

# Prefácio

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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