. O dispositivo sobre a grave desordem foi delimitado com precisão suficiente.

a) Em geral, cada cidadão pode prever em quais casos os tribunais irão aplicar o § 360 I, n.º. 11 (segunda alternativa) StGB. O teor deste dispositivo até permite uma ampla interpretação. Entretanto, sua particularidade consiste em pertencer a um conjunto de normas penais tradicionais que foram, em uma jurisprudência consolidada há décadas, tornadas suficientemente precisas. (...).

(...).

b) (...).

(ass.) *Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rinck*

130. BVERFGE 25, 269

(VERFOLGUNGSVERJÄHRUNG)

Controle concreto

26/02/1969

MATÉRIA:

Trata-se, no presente caso, da delimitação mais precisa do tratamento constitucional da **prescrição da persecução penal** (*Verfolgungsverjährung*), sobretudo da definição de em que medida alterações de suas regras podem ofender o Art. 103 II GG.

Segundo o § 1 I da Lei sobre o Cálculo da Prescrição de Penas, promulgada a 13 de abril de 1965:

“no cálculo do prazo prescricional para a persecução penal de crimes punidos com a prisão perpétua, não se computa o tempo entre o dia 8 de maio de 1945 [data da capitulação incondicional do Terceiro Reich] e o dia 31 de dezembro de 1949. Neste tempo, cessou a [o decurso do prazo de] prescrição da persecução penal desses crimes.”

O Tribunal Estadual de *Tübingen* e o Tribunal Estadual e do Júri de *Kiel* suspenderam, respectivamente em 23 de julho de 1968 e 30 de agosto do mesmo ano, mediante suas decisões de Suspensão e Apresentação (*Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse*), dois processos criminais movidos contra dois acusados de homicídio qualificado de centenas de pessoas, praticado durante o regime nacional-socialista.

Os tribunais apresentantes verificaram o decurso do prazo prescricional (de 20 anos ocorrido em 8 de maio de 1965), o que levaria necessariamente à absolvição dos réus, no caso de o dispositivo supra reproduzido ser inconstitucional em face da proibição constitucional da retroatividade de leis penais, fixada no Art. 103 II GG. Daí, o TCF julgou presentes os dois pressupostos do Controle concreto, admitindo sua proposição. No mérito, porém, confirmou a constitucionalidade do § 1 I da Lei sobre o Cálculo da Prescrição de Penas.

1. O Art. 103 II GG determina os pressupostos sob os quais um comportamento pode ser declarado como punível. Ele proíbe tanto o fundamento quanto o agravamento retroativo da pena [por aplicação retroativa da norma].

2. As normas de prescrição determinam durante quanto tempo uma ação declarada como punível pode ser perseguida processualmente. Elas deixam a punibilidade da ação intacta. Por isso, as normas de prescrição não estão sujeitas à proibição de retroatividade do Art. 103 II GG.

3. Em todo caso, a prorrogação ou a revogação de prazos de prescrição ainda não vencidos, em crimes que prevêem a prisão perpétua, não ferem nem o princípio do Estado de direito nem o da igualdade.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 26 de fevereiro de 1969

– 2BvL 15, 23/68 –

no processo de exame constitucional do § 1 I da Lei sobre o Cálculo da Prescrição de Penas Criminais de 13 de abril de 1965 (BGBl. 1, I, p. 315). (...).

(...)

RAZÕES

A. - I. - III. (...)

B.

As Apresentações Judiciais são admitidas.

1. - 3. (...).

C.

A lei de Cálculo é compatível com a Grundgesetz

I.

(...)

1. - 2. (...).

3. (...).

a) O legislador queria impedir que crimes de homicídio qualificado do tempo do regime nacional-socialista e do pós-guerra prescrevessem antes de 31 de dezembro de 1969.

(...).

b) (...).

c) Conclui-se: o § 1 I da Lei de Cálculo levou o término dos prazos prescricionais para os crimes previstos em lei para até o dia 31 de dezembro de 1969, resultando num efeito de prolongamento dos prazos correntes de prescrição.

II.

O prolongamento dos prazos de prescrição efetivado pela Lei de Cálculos para a persecução processual de crimes cujas penas são a prisão perpétua não viola o Art. 103 II GG.

1. Segundo o Art. 103 II GG, uma ação somente pode ser punida se a punibilidade já estiver legalmente prevista antes da prática de sua prática. Como já o correspondente Art. 116 da Constituição de Weimar previa, o Art. 103 II GG proíbe que alguém seja punido com base em lei ainda não vigente à época da prática da conduta e, destarte, desconhecida pelo autor (BVerfGE 7, 111 [119]). Assim, tanto a aplicação retroativa de novos tipos penais, como também o fundamento da pena a partir da analogia, são constitucionalmente proibidos.

(...).

a) (...)

b) (...).

O Art. 103 II GG proíbe tanto o fundamento quanto o agravamento retroativo da pena.

2. Em contrapartida, o Art. 103 II GG nada diz a respeito da duração do tempo durante o qual se pode perseguir processualmente uma ação declarada como punível de maneira constitucional e punir pela aplicação da pena que lhe fora prevista. Ele se detém somente no “a partir de quando” e não no “por quanto tempo” da persecução penal.

Toda norma penal contém um juízo ético-social de desvalor revestido de autoridade estatal sobre o modo de agir por ele penalizado. O conteúdo concreto deste juízo de desvalor resulta do tipo penal e da sanção prevista. Os dois juntos constituem a punibilidade na acepção do Art. 103 II GG. Se um modo de comportamento for sancionado por meio de um dispositivo legal que atenda as exigências do Art. 103 II GG, sendo também, de resto, constitucional, então ele se torna, desta forma, uma “ação punível”. Sua punibilidade é determinada legalmente.

A punibilidade de uma ação é o pressuposto de sua sujeição à persecução (*Verfolgbarkeit*). Uma ação somente pode ser punida criminalmente se sua punibilidade já estiver prevista legalmente antes da prática. Com a punibilidade desenvolve-se a sujeição à persecução, não o contrário (com a sujeição à persecução desenvolve-se a

punibilidade). Uma ação punível, uma vez cometida, não perde o seu caráter antijurídico porque não será ou não pode ser perseguida por razões de ordem fática ou jurídica.

O Art. 103 II GG determina os pressupostos pelos quais um comportamento pode ser declarado como punível. Normas prescricionais determinam por quanto tempo uma ação declarada punível deve ser perseguida processualmente. Uma vez que elas se referem somente à sujeição à persecução, deixando, em contrapartida, a punibilidade intacta, elas não fazem parte do âmbito de validade do Art. 103 II GG; por isso, uma prorrogação ou revogação de prazos prescricionais não pode violar esta norma constitucional (igualmente cf. BVerfGE 1, 418 [423]).

3. A gênese também confirma isto (...).

a) – c) (...).

III.

O § 1 I da Lei de Cálculos não se contrapõe ao princípio do Estado de direito.

1. Leis retroativas não são, fora do âmbito material compreendido pelo Art. 103 II GG, inadmissíveis por excelência, mas limites constitucionais decorrem, também nesse caso, do mandamento de segurança jurídica contido no princípio do Estado de direito.

O princípio do Estado de direito faz parte dos princípios gerais e idéias orientadoras que o constituinte não condensou em uma norma jurídica especial, porque eles marcaram todo o quadro compatível e anterior à Constituição [*Grundgesetz*] do qual ele partiu (BVerfGE 2, 380 [403]). Ele não contém – conquanto não esteja conformado e precisamente especificado em algumas normas da Constituição escrita para determinados assuntos – quaisquer mandamentos ou proibições determinados claramente com todos seus pormenores; antes disso, ele é um preceito constitucional que necessita de concretização de acordo com os respectivos dados da matéria específica (BVerfGE 7, 89 [92 s.]).

O postulado da segurança jurídica imanente ao princípio do Estado de direito exige que o cidadão possa antever as possíveis intervenções estatais em face dele e se organizar correspondentemente. Ele deve, por princípio, poder confiar que o legislador não ligue aos tipos penais fechados conseqüências mais desfavoráveis do que aquelas

previsíveis à época em que estes tipos foram consumados (efeito retroativo autêntico). Dadas certas circunstâncias, a confiança do cidadão também pode exigir proteção, no sentido de que sua posição jurídica não seja posteriormente depreciada por meio de normas que tenha efeitos tão somente sobre situações presentes, ainda não finalizadas (efeito retroativo não autêntico). Segurança jurídica significa para o cidadão, em primeira linha, proteção da confiança (BVerfGE 13, 261 [271]; 14, 288 [297]; 15, 313 [324]).

Entretanto, faz parte do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*); não basta apenas a segurança jurídica, mas também a justiça material. Esses dois lados do princípio do Estado de direito nem sempre podem ser observados igualmente pelo legislador. (BVerfGE 3, 225 [237]; 7, 89 [92 s.]). Se a segurança jurídica estiver em discrepância com a justiça, será tarefa em primeira linha do legislador decidir-se por um ou por outro lado. Se isso ocorrer sem arbitrariedade, a decisão do legislador não pode ser afastada por razões constitucionais (BVerfGE 3, 225 [237 s.]; 291 15, 313 [319 s.]).

Portanto, a proteção da confiança constitucional não vale sem exceções. Particularmente, o cidadão não poderá se valer da proteção da confiança como manifestação do princípio do Estado de direito, se a sua confiança no prosseguimento de uma regulamentação legal não puder exigir, de maneira aceitável, uma consideração pelo legislador (BVerfGE 14, 288 [299 s.]); portanto, a confiança em uma determinada situação jurídica não é racionalmente justificada (BVerfGE 13, 261 [271], jurisdição constante). Este é aqui o caso.

2. A Lei de Cálculos não interveio posteriormente, de maneira a modificar tipos penais [subsunção de fatos a eles] pertencentes ao passado. Ela não vale para ações cuja persecução processual já estavam prescritas por ocasião da entrada em vigor da lei (§ 2 II). O § 1 I da Lei de Cálculos determinou tão somente a prorrogação para o futuro de prazos prescricionais ainda em curso.

A prorrogação de prazos prescricionais para a persecução de crimes sancionados com prisão perpétua também não teve como consequência nenhum prejuízo relevante de confiança constitucional. (...).

(...).

3. (...).

IV.

A Lei de Cálculo é compatível também com o Art. 3 I GG.

1. – 3. (...).

A presente decisão foi prolatada em sede de conclusão com 7 votos a 1. Um [outro] juiz anuiu à conclusão, mas não à fundamentação.

(ass.) *Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rinck*

§ 36.

Ne bis in idem (Art. 103 III GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)

(1) ...

(2) ...

(3) Ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais

131. BVERFGE 23, 191

(DIENSTFLUCHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 07/03/1968

MATÉRIA:

Trata-se da decisão conjunta de 8 Reclamações Constitucionais movidas contra vários tribunais, que condenaram, pela segunda vez, os reclamantes pela contravenção de **deserção da prestação do serviço** (*Dienstflucht*) civil substitutivo ao serviço militar, definida em lei especial (*ErsDiG – Ersatzdienstgesetz*), fundamentando suas decisões condenatórias na suposta natureza de delito continuado da recusa na prestação do serviço substitutivo.

O TCF reconheceu nas decisões impugnadas a violação do princípio *ne bis in idem*, tal qual consagrado no Art. 103 III GG, revogando todas as decisões impugnadas. Na fundamentação, os efeitos do Art. 4 GG (liberdade de consciência, confissão e crença)

desempenharam um papel relevante na definição da unicidade da ação, tomada erroneamente como delito continuado pelos tribunais ordinários.

1. O mesmo delito na acepção do Art. 103 III GG também está presente quando o repetido não cumprimento de uma convocação para o serviço civil substitutivo [ao serviço militar] se deve a uma decisão de consciência do acusado, tomada definitivamente e com efeito contínuo; uma condenação por deserção ocorrida nesse interregno não se opõe a isto [a este reconhecimento].

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 7 de março de 1968
- 2 BvR 354, 355, 524, 566, 567, 710/66 e 79, 171, 431/67 -
(...)

RAZÕES

A. - I.

1. Os reclamantes são membros da comunidade religiosa das Testemunhas de Jeová e reconhecidos como recusantes da prestação do serviço militar [ainda chamados, na verdade, de recusantes do serviço de guerra – *Kriegsdienstverweigerer*). Visto que os mesmos não seguiram sua convocação para o cumprimento do serviço civil substitutivo, foram condenados pelos tribunais penais competentes por [crime de] deserção segundo a Lei do Serviço Substitutivo Civil (§ 37 da Lei de 13 de janeiro de 1960 – BGBl. I, p. 10 – e § 53 da Lei na redação de 16 de julho de 1965 – BGBl. I, p. 984), a seguir: ErsDiG - a penas de detenção entre 2 e 8 meses. Os reclamantes cumpriram inteiramente essa primeiras penas.
2. Em parte, após o trânsito em julgado de seus processos penais, em parte, durante ou após o cumprimento das penas, os reclamantes foram, pelo Ministro do Trabalho, como órgão competente para a convocação para o serviço substitutivo civil, novamente intimados do chamamento [concreto] para o início do serviço ou de um novo aviso de convocação, que eram [administrativamente] sujeitos à impugnação. Uma vez que os reclamantes novamente não iniciaram o serviço substitutivo civil, eles foram novamente acusados de deserção (*Dienstflucht*) pelo Ministro do Trabalho e condenados:
 - a) – h) (...).

3. (...).

II. – III. (...)

B. (...)

C.

1. As decisões impugnadas violam o direito dos reclamantes previsto no Art. 103 III GG. De acordo com dispositivo constitucional, ninguém poderá, com base nas leis penais gerais, ser punido mais do que uma vez pelo mesmo ato .

1. a) A norma jurídica “*ne bis in idem*” valeu desde sempre como preceito fundamental do direito processual penal. Ela foi claramente reconhecida pela jurisprudência como direito vigente para as decisões judiciais (*Urteile*) prolatadas com base em audiência (debate oral). Ela adquiriu por intermédio do Art. 103 III GG status constitucional.

O princípio “*ne bis in idem*” exclui a persecução penal repetida do mesmo ato que fora objeto do primeiro julgamento; por outro lado, quando uma outra ação está em questão, o princípio não se torna aplicável pelo fato de que este ato e o primeiro tenham a mesma natureza. Decisivo é o processo histórico ao qual a acusação [denúncia] e a decisão judicial de [seu] recebimento [*Eröffnungsbeschluss*] se referem, e no qual o acusado teria cometido ou participado de uma conduta tipificada. (...).

b) Quando se tomam por base esses princípios da interpretação do Art. 103 III GG, desenvolvidos antes da entrada em vigor da *Grundgesetz*, não se pode ignorar que, com a entrada em vigor da *Grundgesetz*, este antigo direito existente passou a ser orientado, em seu conteúdo, pela ordem axiológica objetiva da *Grundgesetz* (BVerfGE 7, 198 [205]). Portanto, estes princípios devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 3, 249 [205]).

2. Os tribunais, cujas decisões os reclamantes atacam, defendem a opinião de que o Art. 103 III GG não se opõe a uma nova persecução penal e aplicação de pena por deserção, embora os reclamantes tenham apoiado sua repetida recusa de prestar o serviço substitutivo civil nas mesmas razões de consciência que já haviam fundamentado sua primeira evasão. Trata-se – conforme argumenta, por exemplo, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, em sua decisão (*Urteil*) contra o reclamante Str. de 23 de maio de 1966 – no caso da contravenção da deserção – também na forma da evasão do serviço substitutivo civil – de delito continuado. Assim sendo, o comportamento punível de quem está obrigado a prestar o serviço, que não atendeu à primeira convocação, teria sido interrompido pela - primeira - condenação a ele ligada. Por isso, o comportamento posterior (que preenche os elementos do tipo penal) não seria abrangido pela primeira condenação, permanecendo punível enquanto novo delito na acepção do § 264 StPO.

3. Essa concepção jurídica não pode ser seguida.

O mesmo delicto na acepção do Art. 103 III GG também está presente quando o repetido não cumprimento de uma convocação para o serviço substitutivo civil se deve a uma decisão de consciência do acusado, tomada de maneira definitiva e de efeito contínuo; uma condenação por deserção ocorrida nesse interregno não se opõe a isto [a este reconhecimento].

a) – b) (...).

c) Não se estará compreendendo corretamente esta situação – decisão fundamental, única de consciência contra uma única exigência estatal de prestação única de serviço substitutivo civil – se ela for espremida no molde do delito continuado e se aceitar que o comportamento punível do indivíduo obrigado à prestação do serviço, que não seguiu a primeira convocação, tenha sido interrompido pela – primeira – condenação a ele ligada. Com isto ignora-se a essência da decisão tomada por motivos de consciência, à qual se atribui, segundo o Art. 4 I GG, um significado especial. Uma decisão fundamentada por motivos de consciência é qualquer decisão séria, moral, isto é, uma decisão orientada pelas categorias “bem” e “mal”, que o indivíduo experimenta interiormente, em uma determinada situação, e considera para si vinculante e incondicionalmente obrigatória de tal sorte que ele não poderia agir contra a mesma sem sofrer sérios problemas de consciência (BVerfGE 12, 45 [55]). No caso dos reclamantes, a seriedade e a perpetuação de suas convicções fundamentadas em motivos da consciência restaram claramente demonstradas. Os reclamantes permaneceram, após a sua primeira condenação e após a segunda convocação, fiéis à sua decisão fundamentada por motivos de consciência, tomada anteriormente, de maneira definitiva, de nunca prestar serviço substitutivo civil (...). Na medida em que eles seguiram esta decisão também na segunda convocação, permanecendo distantes do serviço substitutivo, não cometeram um segundo delicto na acepção do Art. 103 III GG. (...).

(...).

4. (...).

5. Esta decisão foi prolatada com 5 votos a 2.

D.

(...)

(ass.) *Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher*

§ 37.

Garantias do preso (Art. 104 GG)

GRUNDGESETZ

Art. 104 (Garantias do preso)

(1) ¹A liberdade da pessoa só pode ser cerceada com base em uma lei formal e tão somente com a observância das formas nela prescritas. ²As pessoas detidas não podem ser maltratadas nem física nem psicologicamente.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

132. BVERFG 10, 302

(VORMUNDSCHAFT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/02/1960

MATÉRIA:

Trata-se, na presente decisão, do caráter de intervenção estatal do instituto público e privado da **tutela** (*Vormundschaft*).

Os reclamantes, que sofriam de doenças mentais, sobretudo esquizofrenia, foram internados por seus tutores sem uma decisão judicial. Em suas Reclamações Constitucionais, valeram-se de seu direito à liberdade de locomoção, tutelada constitucionalmente pelo Art. 104 II 1 e 2 c.c. Art. 2 II 2 GG, para impugnar justamente essa omissão de intervenção estatal protetora por parte do Judiciário.

O TCF admitiu a Reclamação e a julgou procedente, porque vislumbrou na omissão judiciária a violação do Art. 2 II 2 c.c. Art. 104 II 1 e 2 GG.

Uma decisão judicial, segundo o Art. 104 II 1 e 2 GG, será também necessária quando o tutor, no exercício de seu direito de determinar o domicílio, internar o interdito maior de idade em uma instituição fechada.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de fevereiro de 1960
– 1 BvR 526/53, 29/58 –
(...)

Dispositivo

O Art. 2 II 2 c.c. Art. 104 II 1 e 2 GG foi violado pelo fato de que os Tribunais de Primeira Instância de Munique e de *Hamm* se omitiram em decidir sobre a admissibilidade da internação ensejada pelos tutores do reclamante 1) – Munique – e do reclamante 2) – Tribunal de Primeira Instância de *Hamm* em uma instituição fechada de tratamento e cura.

(...)

RAZÕES

I.

1. – 2. (...).

II.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

1. – 5. (...).

III.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

A decisão depende de se determinar se o direito estatuído no Art. 104 II 1 e 2 GG a uma decisão judicial anterior, em havendo necessidade, a ser requerida imediatamente sobre a admissibilidade e continuidade de uma restrição da liberdade, também existe se o tutor de um interdito maior de idade promoveu sua internação em uma instituição fechada. Portanto, não se trata tanto da questão sobre se o tutor é

autorizado à internação, mas se o Estado deve disponibilizar, também para tais casos, a proteção garantida no Art. 104 II 1 e 2 GG.

(...).

1. (...).

a) O direito tutelar sempre teve uma forte conotação de direito público.

(...).

(...).

O Estado delega a atividade assistencial da tutela a funcionários públicos (cf. com §§ 32, 35, 41 da Lei do Bem Estar da Infância e Juventude, de 9 de junho de 1922) ou nomeia uma pessoa de confiança, selecionada para o caso individual, como tutor (§ 1779 BGB). Também uma tal tutela é uma função para cuja assunção existe uma obrigação civil; ela traz consigo direitos e deveres do direito privado e do direito público.

Uma vez que a tutela se baseia exclusivamente na nomeação estatal, o Estado supervisiona sua condução com base em seu poder tutelar cogente. (...).

(...).

b) (...).

2. (...).

a) – c) (...).

d) (...).

(1) (...).

(2) (...) No presente caso, está em questão exclusivamente a restrição da liberdade em face de interditos maiores de idade. Para este caso é determinante que a proteção à liberdade do Art. 104 II 1 e 2 GG não se restrinja apenas a casos de direito penal e de detenção no interesse da tranquilidade, segurança e ordem públicas, mas que, além disso, abranja também as restrições de liberdade que tenham caráter assistencial. Visto que a tutela, sobretudo a de maiores de idade, há séculos é parte da Assistência Social Pública, isso fala decididamente pela eficácia do Art. 104 II 1 e 2 GG também no caso de restrições de liberdade perpetradas pelo tutor. Só a peculiaridade de que, neste caso, a assistência é exercida no âmbito de uma relação de poder pessoal, e que o Estado se valha de uma pessoa privada para a sua execução, parece opor-se a esse resultado.

Todavia, não se pode derivar da essência do poder pessoal de um titular do poder nomeado pelo Estado, que a proteção jurídica contra a privação da liberdade constitucionalmente garantida tenha que sucumbir porque aquela essência produz a

privação da liberdade. O poder pessoal do tutor deve servir à proteção e ao bem estar do tutelado. Por isso, este tem, por princípio, também em relação ao tutor, a pretensão à proteção jurídica, como se mostra nas inúmeras autorizações para fiscalização e controle do Tribunal de Tutelas. Todas elas acionam o Estado para proteger o tutelado contra o abuso de poder do tutor. Uma proteção correspondente não pode ser-lhe negada quando se tratar do bem maior que é a liberdade e a garantia de [sua] proteção, contidas até mesmo na Constituição.

Não importa se, pelo direito vigente, a internação de um tutelado maior de idade em uma instituição fechada não pareça um ato imediato da Assistência Social Pública, mas, pelo contrário, se apresente na forma de uma determinação de permanência do tutelado – de direito civil – tomada pelo tutor. Quão pouco adequada é essa qualificação conceitual do ato da internação à fundamentação de uma interpretação do Art. 104 II 1 e 2 GG, já pode ser deduzido dos resultados internamente contraditórios a que chega a interpretação dominante baseada nessa qualificação feita até agora: se o Estado delega a tutela a funcionários públicos, então estes agem no exercício do poder público. Assim também decidiu o Tribunal Federal [BGH] no contexto de questões prisionais (BGHZ 9, 255). O significado do Art. 104 II 1 e 2 GG para a internação de menores pelo tutor oficial foi deixado em aberto (BGHZ 17, 108); mas a primeira decisão citada sugere a conclusão de que um tutor oficial, também na interpretação restritiva do Art. 104 II 1 e 2 GG, diferentemente de um tutor não oficial, careceria de autorização judicial para a internação do tutelado, embora ambas as decisões estejam baseadas no mesmo dispositivo de direito civil sobre o direito de determinação do local de permanência. (...). Finalmente, também é, sob um ponto de vista geral, pouco lógico negar ao interdito a proteção processual do Art. 104 II GG contra medidas do tutor, enquanto esta proteção especial é assegurada diretamente a todo cidadão junto a qualquer restrição de liberdade pelo Poder Público. Para seus órgãos, numa administração dirigida segundo os princípios do Estado de direito, é relativamente pequena a tentação para se abusar de uma autorização para a privação de liberdade por motivos impertinentes. No caso de a autorização para a privação de liberdade estar em mãos de um particular nomeado como tutor, o perigo de abuso de poder torna-se consideravelmente maior. Ao lado do desejo de se livrar do encargo de um tutelado difícil e incômodo, por vezes pertencente à família, pela internação em uma instituição, ainda podem desempenhar um papel motivos econômicos ou pessoais ainda mais problemáticos. (...).

Todos essas mazelas são suprimidas quando não se considera como determinante a classificação da respectiva internação nas categorias tradicionais no direito civil ou no direito público, mas no pensamento da assistência social pública, que marca todo o direito tutelar.

Há muito tempo foi reconhecido que o complexo do direito conjugal, de família e da tutela, apesar de pertencer, por princípio, ao direito civil, contém fortes elementos de direito público. A ambigüidade da tutela está fundada, desde o início, na coordenação recíproca da atividade de direito público da tutela oficial e a atividade de direito privado do tutor, e na tomada de influência no exercício da tutela pelas diversas formas de supervisão dos tribunais da Justiça Tutelar. O modo mais claro desta mistura do direito público com o direito privado aparece no caso da tutela de maiores de idade, uma vez que o Estado, por motivos assistenciais, revoga a condição de total capacidade jurídica por meio da tutela e utiliza o tutor, isto é, fundamenta e limita o seu poder. Na internação à força, o elemento do direito público será ainda mais reforçado pelo fato de que ela somente é possível com o auxílio do poder público, o qual disponibiliza as instituições de internação autonomamente ou mediante concessão (Código Industrial § 30), colocando à disposição do representante legal, quando da internação, se necessário, o auxílio de órgãos de execução estatais – [especificamente:] do oficial de justiça ou da polícia. (...). Portanto, seu direito de internação à força se efetiva pelo auxílio real ou potencial do Estado. A realidade é que – freqüentemente no sentido prático – também nesse caso, é o Estado que interna, ainda que não por iniciativa própria, mas, todavia, se colocando à disposição do tutor como órgão de execução.

(3) Assim, proíbe-se a apreciação jurídica da internação pelo tutor de um maior de idade, doente mental, como se a privação da liberdade se desenrolasse no âmbito de relações jurídico-privadas entre cidadãos. O Estado não pode se isentar do vínculo de direito fundamental, só porque nomeou um particular para o desempenho de uma tarefa pública, deixando-lhe a decisão sobre a utilização de meios de poder estatal.

(...).

e) (...).

(...).

Se o Art. 104 II 2 GG também tem eficácia no caso da privação de liberdade no âmbito do poder familiar, não precisou ser aqui decidido. Possivelmente poderiam

ser determinantes, no caso da internação de um menor de idade pelos pais, outros aspectos que no caso da internação de um maior de idade pelo tutor. Poder familiar e tutela até servem a propósitos parecidos, no entanto existe uma oposição no que tange aos seus fundamentos jurídicos. O poder familiar está baseado na relação natural dos pais para com os seus filhos e vale diretamente por força da lei; a função de tutor, pelo contrário, é uma construção pública e é fundamentada na nomeação por tribunal da Justiça Tutelar; seu poder está baseado, portanto, em um ato do poder público estatal.

3. (...).

ANEXOS

I. Excertos da *Grundgesetz* (GG) e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland³⁶²

Promulgada em 23 de maio de 1949 (BGBl. 1949, 1)

I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

(DIE GRUNDRECHTE)

Artigo 1º (Dignidade da pessoa humana)

(1) ¹A dignidade da pessoa humana é intocável. ²Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo

(3) Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário

Artigo 2º (Livre Desenvolvimento da Personalidade, direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana)

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) ¹Todos têm o direito à vida e à incolumidade física. ²A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³Nestes direitos só se pode intervir com base na lei.

³⁶² “Lei Fundamental” para a República Federal da Alemanha.

Artigo 3º (Igualdade)

(1) Todos são iguais perante a lei.

(2) ¹Homens e mulheres são iguais em direitos. ²O Estado promove a efetiva realização da igualdade em direitos de mulheres e homens e atua em prol da eliminação de desvantagens existentes.

(3) ¹Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu gênero, sua ascendência, sua raça, sua língua, sua pátria e naturalidade, sua crença, suas convicções religiosas ou políticas. ²Ninguém pode ser prejudicado por causa de sua deficiência.

Artigo 4º (Liberdade de crença, consciência e confessional, Recusa da prestação do serviço militar de guerra)

(1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade confissão religiosa e ideológica são invioláveis.

(2) É garantido o livre exercício de religião.

(3) Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas.

Artigo 5º (Liberdade de expressão do pensamento, informação, de imprensa, de radiodifusão e cinematográfica; liberdade artística e científica)

(1) ¹Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. ²A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. ³Não haverá censura.

(2) Estes direitos 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.

(3) ¹ A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. ²A liberdade do ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Artigo 6º (Casamento, família e filiação extra-matrimonial)

(1) O casamento e a família encontram-se sob proteção especial da ordem estatal.

(2) ¹Os cuidados e a educação dos filhos representam o direito natural dos pais e a obrigação que cabe sobretudo a eles. ²A comunidade estatal fiscalizará seu cumprimento.

(3) Somente com base em uma lei, poderão os filhos ser separados da família, contra a vontade dos responsáveis pela educação, se estes não cumprirem seus deveres ou se os filhos, por outras razões, estiverem correndo o risco de serem desamparados.

(4) Toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade.

(5) Aos filhos de pais não casados devem ser criadas pela legislação as mesmas condições, para o seu desenvolvimento físico e psíquico e para a sua colocação na sociedade, que existem para os filhos de pais casados.

Artigo 7º (Escola)

(1) Todo o sistema escolar está sob a fiscalização do Estado.

(2) Os responsáveis pela educação têm o direito de decidir sobre a participação do filho na aula de religião.

(3) ¹A aula de religião é disciplina ordinária nas escolas públicas, à exceção das escolas não confessionais. ²Sem prejuízo do direito de fiscalização do Estado, a aula de religião será ministrada em consonância com os preceitos fundamentais das comunidades religiosas. ³Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar a aula de religião.

(4) ¹É garantido o direito de criação de escolas particulares. ²As escolas particulares, enquanto substitutas de escolas públicas, precisam de autorização do Estado, subordinando-se à legislação estadual. ³A autorização deverá ser concedida se as escolas privadas não forem, em face de seus objetivos de ensino e de suas instalações, assim como da formação científica de seus professores, inferiores às escolas públicas, e se não forem fomentadas prerrogativas dos alunos segundo a situação econômica dos pais. ⁴A autorização deverá ser denegada se não restar assegurada a posição jurídica e econômica dos membros do corpo docente.

(5) Uma escola particular do ensino primário somente deverá ser admitida se a administração escolar lhe reconhecer um interesse pedagógico especial ou se, a partir do requerimento dos pais responsáveis, houver de ser erigida como escola comunitária, confessional ou ideológica, não existindo na localidade uma escola pública de ensino primário deste tipo.

(6) As escolas preparatórias permanecem abolidas

Artigo 8º (Liberdade de reunião)

(1) Todos alemães têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, sem anúncio prévio ou autorização.

(2) Tratando-se de reuniões ao ar livre, este direito pode ser limitado por lei ou com base em uma lei.

Artigo 9º (Liberdade de associação)

(1) Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades.

(2) São proibidas associações cujos propósitos ou cuja atividade sejam contrários às leis penais ou que se orientem contra a ordem constitucional ou contra a idéia do entendimento entre os povos.

(3) ¹É garantido a todos e a todas as profissões o direito de constituir associações em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas. Acordos que limitem ou busquem impedir este direito são nulos, as medidas dirigidas a este fim são ilícitas. ²As medidas concernentes aos Artigos 12a, 35 II e III, Artigo 87a IV e Artigo 91 não podem se voltar contra disputas trabalhistas que ocorram em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas.

Artigo 10 (Sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação)

(1) O sigilo da correspondência, assim como o sigilo postal e da telecomunicação, são invioláveis.

(2) ¹Limitações só podem ser estabelecidas com base em uma lei. ²Se a limitação tiver por escopo a proteção da ordem fundamental livre e democrática ou a segurança da União ou de um Estado-membro, a lei pode determinar que a limitação não seja comunicada ao atingido e que, no lugar da via judiciária, o controle seja feito por órgãos principais e órgãos auxiliares constituídos pela representação popular.

Artigo 11 (Liberdade de locomoção domiciliar)

(1) Todos os alemães gozam da liberdade de locomoção domiciliar em todo o território nacional.

(2) Este direito somente pode ser limitado por lei ou com base em uma lei, e apenas nos casos onde haja falta de meios de subsistência suficientes e dela possam surgir encargos especiais para a coletividade, ou nos quais a limitação seja necessária para a defesa perante um perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da União ou de um Estado-membro, para o combate ao risco de epidemias, catástrofes naturais ou acidentes particularmente graves, para a proteção de menores contra seu abandono, ou em prol da prevenção de delitos.

Artigo 12 (Liberdade profissional)

(1) Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em uma lei.

(2) Ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, exceto no contexto de uma prestação de serviço tradicional, geral e igual para todos.

(3) O trabalho obrigatório somente pode ser admitido junto a uma privação de liberdade ordenada judicialmente.

Artigo 13 (Inviolabilidade do domicílio)

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz; em havendo *periculum in mora*, também pelos demais órgãos previstos nas leis e somente sob a forma nelas [respectivamente] prescrita.

(3)¹Se certos fatos embasarem a suspeita de que alguém tenha cometido um crime especialmente grave [como tal] individualmente definido em lei, podem ser utilizados para a persecução penal do delito, com base em uma ordem judicial, aparatos técnicos para a vigilância acústica de domicílios nos quais o acusado [suspeito] provavelmente se encontre, se a investigação do caso por outra via restar desproporcionalmente difícil ou não tiver chances de êxito. ²A medida terá um prazo de validade. ³A ordem judicial será dada por um órgão judicial composto por três juízes. ⁴Em havendo *periculum in mora*, a ordem judicial poderá ser dada também por um juiz monocrático.

(4)¹Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, principalmente de um perigo coletivo ou de risco à vida, podem ser utilizados aparatos técnicos para a vigilância de domicílios somente com base em uma ordem judicial. ²Em havendo *periculum in mora*, a medida também poderá ser ordenada por um outro órgão estatal determinado pela lei; uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a ordem do “outro órgão estatal”].

(5) ¹Se aparatos técnicos forem utilizados exclusivamente para a proteção de pessoas que atuam em uma investigação dentro de residências, a medida deverá ser ordenada por um órgão estatal determinado pela lei. ²Um outro tipo de uso dos reconhecimentos [informações] adquiridos[as] por esta via somente é permitido com o propósito da persecução penal ou da defesa contra perigos e, [ainda] tão somente se

antes a legalidade for judicialmente verificada; em havendo *periculum in mora*, uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a implementação da medida].

(6) ¹O Governo Federal informará anualmente a Câmara Federal sobre o emprego de meios técnicos no âmbito da competência do parágrafo 3º [Art. 13 III GG], assim como do parágrafo 4º [Art. 13 IV GG] e do parágrafo 5º [Art. 13 V GG], desde que carecedoras de controle judicial. ²Um grêmio escolhido pela Câmara Federal exerce controle parlamentar com fundamento nesse relatório. ³Os Estados-membros garantirão um controle parlamentar de igual intensidade.

(7) Intervenções e limitações podem ser perpetradas, de resto, somente para a defesa em face de um perigo coletivo ou de um risco à vida de algumas pessoas; com base em lei, também para a prevenção de perigos iminentes da segurança e ordem públicas, em especial para a solução da carência de espaço geográfico, para o combate a epidemias ou para a proteção de crianças e adolescentes em risco.

Artigo 14 (Propriedade, sucessão, desapropriação)

(1) A propriedade e o direito à sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei.

(2) ¹A propriedade obriga. ²O seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar da coletividade.

(3) ¹ Uma desapropriação só é permitida em razão do bem-estar da coletividade. ²Ela só pode ser efetivada por lei ou com base em uma lei que regulamente o tipo e o montante da indenização. ³A indenização será fixada mediante justa ponderação dos interesses da coletividade e dos atingidos. ⁴Em havendo divergência quanto ao montante da indenização, poder-se-á valer da via judicial perante os juízos e tribunais comuns.

Artigo 15 (Socialização)

¹Bens imobiliários, recursos naturais e meios de produção podem ser, para fins de socialização e por meio de uma lei que defina o tipo e extensão da indenização, transferidos para a propriedade coletiva ou para outras formas de economia coletiva.

²Para efeitos de indenização, aplica-se analogamente o Artigo 14 III 3 e 4.

Artigo 16 (Expatriação, extradição)

(1) ¹A nacionalidade alemã não pode ser retirada. ²A perda da nacionalidade só pode ocorrer com base em uma lei e contra a vontade do atingido somente quando este, em consequência desse fato, não se torne apátrida.

(2) ¹Nenhum alemão pode ser extraditado. ²Por lei pode-se dispor em contrário no caso de extradições para países membros da União Européia ou para um tribunal internacional, desde que preceitos de Estado de direito sejam observados.

Artigo 16a (Direito de asilo)

(1) Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo.

(2) ¹Não pode invocar o parágrafo 1º. quem provenha de um Estado-membro das Comunidades Européias ou de um terceiro Estado no qual estejam asseguradas a Convenção sobre a Posição dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. ²Os Estados externos às Comunidades Européias que reúnam os pressupostos do 1º período serão definidos por meio de uma lei que necessita da anuência do Conselho Federal [Bundesrat]. ³Nos casos do 1º período, podem ser perpetradas medidas terminativas da permanência, independentemente de um remédio judicial impetrado contra estas medidas.

(3) ¹Uma lei, que precisa da anuência do Conselho Federal [Bundesrat], pode determinar que há Estados onde, tendo como fundamento sua legislação, na aplicação do seu direito vigente e da situação política geral, parece garantido lá não ocorrerem nem perseguição política nem aplicação de pena desumana ou humilhante. ²Presume-se que um estrangeiro proveniente de um tal Estado não é perseguido até que ele apresente fatos que fundamentem a tese de que, contrariamente a esta presunção, ele é perseguido político.

(4) ¹A execução de medidas terminativas da permanência será somente interrompida, nos casos do parágrafo 3º, e em outros casos que sejam notoriamente infundados ou considerados notoriamente infundados, quando houver sérias dúvidas quando à licitude da medida; a abrangência do exame pode ser restringida, podendo alegações intempestivas não serem conhecidas. ²Os detalhes deverão ser determinados por lei.

(5) Os parágrafos 1º a 4º não destoam de tratados internacionais de Estados-membros das Comunidades Européias entre si e com terceiros Estados que adotarem, sob a observância da Convenção sobre a Posição dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, cuja aplicação nos Estados partes precisa ser assegurada, regulamentações da competência para o exame de pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento recíproco de decisões sobre [pedidos] de asilo.

Artigo 17 (Direito de petição)

Todos têm o direito de, individual ou coletivamente, apresentar por escrito petições com requerimentos ou reclamações às autoridades competentes e à representação popular.

Artigo 18 (Perda de direitos fundamentais)

(1) Quem abusar da liberdade de expressão, especialmente da liberdade de imprensa (Artigo 5 I), da liberdade de ensino (Artigo 5 III), da liberdade de reunião (Artigo 8), da liberdade de associação (Artigo 9), do sigilo de correspondência, do correio e das telecomunicações (Artigo 10), do direito de propriedade (Artigo 14) ou do direito de asilo (Artigo 16 a) para combater a ordem fundamental livre e democrática, perderá esses direitos fundamentais. A perda ou o alcance da perda serão fixados pelo Tribunal Constitucional Federal.

Artigo 19 (Limitação dos direitos fundamentais, Garantia da via judicial)

(1) ¹Quando, segundo essa *Grundgesetz*, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa deverá ter caráter geral e não ser limitada a um caso particular. ²Além disso, a lei deverá fazer menção ao direito fundamental [atingido], indicando seu Artigo [correspondente].

(2) Em nenhum caso pode ser um direito fundamental atingido em seu conteúdo essencial.

(3) Os direitos fundamentais valem também para pessoas jurídicas nacionais, desde que sejam, em face de sua natureza, a ela aplicáveis

(4) ¹Se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, poderá se valer da via judicial. ²Segue-se a via judicial ordinária, a não ser que uma outra competência seja prevista. ³Não se derroga o Art. 10 II 2.

II. A UNIÃO E OS ESTADOS-MEMBROS

(*DER BUND UND DIE LÄNDER*)

Artigo 20 (Princípios do Estado)

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado **federal** democrático e social.

(2) ¹Todo o poder estatal emana do povo. ²Ele é exercido pelo povo em eleições e votações e por intermédio de órgãos especiais do Legislativo, Executivo e Judiciário.

(3) O Legislativo é vinculado à ordem constitucional; o Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito.

(4) Todos os alemães têm o direito de se insurgir, em não havendo outro recurso, contra quem agir no sentido de destruir essa ordem.

Artigo 20 a (...).

Artigo 21 (Partidos)

(1) ¹Os partidos participam da formação da vontade política do povo. ²Sua constituição é livre. ³A sua organização interna deve estar em conformidade com os princípios democráticos. ⁴Deverão prestar publicamente contas da procedência e da utilização de seus recursos, assim como de seus bens.

(2) ¹São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, pretendam prejudicar ou subverter a ordem fundamental de liberdade e democrática, ou ponham em risco a existência da República Federal da Alemanha. ²Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade [do partido].

(3) A conformação mais concreta será feita por leis federais.

Artigo 22 – Artigo 24 (...).

Artigo 25

¹As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. ²Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.

Artigo 26 – Artigo 32 (...).

Artigo 33 (direitos políticos)

(1) Todo alemão tem em qualquer Estado-membro os mesmos direitos e deveres de cidadão.

(2) Todo alemão tem o mesmo acesso a qualquer cargo público conforme sua aptidão, qualificação e capacidade profissional.

(3) ¹O gozo de direitos civis e de cidadão, a admissão a cargos públicos, bem como os direitos adquiridos no serviço público, são independentes da confissão religiosa. ²Ninguém poderá sofrer um prejuízo por causa de sua filiação ou não a uma confissão ou convicção ideológica.

(4) O exercício de poderes estatais com caráter permanente é, em regra, confiado a funcionários públicos que se encontrem em uma relação de confiança e serviço públicos.

(5) O direito do serviço público deverá ser regulamentado observando-se os preceitos tradicionais do funcionalismo público de carreira.

Artigo 34 – Artigo 37 (...).

III. A CÂMARA FEDERAL (*DER BUNDESTAG*)

Artigo 38

(1) ¹Os deputados da Câmara Federal Alemã são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. ²São representantes de todo o povo, independentes de mandatos e instruções e sujeitos unicamente à sua consciência.

(2) Tem direito de sufrágio quem tiver mais de dezoito anos; é elegível quem tiver atingido a idade estabelecida para a maioridade

(3) A conformação mais concreta será definida por lei federal.

Artigo 39 - Artigo 49 (...).

IV. O CONSELHO FEDERAL (*DER BUNDES RAT*)

Artigo 50 - Artigo 53 (...).

IV A. COMISSÃO CONJUNTA (*GEMEINSAMER AUSSCHUSS*)

Artigo 53 a (...).

V. O PRESIDENTE FEDERAL (*DER BUNDESPRÄSIDENT*)

Artigo 54 – Artigo 61 (...).

VI. O GOVERNO FEDERAL (*DIE BUNDESREGIERUNG*)

Artigo 62 – Artigo 69 (...).

VII. A LEGISLAÇÃO DA UNIÃO (*DIE GESETZGEBUNG DES BUNDES*)

Artigo 70 (Legislação da União e dos Estados-membros)

(1) Os Estados-membros têm o direito de legislar na medida em que esta *Grundgesetz* não atribua competências legislativas à União.

(2) A delimitação da competência entre União e Estados-membros se rege pelos dispositivos desta *Grundgesetz* sobre as legislações exclusiva e concorrente.

Artigo 71 (Legislação exclusiva da União)

Artigo 72 (Legislação concorrente)

Artigo 73 (Matérias da legislação exclusiva)

Artigo 74 (Matérias da legislação concorrente)

Artigo 74 a – Artigo 78 (...).

Artigo 79 (Emenda da *Grundgesetz*)

(1) ¹A *Grundgesetz* só pode ser emendada por meio de uma lei que explicitamente altere ou complemente o seu texto. ²Em se tratando de tratados internacionais que tenham por objeto a regulamentação da paz, a preparação de uma regulamentação da paz ou a abolição de um regime jurídico de ocupação, ou que sejam destinados a servir para a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que os dispositivos da *Grundgesetz* não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados, um complemento ao texto da *Grundgesetz* que se limite a tal esclarecimento.

(2) Uma tal lei carece da aprovação por dois terços dos membros da Câmara Federal e por dois terços dos votos do Conselho Federal.

(3) É inadmissível qualquer emenda a esta *Grundgesetz* que afete a divisão federativa em Estados-membros ou a participação, por princípio, dos Estados-membros na legislação ou os princípios estabelecidos nos Artigos 1 e 20.

Artigo 80 – Artigo 82 (...).

VIII. A EXECUÇÃO DAS LEIS FEDERAIS E A ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (*DIE AUSFÜHRUNG DER BUNDESGESETZE UND DIE BUNDESVERWALTUNG*)

Artigo 83 – Artigo 91 (...).

VIII A. TAREFAS COMUNS (*GEMEINSCHAFTSAUFGABEN*)

Artigo 91 a – Artigo 91 b (...)

IX. O PODER JUDICIÁRIO (*DIE RECHTSPRECHUNG*)

Artigo 92 (Organização dos Tribunais)

O Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta *Grundgesetz* e pelos tribunais dos Estados-membros.

Artigo 93 (Competência do Tribunal Constitucional Federal)

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide sobre:

1. a interpretação desta *Grundgesetz* a partir de litígios acerca da extensão dos direitos e deveres de um órgão federal superior ou de outras entidades que sejam dotadas de direitos próprios por esta *Grundgesetz* ou pelo Regimento Interno de um órgão federal superior.

2. no caso de divergências de opinião ou dúvidas acerca da compatibilidade formal e material do direito federal ou estadual com esta *Grundgesetz*, ou da compatibilidade do direito estadual com o restante do direito federal a partir de requerimento do Governo Federal, do governo de um Estado-membro ou de um terço dos membros da Câmara Federal.

2a. no caso de divergências de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições do Art. 72 II a partir de requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado-membro ou da representação do povo de um Estado-membro

3. no caso de divergência de opinião acerca dos direitos e deveres da União e dos Estados-membros, especialmente no que tange à execução do direito federal pelos Estados-membros e ao exercício da fiscalização federal.

4. outros litígios de direito público entre a União e os Estados-membros, entre vários Estados-membros e dentro de um Estado-membro, desde que não exista outra via judicial.

4a. as Reclamações Constitucionais podem ser ajuizadas por qualquer um com a alegação de ter sofrido violação, por parte do poder público, de um de seus direitos fundamentais ou de seus direitos contidos no Art. 20 IV, assim como nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104.

4b. as Reclamações Constitucionais ajuizadas por municípios (*Gemeinden*) ou associações de municípios em face de violação, por lei, do direito de autonomia administrativa comunal garantido pelo Artigo 28, no caso de leis estaduais, somente

se a Reclamação não puder ser ajuizada perante o Tribunal Constitucional do respectivo Estado-membro.

5. os demais casos previstos nesta *Grundgesetz*.

(2) O Tribunal Constitucional Federal atuará ainda nos demais casos que lhe sejam atribuídos por lei federal.

Artigo 94.(Composição do Tribunal Constitucional Federal)

(1) ¹O Tribunal Constitucional Federal é composto por juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pela Câmara Federal e pelo Conselho Federal.² Não poderão pertencer nem à Câmara Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos correspondentes órgãos de um Estado-membro.

(2) ¹Uma lei federal regulamentará a sua organização e o seu processo, determinando os casos nos quais suas decisões terão força de lei. ²Ela poderá impor como pressuposto para as Reclamações Constitucionais o anterior esgotamento da via jurisdicional e prever um procedimento especial de admissão.

Artigo 95 – Artigo 99 (...).

Artigo 100 (Controle de constitucionalidade de normas)

(1) ¹Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta *Grundgesetz*. ²Isso vale também se se tratar da violação desta *Grundgesetz* pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) Quando num litígio houver dúvidas sobre se uma regra de direito internacional público faz ou não parte integrante do direito federal, e sobre se produz ou não diretamente direitos e deveres para o indivíduo (Artigo 25), o tribunal deverá requerer a decisão do Tribunal Constitucional Federal

(3) Quando o tribunal constitucional de um Estado-membro divergir, na interpretação da *Grundgesetz*, de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de um outro Estado-membro, deverá requerer a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

Art. 101 (Proibição de tribunais de exceção)

(1) ¹Não são admitidos tribunais de exceção.²Ninguém pode ser privado de seu juiz natural.

(2) Tribunais para matérias especiais só podem ser estabelecidos por lei.

Artigo 102 (Extinção da pena capital)

Fica abolida a pena de morte.

Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)

(1) Todos têm o direito de serem ouvidos perante os juízos e tribunais.

(2) Um ato só pode ser punido se sua punibilidade tiver sido legalmente fixada antes de sua prática.

(3) Ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais.

Art. 104 (Garantias do preso)

(1)¹A liberdade da pessoa só pode ser cerceada com base em uma lei formal e tão somente com a observância das formas nela prescritas. ²As pessoas detidas não podem ser maltratadas nem física nem psiquicamente.

(2) ¹Compete apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação da liberdade. ²Em todo caso de privação de liberdade não ordenada por juiz, deverá ser colhida sem demora uma decisão judicial. ³Por sua própria autoridade a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do final do dia seguinte ao da prisão. ⁴A conformação mais concreta deve-se dar por lei.

(3) ¹Toda pessoa provisoriamente detida sob suspeita de um ato punível deve ser levada à presença do juiz o mais tardar no dia posterior à prisão, que lhe comunicará as razões da prisão, interrogando-o e dando-lhe a oportunidade de apresentar objeções. ²O juiz deve, sem demora, decretar uma ordem escrita de prisão indicando as suas razões, ou ordenar a soltura.

(4) A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade deve ser comunicada sem demora a um parente ou a uma pessoa da confiança do preso.

- X. O REGIME FINANCEIRO** (*DAS FINANZWESEN*)
Artigo 104 a – Artigo 115 (...).
- X A. O ESTADO DE DEFESA** (*DER VERTEIDIGUNGSFALL*)
Art. 115 a – Artigo 115 I (...).
- XI. DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**
(*ÜBERGANGS - UND SCHLUSSBESTIMMUNGEN*)
Artigo 116 – 125

Art. 126 (Divergências de opinião sobre a continuação da vigência de direito pré-constitucional)

Divergências de opinião sobre a continuação da vigência de direito como direito federal são decididas pelo Tribunal Constitucional Federal.

Artigo 127 – Artigo 146 (...).

* * * *

**LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL
(BVERFGG)³⁶³**

Primeira Parte

Constituição e Competência do Tribunal Constitucional Federal

§ 1

(1) O Tribunal Constitucional Federal é um tribunal federal autônomo e independente dos demais órgãos constitucionais.

(2) A sede do Tribunal Constitucional Federal é Karlsruhe.

(3) O Tribunal Constitucional Federal editará seu regulamento interno, que será aprovado pelo seu Plenário.

³⁶³ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* na redação da publicação de 11 de agosto de 1993 (BGBl. I, p. 1473), alterada, pela última vez, pelo Art. 5 II da Lei de 15 de dezembro de 2004 (BGBl. I, p. 3396).

§ 2

(1) O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de dois Senados.

(2) Em cada Senado serão escolhidos oito juízes.

(3) ¹Três juízes de cada Senado serão escolhidos dentre os juízes dos Tribunais Superiores. ²Serão elegíveis somente juízes que tenham atuado por pelo menos três anos em algum Tribunal Superior.

§ 3

(1) Os juízes devem ter mais de quarenta anos de idade, ser elegíveis para a Câmara Federal e terem declarado por escrito o seu desejo de se tornarem integrantes do Tribunal Constitucional Federal.

(2) Eles devem ser habilitados à magistratura, consoante a Lei Alemã da Magistratura.

(3) ¹Não poderão ser membros da Câmara Federal, do Conselho Federal, do Governo Federal, nem dos correspondentes órgãos de um dos Estados. ²Com sua nomeação, eles se separam de tais órgãos.

(4) ¹Uma outra atividade profissional, que não a do ensino jurídico em uma universidade alemã, é incompatível com a atividade jurisdicional. ²A atividade como juiz do Tribunal Constitucional Federal prevalece sobre a atividade como professor universitário.

§ 4

(1) A duração do mister de juiz é de doze anos, no máximo, até a sua aposentadoria compulsória.

(2) Veda-se a reeleição imediata ou futura do juiz.

(3) A aposentadoria compulsória dá-se no final do mês em que o juiz completa sessenta e oito anos de idade.

(4) Uma vez decorrido o prazo de duração do mister de juiz, os juízes continuarão com sua função jurisdicional até a nomeação do sucessor.

§ 5

(1) ¹Os juízes de cada Senado serão escolhidos meio a meio pela Câmara Federal e pelo Conselho Federal. ²Dos juízes escolhidos dentre aqueles dos Tribunais Superiores, um será escolhido por um órgão eleitoral e dois serão escolhidos pelo outro órgão

eleitoral; dos juízes restantes, três serão escolhidos por um órgão eleitoral e dois, pelo outro órgão eleitoral.

(2) Os juízes serão escolhidos com pelo menos três meses de antecedência do decurso do prazo de duração do mister de seu sucessor ou, quando a Câmara Federal não funcionar nesse período, no mês seguinte à primeira sessão legislativa.

(3) Se um juiz se retirar antecipadamente, seu sucessor será escolhido no mês seguinte pelo mesmo órgão eleitoral que escolheu o seu antecessor.

§ 6

(1) Os juízes eleitos pela Câmara Federal serão escolhidos de forma indireta.

(2) ¹Segundo a regra da votação proporcional, a Câmara Federal elege uma comissão para a escolha dos juízes do Tribunal Constitucional Federal, a qual será composta de doze membros da Câmara Federal. ²Cada facção [orientação político-partidária no parlamento] poderá fazer uma proposta. ³Das somas dos votos dados por cada proposta, será contabilizado, de acordo com o procedimento da maioria absoluta (*d'Hondt*), o número dos membros eleitos por cada proposta. ⁴Os membros serão eleitos na ordem em que aparece seu nome na proposta. ⁵Se um membro se retirar da comissão ou se encontrar impedido, ele será substituído pelo membro seguinte constante da mesma lista.

(3) O membro mais velho da comissão convocará imediatamente os membros da comissão para que conduzam a votação dentro do prazo de uma semana e dirigirá a sessão, que não será interrompida até que sejam escolhidos todos os juízes.

(4) Os membros da comissão obrigam-se a manter sigilo sobre os dados pessoais dos candidatos sobre as quais teve conhecimento a partir de sua atividade na comissão, bem como sobre as considerações e a votação tratadas na comissão.

(5) Será escolhido juiz quem obtiver ao menos oito votos a favor.

§ 7

Os juízes eleitos pelo Conselho Federal serão escolhidos pela maioria de dois terços dos votos.

(...).

§ 13

O Tribunal Constitucional Federal julga sobre os casos determinados pela *Grundgesetz*, a saber:

1. sobre a perda dos direitos fundamentais (Art. 18 GG),

2. sobre a inconstitucionalidade dos partidos (Art. 21 II GG),
3. sobre reclamações contra decisões da Câmara Federal que se refiram à validade de uma eleição ou à aquisição ou perda da investidura de um de seus membros (Art. 41 II GG),
4. sobre as demandas da Câmara Federal ou do Conselho Federal contra o Presidente Federal (Art. 61 GG),
5. sobre a interpretação da *Grundgesetz* a partir de controvérsias sobre o alcance dos direitos e deveres de um dos órgãos federais superiores ou outras partes que são dotadas de direitos próprios, em virtude da *Grundgesetz* ou do regimento interno de um dos órgãos federais superiores (Art. 93 I 1 GG),
6. em caso de divergências de opinião ou dúvidas quanto à compatibilidade formal ou material do direito federal ou direito estadual com a *Grundgesetz*, ou a compatibilidade do direito estadual com o direito federal a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros da Câmara Federal (Art. 93 I 2 GG),
- 6a. em caso de divergências de opinião sobre se uma lei preenche os requisitos do Art. 72 II GG, a requerimento do Conselho Federal, de um Governo Estadual ou da representação popular de um Estado (Art. 93 I 2a GG),
7. em caso de divergências de opinião sobre direitos e deveres da União ou dos Estados-membros, especialmente na aplicação do direito federal pelos Estados e no exercício da fiscalização federal (Art. 93 I 3 e Art. 84 IV 2 GG),
8. em outras controvérsias público-jurídicas entre a União e os Estados-membros, entre diferentes Estados ou dentro de um Estado, contanto que não exista outra via jurídica (Art. 93 I 4 GG),
- 8a. sobre Reclamações Constitucionais (Art. 93 I 4a e 4b GG),
9. sobre as denúncias [criminais] contra juízes federais e juízes estaduais (Art. 98 II e V GG),
10. sobre controvérsias constitucionais no interior de um Estado-membro, quando esse julgamento tiver sido atribuído pela lei estadual ao Tribunal Constitucional Federal (Art. 99 GG),
11. sobre a compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a *Grundgesetz*, ou sobre a compatibilidade de uma lei estadual ou do direito federal com uma lei federal, a requerimento de um Tribunal (Art. 100 I GG),

- 11a. sobre a compatibilidade de uma decisão da Câmara Federal Alemã para a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito com a *Grundgesetz*, a partir de Apresentação conforme o § 36 II da Lei de Comissão Parlamentar de Inquérito,
12. em caso de dúvidas sobre se uma regra do direito internacional é parte integrante do direito federal e se ela gera diretamente direitos e deveres ao indivíduo, a partir de requerimento do tribunal (Art. 100 II GG),
13. se o Tribunal Constitucional de um Estado-membro, ao interpretar a *Grundgesetz*, se afastar de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do Tribunal Constitucional de um outro Estado, a partir de requerimento deste Tribunal Constitucional (Art. 100 III GG)
14. em caso de divergências de opinião sobre a vigência de um direito como direito federal (Art. 126 GG),
15. nos casos que lhe forem atribuídos por lei federal (Art. 93 II GG).

(...).

§ 27a

O Tribunal Constitucional Federal poderá dar a terceiros expertos a oportunidade de se pronunciarem.

(...).

§ 30

(1) ¹O Tribunal Constitucional Federal julga em sessão secreta, de acordo com sua livre convicção sobre o conteúdo da audiência e do resultado das provas. ²A decisão deverá reduzir-se a termo escrito, será fundamentada e deverá ser subscrita pelos juízes que atuaram no julgamento. ³Se tiver havido uma audiência pública, ela deverá ser publicada, informando-se as principais razões da decisão. ⁴O prazo para se proferir uma decisão poderá ser informado na audiência pública ou ser estabelecido após o encerramento da sessão; nesse caso, ele deverá ser divulgado de imediato às partes. ⁵Entre o encerramento da audiência e a expedição da decisão não poderão transcorrer mais de três meses. ⁶O prazo poderá ser prorrogado mediante decisão do Tribunal Constitucional Federal.

(2) ¹Um juiz poderá consignar, em voto dissidente, sua opinião divergente, que houver durante a sessão com respeito ao mérito da decisão ou à sua fundamentação; o

voto dissidente será anexado à decisão. ²Os Senados poderão divulgar a proporção dos votos em suas decisões. ³O regimento interno disporá sobre o restante.

(3) Todas as decisões deverão ser divulgadas às partes.

§ 31

(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os tribunais e órgãos administrativos.

(2) ¹Nos casos previstos no § 13, n° 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. ²Isso vale também nos casos do § 13, n° 8a, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a *Grundgesetz* ou nula. ³Se uma lei for declarada compatível ou incompatível com a *Grundgesetz* ou com direito federal, ou for declarada nula, dispositivo da decisão deverá ser publicado pelo Ministério Federal da Justiça no Diário Oficial. ⁴O mesmo vale para os dispositivos de decisão dos casos do § 13, n° 12 e 14 [desta lei].

(...).

Quinta Parte

Processo nos casos do § 13, n° 8a [da presente lei]³⁶⁴

§ 90

(1) Qualquer um pode propor uma Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal sob a alegação de estar sofrendo violação pelo poder público em seus direitos fundamentais ou nos seus direitos previstos nos Art. 20 IV, Art. 33, 38, 101, 103 e 104 da *Grundgesetz*.

(2) ¹Se contra a violação for admitida a via jurisdicional, a Reclamação Constitucional somente poderá ser proposta após esgotada a via jurisdicional. ²O Tribunal Constitucional Federal pode, porém, decidir desde logo uma Reclamação Constitucional proposta, antes de esgotada a via judiciária, quando ela for do interesse geral ou quando ao reclamante se possa infligir um intenso e irresistível prejuízo, caso ele tenha que primeiro recorrer à via jurisdicional [ordinária].

(3) O direito de mover uma Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Estadual, segundo o direito constitucional estadual, permanece intocado.

³⁶⁴ Processo da Reclamação Constitucional.

§ 91

¹Municípios e associações de municípios podem propor a Reclamação Constitucional sob a alegação de que uma lei federal ou estadual violou a prescrição do Art. 28 da *Grundgesetz*. ²A Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal não será admitida se uma Reclamação contra a violação do direito à autodeterminação puder ser proposta, segundo o direito estadual, junto ao Tribunal Constitucional estadual.

§ 92

Na fundamentação da Reclamação deverá ser indicado o direito atingido pela violação e a ação ou omissão dos órgãos ou agentes públicos por meio das quais o reclamante se sente violado.

§ 93

(1) ¹A Reclamação Constitucional deve ser proposta e fundamentada dentro de um mês. ²O prazo tem início com a notificação formal ou a comunicação informal da decisão reproduzida em sua plenitude, se esta tiver que ser realizada de ofício segundo as prescrições normativas procedimentais estabelecidas pela Administração Pública. ³Nos demais casos, o prazo tem início com a publicação da decisão ou, quando esta não for publicada, com a respectiva intimação do reclamante; se, com ela [intimação], não for entregue ao reclamante a transcrição da decisão de forma completa, o prazo previsto no primeiro período [§ 93 I 1 BVerfGG] será interrompido, para que o reclamante requeira, por escrito ou mediante protocolo, aos órgãos administrativos, a entrega de forma completa da decisão atacada. ⁴A interrupção durará até que a decisão seja entregue, de forma completa, ao reclamante pelo tribunal, ou até que o órgão administrativo ou outra parte do processo o notifique.

(2) ¹Se o reclamante, sem culpa de sua parte, for impedido de observar esse prazo, é garantido a ele o requerimento do restabelecimento do prazo. ²O requerimento deve ser feito dentro de duas semanas após o término do impedimento. ³Os fatos para fundamentação do requerimento devem ser demonstrados na apresentação do pedido ou no processo sobre o pedido. ⁴Dentro do prazo para apresentação do requerimento, o ato jurídico perdido deve ser recuperado; se isto ocorrer, o restabelecimento do prazo pode ser garantido mesmo sem requerimento. ⁵Um ano após o fim do prazo perdido é inadmissível o requerimento. ⁶A culpa do procurador é equiparada à culpa do reclamante.

(3) Se a Reclamação Constitucional se dirigir contra uma lei ou contra determinado ato estatal, ou contra a não abertura do acesso à via jurisdicional, pode então a Reclamação Constitucional ser proposta somente dentro de um ano a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato estatal.

(4) Se uma lei tiver entrado em vigor antes de 1º de Abril de 1945, pode então a Reclamação Constitucional ser proposta até 1 de Abril de 1952.

§ 93a

(1) A Reclamação Constitucional carece da aceitação [por parte do TCF] para ir a julgamento.

(2) Ela deve ir a julgamento,

- a) desde que seja a ela atribuído significado jurídico constitucional,
- b) quando for adequada para a imposição dos direitos nomeados no § 90 I; esse pode ser o caso, também, quando houver para o reclamante, por meio da recusa de decisão sobre uma matéria, um prejuízo especialmente gravoso.

§ 93b

¹As Câmaras podem recusar a aceitação da Reclamação Constitucional ou aceitar a Reclamação Constitucional para ir a julgamento nos casos do § 93c. ²De resto, decidirá o Senado sobre a aceitação.

§ 93c

(1) ¹Se presentes os requisitos do § 93a II b e se a questão de direito constitucional relevante para o julgamento da Reclamação Constitucional já tiver sido decidida pelo Tribunal Constitucional Federal, a Câmara poderá acolher a Reclamação Constitucional, se ela for evidentemente procedente. ²Essa decisão (*Beschluss*) será equiparada a uma decisão do Senado. ³Uma decisão que pronuncie, com os efeitos do § 31 II, a incompatibilidade de uma lei com a *Grundgesetz* ou com outro direito federal, permanece reservada ao Senado.

(2) Ao processo aplicam-se o § 94 II e III e o § 95 I e II.

§ 93d

(1) ¹A decisão é prolatada sem audiência conforme os §93b e § 93c. ²Ela é inimpugnável. ³A recusa da admissão da reclamação constitucional não carece de fundamentação.

(2) Enquanto e na medida em que o Senado não tiver decidido sobre a aceitação de uma Reclamação Constitucional, pode a Câmara dispor sobre todas as decisões relativas ao processo da Reclamação Constitucional. ²Uma medida cautelar por meio da qual a aplicação de uma lei seja parcial ou totalmente suspensa pode ser dada apenas pelo Senado; o § 32 VII permanece intocado. ³O Senado decide também nos casos do § 32 III.

(3) ¹As decisões das câmaras são proferidas por decisão (*Beschluss*) unânime. ²Dar-se-á a aceitação pelo Senado se pelo menos três juízes concordarem com ela.

§ 94

(1) O Tribunal Constitucional Federal dará aos órgãos constitucionais da União ou dos Estados-membros, cuja ação ou omissão for argüida na Reclamação Constitucional, a oportunidade de se manifestarem dentro de um determinado prazo.

(2) Se a ação ou omissão for praticada por um Ministro ou por um agente público da União ou dos Estados-membros, será dada ao Ministro responsável oportunidade para a manifestação.

(3) Se a Reclamação Constitucional se dirigir contra uma decisão judicial, o Tribunal Constitucional Federal dará oportunidade de manifestação àquele que for beneficiado pela decisão.

(4) Se a Reclamação Constitucional se dirigir indireta ou diretamente contra uma lei, deve ser correspondentemente aplicado o § 77.

(5) ¹Os órgãos constitucionais indicados nos parágrafo I, II e IV [§ 94 I, II e IV BVerfGG] podem participar do processo. ²O Tribunal Constitucional Federal pode prescindir do debate oral quando dele não for esperado nenhum suporte ao processo e os órgãos constitucionais titulares do direito à manifestação que participem do processo dele desistirem.

§ 95

(1) ¹Se a Reclamação Constitucional for acolhida, deve então a decisão declarar qual dispositivo da *Grundgesetz* foi violado e por meio de qual ação ou omissão isso se deu. ²O Tribunal Constitucional Federal pode, ao mesmo tempo, declarar que qualquer repetição da medida em questão também violará a *Grundgesetz*.

(2) Se a Reclamação Constitucional contra uma decisão for acolhida, revogará o Tribunal Constitucional Federal tal decisão, devolvendo, nos casos do § 90 II 1, a matéria ao tribunal competente.

(3) ¹Se a Reclamação Constitucional contra uma lei for acolhida, a lei deverá ser declarada nula. ²O mesmo vale quando a Reclamação Constitucional, segundo o parágrafo II [§ 95 II BVerfGG], for acolhida porque a decisão atacada se baseia numa lei inconstitucional. ³O dispositivo do § 79 vale *mutatis mutandis*.

(...).

II.

Quadro Sinótico das Decisões Apresentadas

1. ORDEM DE ASSUNTOS E APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
1.	BVerfGE 11, 126	Nachkonstitutioneller Bestätigungswille	Interpretação	Ctrl. concreto	17/05/60
2.	BVerfGE 8, 28	Besoldungsrecht	Interpretação / Art. 3 GG	Ctrl. concreto	11/06/58
3.	BVerfGE 40, 88	Führerschein	Interpretação	RCDJ	10/06/75
4.	BVerfGE 18, 85	Spezifisches Verfassungsrecht	D. C. Específico	RCDJ	10/06/64
5.	BVerfGE 43, 130	Flugblatt	D. C. Específico	RCDJ	07/12/76
6.	BVerfGE 1, 14	Südweststaat	Inconst. de normas	Ctrl. abstrato / Contencioso Federativo	23/10/51
7.	BVerfGE 21, 12	Allphasenumsatzsteuer	Inconst. de normas	RCAN/RCDJ	20/12/66
8.	BVerfGE 50, 290	Mitbestimmungsgesetz	Const. econômica da GG / Art. 9 III GG	RCAN/RCDJ Ctrl. concreto	01/03/79
9.	BVerfGE 33, 1	Strafgefangene	rel. especial de sujeição	RCDJ	14/03/72
10.	BVerfGE 21, 362	Sozialversicherungsträger	Art. 19 III	RCDJ	02/05/67
11.	BVerfGE 31, 314	2. Rundfunkentscheidung	Art. 19 III	Ctrl. abstrato/ RCAN	27/07/71

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
12.	BVerfGE 30, 1	Abhörurteil	Art. 1 I / Art. 10 / Art. 79 III GG	Ctrl. abstrato/ RCAN	15/12/70
13.	BVerfGE 45, 187	Lebenslange Freiheitsstrafe	Art. 1 I	Ctrl. concreto	21/06/77
14.	BVerfGE 6, 32	Elfes	Art. 2 I	RCDJ	16/01/57
15.	BVerfGE 34, 238	Tonband	Art. 2 I	RCDJ	31/01/73
16.	BVerfGE 99, 185	Scientology	Art. 2 I	RCDJ	10/11/98
17.	BVerfGE 96, 56	Vaterschaftsauskunft	Art. 2 I	RCDJ	06/05/97
18.	BVerfGE 27, 1	Mikrozensus	Art. 2 I	Ctrl. concreto	16/07/69
19.	BVerfGE 80, 137	Reiten im Walde	Art. 2 I	RCDJ/ RCAN	06/06/89
20.	BVerfGE 65, 1	Volkszählung	Art. 2 I	RCAN	15/12/83
21.	BVerfGE 38, 281	Arbeitnehmerkammern	Art. 2 I	RCDJ/RCAN	18/12/74
22.	BVerfGE 90, 145	Cannabis	Art. 2 I	Ctrl. concreto RCDJ	09/03/94
23.	BVerfGE 39, 1	Schwangerschaftsabbruch I	Art. 2 II	Ctrl. abstrato	25/02/75
24.	BVerfGE 88, 203	Schwangerschaftsabbruch II	Art. 2 II	Ctrl. abstrato	28/05/93
25.	BVerfGE 16, 194	Liquorentnahme	Art. 2 II	RCDJ	10/06/63
26.	BVerfGE 52, 214	Vollstreckungsschutz	Art. 2 II	RCDJ	03/10/79
27.	BVerfGE 53, 30	Mülheim-Kärlich	Art. 2 II	RCDJ	20/12/79
28.	BVerfGE 77, 170	Lagerung chemischer Waffen	Art. 2 II	RCAN	29/10/87
29.	BVerfGE 19, 342	Wencker	Art. 2 II	RCDJ	15/12/65
30.	BVerfGE 20, 45	Kommando 1005	Art. 2 II	RCDJ	03/05/66
31.	BVerfGE 26, 302	Einkommensteuergesetz	Art. 3 I	Ctrl. concreto	09/07/69
32.	BVerfGE 10, 234	Platow-Amnestie	Art. 3 I	Ctrl. concreto	15/12/59
33.	BVerfGE 9, 338	Hebammenaltersgrenze	Art. 3 I	RCDJ	16/06/59
34.	BVerfGE 39, 196	Beamtenpension	Art. 3 II	Ctrl. concreto	12/03/75
35.	BVerfGE 48, 327	Familiennamen	Art. 3 II	RCAN	31/05/78
36.	BVerfGE 84, 9	Ehenamen	Art. 3 II	Ctrl. concreto	05/03/91
37.	BVerfGE 52, 369	Hausarbeitstag	Art. 3 II	RCAN/RCDJ	13/11/79
38.	BVerfGE 39, 334	Extremistenbeschluss	Art. 3 III	Ctrl. concreto	22/05/75
39.	BVerfGE 8, 28	Besoldungsrecht	Art. 3 (vantagem inconstitucional)	Ctrl. concreto	11/06/58
40.	BVerfGE 32, 98	Gesundbeter	Art. 4	RCDJ	19/10/71

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
41.	BVerfGE 24, 236	Aktion Rumpelkammer	Art. 4	RCDJ	16/10/68
42.	BVerfGE 33, 23	Eidesverweigerung aus Glaubensgründen	Art. 4	RCDJ	11/04/72
43.	BVerfGE 93, 1	Kruzifix	Art. 4	RCDJ/RCAN	16/05/95
44.	BVerfGE 7, 198	Lüth-Urteil	Art. 5 I 1, 1. HbS.	RCDJ	15/01/58
45.	BVerfGE 12, 113	Schmid-Spiegel	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	25/01/61
46.	BVerfGE 25, 256	Blinkfuer	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	26/02/69
47.	BVerfGE 44, 197	Solidaritätsadresse	Art. 5 I	RCDJ	02/03/77
48.	BVerfGE 93, 266	“Soldaten sind Mörder”	Art. 5 I 1, 1. HbS.	RCDJ	10/10/95
49.	BVerfGE 90, 27	Parabolantenne	Art. 5 I 1, 2. HbS.	RCDJ	09/02/94
50.	BVerfGE 20, 162	Spiegel-Urteil	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	05/08/66
51.	BVerfGE 102, 347	Benetton / Schockwebung	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	12/12/00
52.	BVerfGE 52, 283	Tendenzbetrieb	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	06/11/79
53.	BVerfGE 12, 205	1. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. abstrato / Contencioso federativo	28/02/61
54.	BVerfGE 57, 295	3. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. concreto	16/06/81
55.	BVerfGE 73, 118	4. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. abstrato	04/11/86
56.	BVerfGE 35, 202	Lebach	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	RCDJ	05/06/73
57.	BVerfGE 30, 173	Mephisto	Art. 5 III	RCDJ	24/02/71
58.	BVerfGE 6, 55	Steuersplitting	Art. 6	Ctrl. concreto	17/01/57
59.	BVerfGE 47, 46	Sexualkundeunterricht	Art. 6	Ctrl. concreto/ RCDJ	21/12/77
60.	BVerfGE 52, 223	Schulgebet	Art. 7	RCAN/RCDJ	16/10/79
61.	BVerfGE 69, 315	Brokdorf	Art. 8 I	RCDJ	14/05/85
62.	BVerfGE 92, 1	Sitzblockaden II	Art. 8 I	RCDJ	10/01/95
63.	BVerfGE 85, 69	Eilversammlung	Art. 8 I	RCDJ	26/10/91
64.	BVerfGE 19, 303	Dortmunder Hauptbahnhof	Art. 9 III	RCDJ	30/11/65
65.	BVerfGE 42, 133	Wahlwerbung	Art. 9 III	RCDJ	28/04/76
66.	BVerfGE 28, 295	Mitgliederwerbung I	Art. 9 III	RCDJ	26/05/70
67.	BVerfGE 50, 290	Mitbestimmungsgesetz	Art. 9 III	RCAN/RCDJ/ Ctrl. concreto	01/03/79
68.	BVerfGE 84, 212	Aussperrung	Art. 9 III	RCDJ	26/06/91
69.	BVerfGE 92, 365	Kurzarbeitergeld	Art. 9 III	Ctrl. abstrato / RCAN	04/04/95

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
70.	BVerfGE 7, 377	Apothekenurteil	Art. 12 I	RCAN	11/06/58
71.	BVerfGE 41, 378	Rechtsberatungsgesetz	Art. 12 I	RCDJ	25/02/76
72.	BVerfGE 39, 210	Mühlenstrukturgesetz	Art. 12 I	Ctrl. concreto	19/03/75
73.	BVerfGE 11, 30	Kassenarzt-Urteil	Art. 12 I	RCAN	26/03/60
74.	BVerfGE 13, 97	Handwerksordnung	Art. 12 I	Ctrl. concreto	17/07/61
75.	BVerfGE 19, 330	Sachkundennachweis	Art. 12 I	Ctrl. concreto	14/12/65
76.	BVerfGE 86, 28	Sachverständigenbestellung	Art. 12 I	RCDJ	25/03/92
77.	BVerfGE 53, 135	Puffreisschokolade	Art. 12 I	RCDJ	16/01/80
78.	BVerfGE 95, 173	Tabakwarnhinweise	Art. 12 I	RCAN	22/01/97
79.	BVerfGE 33, 303	Numerus Clausus	Art. 12 I	Ctrl. concreto	18/07/72
80.	BVerfGE 98, 169	Häftlingsarbeit	Art. 12 I	RCDJ/RCAN/ Ctrl. concreto	11/03/98
81.	BVerfGE 32, 54	Betriebsbetretungsrecht	Art. 13 I	RCAN	13/10/71
82.	BVerfGE 51, 97	Zwangsvollstreckung I	Art. 13 I	RCDJ	03/04/79
83.	BVerfGE 109, 279	Lauschangriff	Art. 13 I / Art. 79 III	RCAN	03/03/04
84.	BVerfGE 38, 348	Zweckentfremdung von Wohnraum	Art. 14 I	Ctrl. concreto	04/02/75
85.	BVerfGE 14, 263	Feldmühle-Urteil	Art. 14 I	Ctrl. concreto	07/08/62
86.	BVerfGE 21, 73	Grundstückverkehrsgesetz	Art. 14 I	RCDJ	12/01/67
87.	BVerfGE 25, 112	Niedersächsisches Gesetz	Art. 14 I	Ctrl. concreto	15/01/69
88.	BVerfGE 31, 229	Schulbuchprivileg	Art. 14 I	RCAN	07/07/71
89.	BVerfGE 46, 325	Zwangsversteigerung	Art. 14 I	RCDJ	07/12/77
90.	BVerfGE 52, 1	Kleingarten	Art. 14 I	Ctrl. concreto	12/06/79
91.	BVerfGE 58, 300	Nassauskiesung	Art. 14 I	Ctrl. concreto	15/07/81
92.	BVerfGE 68, 361	Eigenbedarf I	Art. 14 I	RCDJ	08/01/85
93.	BVerfGE 100, 226	Denkmalschutz	Art. 14 I	Ctrl. concreto	02/03/99
94.	BVerfGE 93, 121	Einheitswerte II	Art. 14 I	Ctrl. concreto	22/06/95
95.	BVerfGE 74, 51	Nachfluchtatbestände	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	26/11/86
96.	BVerfGE 80, 315	Tamilen	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	10/07/89
97.	BVerfGE 81, 142	terroristische Betätigung im Exil	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	20/12/89
98.	BVerfGE 94, 49	Sichere Drittstaaten	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	14/05/96
99.	BVerfGE 10, 264	Vorschuss für Gerichtskosten	Art. 19 IV	Ctrl. concreto	12/01/60

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
100.	BVerfGE 24, 33	AKU-Urteil	Art. 19 IV	RCAN	25/06/68
101.	BVerfGE 35, 382	Ausländerausweisung	Art. 19 IV	RCDJ	18/07/73
102.	BVerfGE 37, 150	Sofortiger Strafvollzug	Art. 19 IV	24/04/74	
103.	BVerfGE 84, 34	Gerichtliche Prüfungskontrolle	Art. 19 IV	RCDJ	17/04/91
104.	BVerfGE 12, 205	1. Rundfunkentscheidung	Art. 20 (Estado Federal)	Ctrl. abstrato	28/02/61
105.	BVerfGE 40, 121	Waisenrente II	Art. 20 (Estado Social)	Ctrl. concreto	18/06/75
106.	BVerfGE 59, 231	Freie Mitarbeiter	Art. 20 (Estado Social)	RCDJ	13/01/82
107.	BVerfGE 100, 271	Lohnabstandsklausel	Art. 20 (Estado Social)	RCAN	27/04/99
108.	BVerfGE 44, 125	Öffentlichkeitsarbeit	Art. 20 (democracia)	Contencioso entre órgãos estatais	02/03/77
109.	BVerfGE 8, 274	Preisgesetz	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	12.11/58
110.	BVerfGE 9, 137	Einfuhrgenehmigung	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	03/02/59
111.	BVerfGE 17, 306	Mitfahrzentrale	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	07/04/64
112.	BVerfGE 48, 210	Ausländische Einkünfte	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	19/04/78
113.	BVerfGE 49, 89	Kalkar I	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	08/08/78
114.	BVerfGE 34, 269	Soraya	Art. 20 (Estado de direito II)	RCDJ	17/02/73
115.	BVerfGE 30, 367	Bundesentschädigungsgesetz	Art. 20 (Estado de direito III)	RCAN/RCDJ/ Ctrl concreto	23/03/71
116.	BVerfGE 8, 1	Teuerungszulage	Art. 33 V	RCAN	11/06/58
117.	BVerfGE 44, 249	Alimentationsprinzip	Art. 33 V	RCAN	30/03/77
118.	BVerfGE 39, 334	Extremistenbeschluss	Art. 33 V	Ctrl. concreto	22/05/75
119.	BVerfGE 1, 184	Normenkontrolle I	Art. 100 I	Ctrl. concreto	20/03/52
120.	BVerfGE 2, 124	Normenkontrolle II	Art. 100 I	Ctrl. concreto	24/02/53
121.	BVerfGE 4, 412	Gesetzlicher Richter	Art. 101	RCDJ	20/03/56
122.	BVerfGE 42, 237	Vorlagepflicht	Art. 101	RCDJ	29/06/76
123.	BVerfGE 18, 112	Auslieferung I	Art. 102	RCDJ	30/06/64
124.	BVerfGE 9, 89	Gehör bei Haftbefehl	Art. 103	RCDJ	08/01/59
125.	BVerfGE 41, 246	Baader-Meinhof	Art. 103	RCDJ	21/01/76

Nº.	Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
126.	BVerfGE 25, 158	Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen	Art. 103	RCDJ	21/01/69
127.	BVerfGE 14, 174	Gesetzgebundenheit im Strafrecht	Art. 103	RCDJ	03/07/62
128.	BVerfGE 32, 346	Strafbestimmungen in Gemeindegesetzen	Art. 103	Ctrl. concreto	23/02/72
129.	BVerfGE 26, 41	Grober Unfug	Art. 103	RCDJ	14/05/69
130.	BVerfGE 25, 269	Verfolgungsverjährung	Art. 103	Ctrl. concreto	26/02/69
131.	BVerfGE 23, 191	Dienstflucht	Art. 104	RCDJ	07/03/68
132.	BVerfGE 10, 302	Vormundschaft	Art. 104	RCDJ	10/02/60

2. ORDEM CRONOLÓGICA

Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
BVerfGE 1, 14 federativo	Südweststaat 23/10/51	Inconst. de normas	Ctrl. abstrato / Contencioso	
BVerfGE 1, 184	Normenkontrolle I	Art. 100 I	Ctrl. concreto	20/03/52
BVerfGE 2, 124	Normenkontrolle II	Art. 100 I	Ctrl. concreto	24/02/53
BVerfGE 4, 412	Gesetzlicher Richter	Art. 101	RCDJ	20/03/56
BVerfGE 6, 32	Elfes	Art. 2 I	RCDJ	16/01/57
BVerfGE 6, 55	Steuersplitting	Art. 6	Ctrl. concreto	17/01/57
BVerfGE 7, 198	Lüth-Urteil	Art. 5 I 1, 1. HbS.	RCDJ	15/01/58
BVerfGE 7, 377	Apothekenurteil	Art. 12 I	RCAN	11/06/58
BVerfGE 8, 1	Teuerungszulage	Art. 33 V	RCAN	11/06/58
BVerfGE 8, 28	Besoldungsrecht	Interpretação / Art. 3 GG	Ctrl. concreto	11/06/58
BVerfGE 8, 28	Besoldungsrecht	Art. 3 (vantagem inconstitucional)	Ctrl. concreto	11/06/58
BVerfGE 8, 274	Preisgesetz	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	12/11/58
BVerfGE 9, 89	Gehör bei Haftbefehl	Art. 103	RCDJ	08/01/59
BVerfGE 9, 137	Einfuhrgenehmigung	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	03/02/59
BVerfGE 9, 338	Hebammenaltersgrenze	Art. 3 I	RCDJ	16/06/59
BVerfGE 10, 234	Platow-Amnestie	Art. 3 I	Ctrl. concreto	15/12/59
BVerfGE 10, 264	Vorschuss für Gerichtskosten	Art. 19 IV	Ctrl. concreto	12/01/60

Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
BVerfGE 10, 302	Vormundschaft	Art. 104	RCDJ	10/02/60
BVerfGE 11, 30	Kassenarzt-Urteil	Art. 12 I	RCAN	26/03/60
BVerfGE 11, 126	Nachkonstitutioneller Bestätigungswille	Interpretação	Ctrl. concreto	17/05/60
BVerfGE 12, 113	Schmid-Spiegel	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	25/01/61
BVerfGE 12, 205	1. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. Abstrato / lide entre União e Estados	28/02/61
BVerfGE 12, 205	1. Rundfunkentscheidung	Art. 20 (Estado Federal)	Ctrl. abstrato	28/02/61
BVerfGE 13, 97	Handwerksordnung	Art. 12 I	Ctrl. concreto	17/07/61
BVerfGE 14, 174	Gesetzgebundenheit im Strafrecht	Art. 103	RCDJ	03/07/62
BVerfGE 14, 263	Feldmühle-Urteil	Art. 14 I	Ctrl. concreto	07/08/62
BVerfGE 16, 194	Liquorentnahme	Art. 2 II	RCDJ	10/06/63
BVerfGE 17, 306	Mitfahrzentrale	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	07/04/64
BVerfGE 18, 85	Spezifisches Verfassungsrecht	D. C. Especifico	RCDJ	10/06/64
BVerfGE 18, 112	Auslieferung I	Art. 102	RCDJ	30/06/64
BVerfGE 19, 303	Dortmunder Hauptbahnhof	Art. 9 III	RCDJ	30/11/65
BVerfGE 19, 330	Sachkundennachweis	Art. 12 I	Ctrl. concreto	14/12/65
BVerfGE 19, 342	Wencker	Art. 2 II	RCDJ	15/12/65
BVerfGE 20, 45	Kommando 1005	Art. 2 II	RCDJ	03/05/66
BVerfGE 20, 162	Spiegel-Urteil	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	05/08/66
BVerfGE 21, 12	Allphasenumsatzsteuer	Inconst. de normas	RCAN/RCDJ	20/12/66
BVerfGE 21, 73	Grundstücksverkehrsgesetz	Art. 14 I	RCDJ	12/01/67
BVerfGE 21, 362	Sozialversicherungsträger	Art. 19 III	RCDJ	02/05/67
BVerfGE 23, 191	Dienstflucht	Art. 104	RCDJ	07/03/68
BVerfGE 24, 33	AKU-Urteil	Art. 19 IV	RCAN	25/06/68
BVerfGE 24, 236	Aktion Rumpelkammer	Art. 4	RCDJ	16/10/68
BVerfGE 25, 112	Niedersächsisches Gesetz	Art. 14 I	Ctrl. concreto	15/01/69
BVerfGE 25, 158	Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen	Art. 103	RCDJ	21/01/69
BVerfGE 25, 256	Blinkfuer	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	26/02/69
BVerfGE 25, 269	Verfolgungsverjährung	Art. 103	Ctrl. concreto	26/02/69

Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
BVerfGE 26, 41	Grober Unfug	Art. 103	RCDJ	14/05/69
BVerfGE 26, 302	Einkommensteuergesetz	Art. 3 I	Ctrl. concreto	09/07/69
BVerfGE 27, 1	Mikrozensus	Art. 2 I	Ctrl. concreto	16/07/69
BVerfGE 28, 295	Mitgliederwerbung I	Art. 9 III	RCDJ	26/05/70
BVerfGE 30, 1	Abhörurteil	Art. 1 I / Art. 10 / Art. 79 III GG	Ctrl. abstrato/ RCAN	15/12/70
BVerfGE 30, 173	Mephisto	Art. 5 III	RCDJ	24/02/71
BVerfGE 30, 367	Bundesentschädigungsgesetz	Art. 20 (Estado de direito III)	RCAN/RCDJ/ Ctrl concreto	23/03/71
BVerfGE 31, 229	Schulbuchprivileg	Art. 14 I	RCAN	07/07/71
BVerfGE 31, 314	2. Rundfunkentscheidung	Art. 19 III	Ctrl. abstrato/ RCAN	27/07/71
BVerfGE 32, 54	Betriebsbetretungsrecht	Art. 13 I	RCAN	13/10/71
BVerfGE 32, 98	Gesundbeter	Art. 4	RCDJ	19/10/71
BVerfGE 32, 346	Strafbestimmungen in Gemeindecapzungen	Art. 103	Ctrl. concreto	23/02/72
BVerfGE 33, 1	Strafgefängene	rel. especial de sujeição	RCDJ	14/03/72
BVerfGE 33, 23	Eidesverweigerung aus Glaubensgründen	Art. 4	RCDJ	11/04/72
BVerfGE 33, 303	Numerus Clausus	Art. 12 I	Ctrl. concreto	18/07/72
BVerfGE 34, 238	Tonband	Art. 2 I	RCDJ	31/01/73
BVerfGE 34, 269	Soraya	Art. 20 (Estado de direito II)	RCDJ	17/02/73
BVerfGE 35, 202	Lebach	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	RCDJ	05/06/73
BVerfGE 35, 382	Ausländerausweisung	Art. 19 IV	RCDJ	18/07/73
BVerfGE 37, 150	Sofortiger Strafvollzug	Art. 19 IV	24/04/74	
BVerfGE 38, 281	Arbeitnehmerkammern	Art. 2 I	RCDJ/RCAN	18/12/74
BVerfGE 38, 348	Zweckentfremdung von Wohnraum	Art. 14 I	Ctrl. concreto	04/02/75
BVerfGE 39, 1	Schwangerschaftsabbruch I	Art. 2 II	Ctrl. abstrato	25/02/75
BVerfGE 39, 196	Beamtenpension	Art. 3 II	Ctrl. concreto	12/03/75
BVerfGE 39, 210	Mühlenstrukturgesetz	Art. 12 I	Ctrl. concreto	19/03/75
BVerfGE 39, 334	Extremistenbeschluss	Art. 3 III	Ctrl. concreto	22/05/75
BVerfGE 39, 334	Extremistenbeschluss	Art. 33 V	Ctrl. concreto	22/05/75
BVerfGE 40, 88	Führerschein	Interpretação	RCDJ	10/06/75
BVerfGE 40, 121	Waisenrente II	Art. 20 (Estado Social)	Ctrl. concreto	18/06/75
BVerfGE 41, 246	Baader-Meinhof	Art. 103	RCDJ	21/01/76
BVerfGE 41, 378	Rechtsberatungsgesetz	Art. 12 I	RCDJ	25/02/76

Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
BVerfGE 42, 133	Wahlwerbung	Art. 9 III	RCDJ	28/04/76
BVerfGE 42, 237	Vorlagepflicht	Art. 101	RCDJ	29/06/76
BVerfGE 43, 130	Flugblatt	D. C. Específico	RCDJ	07/12/76
BVerfGE 44, 125	Öffentlichkeitsarbeit	Art. 20 (democracia)	Contencioso entre órgãos estatais	02/03/77
BVerfGE 44, 197	Solidaritätsadresse	Art. 5 I	RCDJ	02/03/77
BVerfGE 44, 249	Alimentationsprinzip	Art. 33 V	RCAN	30/03/77
BVerfGE 45, 187	Lebenslange Freiheitsstrafe	Art. 1 I	Ctrl. concreto	21/06/77
BVerfGE 46, 325	Zwangsvorsteigerung	Art. 14 I	RCDJ	07/12/77
BVerfGE 47, 46	Sexualkundeunterricht	Art. 6	Ctrl. concreto/ RCDJ	21/12/77
BVerfGE 48, 210	Ausländische Einkünfte	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	19/04/78
BVerfGE 48, 327	Familiennamen	Art. 3 II	RCAN	31/05/78
BVerfGE 49, 89	Kalkar I	Art. 20 (Estado de direito I)	Ctrl. concreto	08/08/78
BVerfGE 50, 290	Mitbestimmungsgesetz	Const. econômica da GG / Art. 9 III GG	RCAN/RCDJ/ Ctrl. concreto	01/03/79
BVerfGE 50, 290	Mitbestimmungsgesetz	Art. 9 III	RCAN/RCDJ/ Ctrl. concreto	01/03/79
BVerfGE 51, 97	Zwangsvollstreckung I	Art. 13 I	RCDJ	03/04/79
BVerfGE 52, 1	Kleingarten	Art. 14 I	Ctrl. concreto	12/06/79
BVerfGE 52, 214	Vollstreckungsschutz	Art. 2 II	RCDJ	03/10/79
BVerfGE 52, 223	Schulgebet	Art. 7	RCAN/RCDJ	16/10/79
BVerfGE 52, 283	Tendenzbetrieb	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	06/11/79
BVerfGE 52, 369	Hausarbeitstag	Art. 3 II	RCAN/RCDJ	13/11/79
BVerfGE 53, 30	Mülheim-Kärlich	Art. 2 II	RCDJ	20/12/79
BVerfGE 53, 135	Puffreisschokolade	Art. 12 I	RCDJ	16/01/80
BVerfGE 57, 295	3. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. concreto	16/06/81
BVerfGE 58, 300	Nassauskiesung	Art. 14 I	Ctrl. concreto	15/07/81
BVerfGE 59, 231	Freie Mitarbeiter	Art. 20 (Estado Social)	RCDJ	13/01/82
BVerfGE 65, 1	Volkszählung	Art. 2 I	RCAN	15/12/83
BVerfGE 68, 361	Eigenbedarf I	Art. 14 I	RCDJ	08/01/85
BVerfGE 69, 315	Brokdorf	Art. 8 I	RCDJ	14/05/85
BVerfGE 73, 118	4. Rundfunkentscheidung	Art. 5 I, 2, 2. Alt.	Ctrl. abstrato	04/11/86
BVerfGE 74, 51	Nachfluchtatbestände	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	26/11/86
BVerfGE 77, 170	Lagerung chemischer Waffen	Art. 2 II	RCAN	29/10/87

Decisão	Nome	Assunto ou norma aplicada (parâmetro do exame)	Tipo de Processo /	Data
BVerfGE 80, 137	Reiten im Walde	Art. 2 I	RCDJ/ RCAN	06/06/89
BVerfGE 80, 315	Tamilen	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	10/07/89
BVerfGE 81, 142	Terroristische Betätigung im Exil	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	20/12/89
BVerfGE 84, 9	Ehenamen	Art. 3 II	Ctrl. concreto	05/03/91
BVerfGE 84, 34	Gerichtliche Prüfungskontrolle	Art. 19 IV	RCDJ	17/04/91
BVerfGE 84, 212	Aussperrung	Art. 9 III	RCDJ	26/06/91
BVerfGE 85, 69	Eilversammlung	Art. 8 I	RCDJ	26/10/91
BVerfGE 86, 28	Sachverständigenbestellung	Art. 12 I	RCDJ	25/03/92
BVerfGE 88, 203	Schwangerschaftsabbruch II	Art. 2 II	Ctrl. abstrato	28/05/93
BVerfGE 90, 27	Parabolantenne	Art. 5 I 1, 2. HbS.	RCDJ	09/02/94
BVerfGE 90, 145	Cannabis	Art. 2 I	Ctrl. concreto RCDJ	09/03/94
BVerfGE 92, 1	Sitzblockaden II	Art. 8 I	RCDJ	10/01/95
BVerfGE 92, 365	Kurzarbeitergeld	Art. 9 III	Ctrl. abstrato / RCAN	04/04/95
BVerfGE 93, 1	Kruzifix	Art. 4	RCDJ/RCAN	16/05/95
BVerfGE 93, 121	Einheitswerte II	Art. 14 I	Ctrl. concreto	22/06/95
BVerfGE 93, 266	“Soldaten sind Mörder”	Art. 5 I 1, 1. HbS.	RCDJ	10/10/95
BVerfGE 94, 49	Sichere Drittstaaten	Art. 16 / 16 ^a	RCDJ	14/05/96
BVerfGE 95, 173	Tabakwarnhinweise	Art. 12 I	RCAN	22/01/97
BVerfGE 96, 56	Vaterschaftsauskunft	Art. 2 I	RCDJ	06/05/97
BVerfGE 98, 169	Häftlingsarbeit	Art. 12 I	RCDJ/RCAN/ Ctrl. concreto	11/03/98
BVerfGE 99, 185	Scientology	Art. 2 I	RCDJ	10/11/98
BVerfGE 100, 226	Denkmalschutz	Art. 14 I	Ctrl. concreto	02/03/99
BVerfGE 100, 271	Lohnabstandsklausel	Art. 20 (Estado Social)	RCAN	27/04/99
BVerfGE 102, 347	Benetton / Schockwebung	Art. 5 I 2, 1. Alt.	RCDJ	12/12/00
BVerfGE 109, 279	Lauschangriff	Art. 13 I / Art. 79 III	RCAN	03/03/04

III.

Index Remissivo Conceitual

A

ABORTO 39, 47, 48, 84, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 255, 276, 277, 279

ASILO, direito de 41, 91, 781, 783, 784, 785, 786, 792, 793, 797, 959, 960

ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL 20, 27, 73, 90, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 570, 571, 572, 573, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 584, 585, 586, 831, 832, 834, 835

ASSOCIAÇÃO SINDICAL 558, 564, 583

C

CANABIS 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 263

CENSO 215, 216, 2233, 234, 242

CO-GESTÃO 156, 466, 467, 470, 475, 568

CONCEITO DE PESSOA HUMANA (*Menschenbild*) 491

CRUCIFIXO 366, 367, 368

D

DESAPROPRIAÇÃO 752, 763

DESAPROPRIAÇÃO 93, 719, 721, 729, 730, 750, 753, 753, 759, 761, 763, 773, 776, 777, 779, 803

DEVER ESTATAL DE TUTELA (Schutzpflicht) 80, 83, 86, 86, 87, 248, 254, 266, 290

DIGNIDADE HUMANA 93, 159, 165, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 194, 197, 204, 216, 217, 219, 228, 233, 235, 266, 269, 270, 272, 274, 275, 352, 353, 354, 362, 423, 424, 452, 458, 459, 460, 492, 496, 499, 669, 686, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 702, 717, 796, 797

DIREITO À PRESTAÇÃO 91, 380

DIREITO À VIDA 61, 86, 90, 93, 169, 187, 265, 266, 271, 274, 275, 289

DIREITO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICO 66, 67, 94, 106, 136, 141, 142, 143, 144, 146, 286, 383

DIREITO DE PROPRIEDADE 155, 427, 601, 655, 720, 721, 752, 753, 760, 762, 763, 767, 768, 769, 960

DIREITO DE RESISTÊNCIA

(*Abwehrrecht*) 659

DIREITO FUNDAMENTAL SUBSIDIÁRIO

(*Auffanggrundrecht*) 231

DIREITOS FUNDAMENTAIS 41, 44, 45, 51,
60, 61, 193, 194, 202, 203, 204, 205,
209, 210, 211, 212, 213, 219, 224, 225,
227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 236,
238, 239, 245, 249, 496, 498, 499, 485,
504, 506, 510, 511, 513, 514, 524, 533,
539, 540, 554, 565, 569, 576, 577, 580,
581, 599, 604, 607, 611, 612, 614, 615,
616, 637, 646, 650, 651, 652, 660, 661,
663, 666, 667, 676, 681, 683, 690, 691,
694, 700, 701, 705, 707, 711, 715, 716,
717, 720, 721, 731, 758, 765, 790, 794,
796, 801, 805, 807, 815

DISCRICIONARIEDADE 92

E

ELEIÇÕES 530, 558, 562, 563, 564, 566,
567, 837, 838, 839, 840, 841, 845, 960

EMENTAS (*Leitsätze*) 94, 106, 183

ESTRANGEIROS 41, 61, 78, 428, 429, 435,
436, 706, 786, 805, 806, 807, 808, 809,
908, 910

EXIGIBILIDADE 93, 249, 250, 271, 617,
652, 655, 679, 682, 776

EXTRADIÇÃO 90, 781, 805, 806, 807, 808,
809, 810, 811

F

FAMÍLIA, nome de 501, 502, 503, 504, 507,
700, 716, 725

FARMÁCIAS 594, 597, 598, 599, 600, 601,
615

I

IGUALDADE DE CHANCES E CONDIÇÕES
95, 87, 815, 816

INTERPRETAÇÃO CONFORME A

CONSTITUIÇÃO 47, 52, 58, 82, 102,
104, 105, 536, 542, 554, 585, 640,
726, 727

INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO 61, 93

J

JUIZ NATURAL 50

JURAMENTO 600, 639, 640

JUSTIÇA PENAL 696, 697, 715

L

LIBERDADE DE RADIODIFUSÃO 87

LIBERDADE PROFISSIONAL 61, 86, 88, 593,
601, 606, 609, 622, 626, 629, 637, 640,
641, 642, 650, 661, 676, 885, 957

N

NUMERUS CLAUSUS 483, 656, 657, 658,
659, 662, 665, 666, 980, 984

P

PARIDADE DE ARMAS OU IGUALDADE DE
CHANCES E CONDIÇÕES 85

PODER DISCRICIONÁRIO 65, 88, 94, 104,
212, 214, 246, 346, 806, 849

- PODER DISCRICIONÁRIO LEGISLATIVO 104, 159, 618
- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 88, 93, 197, 224, 226, 235, 239, 240, 247, 249, 250, 256, 271, 276, 285, 287, 295, 296, 298, 410, 446, 488, 524, 533, 537, 538, 596, 610, 617, 626, 630, 636, 640, 645, 652, 666, 691, 692, 697, 700, 703, 709, 715, 716, 717, 725, 741, 756, 770, 774, 777, 778, 808
- PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO (*Rechtsstaatlichkeit*) 282
- PRISÃO PREVENTIVA 293, 294, 295, 296, 297, 298, 913, 916
- PROIBIÇÃO DE DEFEITO 112
- PROIBIÇÃO DE EXCESSO 112, 249, 250, 253, 254, 256, 285, 725
- PROTEÇÃO DA CONFIANÇA JURÍDICA (*Vertrauensschutz*) 224
- R**
- RECURSO DE REVISÃO 145, 396, 415, 461, 547, 576, 788, 790, 870, 902
- RECUSA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR 47
- RESERVA LEGAL 88, 89, 93, 98, 179, 193, 194, 224, 250, 362, 364, 478, 483, 498, 510, 532, 534, 540, 544, 548, 580, 604, 642, 666, 689, 721, 831, 835, 932
- RESERVA LEGAL QUALIFICADA 93
- RESERVA SIMPLES 532
- S**
- SALÁRIOS 559, 582, 585, 587, 667, 835
- SERVIÇO MILITAR 47, 91, 161, 349, 409, 410, 412, 413, 415, 416, 417, 657, 941, 943, 944, 954
- T**
- TELEVISÃO 61, 87, 173, 174, 401, 402, 403, 409, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 434, 436, 437, 471, 484, 486, 487, 488, 490, 491, 492, 822, 823
- TRABALHO FORÇADO 668, 672
- TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO 899, 905, 966

IV

Bibliografia

- BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*. 2a. ed. Heidelberg: Müller, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Verfassungsgerichtsbarkeit – Strukturfragen, Organisation, Legitimation". *NJW* 1991, p. 9 – 17.
- _____. "Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik". *Der Staat* 29 (1990), p. 1 – 31.
- BRUGGER, Winfried. "A Constitutional Duty to Outlaw Abortion? A comparative Analysis of the American and German Abortion Decisions" *JöR N.F.* 36 (1987)
- BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos 1998
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot 1992
- DREIER, Horst, in: Horst Dreier (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. 2^a ed. Tomo I (Art. 1 – 19). Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- _____. *Dimensionen der Grundrechte – Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. Hannover: Hennes und Zinkreisen, 1993
- FLEURY, Roland. *Verfassungsprozessrecht*. 6^a 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.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung – Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2ª edição, Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- IPSEN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980.
- JARASS, Hans Dieter; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 4ª. edição. Munique, 1997.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª edição, Berlin: 1919.
- 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.
- LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution - Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- 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.
- _____. *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.
- PIEROOTH, 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. "Teilnichtigkeitsklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das BVerfG". DVBl. 1979, p. 391 *et seq.*
- SARLET, Ingo-Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*. Berlin: Duncker & Humblot 1989.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, 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, Ekkehard. *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, Eckhart. "Die Parteifähigkeit der Untergliederungen politischer Parteien im verfassungsgerichtlichen Bundesorganstreitverfahren". DÖV 2002, 713 *et seq.*
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Tomo III: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Munique: C. H. Beck, 1994.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

