

§ 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*