

§ 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. BVERFGE 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 submetete-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. BVERFG 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 meticulosas 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 imanentes 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*