

LEONARDO
MARTINS



DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

SEGUNDA EDIÇÃO
REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA



EDITORA
FOCO

2018 © Editora Foco

Autor: Leonardo Martins

Editor: Roberta Densa

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa: Leonardo Hermano

Projeto Gráfico e Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: Gráfica MASSONI

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Vagner Rodolfo CRB-8/9410

M386d

Martins, Leonardo

Direito processual constitucional Alemão / Leonardo Martins.
– 2. ed. – Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018.

ISBN 978-85-8242-229-8

1. Direito. 2. Direito processual constitucional. 3. Alemanha.
I. Título.

2017-772

CDD 342.0943

CDU 342(43)

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito constitucional : Alemanha 342.0943

2. Direito constitucional : Alemanha 342(43)

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora Foco, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações do Conteúdo: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

Bônus ou Capítulo On-line: Excepcionalmente, algumas obras da editora trazem conteúdo extra no *on-line*, que é parte integrante do livro, cujo acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (01.2018)

Data de Fechamento (12.2017)

2018

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter, 542 – American Park Distrito Industrial
CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

À minha esposa, parceira constante,
minha maior alegria: *Magnae Latitia*.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| LISTA DE ABREVIATURAS TRADUZIDAS..... | IX |
| Nota Preliminar 1:..... | IX |
| Nota Preliminar 2:..... | X |
| PREFÁCIO..... | XIV |
| I. PARA ENTENDER A RESPONSABILIDADE E AUTORIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO NO SISTEMA CONCENTRADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 1 |
| II. FUNDAMENTOS PROCESSUAIS E ORGANIZACIONAIS..... | 7 |
| 1. Da competência..... | 7 |
| 2. Da organização e escolha dos juízes..... | 8 |
| 2.1. Pressupostos subjetivos | 9 |
| 2.2. Tempo de investidura | 9 |
| 2.3. Quota participativa de juízes dos demais tribunais federais..... | 9 |
| 2.4. Processo eleitoral | 9 |
| 3. Do processo..... | 10 |
| 3.1. Objeto e parâmetro de decisão nos processos de controle de constitucionalidade..... | 10 |
| 3.2. Processo de Controle Abstrato de Normas (abstraktes Normenkontrollverfahren)..... | 12 |
| 3.3. Processo de Controle Concreto de Normas (konkretes Normenkontrollverfahren)..... | 15 |
| 3.3.1. Preliminar terminológica..... | 15 |
| 3.3.2. Pressupostos processuais..... | 16 |
| 3.3.2.1. Legitimidade para apresentar o controle | 17 |
| 3.3.2.2. Objeto específico da decisão..... | 17 |
| 3.3.3. Condições processuais específicas | 18 |
| 3.3.3.1. Convencimento judicial sobre a inconstitucionalidade da lei aplicanda..... | 18 |

| | | |
|------------|--|----|
| 3.3.3.2. | Relevância da decisão | 19 |
| 3.3.4. | Efeitos da decisão | 21 |
| 3.4. | Processos de Verificação e de Qualificação de Normas (Normverifikationsverfahren/ Normqualifikationsverfahren)..... | 21 |
| 3.4.1. | Verificação de Normas..... | 21 |
| 3.4.1.1. | Requisito da existência de regra internacional consuetudinária (Völkerrecht) | 22 |
| 3.4.1.2. | Requisito da generalidade..... | 22 |
| 3.4.1.3. | Requisito da relevância da decisão | 23 |
| 3.4.1.4. | Conteúdo e efeitos da decisão | 23 |
| 3.4.2. | Qualificação de Normas | 23 |
| 3.5. | Procedimento da Reclamação Constitucional (Verfassungsbeschwerde).... | 26 |
| 3.5.1. | Papel e alcance da Reclamação Constitucional..... | 26 |
| 3.5.2. | Pressupostos, condições e procedimento de admissão | 27 |
| 3.5.2.1. | Legitimidade processual ativa | 27 |
| 3.5.2.2. | Capacidade processual | 28 |
| 3.5.2.3. | Objeto | 28 |
| 3.5.2.4. | Condições da Reclamação Constitucional | 28 |
| 3.5.2.4.1. | Possibilidade de violação | 29 |
| 3.5.2.4.2. | Prejuízo próprio, atual e direto..... | 29 |
| 3.5.2.4.3. | Interesse processual de agir: necessidade | 30 |
| 3.5.2.4.4. | Princípio da subsidiariedade da Reclamação Constitucional | 30 |
| 3.5.2.4.5. | Forma e Prazo | 31 |
| 3.5.2.5. | Procedimento do juízo prévio de admissibilidade (Annahmeverfahren) | 31 |
| 3.5.3. | Delimitação da extensão da competência do TCF no julgamento de Reclamações Constitucionais contra Decisão Judicial (Urteilsverfassungsbeschwerde)..... | 32 |
| 3.6. | Processo Contencioso entre Órgãos Constitucionais (Organstreitverfahren)..... | 34 |
| 3.6.1. | Legitimidade ad causam | 35 |
| 3.6.2. | Objeto do processo..... | 35 |
| 3.6.3. | Interesse processual de agir..... | 36 |
| 3.7. | Processos Contenciosos Federativos (Bund-Länder/Bund-Land, Zwischenländer- und Binnenländerstreitverfahren)..... | 37 |
| 3.7.1. | União <i>versus</i> Estados-membros | 37 |

| | |
|---|-----------|
| 3.7.2. Demais configurações de polos das lides federativas..... | 38 |
| 3.8. Processos de Defesa da Constituição: Proibição de Partido Político, Destituição de Direito Fundamental, Denúncia contra o Presidente Federal ou Juiz de Direito..... | 38 |
| 3.8.1. Proibição de Partido Político..... | 38 |
| 3.8.2. Destituição de Direito Fundamental..... | 39 |
| 3.8.3. Denúncia contra o Presidente Federal..... | 39 |
| 3.8.4. Denúncia contra Juiz de Direito..... | 40 |
| 3.9. Procedimento da Medida Liminar (Einstweilige Anordnung)..... | 40 |
| III. DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL APLICÁVEL..... | 43 |
| 1. Direito de organização estatal..... | 43 |
| 2. Direitos fundamentais..... | 44 |
| 2.1. Teoria geral: conceito, funções, vínculo, eficácia, limites etc..... | 45 |
| 2.1.1. Dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais..... | 46 |
| 2.1.2. Função ou dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais..... | 47 |
| 2.2. Sistema dos direitos fundamentais da Grundgesetz e sua interpretação pelo TCF..... | 54 |
| 2.2.1. Das outorgas..... | 54 |
| 2.2.2. Das reservas legais e demais limites..... | 55 |
| 2.2.3. Dos limites dos limites do Art. 19 I e II GG..... | 57 |
| 3. O problema da constitucionalização do ordenamento jurídico..... | 58 |
| IV. A DECISÃO..... | 61 |
| 1 Estrutura..... | 61 |
| 1.1. Elementos acessórios ou não essenciais..... | 61 |
| 1.2. Elementos necessários..... | 62 |
| 1.3. Votos discordantes..... | 65 |
| 1.4. Decisões com ou sem audiência (Urteil ou Beschluss)..... | 65 |
| 2. Variantes de dispositivo..... | 66 |
| 2.1. Declaração de nulidade (Nichtigerklärung)..... | 66 |
| 2.2. Declaração de (mera) incompatibilidade..... | 68 |
| 2.3. Declaração de norma “ainda” constitucional..... | 69 |
| 2.4. Interpretação conforme a Constituição..... | 70 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Efeitos | 70 |
| 3.1. Coisa julgada | 71 |
| 3.2. Vínculo de todos os órgãos estatais (§ 31 I BVerfGG) | 74 |
| 3.2.1. Quanto ao objeto..... | 75 |
| 3.2.2. Quanto aos destinatários..... | 77 |
| 3.2.3. Consequências..... | 78 |
| 3.2.4. Força de lei (§ 31 II BVerfGG) | 80 |
| ANEXO: DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PERTINENTES | 83 |
| 1. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha) | 83 |
| 2. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG) | 87 |
| BIBLIOGRAFIA | 95 |

LISTA DE ABREVIATURAS TRADUZIDAS

NOTA PRELIMINAR 1:

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

Art. 14 III 2 GG = Artikel 14, Absatz 3, Satz 2 *Grundgesetz* (ou Art. 14, Abs. 3, Satz 2 GG): artigo 14, parágrafo 3º, período 2º da *Grundgesetz*.

Art. 5 I 1, 2. HbS GG = Artikel 5, Absatz 1, Satz 1, 2. Halbsatz *Grundgesetz* (ou Art. 5, Abs. 1, Satz 1, 2. HbS. GG): artigo 5º, parágrafo 1º, período 1º, 2º subperíodo, da *Grundgesetz*.

Art. 93 I, nº 4a GG = Artikel 93, Absatz I, Nummer 4a *Grundgesetz* (ou Art. 93, Abs. 1, Nr. 4a GG): artigo 93, parágrafo 1º, número 4a da *Grundgesetz*.

§ 30 II 2 BVerfGG¹ = § 30, Absatz 2, Satz 2 BVerfGG (ou § 30, Abs. 2, Satz 2 BVerfGG): § 30, parágrafo 2º, período 2º da BVerfGG.

b) No corpo dos textos normativos, seguiu-se o padrão oficial. Colocaram-se, no caso da *Grundgesetz*,

o número cardinal que identifica os artigos,

na sequência, aparecem os números dos parágrafos grafados entre parêntesis, antecedendo o respectivo teor e

no bojo do teor dos parágrafos, identificam-se os períodos (unidades normativas autônomas), antecedendo-os (alocados antes de sua primeira palavra), cada qual, por algarismos arábicos cardinais sobrescritos a partir do 2º período. Em tendo um parágrafo um único período, o algarismo arábico sobrescrito e alocado em seu início não deve ser colocado.

Exemplo:

Artigo 1 (Dignidade da pessoa humana)

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

...

1. Nas leis ordinárias, os “§§” substituem os “Art.” da Constituição e dos Tratados.

Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No exemplo, trata-se de duas das principais pilstras do Estado Constitucional de Direito alemão, que podem ser citadas da seguinte forma. O dever específico de observância e proteção da dignidade humana tem fundamento no **Art. 1 I 2 GG** (ou Art. 1, Abs. 1, Satz 2 GG), ao passo que o vínculo do Judiciário a todos os direitos fundamentais tem fundamento no **Art. 1 III GG** (ou Art. 1, Abs. 3 GG).

Na presente obra, opta-se pela forma mais sintética de citação destacada em negrito em relação aos dois fundamentos normativos constitucionais trazidos aqui à pauta para efeitos de ilustração.

NOTA PRELIMINAR 2:

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

a. F. *alte Fassung* – Redação anterior (revogada)

AFG *Arbeitsförderungsgesetz* – Lei de Fomento ao Trabalho

APF *Archiv für Presserecht* – Arquivo do Direito de Imprensa (revista jurídica)

AktG (*Aktiengesetz*) – Lei das Sociedades Anônimas

AöR *Archiv des öffentlichen Rechts* – Arquivo do Direito Público (periódico jurídico)

ApothekenG *Apothekengesetz* – Lei do Setor Farmacêutico

Ass. Assinatura, assinado.

AsylVfG/*AsylVG Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz)* – Lei do Processo de Asilo Político

AtomG/*AtG Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)* – Lei do Uso Pacífico da Energia Nuclear e Proteção Contra seus Riscos

AuslG *Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz)* – Lei da Entrada e Permanência de Estrangeiros no Território Federal (Lei de Estrangeiros)

BAG *Bundesarbeitsgericht* – Tribunal Federal do Trabalho

Bay VfGH *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* – Tribunal Constitucional de Bayern (Baviera)

BayApothekenG *Bayerisches Apothekengesetz* – Lei do Setor Farmacêutico de Bayern (Baviera), de 16 de junho de 1952

BayObLG *Bayerisches Oberstes Landesgericht* – Supremo Tribunal Estadual de Bayern (Baviera)

BBG *Bundesbeamtengesetz* – Lei dos Servidores Públicos Federais

BEG *Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz)* – Lei Federal para a Indenização de Vítimas da Perseguição Nacional-socialista

- BetrVG** *Betriebsverfassungsgesetz* – Lei de Constituição da Empresa
- BFH** *Bundesfinanzhof* – Corte Federal Financeira
- BGB** *Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil
- BGBI** *Bundesgesetzblätter* – Diário Oficial das Leis Federais
- BGH** *Bundesgerichtshof* – Corte Federal de Justiça
- BGH NJW** Jurisprudência do Tribunal Federal publicada na NJW (v. NJW)
- BGHSt** *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* – Decisões da Corte Federal de Justiça em matéria criminal
- BGHZ** *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* – Decisões da Corte Federal de Justiça em matéria civil
- BNatSchG** *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege* – Lei de Proteção da Natureza e Cuidado da Paisagem
- BRDrucks** *Bundesratdrucksachen* – Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do *Bundesrat* (Conselho Federal – Senado)
- BSHG** *Bundessozialhilfegesetz* – Lei Federal de Ajuda Social
- BstatG** *Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistikgesetz)* – Lei de Estatística para Propósitos Federais (Lei de Estatística Federal)
- BTDrucks** *Bundestagesdrucksachen* – Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do *Bundestag*
- BtMG** *Betäubungsmittelgesetz* – Lei de Entorpecentes
- BVerfG** *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal
- BVerfGE** *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung* – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea
- Oficial
- BVerwG** *Bundesverwaltungsgericht* – Tribunal Administrativo Federal
- BVerwGE** *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung* – Decisões do Tribunal Administrativo Federal, Coletânea
- Oficial
- BVFG** *Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)* – Lei dos Interesses de Desterrados e Refugiados
- BWaldG** *Bundeswaldgesetz* – Lei Florestal Federal
- c. c. Combinado com
- CDU** *Christlich Demokratische Union* – União Democrático-Cristã (Partido Político)
- cf. Confira
- CSU** *Christlich Soziale Union* – União Social-Cristã (partido político)
- DRiZ** *Deutsche Richterzeitung* – Jornal dos Juizes Alemães
- DSchPflG** *Denkmalschutzpflegegesetz* – Lei de Proteção e Manutenção do Patrimônio Arquitetônico, Histórico e Cultural de *Rheinland-Pfalz*

DVBI *Deutsches Verwaltungsblatt* – Jornal da Administração Alemã (periódico jurídico)

e. V *eingetragener Verein* – Associação Registrada (sem fins lucrativos)

EinzelHG *Einzelhandelsgesetz* – Lei do Setor Econômico Varejista

EMRKE *Europäische Menschenrechtskonvention* – Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia para os Direitos Humanos), de 04 de novembro de 1950

EStG *Einkommensteuergesetz* – Lei do Imposto de Renda

FDP *Freie Demokratische Partei* – Partido Democrático Liberal

G 10 *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz)* – Lei de Limitação do Sigilo de Correspondência, Postal e Telefônico (Lei para o Art. 10 GG)

GewO *Gewerbeordnung* – Código Industrial

GFK *Genfer Flüchtlingskonvention* – Convenção Relativa ao Status Jurídico dos Refugiados (Convenção de Genebra sobre Refugiados), de 28 de julho de 1951

GG *Grundgesetz* – Lei Fundamental (Constituição da República Federal da Alemanha)

GmbHG *Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz* – Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada

GrdstVG *Grundstückverkehrsgesetz* – Lei de Alienação Imobiliária

GRUR *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* – Direito da Proteção Jurídica Industrial e Autoral (revista jurídica)

GVBl *Gesetz- und Verordnungsblatt* – Diário (Oficial) de Leis e Decretos

GVG *Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de Organização Judiciária

HdWO *Handwerkordnung* – Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício

IRG *Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen* – Lei da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal

JöR *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* – Anuário do Direito Público (1º vol., 1907 – 25. vol., 1938)

JZ *Juristenzeitung* – Jornal dos Juristas (periódico jurídico quinzenal)

LMBG *Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenstandesgesetz)* – Lei de Trânsito de Alimentos, Produtos Tabagísticos, Cosméticos e Demais Objetos de Necessidade

LVG *Landesverwaltungsgericht* – Tribunal Estadual Administrativo

MitbestG *Mitbestimmungsgesetz* – Lei de Cogestão dos Empregados na Empresa

n. F. *Neue Fassung* – Nova Redação

NJW *Neue Juristische Wochenschrift* – Nova Revista Semanal Jurídica

NStZ *Neue Zeitschrift für Strafrecht* – Nova Revista para o Direito Penal

NVwZ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* – Nova Revista para o Direito Administrativo

op. cit. *Opere citato*

OVG *Oberverwaltungsgericht* – Superior Tribunal Administrativo

p. página

p. ex. por exemplo

PatG *Patentgesetz* – Lei de Patentes

PBefG *Personenbeförderungsgesetz* – Lei do Transporte de Pessoas, de 21 de março de 1961

RdA *Recht der Arbeit* – Direito do Trabalho (periódico jurídico)

RGZ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Civil

RVO *Rechtsverordnung* – Decreto

S. *Seite(n)*, página(s); *Satz* – período (unidade normativa autônoma)

SGB *Sozialgesetzbuch* – Código de Direito Social

SO *Sachverständigenordnung* – Código dos Peritos

SPD *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* – Partido Social-Democrata Alemão

StGB *Strafgesetzbuch* – Código Penal

StPO *Strafprozessordnung* – Código de Processo Penal

StREG *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* – Lei de Indenização para Medidas de Persecução Penal

StVG *Straßenverkehrsgesetz* – Lei de Trânsito Viário

StVollZG *Strafvollzugsgesetz* – Lei de Execuções Penais

TCF Tribunal Constitucional Federal

UrhG *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)* – Lei sobre o Direito Autoral e Direitos de Proteção Relacionados (Lei do Direito Autoral)

VersG *Versammlungsgesetz* – Lei de Reunião

VersR *Versicherungsrecht* – Direito da Seguridade

VGH *Verwaltungsgerichtshof* – Tribunal Administrativo

VStG *Vermögenssteuergesetz* – Lei do Imposto sobre o Patrimônio

VVDStRL *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* – Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado

VwGO *Verwaltungsgerichtsordnung* – Código de Organização Judiciária Administrativa

WHG *Wasserhaushaltsgesetz* – Lei de Gestão de Águas

WissR *Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung – Zeitschrift für Recht und Verwaltung der wissenschaftlichen Hochschulen und der wissenschaftspflegerischen und -fördernden Organisationen und Stiftungen* – Direito da Ciência, Administração da Ciência, Fomento da Ciência – Revista de Direito e Administração das Universidades, Organizações e Fundações de Fomento Científico

ZPO *Zivilprozessordnung* – Código de Processo Civil

ZRP *Zeitschrift für Rechtspolitik* – Revista para Política Jurídica

PREFÁCIO

O presente trabalho foi originalmente desenvolvido como introdução a uma coletânea de 132 decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão que foram anotadas e enriquecidas com sínteses dos respectivos casos, além de referências bibliográficas e jurisprudenciais. A referida coletânea, coordenada pelo autor e intitulada “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão”, foi publicada, em 2005, pela *Fundação Konrad Adenauer*, Programa “Estado de Derecho para Sudamérica”, em Montevideu, Uruguai.

O ensejo daquela publicação foi um convite formulado pela *Fundação Konrad Adenauer* para a realização de uma simples tradução (alemão – português) de uma compilação de decisões da Corte Constitucional Alemã feita pelo constitucionalista alemão *Jürgen Schwabe*. Porém, a tarefa de simples tradução evoluiu, sob a anuência e os auspícios da *Fundação Konrad Adenauer*, para uma obra de referência, em língua portuguesa, sobre a Justiça Constitucional alemã. A seleção dos casos e excertos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão feita pelo autor não foi, portanto, idêntica à sua versão alemã.

Na presente obra oferece-se ao leitor uma visão panorâmica sobre o processo e a organização da Corte Constitucional alemã, além de uma objetiva análise do principal objeto jurídico-material das decisões do TCF alemão constituído pelo sistema dos direitos fundamentais da *Grundgesetz* (Lei Fundamental), isto é, da Constituição alemã.

Em face desse propósito, o livro é dividido em quatro capítulos:

No **capítulo introdutório**, fez-se uma contextualização do processo constitucional alemão em face do papel do Tribunal Constitucional Federal na estrutura geral da separação de “poderes” ou órgãos constitucionais daquele país. É preciso, desde já, esclarecer ao jurista brasileiro que o sistema de controle de constitucionalidade alemão adotou o modelo concentrado, típico das ordens constitucionais continental-europeias, ao contrário do que ocorreu com boa parte dos países latino-americanos, como o México e, também, originariamente, o Brasil, os quais adotaram o sistema difuso da tradição estadunidense. Revela-se e explica-se, portanto, o *status* da Corte como “órgão constitucional” equidistante dos demais órgãos dos poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, trata-se de um órgão constitucional exclusivamente competente para o controle vinculante de normas jurídicas em face do parâmetro normativo supremo que é a *Grundgesetz*.

No **segundo capítulo**, são apresentados os fundamentos do processo constitucional e da organização do Tribunal Constitucional Federal. Duas principais fontes

normativas disciplinam-nos: a própria *Grundgesetz* e a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG).

A apresentação dos fundamentos do processo constitucional e da organização do Tribunal dá-se, primeiro, pela descrição, necessariamente minuciosa, de todos os instrumentos de controle de normas em face dos parâmetros constitucionais.

Assim, em primeiro lugar, veem à pauta os instrumentos que fazem parte do chamado processo constitucional “objetivo”, isto é, de procedimentos que não se desenvolvem em contraditório. Estatisticamente, tais instrumentos do controle objetivo ocupam, tanto quantitativa como qualitativamente, grande parte da jurisprudência do TCF.

Em segundo lugar, tem as ações tipicamente constitucionais que, a exemplo do que ocorre com as ações ordinárias, fazem parte do tradicional processo intersubjetivo ou litigioso. Dentre os procedimentos pertinentes ao processo intersubjetivo ou litigioso encontram-se, precipuamente, as lides interorgânicas e federativas.

Buscou-se descrever os aspectos jurídico-dogmáticos do processo objetivo e do processo litigioso constitucional sem delongas ou aprofundamentos teóricos improdutivos.

O **terceiro capítulo** descreve, de maneira geral, os parâmetros jurídico-materiais por excelência da Justiça Constitucional, quais sejam, as normas organizacional-estatais e, sobretudo, as normas definidoras de direitos fundamentais. Para a compreensão do processo constitucional alemão como um todo, revelou-se imprescindível fazer uma abordagem, ainda que panorâmica, da dogmática geral dos direitos fundamentais (“Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”). O tópico de fechamento desse capítulo, intitulado “o problema da constitucionalização do ordenamento jurídico”, demonstra, com o devido rigor jurídico-dogmático, que a ampliação dos direitos a partir da exegese da *Grundgesetz* feita pela Corte causou um impacto muito relevante na determinação do objeto do processo constitucional e na delimitação da competência da Corte ao chamado “direito constitucional específico”.

A constitucionalização do ordenamento jurídico não significa, como alguns ainda entendem no Brasil, pelo menos não em primeira linha, a sedimentação, no texto constitucional, de novos direitos antes assegurados tão somente em nível infraconstitucional (daí, falar-se em constitucionalização do direito tributário, do direito trabalhista etc.), mesmo porque tais questões pertencem à teoria ou à política constitucional, mas não a uma ciência jurídico-dogmática do direito constitucional vigente. A constitucionalização que mais importa do ponto de vista da ciência jurídico-constitucional é aquela que implica uma interpretação do direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, relativizando a autonomia ou discricionariedade do legislador infraconstitucional, com a eventual suspensão da aplicação direta de suas regras. Por isso, na Alemanha, esse fenômeno da constitucionalização é visto com certo cuidado e, por vezes, até receio, pois uma constitucionalização exacerbada levaria à suspensão de todo o direito privado, ao avanço de um ativismo judicial sem

rédeas, com o inexorável comprometimento dos princípios da separação de funções (“poderes”) estatais e democrático. Nada obstante, a asserção da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico na Alemanha deve-se, em grande parte, à jurisprudência bastante ativista do TCF, principalmente no campo do direito fundamental subsidiário ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). Deve-se, também, ao reconhecimento por parte tanto da doutrina quanto da jurisprudência de novas funções e dimensões dos direitos fundamentais, bem como à afirmação de sua eficácia “irradiante” ou horizontal.

Lembre-se de que o Tribunal Constitucional Federal decide, como órgão judicial, tão somente originariamente (única e exclusiva instância); nunca sobre recursos. Ele representa o juiz natural da solução de dúvidas sobre a validade de normas e demais atos do Poder Público em face do parâmetro constitucional. Porém, a constitucionalização exacerbada de toda a ordem jurídica causa o dilema da baixa juridicidade provocada por ambiciosas pretensões de proteção a direitos fundamentais. A doutrina jurídico-constitucional alemã propõe fórmulas diversas e variadas que, recorrentemente, ensejaram também muitas objeções inseridas em disputas doutrinárias e judiciais.

No **quarto capítulo**, o leitor deparar-se-á com a estrutura das decisões do Tribunal Constitucional Federal. Nesse contexto, procede-se a uma classificação dos dispositivos das decisões que, pautada na jurisprudência da própria Corte (direito “pretoriano”), reconhece a mitigação ou modulação dos efeitos da coisa julgada. Essa modulação de efeitos muito influenciou a modulação de efeitos praticada pela jurisprudência do STF brasileiro com base nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. Por fim, além dos efeitos relativos à coisa julgada em matéria estritamente constitucional, dois outros efeitos previstos expressamente na Lei Federal Orgânica do TCF são descritos: o vínculo dos demais órgãos constitucionais, incluindo todos os demais órgãos estatais àqueles subordinados, e a força de lei.

De resto, a presente obra pretende familiarizar o leitor com aspectos culturais-jurídicos, ao explicitar alguns conceitos em alemão para, na sequência, usá-los no decorrer do texto. As formas de citação das decisões da Corte Constitucional e das fontes legislativas seguiram o padrão alemão, tendo sido explicitadas na lista de abreviações.

No anexo, encontram-se reproduzidos excertos dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes.

I

PARA ENTENDER A RESPONSABILIDADE E AUTORIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO NO SISTEMA CONCENTRADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Roman HERZOG, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão (a seguir: TCF) e depois Presidente da República Federal da Alemanha, afirmou, no ano de 1993, que “o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da *Grundgesetz* em 1949, por [seus] 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais”. “Direito constitucional formado por decisões judiciais do tribunal constitucional?”, certamente se perguntaria, perplexo, o leitor brasileiro. Não seria, na Alemanha, assim como no Brasil, a lei a fonte imediata do direito? Teriam os alemães adotado, depois da entrada em vigor da *Grundgesetz*, o sistema de fontes característico da *common law*?

A asserção de Roman HERZOG apenas pode ser compreendida em sua plenitude quando se conhece bem o sistema organizacional constitucional da *Grundgesetz* e sua interpretação pelo TCF.

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado. Por isso, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (procedimentos do Controle Concreto e da Reclamação Constitucional). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, em que se adotou o assim denominado “sistema difuso”. No sistema concentrado de marca austríaca e alemã, como se verá a seguir, todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada. Contudo, não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF.

Em segundo lugar, ainda que a *Grundgesetz* tenha conferido ao TCF, em seu art. 92, literalmente *somente* o *status* de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada – e não por último a sua lei orgânica (§ 1 IBVerfGG) – conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. A ideia de “órgão constitucional” não está somente ligada ao reconhecimento de mais um órgão constitucional ao lado

dos demais, mas de um órgão sobreposto no que tange à interpretação e à aplicação de normas constitucionais. Chegou-se a lhe ser outorgado até mesmo o polêmico *status* de “intérprete autêntico” da *Grundgesetz*.¹

O *status* de órgão constitucional em si resulta² da interpretação sistemática dos seguintes dispositivos específicos da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG). O Art. 92 GG c.c. § 1 I BVerfGG fazem a oposição do TCF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (Art. 92 GG) e a “todos os órgãos constitucionais” (§ 1 I BVerfGG). Assim, o TCF não seria tão somente *independente* em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal). Nesse sentido, todo tribunal é independente. Com efeito, ele teria também autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”.³

Em seu autoentendimento, já firmado em 1952, o TCF seria, “segundo o teor e o sentido da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF, também um órgão constitucional, municiado com a mais alta autoridade, chegando a um nível muito diferente de todos os demais tribunais e juízos”.⁴ Apesar disso e do tom crítico ressoante na literatura jurídica especializada, segundo o qual o tribunal pretenderia realizar sua transmutação de “defensor” para “senhor” da Constituição,⁵ cuja interpretação constitucional teria força vinculante, o TCF continua sendo um tribunal para o qual valem todos os princípios constitucionais processuais, tais como o da persuasão motivada, o da imparcialidade e o da inércia da atividade jurisdicional.⁶

1. Essa tese, defendida por BÖCKENFÖRDE (1999, p. 12 s.), que além de reconhecido professor de direito público foi juiz do TCF, concede àquela Corte quase um poder absoluto de conformação do direito constitucional e até de participação no processo constituinte (aperfeiçoamento do direito constitucional positivo). Foi refutada mesmo entre aqueles adeptos de um TCF forte em face do legislador. Cf., a respeito, BENDA/KLEIN (2001, p. 542 ss.). Essa tese tem suas raízes em *Carl Schmitt*, embora tenha atribuído o papel de guardião da Constituição, à época do famoso debate a respeito com Hans Kelsen (final da década de 1920, início dos anos 1930), ao Presidente do Reich e não ao então tribunal constitucional precursor do Tribunal Constitucional Federal. Cf. SCHMITT (1931, p. 45).
2. HILLGRUBER/GOOS (2004, p. 4).
3. HILLGRUBER/GOOS (2004, p. 4).
4. Essa passagem, bastante citada na literatura especializada, faz parte da assim chamada *Status-Denkschrift*, uma espécie de *paper* publicado pelo TCF no qual ele revela seu – como referido – *autoentendimento*. Cf., a respeito: BENDA/KLEIN (2001, p. 45 s.). Lá foram elencadas algumas consequências, hoje unanimemente derivadas dos dispositivos legais e constitucionais aplicáveis. Entre elas destaquem-se: os membros do TCF (mais a seguir: II 2) não são funcionários públicos; para eles não valem, portanto, nem as leis gerais do funcionalismo, nem todos os dispositivos da Lei dos Juízes Alemães; e também não se submetem ao Ministério da Justiça. Com feito, são nomeados, promovidos e aposentados pelo presidente do TCF. O tribunal tem plena autonomia orçamentária, podendo apresentar suas pretensões diretamente ao Parlamento, a despeito da previsão orçamentária do Governo Federal.
5. Crítica exarada com toda consequência, sobretudo por HILLGRUBER/GOOS (2004, p. 5 ss.). No mais, v. também: SCHLAICH/KORIOOTH (2015, p. 21-25), com o sugestivo título de tópico “Órgão constitucional: um título para a superação dos limites da atividade jurisdicional?” (*ibid.*, p. 21). De resto, v. em geral as exposições de GERSDORF (2004) e de HEIMANN/KIRCHHOF/WALDHOFF (2004).
6. Alguns autores, como SCHLAICH/KORIOOTH (2015, p. 19 s.), enfatizam-no. Outros, como Häberle e Ebsen (cf. todas as referências em: SCHLAICH/KORIOOTH (2015, p. 24 s.)), preferem encarar o TCF como

Nesse ponto, revelam-se, graças ao caráter *sui generis* do TCF, problemas quanto aos limites formais e principalmente materiais da coisa julgada.⁷ Fala-se, também, com tom crítico que o TCF tem a pretensão de ser o “senhor do processo”,⁸ ou seja, pretenderia segundo essa crítica livremente dispor, com base em seu regimento interno, dos diversos procedimentos. HILLGRUBER e GOOS lembram que, desde a decisão publicada em BVerfGE 60, 175 (213), o TCF se autointitula senhor do processo “nos limites de vínculos legais”.⁹ O problema seria que o TCF avoca para si especificamente a competência de fechar lacunas deixadas pelos dispositivos processuais aplicáveis da *Grundgesetz*, da Lei Orgânica (BVerfGG) e do seu Regimento Interno (GeschO). Ao contrário do que acontece com o direito administrativo com base no § 173 VwGO, a ZPO [Código de Processo Civil] não tem aplicação subsidiária.¹⁰ O problema foi bastante intensificado com a tese da autonomia do direito processual constitucional como um todo, ligada por *Peter Häberle* aos seus conceitos de “Constituição como processo público”, “Constituição do pluralismo” ou até de “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.¹¹

Muito mais grave do que os eventuais problemas processuais que possam surgir dessas lacunas é a questão do relacionamento do TCF com o legislador. Antes de defini-lo, porém, há de se fixar, já nesse momento, que a tal arcabouço normativo e assunção generosa de competências para a defesa da Constituição, a despeito das críticas jurídicas e político-sociais que não cessam,¹² corresponde uma autoridade,¹³ derivada de sua, em geral, clara e consistente jurisprudência.

uma espécie de órgão regulador: o TCF se transformaria em um “*medium* de autorregulação social”. Como bem observado por SCHLAICH/KORIOTH (2015, p. 24 s.), essa interpretação “pluralista” da jurisdição constitucional desconhece e sobrecarrega a própria instituição do TCF. Também a caracterização como “Quarto Poder” deveria ser recusada segundo os citados autores (*ibid.*, p. 23 s.).

7. Cf. BENDA/KLEIN (2001, p. 75 ss., 537 ss., 550 ss.). Cf. também tópico IV 3.1.
8. HILLGRUBER/GOOS (2004, p. 9 s.), citando BVerfGE 13, 54 (94); 36, 342 (357) e 60, 175 (213), nas quais a pretensão foi expressa com toda a clareza.
9. *Ibid.*
10. Cf., a respeito: BENDA/KLEIN (2001, p. 75), que trabalham com o conceito de “autonomia processual” do TCF.
11. Referências em BENDA/KLEIN (2001, p. 78 s.).
12. Cf., por exemplo, a imediata reação de parlamentares à decisão sobre a execução de mandado de prisão europeu e a consequente extradição negada pelo TCF em face do Art. 16 II GG. Cf. BVerfGE 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*) e sobre a grande repercussão na grande imprensa, ao invés de muitos, cf. apenas GEBAUER, *Europäischer Haftbefehl verstößt gegen das Grundgesetz*, in: Spiegel Online de 18.07.2005: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/verfassungsgericht-europaeischer-haftbefehl-verstoestst-gegen-grundgesetz-a-365623.html> (último acesso: 30.12.2017).
13. Vários autores, incluindo os mais críticos, fazem questão de frisar essa autoridade, conquistada junto aos demais órgãos constitucionais, tribunais, cientistas do direito e, principalmente, aos cidadãos. Segundo os mais críticos, como SCHLINK (1989: 161 ss.), os professores de direito público estariam se limitando (o que segundo ele não se deveria saudar) a comentar e a analisar as decisões do TCF, prevendo tendências. Para HILLGRUBER e COOS (2004: 19 s.), a autoridade se baseia na dignidade do tribunal, conseguida graças à sua distância e também ao caráter sigiloso das sessões de julgamento (cf. tópico IV 1). SCHLAICH e KORIOTH (2015: 386) enxergam, pelo contrário, algo bastante positivo nessa autoridade: força normativa da Constituição e efetividade da proteção dos direitos fundamentais, uniformidade da jurisprudência etc. Encerram, porém, sua obra intitulada justamente *Bundesverfassungsgericht* (TCF) citando a ex-presidente LIMBACH (1999: 344) que, ao lado de render homenagens à história de sucesso do tribunal e destacar a