

§ 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 percevejos. 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 conseqüência, 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*)