

Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn

LUÍS AFONSO HECK

SUMÁRIO

1. *Intróito*. 2. *Esboço histórico*. 2.1. *O preâmbulo da Lei Fundamental*. 2.2. *O "iter" histórico dos direitos humanos ou individuais*. 2.3. *A inspiração histórica dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn*. 3. *Definição e aspecto terminológico*. 3.1. *Direitos individuais, direitos do homem e direitos humanos*. 3.2. *Direitos fundamentais*. 4. *Aspectos gerais dos direitos fundamentais*. 5. *A visão doutrinária dos direitos fundamentais*. 5.1. *Classificação dos direitos fundamentais*. 5.2. *Funções dos direitos fundamentais*. 6. *O Tribunal Constitucional Federal*. 6.1. *A jurisdição constitucional*. 6.2. *Os recursos existentes para o "Bundesverfassungsgericht"*. 7. *Conclusão*. 8. *Bibliografia*.

1. *Intróito*

A República de Weimar, protagonista do segundo grande confronto mundial, não soube superar a crise que se avistava no horizonte do ano de 1932. A eleição para Presidente, cujo mandato expirava em abril, diluuiu, por assim dizer, as suas bases já solapadas. Os ventos que então começaram a soprar varreram a Europa até 1945.

No ventre do Século das Luzes engendrou-se a Revolução Francesa. Da convicção em seus valores nasceu a certeza de que com os mesmos seria possível extirpar da face da terra certos acontecimentos. Ao final de 156 (cento e cinqüenta e seis) anos a Humanidade, entretanto, intentou haver provado o contrário. Nesse interstício, um insigne filósofo, Kant, "acreditava piamente que o mundo era acessível aos olhos do espírito e a Revolução Francesa um parágrafo da razão" (José N. Heck, *A Liberdade em Kant*, p. 9). Talvez não estejamos longe da verdade ao dizer que o ano de 1945 se constituiu no ponto final da História que a Razão pretendu iniciar no ano de 1789, quando redigiu o seu primeiro grande parágrafo. As lições desta História formam, sem dúvida, um quadro impressionante. E as ilações deste quadro inspiraram os constituintes da Lei Fundamental de Bonn. Como exemplo frisante temos a alínea primeira do artigo primeiro da Lei Fundamental, assim enunciado: "Die Würde des Menschen ist

unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." (A dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.)

A Lei Fundamental de Bonn entrou em vigor a partir da zero hora do dia 24 de maio de 1949. Passados quarenta anos, esta assertiva mantém-se em pé. A dignidade é um valor (Wert) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (artigos 1.º ao 19), como também toda a Lei Fundamental.

O mundo assiste hoje à desmontagem daquilo que foi, por muito tempo, tido como uma vergonha. Referimo-nos ao Muro de Berlim. Isso prova que os direitos fundamentais, agasalhados pela Lei Fundamental, lançaram raízes sob os auspícios e com a égide do "Bundesverfassungsgericht". O Estado soube respeitar a vida que a dignidade da pessoa tem insita e, ainda, reconstruiu uma comunidade que hoje se quer para além de uma fronteira de pedras e fios elétricos. Ou, como afirma Lindsay, em seu livro epigrafado de "El Estado democrático moderno": "Aunque al Estado le interesa la vida de la comunidad como conjunto, no es el conjunto. Tiene una tarea definida con respecto a la totalidad de la vida: comprender los principios que rigen esa vida — no prescribirlos —; diagnosticar las enfermedades que la afectan y exigen una regulación común para su remedio. (...) Así, pues, la función del Estado es servir a la comunidad y hacerla más comunidad con ese servicio." (P. 350.)

É de mister ainda esclarecer, nesse esboço introdutório, que não pretendemos fazer um escólio dos artigos que cuidam dos direitos fundamentais. Isso se deve a um motivo de ordem prática. Na Alemanha Ocidental, diferentemente do Brasil, a Lei Fundamental não tem um valor "em si", platônico, metafísico. Ela contém, isso sim, valores "em si", que os tribunais interpretam e a doutrina disseca. Desta forma, os direitos fundamentais têm um sentido prático, transpirado pelas decisões dos Tribunais Superiores, máxime pelo "Bundesverfassungsgericht" (Tribunal Federal de garantias constitucionais). Estas decisões, que os alemães denominam de "Entscheidung" e que, mais corretamente se traduz por "resolução", acompanham e esclarecem os comentários feitos aos direitos fundamentais. Assim, não nos é possível ter em mãos os arquivos que contém estas resoluções, pelo que estamos, por esse fato, manietados.

Nosso trabalho se encaminhará, então, num primeiro momento, à análise de aspectos gerais, comuns a todos os direitos fundamentais. Num segundo momento, os mesmos serão vistos sob a ótica doutrinária e, por fim, será demonstrada a relação umbilical do "Bundesverfassungsgericht" com os direitos fundamentais.

Estes momentos, porém, serão precedidos de uma introdução histórica, pois "quanto ao elemento histórico em primeiro lugar mencionado no parágrafo (fatores históricos do direito positivo), foi Montesquieu quem definiu a verdadeira visão histórica, o verdadeiro ponto de vista filosófico, que

consiste em não considerar isolada e abstratamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram portanto a sua justificação". (Hegel. *Filosofia do Direito*, p. 20.)

2. Escorço histórico

Ao pensamento de Hegel se pode apor que a História não possui um significado jurídico em si. É possível, entretanto, valorá-la nesse sentido. Por isso, achamos de bom alvitre dividir esse tópico em três partes. Na primeira trataremos do preâmbulo da Lei Fundamental, que traduz uma carga jurídica considerável. Na segunda focalizaremos, embora perfunctoriamente, a trajetória histórica dos direitos humanos ou individuais e, na terceira, serão perquiridos os direitos fundamentais.

2.1. O preâmbulo da Lei Fundamental

No pórtico da Lei Fundamental situa-se o preâmbulo (Präambel), onde se lê: "... , hat das Deutsche Volk (...), um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben." Para entender esse período transitório aí mencionado, que Bachof denomina de "refúgio temporal" (*Jueces y Constitución*, p. 21), é preciso ter presente a situação do fecho da Segunda Grande Guerra. O oeste e a metade da Alemanha são divididas em quatro zonas: americana, britânica, francesa e soviética. A Polônia fica com a terra a leste dos rios Oder e Neisse. Os soviéticos ficam com a parte da Prússia oriental. Das três partes restantes é fundada, em 1949, a República Federal da Alemanha.

Esta configuração geográfica explica também uma outra frase do preâmbulo: "Es hat auch für jene Deutschen gehandelt denen mitzuwirken versagt war", ou seja, o poder constituinte atuou também em nome dos alemães a quem estava vedada a participação. Esta participação velada, ausente, por se assim dizer, encontra sua tônica no art. 146 da Lei Fundamental, que cuida da validade temporal da mesma e se encontra assim enunciado: "Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist." Quer dizer: esta Lei Fundamental perderá sua validade no dia em que uma nova Constituição entrar em vigor, Constituição constituída por livre decisão de todo o povo alemão. A respeito comentam Seifert/Hömig: "A reunião das duas Alemanhas não é apenas constitucionalmente esperada, mas também é devolvida, pela Lei Fundamental, a um órgão de poder constituinte. Este desafio tem caráter de obrigação legal". (Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar, p. 26).

O final do preâmbulo é significativo a respeito, ao assentar que, "Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die

Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden", i.é., o convite a que todo o povo alemão realize a unidade e liberdade da Alemanha.

A chave da questão terminológica entre Lei Fundamental e Constituição é explicada, também, pelo período transitório. Lei Fundamental, em alemão, significa "Grundgesetz". "Grund" é um substantivo masculino e quer dizer solo, razão, base, fundamento. E "Gesetz", da mesma forma, é um substantivo neutro, que se traduz por lei, estatuto, regra. A conjugação dos dois substantivos dá a idéia de Lei Fundamental, pelo fato de ser a Lei Maior mas, ao mesmo tempo, tem inerente o significado de algo temporal, transitório.

Já Constituição, em alemão, significa "Verfassung". O leitor deve ter percebido que o art. 146, supra transcrito, menciona "Verfassung" e não "Grundgesetz". A Lei Maior só terá o *status* de "Verfassung" no momento em que todos os alemães, livres e unificados, por decisão própria a instituírem.

A reunificação (para usar uma forma de valorização da semântica das palavras, tão à gosto de Heidegger), detecta-se pelo meio de comunicação, tem deixado a Comunidade Internacional um tanto apreensiva. Esses temores, fundados ou não, têm, não obstante, a seu desfavor o próprio testemunho da vida política da República Federal da Alemanha que, nesses 40 (quarenta) anos de existência, soube cumprir o que se propôs no preâmbulo: "... und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen..." Ou seja: como membro que tem os mesmos direitos, numa Europa unida, a servir a paz mundial.

2.2. O "Iter" Histórico dos Direitos Humanos ou Individuais

É na velha Inglaterra onde iremos divisar o marco inicial do surgimento de certos documentos de importância aos Direitos Humanos ou Individuais. Estes documentos se materializaram na Magna Carta (1215-1225), na Petition of Rights (1623), no Habeas Corpus Amendment Act (1679) e no Bill of Rights (1688).

Segundo Garcia-Pelayo, "Pero las primeras tablas de derechos en el sentido moderno son los bills de las colonias americanas al separarse de la metrópoli". (Derecho constitucional comparado, p. 131). Assim, temos a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, ocorrida no dia 12 de janeiro de 1776. Apesar de ser anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, não obstante, também se respalda nos escritos de Locke, Rousseau, Montesquieu, todos versados nos escritos de Jefferson e Adams, na prática testados por Madison e Mason, entre outros.

A Constituição norte-americana não albergava, de início, uma Declaração de Direitos do Homem. Sua entrada em vigor estava na dependência da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, na épo-

ca. E alguns Estados só iriam aderir ao pacto se no mesmo houvesse uma Declaração de Direitos ou "Carta de Direitos". O encargo da redação desta "Carta de Direitos" ficou sob a responsabilidade de Thomas Jefferson e James Madison, originando daí as 10 (dez) primeiras emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791. Até 1975 outras se acrescentaram e, no conjunto, constituem, no dizer de José Afonso da Silva, "o Bill of Rights do povo americano".

Em seguida vem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, empreendida pela Assembléia Constituinte francesa de 27 de agosto de 1789. Esta Declaração é matizada por três caracteres: intelectualismo, mundialismo e individualismo, na visão de José Afonso da Silva. (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 141).

No início de 1945, em Chapultepec (México), vinte e um países da América se reuniram, propugnando a tese de que uma das primeiras preocupações das Nações Unidas deveria ser a redação de uma Carta dos Direitos do Homem. Por isso a Carta das Nações Unidas ficara impregnada da idéia de proteção dos Direitos do Homem. Veio então a redação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Criou-se, para tanto, na ONU, uma comissão dos Direitos do Homem, cuja presidência coube a Sr.^a Eleonora Roosevelt. Esta Declaração foi aprovada na noite de 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, realizada em Paris.

Biscaretti di Ruffia, citado por José Afonso, anuncia uma dupla transformação nas Declarações durante o século pretérito. Uma consiste na inclusão dos Direitos nas Constituições (positivação jurídica); a outra se configura no acompanhamento de certas normas, aos Direitos, com o fito de regulamentar as questões mais delicadas, de forma a evitar a futura intervenção do legislador ordinário. E assera que foi a Constituição Belga, de 1831, a primeira a realizar esta transformação. Riposta José Afonso, no sentido de que Ruffia devia, com certeza, desconhecer a Constituição Imperial brasileira de 1824. A positivação e a subjetivação dos Direitos cabe a esta, e não aquela. O art. 179, da Constituição de 1824 estava assim enunciado: "inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte". Segue-se um rol de 35 incisos (op. cit., p. 149).

Em sua obra *Princípios de direito internacional contemporâneo*, Antonio Augusto chama atenção ao fato de que, em termos processuais, não havia, há um século atrás, órgãos internacionais de implementação dos Direitos Humanos. Como conseqüência, não havia capacidade processual reconhecida ao indivíduo. O *status* processual passou gradualmente a ser reconhecido e experimentado por meio de Tratados Internacionais específicos, tendo o seu início no século XIX com o sistema de navegação do Reno. (Páginas 223-4). Esta iniciativa culminou com a criação do "Comitê

dos Direitos Humanos”, pela ONU, da “Comissão Européia dos Direitos Humanos” e do “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Estas Instituições põem à disposição do indivíduo mecanismos internacionais para reclamação e queixas contra a violação dos Direitos do Homem. (Raul M. Horta. *Constituição e direitos individuais*, p. 201).

É de se salientar ainda, dentro da trajetória histórica dos Direitos Humanos e Individuais, um importante momento ocorrido no ano de 1951. A Assembléia Geral optou, no meado do século, pelo preparo de dois pactos: um versando sobre direitos civis e políticos e, o outro, sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Esta decisão é tida como a mais importante e fundamental, no sentido de denotar a visão valorativa dos Direitos Humanos e Individuais. Antônio Augusto, em sua obra já mencionada, cita um comentário de uma importante autoridade da área: “É o reconhecimento indubitável do fato de que os seres humanos estão habilitados ao gozo, não apenas dos direitos civis e políticos tradicionais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais, para a maioria das pessoas os direitos tradicionais têm pouco sentido”. (Pág. 228).

Por fim, merece registro que a preocupação com os Direitos Humanos e Individuais traspassa hodiernamente as fronteiras nacionais dos países europeus. Num importante artigo, intitulado “Le rôle de la cour de justice des communautés européennes — techniques de protection —”, Joël Rideau expõe a problemática da questão processual relacionada com a proteção dos Direitos Humanos e Individuais na Comunidade Européia. O autor analisa a implementação desses direitos por meio de Tratados, a sua inserção no direito nacional e a sua eficácia, sendo esta garantida, em grande parte, pela Corte de Justiça, como guardiã da efetividade dos Tratados constitutivos.

Do exposto neste subtópico se deduz uma conclusão deveras importante: a preocupação, que de início se restringia a alguns nobres senhores, não interessados em verem as suas fortunas desbaratadas em guerras que, a rigor, não lhes tocavam, em relação aos Direitos, mais Individuais que Humanos (Magna Carta, 1215-1225), evoluiu para uma preocupação a nível de governo, no sentido de garantir a efetivação dos Direitos Humanos e Individuais dentro de uma Comunidade, a Européia, no caso. E Mirkine — Guetzévitch acentua que “As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias (*Evolução constitucional européia*, p. 157).

2.3. *A Inspiração Histórica dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental de BONN*

A inspiração histórica quer traduzir os documentos que lastrearam a redação dos Direitos Fundamentais na citada lei. A respeito argumenta Christian Starck: “Le texte de la plupart des droits fondamentaux s’est inspiré de ceux de la Constitution de Francfort (1849), qui n’est jamais

entrée en vigueur, de la Constitution de Weimar (1919) et du projet de la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies". (La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant des droits fondamentaux, p. 1.264).

A estes Direitos a Lei Fundamental acrescentou outros, elencados por Starck: "da dignité de l'être humain (art. 1.º, al. 1.ª), le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle (art. 2.º, al. 2.ª, frase 1.ª), l'égalité juridique entre les hommes et les femmes (art. 3.º, al. 2.ª), le droit de n'être pas astreint, contre sa conscience, au service militaire armé (art. 4.º, al. 3.ª), le droit de s'informer librement aux sources qui sont en principe accessibles à tous (art. 5.º, al. 1.ª), le droit de choisir librement sa profession, son emploi et le lieu où on reçoit sa formation professionnelle (art. 12, al. 1.ª, frase 1.ª), le droit de tout citoyen de n'être pas extradé à l'étranger (art. 16, al. 1.ª) et le droit d'asile pour les persécutés politiques (art. 16, al. 2.ª, frase 2.ª).

3. *Definição e Aspecto Terminológico*

Julgamos oportuno esclarecer o porquê das diversas formas de se referir aos Direitos que tocam à pessoa: Direitos Humanos, Direitos Individuais, Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e garantias dos direitos.

Afora as garantias dos direitos, pensamos que não há, no sentido ôntico e axiológico, nenhuma diferença. Em sua quiddidade, não há como estabelecer contrastes, pois todos dizem respeito à pessoa humana. Agora, a terminologia empregada e, até uma certa gradação nos valores, é fruto de uma projeção ideológica do meio em que esses Direitos estão previstos. Basta aqui lembrar a famosa obra de Karl Mannheim (*Ideologia e Utopia*), onde o autor demonstra a influência do fator ideológico nas concepções e ações do indivíduo.

Referindo-se especificamente aos Direitos Individuais e Direitos Humanos, argumenta o Professor Raul M. Horta no sentido de que, como ambos pertinem ao indivíduo, à pessoa, não há como diferenciá-los, uma vez que não há diferença ontológica entre ambos. (Constituição e direitos individuais, p. 180.)

Para dissertar em torno das razões das diferenças terminológicas, achamos de bom alvitre dividir esse tópico em duas partes.

Antes, porém, vejamos a definição, no bojo da qual será possível diferenciar também os Direitos das Garantias.

Baseando-se na Constituição de 1891, escreveu Rui Barbosa: "as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição

constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (Apud, José Afonso da Silva. Op. cit., p. 355.) O professor Raul M. Horta chega, inclusive, a afirmar que “a finalidade dos direitos individuais é a limitação do poder”. Esta limitação, de início, se chamava de liberdade-resistência; ao depois, foi denominada de liberdade-participação. (Conforme Professor Raul M. Horta. *Conceituação dos Direitos Individuais*, p. 3.)

A liberdade-resistência teve seu significado marcante à época do liberalismo político e econômico. O Professor Raul M. Horta, citando Duguit, ensina: “A doutrina individualista mostrava as coisas que o Estado não poderia fazer. Cumpria agora indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado.” (*Constituição e Direitos Individuais*, p. 185.) Ou, como diz, sinteticamente, Paulo de Figueiredo: “Proibiu-se o Estado de fazer, mas não se obrigou o Estado a fazer.” (*Enfoque constitucional dos direitos humanos no Brasil e no mundo*, p. 110.)

E o que se obrigou o Estado a fazer? Respondem Seifert e Hömig: “. . . eine Verpflichtung der staatl. Gewalt auch zum aktiven Schutz und zur Förderung dieser Rechte”, ou seja, há um dever, uma obrigação dos poderes públicos de protegerem ativamente os Direitos e, ainda, de incrementá-los (op. cit., p. 29). Bem entendido, não apenas de respeitá-los.

Dentro deste contexto, uma definição imutável não é possível de ser estabelecida. Os Direitos inerentes à pessoa sofrem a injunção das concepções ideológicas do meio em que estão prescritos. Nesse sentido, nós já chamamos a atenção ao fato de que há uma certa graduação axiológica que incide sobre a concepção dos Direitos imanentes à pessoa.

3.1. *Direitos Individuais, Direitos do Homem e Direitos Humanos*

A expressão “Direitos Individuais e do Homem” aparece nas primeiras Declarações de Direitos. Já a expressão “Direitos Humanos” lança suas bases a partir das Constituições Mexicanas e de Weimar (5 de fevereiro de 1917 e 11 de agosto de 1919, respectivamente).

O porquê desta diferenciação terminológica pode ser entrevista na própria concepção do chamado “Estado de Direito”. Este nasceu dentro da democracia liberal. A superação desta levou a uma análise da frequência entre Estado e Direito. E, desta análise, reveladora da insuficiência de sintonia, partiu-se para o Estado Social de Direito (conforme José Afonso da Silva. Op. cit., p. 99).

Da gradação do “Estado de Direito” para o “Estado Social de Direito” surgem os chamados “Direitos Sociais”. Estes, na verdade, têm o seu *habitat* garantido nas Constituições modernas e os Direitos Humanos convivem em maior intensidade nos tratados e convenções internacionais que tratam do assunto.

Isso vem corroborar também a idéia de que os Direitos que tocam à pessoa são, em sua grande maioria, o denominador comum dos valores dominantes de uma determinada época.

3.2. *Direitos Fundamentais*

A terminologia usada pela Lei Fundamental se explica pelos aspectos trazidos à baila no intróito do nosso trabalho. É neles que encontramos o nicho, por se assim dizer, dos valores (Werte) encarnados pela Lei Fundamental.

A alínea 3.^a (terceira) do artigo 1.^o da Lei Fundamental traduz a semântica dos valores inerentes aos Direitos Fundamentais e, ao mesmo tempo, elucida a terminologia empregada. Diz o citado artigo e correspondente alínea: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." No vernáculo: os direitos fundamentais que seguem, comprometem (binden) o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a título de direito diretamente aplicável. Quer dizer: os três Poderes estão proibidos, pela Lei Fundamental, a tergiversar sobre os Direitos Fundamentais.

Ao comentar esta cláusula (alínea terceira), Starck lembra que, "C'est la clause de la suprématie des droits fondamentaux qui nous intéresse le plus, parce qu'elle prescrit, contrairement à la tradition juridique allemande, une subordination du pouvoir législatif aux droits fondamentaux" (op. cit., p. 1.265). Não se deve olvidar que o valor inerente aos Direitos Fundamentais (e que, por isso mesmo, mais uma vez explica a terminologia) está assegurado também pela alínea 2.^a (segunda) do artigo 19 da Lei Fundamental e pela alínea 3.^a (terceira) do artigo 79 também da Lei Fundamental. A primeira alínea citada assegura, em qualquer caso, a substância (Wesen) dos Direitos Fundamentais. A segunda, por sua vez, interdita a revisão da Lei Fundamental que queira alterar os princípios enunciados no artigo 1.^o (primeiro) da mencionada Lei.

Hans-Peter Schneider entende que a citada alínea do artigo 1.^o (primeiro) contém uma "eficácia vinculante". "Según esto, el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales." (*Problemática general de las instituciones de garantía*, p. 20.)

Uma parte da doutrina alemã, da qual Schneider é um exemplo, denomina de Direitos Fundamentais todos os Direitos que, amiúde se denominam de Individuais, sob este título *aparecem* no evolover da História Constitucional alemã. O mencionado autor *apresenta* também, de uma maneira muito feliz, o significado dos valores (Werte) agasalhados pela Lei Fundamental. Devido a estes dois motivos, pensamos ser esclarecedor presentificar os dois parágrafos onde Schneider preleciona a respeito.

“Los primeros catálogos de derechos fundamentales los recogieron las Constituciones de los Estados del Sur (Baviera, 1818; Baden, 1818, y Württemberg, 1819), a los que siguieron en los años treinta algunos Estados del Centro y Norte de Alemania. Posteriormente iban a ser garantizados los derechos fundamentales, con mayor amplitud, a todos los alemanes con la constitución del Parlamento de la Paulskirche de Frankfurt en 1849, que había sido elaborada, por vez primera, por una Asamblea Nacional libremente elegida, pero que, sin embargo, nunca entró en vigor. Como Prusia recogió en su Constitución de 1850 las garantías de los derechos fundamentales — siendo uno de los últimos Estados alemanes en hacerlo —, la Constitución del Reich de 1871, concebida como un tratado federativo entre los príncipes, podía renunciar al reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano. Su garantía se encomendaba exclusivamente a las constituciones de los Estados particulares. Tan sólo la Constitución de Weimar de 1919 contenía en su segunda parte “derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, divididos en párrafos sobre la persona individual, la vida comunitaria, formación y enseñanza, así como sobre la vida económica, a los que se dotaba de fuerza coactiva con vinculación jurídica y del carácter de principios programáticos, de normas fundamentales y de reglas de interpretación.

“Frente a esto, la Ley Fundamental de 1949 garantiza los derechos fundamentales en su primer artículo como “derecho directamente aplicable”, al que quedan vinculados el legislador el poder ejecutivo y la jurisdicción. Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos. Para su garantía se abrió al ciudadano la posibilidad de acceder a la vía judicial en caso de una violación de sus derechos fundamentales e interponer por último el recurso de amparo. Desde entonces la tarea de la protección de los derechos fundamentales es una parte esencial del Tribunal Constitucional Federal.” (Op. cit., pp. 11-2.)

Esta longa citação foi de propósito, pois, além dos dois motivos já alegados, ela também prenuncia a fundamental importância do Tribunal Constitucional Federal na configuração dos Direitos Fundamentais dentro do espectro político da República Federal Alemã.

Devido ao fato de haver na República Federal da Alemanha e na Itália sistemas de proteção aos Direitos Fundamentais, a própria Corte de Justiça, para neutralizar os riscos de pôr em causa algum direito comunitário que deles dimana, se refere a Direitos Fundamentais. Ela tomou, assim, emprestado dos sistemas nacionais e os inseriu dentro da ordem jurídica comunitária, termos não previstos nos Tratados (conforme Joël Rideau. Op. cit., p. 584).

À guisa de cerrarmos este subtópico, gostaríamos de registrar a íntima relação existente entre a questão conceptual dos Direitos Fundamentais e a História, entendida esta com todas as suas condicionantes. Assim, apesar de havermos dado um tópico autônomo para a análise da definição e terminologia, na verdade elas são corolários do fator histórico. Ou, como quer Joaquim Herrera Flores: "Los derechos fundamentales cumplen, pues, una función importantísima a la hora de delimitar la actuación de los valores jurídicos y de la plasmación concreta del nuevo tipo de Estado que va consolidándose en la pos-guerra." (A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales, p. 182.)

Como se vê, os Direitos Fundamentais são preceitos que representam valores e, como tal, têm força interpretativa.

4. Aspectos gerais dos Direitos Fundamentais

Há, na doutrina alemã, um estudo em torno dos Direitos Fundamentais que se constitui, de certa maneira, como uma introdução, uma propedêutica que antecede a análise dos artigos em particular. Este estudo, em grande parte, está ancorado nas decisões dos Tribunais Superiores. A obra de Seifert/Hömig, já mencionada no subtópico 2.1., supra, nos servirá de guia nesta parte de nosso trabalho. Com o intuito de não tornar o estudo enfadonho, evitaremos, ao máximo, as traduções, como também a remissão à citada obra (o assunto está tratado nas páginas 28 e seguintes). Quando se tratar de outros autores, procederemos como vimos fazendo até agora.

É reconhecido que os Direitos Fundamentais incorporam uma ordem de valores objetiva que, como determinações de direito de natureza constitucional, vale para todos os domínios do Direito, como também são diretivas e dão impulso ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Daí resulta que as normas do direito comum devam ser determinadas e interpretadas à luz dos Direitos Fundamentais. A este respeito, comenta Schneider que "... el Tribunal Constitucional Federal ya ha destacado, en este sentido, que los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, son también elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un "sistema axiológico" que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del derecho" (op. cit., p. 25).

Alguns Direitos Fundamentais também representam uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma é preservado e pelo qual se assegura a instituição respectiva. Os Direitos Fundamentais são protegidos pelos respectivos institutos, sendo estes precedidos por princípios estruturais, dentro dos quais aqueles asseguram a força da decisão do Poder Constituinte. Alguns exemplos desses institutos são a "liberdade de imprensa" (aspas dos autores alemães), derivada do artigo 5.º, alínea 1.ª;

“a liberdade da ciência” (idem), derivada do artigo 5.º, alínea 3.ª; o instituto do casamento e da família, artigo 6.º, alínea 1.ª; a instituição da escola particular, derivada do artigo 7.º, alínea 4.ª, e o instituto da propriedade e sucessão, artigo 14, alínea 4.ª

No tocante à eficácia dos Direitos Fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung*), encontramos as considerações mais palpitantes, sugerindo que os mesmos, nessa área, são tratados com muita atenção e delicadeza. Isso significa pôr a questão seguinte: até que ponto os Direitos Fundamentais têm valor, não só entre a relação cidadão-Estado, mas também nas relações dos cidadãos entre si, ou seja, nas relações particulares ou privadas? Ou, por outra: é possível invocar os Direitos Fundamentais nesta última categoria de relações? No tocante ao artigo 9.º, alínea 3.ª, a própria Lei Fundamental é clara, no sentido de que vale para além do campo ou domínio estatal. Outros Direitos Fundamentais, como o do artigo 4.º, alínea 3.ª, em sua essência, só podem ser endereçados contra o Estado. Temos então que, no domínio das relações dos cidadãos entre si, os Direitos Fundamentais não podem ser acionados. Estes, entretanto, servem de filtro interpretativo às normas do Direito Civil. Isso quer dizer que eles estão antes de toda e qualquer cláusula geral do Direito Civil e, estas, deverão ter o seu sentido jurídico preenchido pelo espírito (*im Geiste*) dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, isso também significa que os órgãos do Estado não se podem valer das fendas (*Lücken*) do Direito Civil para, em nome delas, retirar ou negar os laços impostos pelos Direitos Fundamentais.

Schneider denomina esta eficácia dos Direitos Fundamentais em relação a terceiros como “eficacia horizontal o social”. De acordo com esse autor, “los problemas de esta vinculación frente a terceros o eficacia social ha hecho llenar bibliotecas enteras en la República Federal. Prescindiendo del Tribunal Federal del Trabajo y de algunas voces en la bibliografía especializada, hasta ahora nadie ha abogado por una eficacia social inmediata de los derechos fundamentales” (op. cit., p. 22).

Depois de acentuar, da mesma forma que Schneider, o aspecto de somente o Tribunal Federal do Trabalho, com o apoio de autores isolados, haver aplicado os Direitos Fundamentais nas relações privadas, Starck justifica a posição contrária, da maioria, dizendo: “Cet effet obligatoire dans le domaine du droit civil découle de la supposition que les droits fondamentaux sont des normes de base de tout système juridique.” (Op cit., p. 1.283.)

A capacidade ou aptidão para os Direitos Fundamentais, i.é, a titularidade de uma pessoa natural ou jurídica, no que toca aos Direitos Fundamentais, é de ser analisada em cada caso concreto. Isso se deve ao fato de que a Lei Fundamental só garante certos Direitos Fundamentais a alemães, tais como, v.g., os previstos nos artigos 8.º, 9.º, alínea 1.ª, 11, 12, 16, alíneas 1.ª e 2.ª E o artigo 9.º, alínea 3.ª, que torna a capacidade da pessoa jurídica, no que pertine aos Direitos Fundamentais, praticamente

independente desse estado mesmo assim, exige que se averigue a questão em sua essência, para saber até onde vai a aptidão dos Direitos Fundamentais.

Há também a maioria para os Direitos Fundamentais. Essa não é igual e, por isso, não se confunde com a maioria civil e/ou com a maioria processual. Aqui se pode fazer valer o princípio de que, embora menor, o mesmo já possui o critério de, por sua vontade pessoal, fazer valer pessoalmente os seus direitos. Se, entretanto, o próprio interessado não der a devida importância aos seus Direitos Fundamentais, podem, os seus representantes legais, fazer valer os mesmos por ele.

Uma particularidade interessante é de se saber se se pode renunciar aos Direitos Fundamentais. Esta, a renúncia, não é permitida, nem em relação a todos os Direitos Fundamentais, nem em relação a um só deles, especificamente. Pode-se, entretanto, em determinados casos, renunciar temporariamente à autoridade imanente aos Direitos Fundamentais. Isso, no fundo, não é nada mais do que uma maneira de se utilizar, ou não, dos mencionados direitos. Há uma exceção: a dignidade (artigo 1.º, alínea 1.ª, da Lei Fundamental) é irrenunciável, sob todos os aspectos. Somos da opinião de que o valor (Wert) da dignidade é, na Lei Fundamental, de natureza transcendental.

É possível haver uma concorrência de Direitos Fundamentais. Nesse caso, as normas de Direito Fundamental (Grundrechtsnormen), como as do artigo 1.º, alínea 1.ª (dignidade da pessoa humana), do artigo 2.º, alínea 1.ª (livre desenvolvimento da personalidade), e do artigo 3.º, alínea 1.ª (a igualdade de todos perante a lei), recuam diante das normas especiais de Direito Fundamental (speziellen Grundrechtsnormen), tais como as dos artigos 5.º, alínea 1.ª (liberdade de expressão), 8.º e 9.º (direito de reunião e associação, respectivamente), 11 (liberdade de circulação) e 12, alínea 1.ª (prestação de serviço militar). Se a norma tem um sentido específico, como é o caso do artigo 3.º, alínea 1.ª (isonomia) e do artigo 6.º, alínea 1.ª (casamento e família sob especial proteção do Estado), assim deve ela então ser aplicada, i.é, deve provar o estado de coisas numa relação o mais objetiva possível. Pode, não obstante, a outra norma oferecer uma contribuição de valor fundamental, na aplicação da norma principal, em sua explicação e interpretação.

No caso de haver colisão de Direitos Fundamentais, ou seja, se Direitos Fundamentais se chocam com diferentes titulares, deve ser efetuada uma ponderação de bens (Güterabwägung). Isso tem a finalidade de concluir, no caso concreto, qual a cláusula constitucional que tem o maior peso. O ponto de partida não é, entretanto, aceitar a repressão completa de um dos Direitos Fundamentais, mas procurar no meio da colisão dos mencionados direitos um acordo moderado, no sentido de ambos permanecerem com eficácia, pelo menos em parte.

Para a explicação dos Direitos Fundamentais, ou seja, em sua interpretação, como também no restante das normas da Lei Fundamental, é de

se recorrer a vontade do legislador no momento em que os anunciou. Os anais também podem ser invocados. E, na dúvida, deve-se optar por aquela que mais fortaleça o preceito da Lei Fundamental. Aqui achamos oportuno esclarecer que, apesar de para muitos a remissão à *mens legislatoris*, bem como para os anais, apresentar uma forma já superada e obsoleta de interpretação, tal não é, entretanto, o caso, se se levar em conta o especial contexto histórico em que a Lei Fundamental foi redigida. Não se pode, e nem se deve, olvidar do exposto no preâmbulo do nosso trabalho. Esta fidelidade à vontade do legislador constituinte e aos anais revela como se entranharam, se assim nos é dado expressar, na opinião (*Meinung*) jurídica alemã as exigências, talvez até certo ponto crisálidas, das forças de ocupação.

A Lei Fundamental também cuida de Deveres Fundamentais i.é, obrigações prescritas pela citada Lei aos cidadãos em relação ao Estado. São, é verdade, em número pequeno, e estão assim enunciados: art. 5.º, alínea 3.ª (a fidelidade do ensino à Lei Fundamental), art. 6.º, alínea 2.ª (a obrigação primordial dos pais em cuidar e educar os seus filhos), art. 12, alínea 2.ª (a obrigação de prestar o serviço militar ou, se por razões de consciência recusar, a obrigação de prestar outro serviço a título de substituição) e art. 14, alínea 2.ª (a obrigação inerente a propriedade que, mesmo assim, deve servir ao bem comum).

No respeitante à proteção dos Direitos Fundamentais, todos os órgãos estão vinculados, por meio da Lei Fundamental (art. 1.º, alínea 3.ª), a esta missão. Isto toca especialmente aos Tribunais, sobretudo ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), guarda supremo da Lei Fundamental. Além das decisões sobre divergências no tocante à constitucionalidade do direito comum (art. 93, alínea 1.ª, frase 2.ª e art. 100, alínea 1.ª), o Tribunal Constitucional Federal tem a competência originária para decretar a caducidade dos Direitos Fundamentais elencados no art. 18 da Lei Fundamental. E, pelo art. 93, alínea 1.ª, frase 4.ª, qualquer titular pode invocar o Tribunal Constitucional Federal, por meio da queixa constitucional (recurso constitucional — “*Verfassungsbeschwerde*”), se estiver convencido de que algum Poder Público lhe tenha ferido algum Direito Fundamental.

Aqui julgamos, de toda conveniência, intentar mais uma elucidativa digressão. É o que desejamos salientar é a coerência do Legislador Constituinte, no sentido de manter, a nível da Lei Fundamental, a integridade do valor (*Wert*) da dignidade humana. Para tanto, são de considerar três disposições da Lei Fundamental: o art. 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª; o art. 18, *in totum* e o art. 93, alínea 1.ª, frase 4.ª

Os artigos citados estão assim enunciados:

“Artikel 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” (3) “Die nach-

folgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

“Artikel 18 Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14), oder das Asylrecht (Artikel 16 Abs 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrecht. Die Verwirkung und ihr Ausmass werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.”

“Artikel 93 (1) 4 a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.”

No vernáculo:

Artigo 1.º, alínea 1.ª: a dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Alínea 3.ª: os direitos fundamentais que seguem, comprometem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a título de direito diretamente aplicável.

Artigo 18: Perde os direitos fundamentais da liberdade de opinião, especialmente a liberdade de imprensa (art. 5.º, alínea 1.ª), a liberdade de ensino (art. 5.º, alínea 3.ª), a liberdade de reunião (art. 8.º) e a liberdade de associação (art. 9.º), o segredo das comunicações postais e das telecomunicações (art. 10), e, ainda, o direito de propriedade (art. 14) e de asilo (art. 16, alínea 2.ª), todo aquele que, para combater o regime fundamental de liberdade e democracia, abuse dos mesmos. A perda e o seu respectivo alcance serão pronunciados pelo Tribunal Constitucional Federal.

Artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª: sobre recursos de queixa por inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo aquele que se julgue ferido pelo poder público em um de seus direitos fundamentais, ou em um de seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4.ª, 33, 38, 101, 103 e 104. (O *caput* do art. 93 estabelece: “O Tribunal Constitucional decide:”).

Vejamos como agiu o Legislador Constituinte:

No artigo 1.º, alínea 1.ª, ele, após enunciar categoricamente a dignidade humana como sendo sagrada, intocável, vinculou, em razão da sua afirmação, o Poder Público na tarefa de respeitá-la e protegê-la. E, na alínea 3.ª do mesmo artigo, os três Poderes estão obrigados a aceitar os Direitos Fundamentais como sendo diretamente aplicáveis. E isso se deve pelo motivo de que os Direitos Fundamentais se constituem no solo sobre o qual se erige a dignidade humana. Aquele deve ser preservado contra qualquer investida, para que esta medre.

Entretanto, a liberdade no uso de certos Direitos Fundamentais encontra, no artigo 18, um critério de limitação. É sabido que a liberdade

de opinião ilimitada pode acarretar a liberdade limitada de não se ter opinião nenhuma. Aqui é importante destacar que o Legislador Constituinte pôs dois anteparos à proteção dos Direitos Fundamentais: um, direcionado ao Estado (artigo 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª) e, o outro, à Sociedade (artigo 18).

Quanto à proteção dos Direitos Fundamentais e, implicitamente, para garantir a eficácia, a validade, o valor da dignidade humana, o Legislador Constitucional elegeu, para este encargo, um órgão especial: o "Sundesverfassungsgericht" (artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª). Importante, nesse ponto, é assinalar um detalhe técnico: ao atribuir ao Tribunal Constitucional Federal não somente a competência da proteção dos Direitos Fundamentais (artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª), mas, também, a competência para pronunciar a sua perda (artigo 18), o Legislador Constituinte, na verdade, reforçou a proteção. Além disso, com a presentificação desta técnica, percebe-se a relevância incomensurável do Tribunal Constitucional Federal no contexto constitucional alemão.

O mencionado Tribunal, em suas decisões, tem-se referido à proteção dos Direitos Fundamentais, entendendo: para que os Direitos Fundamentais possam satisfazer a realidade social, necessitam de proteção para a sua realização, de formas organizadas e de métodos de procedimento adequados, a cargo do legislador (conforme Seifert/Hömig. Op. cit., p. 35).

Um outro aspecto, não mais relacionado à proteção, mas ainda dentro do campo das generalidades, é analisado por Starck sob o título do "princípio da proporcionalidade". Trata-se do dilema entre a força obrigatória dos Direitos Fundamentais e a competência do legislador em restringir estes direitos. Se, por si só, o objetivo de proteção dos bens juridicamente protegidos bastar para restringir um Direito Fundamental, o legislador poderá alegar a cláusula de supremacia. Este resultado pode ser evitado se os meios de proteção a estes bens estiverem previstos na própria Lei Fundamental. É o caso do artigo 11, alínea 2.ª: "Este direito apenas pode ser restringido por lei ou com base numa lei e só quando a falta de meios de subsistência possa acarretar encargos excepcionais para a coletividade ou a restrição seja necessária para a defesa frente a um perigo iminente contra a ordem constitucional liberal. . . ." Mesmo quando a necessidade não é mencionada nos outros Direitos Fundamentais, o princípio, não obstante, se aplica também às outras reservas legais. Este princípio permite evitar o dano de limitações inúteis, como também, de atualizar a cláusula de supremacia. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal exige não somente que as restrições a um Direito Fundamental sejam necessárias, mas que elas também se apresentem apropriadas e proporcionais num sentido restrito. São apropriadas as leis e as medidas quando se mostram capazes de proteger um bem juridicamente protegido. São necessárias as leis e medidas apropriadas, quando configuram um meio, o mais brando, para proteger o bem. E, são proporcionais as leis e as medidas necessárias, quando restringem o Direito Fundamental de uma maneira razoável, res-

guardando as vantagens que tem a coletividade. Em sentido amplo, os três critérios (de apropriação, de necessidade e de proporcionalidade) se configuram, então, no princípio da proporcionalidade (conforme Starck. Op. cit., pp. 1.269-70).

5. *A visão doutrinária dos direitos fundamentais*

Uma preocupação constante em toda a doutrina se refere à questão da classificação dos Direitos Fundamentais. Isso, de certa maneira, toca a problemática da hierarquização, numa tentativa de estabelecer um critério de interpretação. Pensamos, por isso, que este ponto merece um subtópico.

5.1. *Classificação dos direitos fundamentais*

Encontramos em Schneider uma subdivisão dos Direitos Fundamentais baseada num critério valorativo. Os Direitos Fundamentais se classificam, então, tendo em vista o que asseguram, ou seja, a garantia de liberdade, de igualdade e garantias objetivas.

O maior número dos Direitos Fundamentais são, segundo o autor, garantias de liberdade. Nesta categoria se encontram os Direitos Fundamentais da pessoa (o livre desenvolvimento da personalidade, o direito à vida e à integridade física e a liberdade de movimento e de residência), os Direitos Fundamentais de comunicação (liberdade de opinião, liberdade da ciência e da arte, liberdade de consciência, liberdade de reunião e liberdade de associação) e os Direitos Fundamentais econômicos (liberdade de profissão, liberdade industrial e comercial e o direito à propriedade). Todos estes direitos têm em comum o fato de somente poderem ser restringidos por uma lei, ou sobre a base de uma lei (princípio da reserva legal), não alcançando a lei, entretanto, o seu conteúdo essencial (dos Direitos Fundamentais).

As garantias de igualdade se fundamentam no princípio da isonomia. O autor alega ser discutível se este princípio permite que o legislador trate, de acordo com a situação objetiva, os iguais por iguais e os desiguais por desiguais. Continua dizendo que a teoria constitucional alemã não se tem decidido a respeito, não obstante proíba ao legislador a arbitrariedade de tratar por iguais os desiguais (ou vice-versa), o que, por fim, se reduz, na prática, a uma mera proibição ao uso da arbitrariedade. Há igualdades no sentido individual (igualdade jurídica do homem e da mulher, equiparação dos filhos naturais, igualdade de acesso a cargos públicos e igualdade de sufrágio), e no sentido coletivo (igualdade de oportunidades para os partidos políticos e sociedades religiosas). Afora isso, existem dois artigos na Lei Fundamental (artigo 3.º, alínea 3.ª e artigo 33, alínea 3.ª) proibindo expressamente o Estado de fazer uso de certas características com o intuito de prejudicar alguém. Os dois artigos citados enunciam: sexo, ascendência, raça, língua, pátria e origem, credo, opiniões religiosas e políticas.

As garantias objetivas são das mais variadas classes. O autor enumera, v. g., a nacionalidade, com todos os seus direitos anexos (sufrágio, acesso a cargos públicos, direito de petição e direito de asilo), as garantias de determinadas instituições (propriedade e herança, matrimônio e família, escola, universidade, igrejas, partidos, autonomia para convênios coletivos e autonomia administrativa comunal), e determinadas atuações de esfera privada (inviolabilidade de domicílio, segredo postal e de comunicações e direitos da personalidade). Por fim, há as garantias especiais de justiça (garantias processuais, direito ao juiz legal e de prestar declaração, nenhuma pena sem previsão em lei e proibição de dupla punição) (conforme Schneider. *Op. cit.*, pp. 18-9).

Uma outra classificação é empreendida por Starck e Stein. Ambos se baseiam na divisão feita por Jellinek, que entendia os Direitos Fundamentais em três categorias: "status negativo" (liberdade do Estado, "status positivo" (pretensões frente ao Estado) e "status activo" (direitos políticos) (conforme Ekkehart Stein. *Derecho político*, p. 238).

O primeiro autor citado faz uso da classificação de Jellinek, sem restrições, e a aplica para uma divisão dos direitos presentes na Lei Fundamental. Como não são apenas os Direitos Fundamentais a figurarem no mapeamento realizado por Starck, julgamos não ser de interesse perscrutá-lo, uma vez que foge ao nosso escopo.

Stein, ao contrário, não aceita o pensamento de Jellinek. Após afirmar que, apesar da classificação de Jellinek ser proveitosa pelo fato de demonstrar aspectos importantes dos Direitos Fundamentais argumenta, não obstante, no sentido de a mesma poder levar a erros, pois os Direitos Fundamentais apontam para variadas direções, pelo que oferece sua preferência por Rudolf Smend que, segundo ele, ao tempo da Constituição de Weimar, construiu a "teoria da integração" com o desiderato de enfeixar uma base para a interpretação dos Direitos Fundamentais. Neles percebeu Smend uma "integração objetiva" (aspas do autor). Para Stein, "Su contenido objetivo tiene un efecto integrador: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos. Concretizan la libertad y la garantizan bajo esta figura concretizada, no en el sentido de una expresión descriptiva de la realidad, sino en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar. Por ello, no pueden limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que deben concebirse como relaciones vinculantes entre el individuo y el Estado; es decir, como el fundamento de la unidad política" (op. cit., pp. 239-40).

Para Konrad Hesse, os Direitos Fundamentais apresentam um duplo caráter, i.é, direitos subjetivos, por um lado e, por outro, elementos fundamentais de uma ordem objetiva. Preleciona o autor tedesco: "In den Grundrechten des Grundgesetz verbinden sich, unterschiedlich akzentuiert

und oft in fließenden Übergängen, mehrere Bedeutungsschichten. Einerseits sind sie subjektive Rechte, Rechte des Einzelnen, und zwar nicht nur in den Menschen — und Bürgerrechten im engeren Sinne (z.B. Art. 3, 4, 5, 8, 9 GG), sondern auch dort, wo sie zugleich ein Rechtsinstitut oder die Freiheit eines Lebensbereiches gewährleisten (z.B. Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1, 5 Abs. 3 GG). Andererseits sind sie Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens. Dies ist anerkannt für Garantien, die nicht primär Individualrechte enthalten oder die überhaupt keine Individualrechte gewährleisten, gleichwohl aber in den Grundrechtskatalog der Verfassung aufgenommen sind (z.B. Art. 7 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 5 GG). Es gilt auch für diejenigen Grundrechte, die primär als subjektive Rechte ausgestaltet sind." (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, páginas 112-13). (Os Direitos Fundamentais se combinam, no interior da Lei Fundamental, em camadas de significados com diferenças acentuadas e, às vezes, com transições fluentes. Por um lado eles são direitos subjetivos, direitos de todos, não só no sentido restrito de pessoas ou cidadãos (v. g., arts. 3.º, 4.º, 5.º, 8.º e 9.º da Lei Fundamental), mas também onde eles garantem, simultaneamente, um instituto jurídico e a liberdade na esfera da existência (v. g., arts. 6.º, alínea 1.ª, 14, alíneas 1.ª e 5.ª, alínea 3.ª da Lei Fundamental). Por outro lado, são elementos fundamentais de uma ordem objetiva da comunidade. Aquela é reconhecida a título de garantias, não contendo direitos individuais primários ou, no geral, nenhum direito individual garantido, não obstante estarem acolhidos no catálogo dos Direitos Fundamentais da Constituição (v. g., art. 7.º, alínea 1.ª, alínea 3.ª, frases 1.ª e 2.ª, alínea 5.ª da Lei Fundamental). Ela também vale para aqueles Direitos Fundamentais constituídos de direitos subjetivos primários.)

5.2. *Funções dos direitos fundamentais*

Sob o aspecto funcional e teleológico (toda função tem vista um fim, pelo menos na obra humana), os Direitos Fundamentais travejam toda a estrutura do chamado "Rechtsstaat", ou seja, "Estado de Direito". Isso se deve porque, de acordo com Herrera Flores, "Es en la Grundgesetz o Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1949, donde encontramos por primera vez reconocido el término derechos fundamentales en toda su plenitud. Dos son las razones que fuerzan la aparición del término; por un lado la necesidad de superar el estrecho marco ofrecido por el concepto de derechos públicos subjetivos dentro de la nueva configuración del Estado Social, y por otro lado, la exigencia de articular el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político" (op. cit., p. 182).

Schneider, em seu trabalho já citado, dedica um tópico autônomo à análise das funções dos Direitos Fundamentais. Entende que, "Considerados en abstracto, los derechos fundamentales son, en primer lugar, fin en sí mismos y expresión de la dignidad humana que sólo se pueden funcio-

nalizar de maneira limitada. (...) Por outra parte, es indiscutible que los derechos fundamentales, como contenido objetivo de integración de la Constitución (Smend), participan en la constitución del Estado y las posibilidades de realización de los mismos deciden, al mismo tiempo y de manera esencial, si los principios estructurales de la Constitución cobran realidad y efectividad en el proceso político. (...) Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente" (páginas 22-3).

Em sua obra *Derecho político*, Stein argumenta que "los derechos fundamentales resuelven conflictos entre los intereses particulares y los intereses estatales, y que lo hacen esencialmente en contra de los intereses estatales. Se dirigen, por tanto, contra el Estado" (pág. 241).

Além de se constituírem num direito de defesa do cidadão contra o Estado, os Direitos Fundamentais são também, simultaneamente, no entendimento do "Bundesverfassungsgericht", "elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un "sistema axiológico" (aspas do autor) que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los setores del Derecho" (conforme Schneider. Op. cit., p. 25).

Gostaríamos de focar, do exposto supra, uma particularidade relevante. No pensamento de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, o Estado tinha uma função em si, antes e acima de tudo: garantir a paz, a segurança e a felicidade dos participantes do pacto ou da associação. Com o tempo, porém, o Estado tomou certas feições a ponto de possibilitar a pergunta: o Estado foi feito para o indivíduo ou este para o Estado? A esta interrogação responde a Lei Fundamental: o moderno Estado Social Democrático é um meio de preservar a dignidade humana, cuja expressão máxima se contém nos Direitos Fundamentais. O artigo 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª, da Lei Fundamental, traduzidas no tópico 4, supra, são de clareza meridiana, estremes de dúvida.

6. O Tribunal Constitucional Federal

Um belo e incrementado elenco inserido numa Constituição, anunciando Direitos, amiúde denominados de Individuais ou Sociais, não tem valor jurídico nenhum se, em contrapartida, não houver um Poder ou um órgão destinado a assegurar a sua eficácia. Nesse caso, na verdade, até destoa, como tudo aquilo que não está no seu lugar. Nunca nos devemos olvidar da assertiva de Jhering: "A coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do direito; uma regra de direito desprovida de coação jurídica, é um contra-senso: é um fogo que não queima, um facho que não alumia." (*A evolução do direito*, pp. 270-1). Gabriel Tarde expressou a mesma idéia numa frase de estilo elegante: "O poder afinal é o privilégio de se fazer

obedecer.” (Apud. Jean Cruet. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 118). Bem entendido, é o privilégio de se fazer obedecer, para que o Poder não ouça o agravo de Shilok (personagem de Shakespeare): “A libra de carne que eu reclamo, eu a pagarei caro, ela é minha e eu a quero. Fora pois a vossa justiça se vós ma recusais. O direito de Veneza está sem força. É a lei que eu intimo. Eu me apoio aqui sobre o meu título.” (Apud, Jhering. *A luta pelo direito*, p. 68). O Legislador Constituinte entendeu o recado de seu jurista patricio e tratou de evitar escutar intimações semelhantes às de Shilok. Pelo artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, toda pessoa que se sentir ofendida em seus direitos por uma agressão dos Poderes Público, poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente para conhecer do recurso, a via será para os Tribunais Ordinários. Isso não impede, entretanto, que o interessado faça uso do artigo 93, alínea 1.^a, frase 4.^a, ou seja, recorra ao “Bundesverfassungsgericht” por meio da “Verfassungsbeschwerde”, i.é, queixa constitucional (tradução literal), que se configura como um recurso extraordinário. O fecho disto está no artigo 1.^o, alíneas 1.^a e 3.^a, da Lei Fundamental (traduzidas no tópico 4., supra).

Fica assim esclarecida e, no decorrer deste tópico, ainda mais, a relação que mencionamos no preâmbulo do nosso trabalho, *in fine*.

Aqui desejamos apenas salientar duas facetas: a jurisdição constitucional, conseqüência da existência do Tribunal Constitucional Federal e, em breves linhas, descrever os recursos que ao mesmo podem ser endereçadas.

6.1. *A jurisdição constitucional*

Uma idéia quase sempre presente quando se fala ou se lê a respeito de jurisdição constitucional (ou justiça constitucional) é a de que isso seja um fenômeno do nosso século, mormente do pós-guerra. A Alemanha, entretanto, é uma exceção. Há um breve histórico da jurisdição constitucional alemã no trabalho de Hans Joachin Faller, epigrafiado “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, onde está registrado que a Constituição de 28 de março de 1849, sancionada pela Assembléia Nacional reunida na Igreja de São Paulo, situada em Frankfurt e, por isso, denominada de “Constituição da Igreja de São Paulo” (aspas do autor), havia previsto uma jurisdição constitucional com amplas atribuições. Infelizmente, devido à revolução alemã de 1848-9, esta Constituição nunca entrou em vigência. As duas Constituições que se seguiram, a da Liga Alemã do Norte, de 1867 e Constituição Imperial de Bismarck, de 1871, nenhuma se referiu à jurisdição constitucional. A Constituição de Weimar, de 1919, apenas previu uma jurisdição constitucional limitada. Encontramos na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, resgatada a pretensão da Assembléia reunida na Igreja de São Paulo: a existência de um Tribunal Constitucional com amplas atri-

buições para a defesa da Constituição (conforme autor e obra citada, pp. 48 e ss.).

Na visão de Eduardo Garcia de Enterría, “la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, “en el Tribunal de la Historia”, en el “plebiscito diario” (aspas do autor) sobre el que una comunidad se asienta por la comunión de ciertos principios” (*La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 203).

José Luis Cascajo Castro assinala que “La jurisprudencia constitucional, tutelando la coherencia del sistema normativo a la luz de los principios y las normas constitucionales, va remodelando dinámicamente el ordenamiento jurídico”. Em seguida cita Verdú, dizendo que a justiça constitucional é “la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo”. (*La jurisdicción constitucional de la libertad*, p. 154). Castro acentua ainda ser a jurisdição constitucional da liberdade um meio ótimo de controle jurisdicional para tutelar a superioridade de alguns direitos fundamentais e a sua inderrogabilidade (p. 161). Sob este aspecto, entra em pauta o problema da interpretação da Constituição, máxima dos Direitos Fundamentais. Entende Herrera Flores que a interpretação representa um ponto de encontro, bem como uma banca de prova, das diversas teorias que tratam dos mencionados Direitos, sendo também um dos fatores mais decisivos para a sua realização (op. cit., p. 189). É ainda por meio da jurisdição constitucional da liberdade que os Direitos Fundamentais recebem e obtêm “ihren vollen Charakter als subjektive Rechte” (o seu pleno caráter de direitos subjetivos). (Cascajo. Op. cit., p. 165). Realmente, nos informa Starck: “Au Conseil parlementaire qui élabore la Loi fondamentale, les droits fondamentaux furent caractérisés comme des droits subjectifs invocables à l'appui d'une action en justice. Cette qualification résulte directement de l'idée des droits de l'homme, c'est-à-dire de droits attachés au sujet humain. Le caractère subjectif des droits fondamentaux découle également du fait que, par la clause de suprématie et par la mise en place des recours appropriés, la constitution protège des droits fondamentaux par des garanties procédurales” (op. cit., p. 1.274).

Mirkine-Guetzévitch entende, por fim, que a jurisdição constitucional traduz o que ele chama de “o processo de racionalização do poder” (*As novas tendências do direito constitucional*, p. 71)

6.2. Os recursos existentes para o “Bundesverfassungsgericht”

A Lei Fundamental prevê três caminhos pelos quais é possível a defesa dos Direitos Fundamentais. Trata-se, na verdade, em todos os casos, de um controle da constitucionalidade das leis. Entretanto, devido ao procedimento, efeitos e características, recebe o nome de jurisdição constitucional.

O controle da constitucionalidade, *stricto sensu*, recebe o nome de “Normenkontrolle”, i.é, controle de normas. O procedimento, para tal controle, tem duas vias: “konkrete Normenkontrolle”, prevista no artigo 100, alínea 1.^a, da Lei Fundamental, e “abstrakte Normenkontrolle”, prescrita no artigo 93, alínea 1.^a, frase 2, também da Lei Fundamental. Klaus Schlaich explica isso da seguinte maneira: “Richterliche Normenkontrolle i. S. einer Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Normen kann auf zweierlei Weise geschehen: Entweder beurteilt jeder Richter anlässlich seiner Entscheidung des anstehenden Einzelfalls “inzident” (aspas do autor) die Verfassungsmässigkeit und damit die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit der einschlägigen Norm. Oder es entscheidet ein Gericht, “abstrakt” (aspas do autor) mit dem Ziel der generellen und allseits verbindlichen Feststellung über die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit einer Norm.” (*Das Bundesverfassungsgericht*, p. 59). (O controle judicial das normas, i. é, um controle de constitucionalidade de uma norma pode ser feita de duas maneiras: ou cada juiz julga, no momento de sua decisão, o incidente em resposta isolada (aqui esclarecemos que se trata do “konkrete Normenkontrolle), verificando a constitucionalidade e, com isso, a aplicabilidade ou não da correspondente norma. Ou o Tribunal Constitucional Federal decide abstratamente com objetivo geral, e verifica, sob todos os aspectos, a obrigatoriedade da validade ou a nulidade da norma.)

Na página 72, preleciona o mencionado autor no sentido de que, quando se trata do “konkrete Normenkontrolle”, o juiz tem a competência de fazer o teste legal. Tem ainda a competência e a obrigação de decidir sobre a constitucionalidade da norma. Se a estimar inconstitucional, deve suspender o feito e remeter a questão ao “Bundesverfassungsgericht”. E, na página 67, ensina que, no segundo caso (“abstrakte Normenkontrolle”) o Tribunal Constitucional conhece a questão de imediato. O pedido será feito, ou pelo Governo Federal, ou pelo Governo Estadual, ou por um terço dos membros do Parlamento (Bundestag). O objeto do pedido consiste em dúvidas relativas à compatibilidade formal e material entre a legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou com a compatibilidade de direitos dos Estados-Membros em relação à legislação federal.

O controle jurisdicional das leis, em sentido lato, está previsto no artigo 93, alínea 1.^a, frase 4.^a, já mencionado e traduzido no tópico 4., supra. Uma íntima relação existe entre este artigo (e correspondente alínea e frase) e o artigo 19, alínea 4.^a, também já traduzido no tópico 6., supra. Esta alínea foi denominada por Jellinek de “norma régia”. (Apud. Otto Bashof. *Jueces y constitución*, p. 31). A íntima relação se explica porque, como diz Schneider, “Si allí no se le reconoce su derecho le queda todavía el camino de Karlsruhe: el recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional Federal (art. 93, párrafo 1, frase 4, Ley Fundamental)” (op. cit., p. 21).

Já se percebe que agora se trata da “Verfassungsbeschwerde”. A tradução literal resulta em queixa constitucional. A palavra “Beschwerde”

significa queixa (há outros sentidos ainda, mas não relacionados ao caso). E "Verfassung", de acordo com o exposto no subtópico 2.1., supra, se traduz por Constituição. Deixando de lado a tradução literal, a palavra deve ser entendida como sendo um recurso constitucional, um instrumento específico para a proteção dos Direitos Fundamentais. Inicialmente não estava albergado pela Lei Fundamental, embora tenha seus antecedentes nas leis regionais da Baviera, de 1919 e de 1946, segundo Fix-Zamudio. Esclarece ainda o autor que o mesmo foi introduzido em 1951, pelo legislador ordinário, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal. Em 1969, com a reforma da Lei Fundamental, foi elevado ao "status" constitucional, onde está até hoje (frase 4.^a, alínea 1.^a, artigo 93). (*Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países*, p. 364).

Encontramos em Seifert/Mömig uma definição, dada por uma decisão do próprio Tribunal Constitucional Federal: "Die Verfassungsbeschwerde ist ein dem Staatsbürger eingeräumter ausserordentlicher Rechtsbehelf, mit dem er Eingriffe der öffentlichen Gewalt in seine Grundrechte abwehren kann." (Op. cit., 450). (A "queixa constitucional" é um recurso extraordinário concedido ao cidadão com o qual ele pode se defender e/ou resistir à violação dos Poderes Públicos a seus Direitos Fundamentais.) Esta decisão é comentada, com maiores detalhes, na obra, já citada, de Klaus Schlaich, à pág. 97.

A definição pode suscitar a dúvida no sentido de saber porque antes falamos de controle jurisdicional das leis "lato sensu". A própria Lei Fundamental explica, uma vez que a mesma, na frase 4.^a, alínea 1.^a, artigo 93, menciona "recursos de queixa por inconstitucionalidade". Na verdade, o "Bundesverfassungsgericht" checa o ato do Poder Público, acusado de infringir algum Direito Fundamental (ou a esta equiparados: art. 20, alínea 4.^a, 33, 38, 101, 103 e 104, pela própria Lei Fundamental), no sentido de verificar se o mesmo está de acordo com a Lei Fundamental ou não. E o meio de se provocar este checamento é justamente o "Verfassungsbeschwerde".

Segundo Cascajo, todos aqueles que têm capacidade para serem titulares de Direitos Fundamentais (pessoas físicas, jurídicas, estrangeiros e, em alguns casos, até grupos sociais) podem, em princípio, interpor o "Verfassungsbeschwerde" (op. cit., p. 188-1).

O objeto deste recurso, como já foi dito, são os Direitos Fundamentais e aqueles a estes equiparados.

Existem dois artigos da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), cuja menção julgamos importante. Um deles é o artigo 31, alínea 1.^a: "Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Mehrfassungsorgane des Bundes und der Länder

sowie alle Gerichte und Behörden.” (As resoluções do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais, federais e estaduais, bem como os Tribunais e Autoridades.) O outro é o artigo 35: “Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.” (O Tribunal Constitucional pode, em sua decisão, determinar o órgão ou funcionário que deve executá-la; e, se esta tocar a ele, pode regular o seu modo e método.)

É de se ressaltar, por fim, a função do “Verfassungsbeschwerde”. De acordo com Klaus Schlaich, “Die Funktion der Verfassungsbeschwerde erschöpft sich nicht im individuellen Grundrechtsschutz, “sie hat auch die Funktion, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen... Insoweit kann die Verfassungsbeschwerde zugleich als spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts bezeichnet werden”. (Aspas do autor.) (Op. cit., pp. 101-2.) (A função da “queixa constitucional” não se esgota na defesa dos Direitos Fundamentais individuais. Ela também tem “a função de defender o Direito Constitucional objetivo, e servir para sua interpretação e aperfeiçoamento... por isso a “queixa constitucional” (aspas nossas, em todos os casos) pode ser designada simultaneamente como um específico meio de proteção jurídica do Direito Constitucional objetivo”).

Apesar de não estar elencado nos recursos constitucionais, é de se mencionar, não obstante, o que a doutrina alemã denomina de “Verfassungskonforme Auslegung”, pois ela também denota o caráter da jurisdição constitucional, “Verfassungskonforme Auslegung” (que não é de fácil tradução), seria uma interpretação em harmonia com a Constituição. Hesse a entende como um princípio, i.é, o princípio da interpretação em harmonia com a Constituição — “Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung”. O autor tedesco assim a explica: “Nach dem Grundsatz ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann. Dieser “Einklang” (aspas do autor) ist nicht nur dann vorhanden, wenn das Gesetz ohne die Heranziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte eine Auslegung zulässt, die mit der Verfassung vereinbar ist; er kann auch dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Inhalt des Gesetzes durch Inhalte der Verfassung bestimmt wird. Im Rahmen verfassungskonformen Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur “Prüfungsnormen”, sondern auch “Sachnormen” (aspas do autor) zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze.” (Op. cit., páginas 29-30.) Segundo este princípio, uma lei não é de ser interpretada como nula se pode ser explicada de acordo com a Constituição. Este “acordo” não só existe se a lei, sem atrair o ponto de vista constitucional, admite uma explicação em conformidade com a Constituição, como também quando pode ser restabelecido, v. g. no caso de a ambigüidade e indeterminação do conteúdo da lei poderem ser determinadas por meio do conteúdo da Constituição. Na moldura da interpretação em harmonia com a Constituição, as normas constitucionais não são somente “normas de controle”,

como também “normas objetivas” para a definição do conteúdo de leis simplesmente. Este princípio recebeu, segundo Hesse, elevada significação na jurisprudência do “Bundesverfassungsgericht” (p. 29). E Fix-Zamudio asserta que este instrumento (ele assim denomina o princípio) é da maior transcendência na justiça constitucional alemã dos últimos anos (op. cit., p. 373).

A “verfassungskonforme Auslegung” não se confunde, entretanto, com o que Schlaich denomina de “verfassungsorientierten Auslegung”, i.é, interpretação de orientação constitucional. Trata-se, como esclarece o autor, da explicação e do emprego de normas capazes de explicar (preencher espaços interpretativos vazios (Interpretationsspielraum) como, por exemplo, o artigo 826, do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), assim enunciado: “Quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano.” Ou de alcançar as decisões consideradas de base pela Constituição, como, por exemplo, de atentar à influência do artigo 5.º, alínea 1.ª, frase 2, da Lei Fundamental (A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e cinema estão garantidas. Não se exercerá censura), sobre o emprego de disposições e princípios do Direito do Trabalho (op. cit., pp. 187-8).

Feita esta diferenciação e retomando o caminho, salta aos olhos o “colosso jurídico” representado pelo Tribunal Constitucional, em seu labor de interpretar as leis em harmonia com a Lei Fundamental. Além de resguardar o ordenamento legal em sua pureza constitucional, ao mesmo tempo aproxima a Lei Fundamental da realidade permeada pelas leis. Com isso, a Lei Fundamental não é apenas um oráculo para consultas eventuais e graves. Ela se constitui, antes e acima de tudo, num critério de convivência que deve ser estimado e respeitado.

7. Conclusão

A “volonté générale”, tão enfatizada por Rousseau e já entrevista por Montesquieu, perdeu em nossa centúria e, mais especificamente, no seu meado, a aura com a qual esteve adornada desde a época do Século das Luzes. O Estado Democrático moderno não depende mais tão só e unicamente das Leis. Hodiernamente, com mais realismo, as principais forças que se interagem na estrutura do Estado elegeram um outro Poder ou Órgão Especial com a descomunal responsabilidade de guardar e manter íntegro o que fora caro para os principais pensadores políticos pós Idade Média: o pacto e a associação humana.

Neste novo processo de correlação de valores, sobressai o papel do juiz. Este emergir está muito bem expresso por Tomás-Ramón Fernández, na introdução que faz ao opúsculo de Bachof, mencionado no subtópico 6.2., supra, quando assenta, “. . . , porque lo que hoy falta (en lemania, en España y en todo occidente democrático) es, justamente, lo que a Montesquieu le sobraba, es decir, esa confianza ilimitada y ciega en la Ley, cuyo

mantenimiento a ultranza exigía convertir al juez en la boca que limita a pronunciar sus palabras, una confianza que los tiempos — y las necesidades — se han llevado por delante” (pp. 12-3).

Uma excelente prova do que afirma Fernández é a pergunta que Rita Thalmann faz à República de Weimar: “Como entender, com efeito, o paradoxo dessa República nascida na confusão de um país transtornado pela guerra, traumatizado pela derrota e suas conseqüências, que viu nascer os sonhos e a criatividade de homens e mulheres dos mais diversos horizontes?” (A república de Weimar, p. 7). Com certeza, a resposta não depende da Lei, pois a Constituição weimeriana não deixou por menos. A Alemanha, mais uma vez estraçalhada pela guerra aprendeu, não apenas a inscrever determinados valores nas leis, pois estas desde sempre os abrigaram, mas a assegurar-los efetivamente. O seu aprendizado tem servido a outros povos, a outras nações. Esta irradiação, num século que conviveu com duas guerras, dimana uma mensagem a qual os homens devem atentar e meditar: não basta apenas confiar nas Leis, é imprescindível que se lhe as respeite, máxime os valores nelas aninhados.

A amplitude dos poderes conferidos ao “Bundesverfassungsgericht”, pela Lei Fundamental, não tem-se mostrado em vão. O seu trabalho, desembocando em suas decisões, até hoje conseguiu convencer o povo alemão no sentido de respeitar os “Grundrechte”. E, nesta perspectiva, os Direitos Fundamentais têm apenas um significado parcial se a eles não se conectar o Tribunal Constitucional Federal. Então, de um lado há os Direitos Fundamentais, insculpidos na Lei Fundamental e, de outro, o “Bundesverfassungsgericht”. São, sem dúvida, os dois pilares que sustentam o “Rechtsstaat” alemão.

8. *Bibliografia*

- ALEMANHA. Leis, decretos etc., Código Civil Alemão, traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Rio de Janeiro. Ed. Record. 1960.
- ALEMANHA. Leis, decretos etc., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12 Dezember 1985.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985.
- CASTRO, José Luis Cascajo. “La jurisdicción constitucional de la libertad”. *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, p. 149 e ss.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador, Ed. Progresso, 1956.
- FALLER, Hans Joachim. “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la republica federal de Alemania”. *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, ene./feb., 1979. P. 47 e ss.
- FIGUEIREDO, Paulo de. “Enfoque constitucional dos direitos humanos no Brasil e no mundo”. *Rev. de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar., 1983. P. 103 e ss.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de europa continental y su influencia en otros países”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, mayo/ago., 1979. P. 337 e ss.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985.

- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Ed. Revista do Occidente, 1950.
- HECK, José Nicolau. *A liberdade em Kant*. Porto Alegre, Ed. Movimento, 1983.
- HEGEL, Georg W. F. *Princípios de filosofia do direito*. 3ª ed. Lisboa, Ed. Gulmarães Ltda., 1986.
- HERRERA FLORES, Joaquín. "A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales". *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, mayo/jun., 1985. P. 177 e ss.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ergänzte Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.
- HORTA, Raul Machado. "Conceituação dos direitos individuais". *Rev. Jurídica LEMI*, Belo Horizonte, out., 1976. P. 1 e ss.
- . "Constituição e direitos individuais". *Rev. de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, jan./jun., 1985. P. 180 e ss.
- JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Salvador, Ed. Progresso, 1953.
- . *A luta pelo direito*. In, *Questões e estudos de direito*. Salvador, Ed. Progresso, 1955.
- LINDSAY, A. D. *El estado democrático moderno*. México, Ed. Fondo de Cultura Economica, 1963.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1986.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo, Ed. Companhia Ed. Nacional, 1933.
- . *Evolução constitucional européia*. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1957.
- RIDEAU, Joel. "Le rôle de la cour de justice des communautés européennes". *Revue Internationale de Droit Compare*, Paris, abr./jul., 1981. P. 583 e ss.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático". *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, ene./feb., 1979. P. 47 e ss.
- SEIFERT, Karl-Heinz/HÜMIG, Dieter. *Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar*. 2 Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989.
- STARCK, Christian. "La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant des droits fondamentaux". *Revue du Droit Public et...*, Paris, sept./out., 1988. P. 1.263 e ss.
- STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
- THALMANN, Rita. *A república de Weimar*. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1988.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios de direito internacional contemporâneo*. Brasília, UnB, 1981.