

# O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional

Peter Häberle

Universidade de Bayreuth

A criação e o desenvolvimento de Tribunal Constitucional Federal são um dos aspectos mais notáveis da cultura jurídica alemã do pós-guerra. Com o apoio da generalidade do povo, o Tribunal de Karlsruhe é um elemento extremamente importante na consolidação do Estado constitucional alemão, no perfil cultural e político específico que este vem adquirindo desde o *annus mirabilis* de 1989. Instrumento decisivo neste contexto é o recurso de amparo: graças a ele, o Tribunal Constitucional converteu-se num “tribunal de cidadãos” na verdadeira e própria acepção da palavra. – A-A.

## INTRODUÇÃO

Entre os contributos clássicos da cultura jurídica alemã contam-se a construção e a consolidação do Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, a partir de 1951. A autoridade e a aceitação deste “órgão constitucional” são indubitavelmente consideráveis na Alemanha e, desde a desejada reunificação de 1990, também a confiança da população no “mais alto Tribunal” é cada vez mais forte: por vezes, isso acontece mesmo à custa do processo político democrático. E também se buscou no Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), tanto no seu conjunto, como relativamente a algum dos seus aspectos específicos (organização, procedimento, função e jurisprudência), um modelo para outros países, em especial na Europa, sobretudo desde que os países de Leste empreenderam a tarefa de construir o Estado constitucional através de processos de transformação relativamente penosos. Assim se pode explicar que até num “Manual sobre a jurisdição constitucional na América Latina” se possa fazer ouvir uma voz alemã (\*). Esta oportunidade constitui uma honra e uma alegria para o autor. Embora o lançamento de pontes com a América seja um privilégio principalmente de Espanha e Portugal, qualquer voz europeia pode dar

\* O autor refere-se à circunstância de este texto vir publicado in D. GÁRCIA BELAUNDE e F. FERNANDEZ SEGADO (coords.), *La juisdicion Constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 225 ss.

uma colaboração valiosa para o “concerto da comparação jurídica”. Sobretudo hoje, uma vez que desde o *annus mirabilis* de 1989 o Direito Comparado e a História do Direito têm uma oportunidade *única: trabalhar juntos* no modelo de “Estado constitucional”, comparativamente no espaço e no tempo. Este modelo, em última instância, apenas apreensível na perspectiva da ciência da cultura, ultrapassando o estrito sentido jurídico, foi “produzido” através de um longo processo de transformação: pode ser documentado em grandes datas, tais como 1689, 1776, 1789, 1849, mas também 1945; pode ser objetivado nos textos clássicos (entendidos como textos constitucionais em sentido lato) de ARISTÓTELES (ligação entre igualdade e justiça), J. LOCKE (contrato social) e MONTESQUIEU (separação de poderes), passando por I. KANT (dignidade da pessoa) até J. RAWLS (justiça como *fairness*) e H. JONAS (princípio de responsabilidade); e não raramente traduzido para a cultura geral pelas “palavras aladas” dos poetas (como F. SCHILLER, em *Guilherme Tell*) ou por inspirados quadros de pintores (como DELACROIX em 1789).

Cada nação em particular varia quanto ao modelo de Estado constitucional em função da sua história cultural e política. Entre as expressões propriamente alemãs deste modelo encontra-se o controle da constitucionalidade (de forma idêntica ao que acontece na Áustria ou na Suíça relativamente à democracia semidirecta ou ao Estado Federal). Este controlo pode enraizar-se tanto na cultura política da Constituição (*Grundgesetz*) como na história científica dos constitucionalistas alemães e, embora as realizações pretorianas do TCFA e a história da eficácia das suas decisões tenham freqüentemente ameaçado dar a impressão de uma “autonomia” da ciência do Direito Constitucional e de manifestar as limitações do “Direito dos juristas”, a própria ciência jurídica tem grande responsabilidade na construção e consolidação do sistema alemão de controle da constitucionalidade e do seu “Direito marcial”: através de um consciencioso aprofundamento dos problemas capitais ou através do comentário do trabalho do TCFA em “comentários de jurisprudência” ou inclusivamente, em casos afortunados, pela “união pessoal” (rara) (por exemplo, em E. FRIESENHAHN, G. LEIGOHOLZ, K. HESSE, que foram professores e juízes constitucionais).<sup>1</sup>

O presente texto foi concebido como um “relatório nacional”. Graças à sua colocação na “parte geral” deste manual [o autor refere-se à versão publicada in D. GARCÍA BELAUNDE e F. FERNANDEZ SEGADO (coords.).

1 Sobre a grande personalidade de G. LEIBHOLZ veja-se a *Richiterbild* de H. J. RINK em: JÖR 35 (1986), p. 133 ss.; e também M. J. WIEGANDT, *Norm und Wirklichkeit*, GERHARD LEIBHOLZ (1901-1982), 1985; assim como o colóquio do 80º aniversário C. Link (ed), *Der Gelicheitssatz im modernem Verfassungstaat*, 1982. Com extrema clareza: E. G., MAHREHOLTZ, “Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht” em: *Verfassungsrecht Zwischen Wissenschaft und Richrkunst*, K. HESSE zum 70. Geburtstag, 1990, p. 53 ss. (MAHREHOLTZ foi vice-presidente do TCFA).

*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dyknsón, 1997, pp. 225ss], poderá ultrapassar a simples informação de carácter histórico-jurídico-comparado<sup>2</sup> e aventurar-se em construir reflexões teórico-constitucionais a partir daquele material. O controle da constitucionalidade, entendido no sentido mais amplo e estudado mais profundamente, corresponde, do ponto de vista alemão, a um nível específico de transformação no modelo de Estado constitucional como cultura jurídica. O TCFA pode valer como “exemplo afortunado” da história constitucional alemã. Não é, em verdade, o “guardião da Constituição”, como com agrado se afirma, uma vez que o seu primeiro e último “guardião” são *todos os cidadãos no seu conjunto*. Pois bem, trata-se de um “tribunal de cidadãos” por excelência, sobretudo devido ao recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), e exerce uma função política no conjunto do sistema da divisão de poderes, que integra a autocompreensão da República Federal alemã.

Este texto deseja também carrear “materiais” para todos os esforços conjuntos europeus ou para os esforços conjuntos da Europa e da América Latina em matéria de controlo da constitucionalidade. O Direito comparado pode ser, hoje como nunca, uma grande ajuda para este objectivo, seja no trabalho político-jurídico sobre o modelo de “controlo da constitucionalidade” em cada país, seja mediante o emprego do Direito vigente. A comparação jurídica é utilizada em todo o mundo e, quando é utilizada ousadamente com uma “intenção universalista”, implica praticamente o *quinto* método de interpretação fio Direito Constitucional após a consagração dos quatro clássicos de F. C. SAVIGNY (1840). Quanto mais distintos são os contextos culturais das normas constitucionais em cada país individualmente considerado, mais a *comparação* nos abre novas possibilidades interpretativas no tempo e no espaço. E esta não é a menor das razões que explica que os tribunais constitucionais se sirvam, desde há algum tempo (de forma mais ou menos manifesta), desta ampliação do horizonte normativo. O facto de a Europa também poder aprender com a América Latina é demonstrado pelas próprias instituições de controlo da constitucionalidade. Nessa medida, esta contribuição não deseja ser uma “rua de sentido único”, mas antes abrir caminhos para processos de intercâmbio de produção e recepção entre nações e continentes.<sup>3</sup>

2 Veja-se H. R. HORM; A. WEBER (eds.), *Richrerliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, 1989.

3 Digna de menção é a colecção dirigida por C. STARK *Studien und Materialien zur Vefassungsgerichtsbarkeit* (desde 1973) com livros tão importantes como: R. DREIER; F. SHWEGMANN (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976; C. MOENCH, *Verfassungwidruiges Gesetz und Normienkontrolle*, 1977; C. STARK (ed), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländisher Verfassungsentwickhoung*, 1990.

## I – ESTATUTO E FUNÇÃO DO TCFA SEGUNDO AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E TEÓRICO-CONSTITUCIONAL

### 1 Estatuto jurídico-constitucional, composição e eleição: duas salas

Segundo o art. 1º da Lei do TCFA (LTCFA), este tribunal é mais um órgão constitucional, *sendo um tribunal da Federação autônomo e independente*. A sua autonomia é comprovada, entre outras coisas, pelo facto de a posição jurídica dos seus juizes se regular separadamente da posição dos restantes juizes (art. 3º e ss. e art. 98.º e ss. da LTCFA) e pelo facto de ter um orçamento próprio no selo do orçamento da Federação.<sup>4</sup>

A *composição* do TCFA é regulada no art. 94º da Constituição (GG) e na LTCFA. O Tribunal divide-se em duas secções (*Senate*), cada uma das quais com oito membros. É freqüente designá-las como “tribunal gêmeo” porque as duas secções têm o mesmo número de membros e são independentes uma da outra. Três membros de cada secção são eleitos entre os juizes dos tribunais supremos da Federação (por exemplo, do Tribunal Supremo ou do Tribunal Federal Social). A duração do cargo é de doze anos, não sendo possível a reeleição. Todos os juizes constitucionais devem ter completado 40 anos de idade. A sua actividade judicial é incompatível com qualquer outra actividade profissional, excepto a de professor de Direito em universidades alemãs. Na minha opinião, esta compatibilidade constitui uma expressão de uma afortunada ligação entre a *ciência* do Direito Constitucional e a *jurisprudência* constitucional e tem sido posta em prática, na medida em que alguns juizes do TCFA eram anteriormente professores e continuaram como tal.

A *eleição* dos juizes corresponde em partes iguais ao *Bundestag* e ao *Bundesrat*, *requerendo* uma maioria de dois terços, o que obriga os partidos a estabelecerem acordos. O *Bundestag* elege os magistrados por um procedimento indirecto, a saber, através de uma comissão eleita pelo mesmo. No entanto, o Senado (*Bundesrat*) elege os magistrados de forma directa. O presidente e o vice-presidente do Tribunal são eleitos alternadamente pelo *Blindestag* e pelo *Bundesrat*. Por exemplo, foram presidentes o antigo Primeiro-Ministro do Estado Federado de Baden-Württemberg, GEBHARD MÜLLER, e o antigo Ministro Federal do Interior, ERNST BENDA. Ambos desenvolveram um estilo muito pessoal, marcante, e, depois de ocuparem o cargo, demonstraram uma grande independência interna e externa relativamente aos partidos que os apoiaram no momento da eleição.

4 Sobre o estatuto do TCFA veja-se antes de mais o chamado “*status Denkschrift des B VerfG*”. JöR 6 (1957), p. 110 ss. Com o relatório de G. LEIBHOLZ ao TCFA: JöR 6 (1957), p. 120 ss.: sobre isto também E. BENDA; E. KLEIN, op. cit., 1991, p. 27 ss.

A eleição dos juízes do TC pertence sem dúvida aos “temas da reforma”. A interferência dos partidos políticos é notória. Reclamam sem rodeios o “seu” lugar no Tribunal para algum dos seus. Deste modo, há uma determinada quantidade para o SPD ou para a CDU e é acrescentada mais alguma para o FDP, sem que, até ao momento, se tenha atribuído qualquer posto ao partido “Aliança 90 – Os Verdes”. Neste contexto, também, se dá o caso afortunado de se elegerem candidatos “neutrais” (por exemplo, K. HESSE, 1975). Espero não ser mal interpretado: na história do TCFA, até ao momento, todos os juízes, uma vez eleitos, têm demonstrado uma inquestionável independência face aos partidos que os patrocinaram. Mas continua a ser necessário reformar o sistema de eleição: em conjunto, deve ser fomentada uma representação pluralista e uma presença de todos os partidos representados *no Bundestag*. A aptidão para o cargo de juiz deve ser demonstrada, tal como nos EUA, através de interrogatórios públicos. Também seria necessário pensar no modelo italiano, na qual uma parte da designação dos juízes é confiada ao Presidente da República.

## **2 Principais competências, principais decisões: a consolidação do TCFA desde 1951. O importante significado dos votos dissidentes**

### **a) Preliminar**

As competências do TCFA estão, certamente, fixadas por enumeração e de formas taxativas. Estas foram configuradas de forma bem peculiar até 1989 em todo o mundo. Desde esse *annus mirabilis*, o elenco de competências foi reforçado nos novos Estados constitucionais, sobretudo na Europa de Leste, e assumido nalguns países em desenvolvimento (incluindo nos novos Estados Federados (*Länder*) da antiga República Democrática alemã). A grande autoridade do TCFA, alcançada ao longo de muitos anos, reforça a história da eficácia das suas grandes decisões.

A este propósito, cumpre referir os *votos de vencido*. São permitidos, desde 1971 nos termos do art. 30º. 2 da LCTFA (em relação com o art. 56º do regulamento de funcionamento do TCFA de 1986/89) e chamam cada vez mais a atenção da comunidade científica e mesmo no seio do próprio TCFA. Efectivamente, existem vários exemplos de votos de vencido, que depois foram assumidos por uma secção do TCFA cuja maioria mudou – por exemplo, o voto dissidente de RUPP VON BRÜNNECK, E 32, 129 (141 e ss.) em relação com E 53, 257 (289). Também ficou famoso o voto dissidente dos juízes H. SIMON/HEUSSNER (E 53, 69) em matéria de protecção de direitos fundamentais através da organização e procedimentos ou do *status activus processuais* no sentido dado por P. HÄBERLE. Os votos dissidentes, utilizados prudentemente, são uma peça

da “abertura da Constituição”, cujo desenvolvimento proporcionam. Servem para a abertura do processo de interpretação constitucional no decurso do tempo e podem ter efeitos pacificadores na medida em que “superam no sentido hegeliano (ou seja, conservam), a opinião da parte vencida. Também servem para refutar a doutrina de uma decisão “unilateral”. Os votos dissidentes são inseparáveis de uma compreensão da Constituição como “Constituição do pluralismo”. A história da sua eficácia, bem como a sua estrutura, têm sido cada vez mais investigadas nos últimos 15 anos. Dado que estes votos estão submetidos a uma maior pressão para se legitimarem, o Direito Comparado joga neles um papel ainda mais importante do que nas decisões da maioria. Alguns juízes, tais como W. GEIGER, publicaram posteriormente as suas “opiniões dissidentes” em livro (1985).<sup>5</sup>

### **b) As competências em particular**

O TCFA é classificado (por vezes, criticamente) como o “guardião” ou, inclusivamente, “dono” da Constituição, como “quarto poder” ou até mesmo como “primeiro poder”, como “secreto soberano” etc. Antes de efectuar avaliações globais, convém examinar as suas principais competências que a Constituição (GG) desenvolveu desde 1951.

a) O primeiro lugar corresponde ao *recurso de amparo* (*Verfassungsbeschwerde*) art. 93.º 1.4.a da Constituição (GG) I: converte o TCFA num “tribunal do cidadão”. O acesso ao TCFA, permitido “gratuitamente e sem intervenção obrigatória de advogado” a todos (RUPP-V. BRÜNNECK), reforçou profundamente o Tribunal na consciência cívica face ao poder público. Tão pequena é a percentagem de êxito vista numa perspectiva puramente numérica (exemplo: de 36.000 pedidos triunfaram 400, ou seja, 1,11%), como é grande o efeito didáctico, em termos do Estado, e democrático, em termos do cidadão, do recurso de amparo. Qualquer pessoa pode interpor recurso após estarem esgotados os recursos ordinários, desde que tenha sido afectada pelo poder público num dos seus direitos fundamentais ou equiparados. Uma decisão chave que se proferiu num recurso de amparo – bastante político – e que, na prática, possui nível de Lei Fundamental, é a famosa sentença Lüth (E 7, 198) cuja eficácia perdurou até a sentença Lebach (E 35, 202). Esta, com seu “método da ponderação de bens”, vai muito mais além do art. 5.º da Constituição (GG). São também dignas de referência a sentença das farmácias (E 7, 377), a primeira sentença sobre o *numerus clausus* (E 33, 303), bem como as decisões sobre o direito de ser ouvido e o direito à transparência do procedimento [E 47, 182 (187) e E 46, 325 (334 e ss.)], passando pela justificação de um estatuto especial (E 33, 1) e, mais recentemente, a sentença sobre Maastricht (E 89, 157).

5 Ver também W. RUPP v. BRÜNNECK, *Verfassung und Veraniwortung, Gesammelte Schiften und Sonder-voten*, ed. por H. P SCHNEIDER, 1983, R. LAMPRECHT, Richter contre Richter, 1992.

b) *Os controlos abstracto e concreto das normas* têm, por seu lado, um elevado significado político em termos práticos. Por exemplo, a pedido do Governo Federal ou de um terço dos membros do *Bundestag* (regime de protecção da minoria) pode ser sujeita à apreciação a constitucionalidade de uma lei federal. Através desta via de controlo *abstracto* (art. 93.º.1.2 da Constituição) proferiram-se “sentenças básicas”, como a primeira sentença sobre o financiamento dos partidos (E 20, 56). Através do chamado controlo *concreto* de normas (art. 100.º da Constituição) – também chamada “questão de inconstitucionalidade” (*Richterklage*) – apresenta-se através de um tribunal (por exemplo, um tribunal administrativo) uma questão prejudicial perante o TCFA [exemplos: a decisão sobre a equiparação jurídica de homem e mulher (E 3, 225 e E 45, 187) ou sobre a constitucionalidade da pena de prisão perpétua (E 47, I À6) ou a decisão sobre o art. 7.º da lei da energia atômica (E 49, 89)]<sup>1</sup>.

*Os conflitos entre órgãos* (art. 93.º. 1. 1 da Constituição) levaram à sentença sobre a publicidade eleitoral (E 44, 125), à decisão sobre os orçamentos (E 45, 1) e também à sentença sobre o tempo dos discursos (E 10, 4). O TCFA tem competência para decidir sobre “a interpretação da Lei Fundamental em virtude de conflitos sobre o alcance dos direitos e obrigações de um órgão constitucional federal ou de outro que tenha sido dotado de direitos próprios através da Lei Fundamental ou do regulamento de funcionamento de um órgão constitucional federal” (art. 93.º. 1. 1 da Constituição, arts. 13.º.5 e 63.º e ss. da LTCFA).<sup>6</sup>

Como órgãos neste sentido foram reconhecidos os deputados [E 60, 374 (379); E 62, 1 (31 e ss.)], os grupos parlamentares do Parlamento Federal (*Bundestag*) [E 1, 372 (378); E 68, 1 (63)1 e os partidos políticos [E 44, 125 (136 e ss.); E 74, 44 (48) e ss.]. Recentemente, aumentou o número de processos por conflito entre órgãos. Merecem ser referenciados alguns casos famosos, tais como a última sentença sobre financiamento de partidos (E 85, 264), sobre rearmamento (E 62, 1) ou sobre fundações partidárias (E 73, 1). O conflito entre órgãos não serve apenas para proteger a minoria pelo facto de poder ser utilizado por deputados ou grupos parlamentares; actua também como “garante do pluralismo” e confirma o peso que o TCFA tem no equilíbrio de poderes da Constituição.

d) *Os conflitos federais* pertencem às raízes históricas do controlo da constitucionalidade na Alemanha (é famoso o caso do “golpe da Prússia” perante o Tribunal do Reich alemão, em 1932). Segundo o art. 93.º. 1.3 da Constituição e os arts. 13.º.7 e 68.º e ss. da LTCFA, este tribunal decide os conflitos jurídico-constitucionais que sejam suscitados entre a Federação e os Estados federados (*Länder*) ou entre diversos Estados federados sobre os direitos e obrigações da Federação. Sobretudo na primeira década de

6 Entre literatura: D. LORENZ, “Der Organstreit vor dem BVerfG” em: C. STARK (ed.): *Festgabe BVerfG*, t. 1, 1976, p. 225 ss.

actividade do TCFA, foram proferidas importantes decisões através deste tipo de processo: acerca da Concordata do *Reich* (E 6, 309), sobre a consulta popular acerca das armas atômicas (E 8, 1 22) e mormente a primeira sentença sobre a televisão (E 12, 205), que, em matéria da estrutura pluralista dos meios de comunicação, constituiu um marco na história constitucional como o foi, no seu tempo, a consolidação do conceito de “lealdade federal” (*Bundestreue*). Nos anos seguintes tiveram lugar muitos conflitos federais sob a forma do controlo abstracto das normas [art. 93.º.1.2 da Constituição (GG) I, por exemplo E 37, 363]. É de notar que neste processo não existem prazos e o universo dos sujeitos com legitimidade é maior. Deste modo, o conflito entre a Federação e o Estado federado continua a ser uma pedra angular do federalismo alemão e do controlo da constitucionalidade. Este mecanismo atesta o papel do TCFA no jogo combinado de poderes e a sua função de controlo do poder e de protecção da liberdade (federal), bem como a sua “limitada participação na direcção suprema do Estado” (K. HESSE).<sup>7</sup>

e) *Restantes competências do TCFA*. No ramo das restantes competências do TCFA podem ser citadas: em primeiro lugar, no grupo dos chamados *procedimentos de protecção da Constituição*, o procedimento de acusação contra o Presidente federal [art. 61.º da Constituição (GC)], a acusação contra os juízes [art. 98.º.2 da Constituição (GG)] e os processos por abuso dos direitos fundamentais [art. 18.º da Constituição (GG)] que até agora não tinham alcançado um significado prático. Distinto é o caso do *procedimento para a proibição de partidos* em virtude do art. 21.º.2.2 da Constituição. Com efeitos constitutivos, pode ser proibido um partido político por causa da sua “oposição organizada à Constituição” (K. STERN). Após as experiências da época de WEIMAR com os partidos extremistas, representa uma medida preventiva dos criadores da Constituição e uma expressão da sua “democracia protegida”. Até agora foram utilizados dois procedimentos deste género: contra o Partido Socialista do Reich (E 2, 1) e contra o Partido Comunista (E 5, 85).

Outra categoria de conflitos constitucionais está prevista nos arts. 4 1.º.2 da Constituição e nos arts. 13.º.3 e 48.º e ss. do TCFA: nas *decisões sobre escrutínios do Bundestag* pode interpor-se um recurso eleitoral no TCFA. Ao contrário do que acontece com o recurso de amparo, trata-se de um “procedimento objectivo”. Recentemente, foram pronunciadas importantes decisões a este respeito [por exemplo E 66, 31 1, E 79, 47 (48), E 85, (48)1.

### c) **Balanço provisório: dignificação e consolidação do TCFA**

Caso se procurem os principais pontos de vista, sob os quais a jurisprudência do TCFA fez “história” até ao momento, encontramos:

7 K. HESSE, *Grundzüge...*, cit., n. à margem 669: “limitada participação na suprema direcção do Estado”.

- decisões em matéria de *direitos fundamentais e Estado de Direito* [por exemplo, Lüth (E 7, 198); Blinkyfuer (E 25, 256)1, assim como decisões sobre direitos processuais fundamentais: arts. 101.º a 104.º da Constituição (CG), em especial no incremento um processo transparente [por exemplo, E 46, 202 (209 e ss.); E 46, 325 (334 e ss.)];
- *decisões sobre federalismo e divisão de poderes* (por exemplo, sentença sobre a televisão: E 12, 205) que constituem duas formas de pluralismo;
- decisões em matéria de *oposição e protecção das minorias* [caso das Testemunhas de Jeová, E 23, 127 (191)]; também a instituição do voto de vencido tem aqui o seu lugar, assim como a *jurisprudência da tolerância* [no Direito Eclesiástico do Estado: EE 41, 65 (78), 65 (83), 88 (108 s) e também E 47, 46 (76 e ss.)].

Surge agora a questão de saber se o TCFA sempre se restringiu a si próprio o suficiente relativamente ao *conjunto* dos “poderes equilibrados” (equilíbrio de poderes estrutural e funcional).

Em conjunto, todas estas decisões favorecem, em última instância, o *pluralismo* político: a ideia de jurisdição constitucional como “jurisprudência do pluralismo”. O TCFA actua como uma força jurídica e política. O balanço é fundamentalmente positivo e, em certos casos, apenas um pouco deficitário (como ocorre na sentença “Mephisto”: E 30, 173; bem como no caso de E 44, 197).

Analisemos agora a *história da eficácia política* das principais decisões no exercício das principais competências. Numa perspectiva política, o TCFA, na sua primeira sentença sobre a televisão, reduziu a “democracia de chanceler” aos seus limites e fortaleceu a oposição e também o federalismo e a liberdade como direito fundamental. Tal como anteriormente o Estado Federado (*Land*) de HESSE, sob a direcção de K. A. ZINN, fez frente a Bona com êxito (exemplos: financiamento dos partidos: E 20, 56; luta para ser ouvido: E 30, 1 etc.), da mesma forma, também serviram ao federalismo as “Iniciativas da Baviera” (por exemplo, E 37, 363). Por outras palavras, os contrapesos dos Estados Federados (*Länder*) face à Federação, das minorias (de oposição) face às maiorias, dos indivíduos face aos grupos ou instituições – como as igrejas – (ver EE 23, 127, 191, 32, 98; 33, 23; 35, 366; 44, 37) conseguem a sua eficácia graças à jurisdição constitucional que, deste modo, se converte em garantia de pluralismo.

O *adjectivo “político”* entende-se aqui em sentido amplo. É utilizado pela sua ligação potencial ou real com o conjunto da *res publica*, pelo que, até ao momento, os diferentes conceitos da política tornaram absolutos os elementos parciais singulares como, por exemplo, o elemento do poder, o elemento do bem-estar ou da felicidade, ou o aspecto do irracional e do

dinâmico. *Todas* as funções estatais são funções políticas no sentido atrás mencionado. Essas funções distinguem-se entre si pelo modo e pela forma como actuam no quadro da *divisão do trabalho* da república. No entanto, não se colocam “frente” ao Direito. Também o legislador democrático interpreta a Constituição, sendo o juiz uma peça do “poder político” (e isto é particularmente evidente no Tribunal Federal Social relativamente ao direito dos conflitos laborais). O Direito e a Política, no Estado constitucional democrático, não estão um face ao outro: são aspectos parcelares, funções *parciais* do conjunto da *res publica*.

Muitos falam de “transgressões dos limites” do TCFA relativamente ao aspecto político, mas até agora ninguém proporcionou uma clara distinção entre Direito e Política. Tal não deve surpreender, precisamente porque não se pode encontrar essa distinção. Também fazem parte da política as boas decisões dirigidas no sentido de dar efectividade aos direitos fundamentais: concretamente, uma “política de direitos fundamentais”. Apenas se pode falar de distintos modos Tribunal Constitucional exerce política face ao legislador: é difícil encontrar uma distinção qualitativa entre ambas as realidades.

### **3 O TCFA, enquanto Tribunal Constitucional, como “Tribunal Social” peculiar e o seu papel na garantia e actualização do contrato social (entre outros, do contrato entre gerações)**

#### **a) O TCFA como “Tribunal Constitucional” e como “Tribunal Social” peculiar**

O TCFA, encarado numa perspectiva formal, possui todas as características de um tribunal “estatal” (para utilizar a sua própria terminologia, em E 18, 241), ou seja, depende de uma lei estatal e o Estado regula e influi a nomeação dos juizes. Mas é bastante mais do que isso: é um tribunal *constitucional*, ou seja, competente para emitir decisões num conjunto definido de conflitos materialmente constitucionais. Toda a transcendência desta afirmação é revelada em primeiro lugar pelo conceito de Constituição. “Constituição” é a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade; não é apenas a limitação do poder estatal, mas também a apropriação deste poder. Compreende Estado e sociedade. O controlo jurisdicional da Constituição como força política actua para lá do dogma da separação Estado/sociedade.<sup>8</sup>

O facto de o TCFA ser o “Tribunal Constitucional” de *toda a res publica* tem efeitos concretos em questões mais concretas, por exemplo, relativamente à recusa por parte dos juizes (sobre isto, veja-se E 35, 171 246;

<sup>8</sup> Cf. P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 435 ss.

E 89, 28); vem, sobretudo, como conseqüência que o Tribunal não deve moldar-se a *uma* teoria ou “escola”, mas deve preocupar-se em conseguir uma integração pragmática de *elementos* de uma teoria.

*Esta ligação constitucional material* do controlo jurisdicional da Constituição tem implicações materiais e processuais: por exemplo, na sua obrigação de respeito do modelo de pluralismo e no fomento da construção de um Direito Processual Constitucional tendo em conta os instrumentos de participação e informação de carácter pluralista.

A crescente política de uma obtenção pluralista de informação, por parte do TCFA, deve ser vista em ligação com este aspecto. Também a eleição dos juizes constitucionais, de entre o espectro de todos os partidos políticos (e que, no futuro, é de esperar venha a ser reforçada no sentido suprapartidário) incorpora efectivamente o pluralismo nos processos constitucionais e actua sobre ele. Este é o pressuposto para uma direcção da sociedade pelo Tribunal Constitucional e pelo “seu” Direito. Aqui se produz um efeito combinado: quanto mais se implica o TCFA no processo de direcção da sociedade mais se volta esta sociedade para o Tribunal e se deseja que facilite o acesso “a Karlsruhe”. O impacto deste efeito pode ser avaliado pelo debate sobre o tema da co-gestão: percebeu-se quais eram as tendências da opinião pública na sala de audiências (E 50, 290).

Esta afirmação conduz-nos a outro “patamar”. O TCFA deve ser visto na sua relação intensiva com toda a sociedade: é um “Tribunal social”. Peculiar e *em sentido amplo*. Através da sua jurisprudência abre-se à pluralidade de idéias e interesses, assumindo-os, e vice-versa, dirigindo assim a sociedade. Face à eleição dos juizes, a utilização do seu Direito Processual Constitucional e dos frutos materiais da sua interpretação (por exemplo, na estruturação de aspectos parciais da sociedade, através da eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais) permite considerá-lo como um tribunal de toda a sociedade, ou seja, um tribunal “estatal”. Este facto tem conseqüências de grande importância, sendo também relevante para o trabalho quotidiano do Tribunal.

O TCFA e o seu Direito Processual conseguiram, pois, uma *relação peculiar com a sociedade*. A sua actividade transformadora do Estado e da sociedade faz com que seja o tribunal para a Constituição, e esta não só regula o Estado mas também a estrutura fundamental da sociedade, convertendo-a em “sociedade constituída”. O TCFA actua sobre esta de modo muito especial e selectivo, intensivo e extensivo, e de forma particular no terreno da *res publica*, situado entre o “Estado” e “o privado”, que pode chamar-se “sociedade” ou território do público (pluralista). Assim se vê que, não apenas na acção para dar efectividade aos direitos fundamentais no plano procedimental, mas também em toda a sua prática processual, os instrumentos de participação e informação do Direito Processual Constitucional são cada vez mais úteis. O Tribunal procura informações através de uma prática *diferenciada* de audiências e de formas de participação *escalonadas* relativamente aos grupos plurais, a

organizações como a DGB (Federação de Sindicatos alemães), à Liga de Empresários e às Igrejas etc. [por exemplo, E 50, 57 (59 e ss.); 51, 115 (119 e ss.)]. Deste modo, o Tribunal embrenha-se no terreno social, assume idéias e interesses do mesmo, “escuta-o” e aprofunda o seu conhecimento tendo em vista a sua interpretação constitucional aberta. Nesse trabalho, deve ser apoiado pela ciência. O Direito Processual Constitucional abre-se à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”; é o seu “mediador”, principalmente nas áreas onde o Parlamento recusou pronunciar-se.

Assim como o caminho da lei parlamentar foi, e é, a tentativa de um “transplante” do social para o estatal, também se apresentam agora, até certo ponto, muitos paralelos nos processos jurídico-constitucionais. Dito de outra maneira: o TCFA aproxima-se da sociedade de duas formas. Por um lado, dirige-se-lhe cada vez mais através da jurisprudência que emite (por exemplo, sobre a eficácia *inter privatos* e a objectivação dos direitos fundamentais). Por outro lado, estrutura-a e converte-a, a seu modo, numa peça da “sociedade constituída”. Por causa desta “ligação com a sociedade” vê-se, por vezes, como no seu Direito Processual se leva a sociedade ao foro: de forma notória na prática da participação e da informação plurais sobretudo nos “grandes processos” [como o processo do caso do *numerus clausus* – E 33, 303 (318 e ss.)], mas também em pequenos processos. Dito de forma exagerada: o TCFA consegue aperfeiçoar o carácter de um peculiar “tribunal de (toda) a sociedade”. Perde o seu anterior carácter estatal, na medida em que se converte num elemento promotor da constituição ou estruturação da sociedade. É um “Tribunal Constitucional” que ultrapassa a separação entre Estado e sociedade, entre os tribunais estatais e “sociais”. O TCFA leva a sério a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, não só em termos processuais (no sentido do processo jurídico-constitucional), mas também materialmente na sua interpretação da Constituição, onde recolhe as opiniões do Governo Federal (por exemplo, declarações do Governo), a autocompreensão das Igrejas [E 42, 312 (331); 46, 73 (95)], os argumentos de uma associação como a Liga “Liberdade Científica” ou de uma instituição como o Conselho das Ciências [veja-se E 47, 327 (384 e ss.)].

### **b) O controlo jurisdicional da Constituição “no” contrato social: o TCFA como regulador nos processos continuados de garantia e actualização da Constituição como contrato social**

A tese é a seguinte: o TCFA tem uma responsabilidade *específica conjunta* na garantia e actualização da *Constituição como contrato social*. Dirige os seus processos de continuidade e está, assim, obrigado a respeitar o princípio do pluralismo.

O modelo do contrato social (património clássico de todos os europeus) é aqui utilizado no sentido de um *modelo figurado*, um princípio heurístico

para a consecução do objectivo de assegurar a *liberdade pessoal e a justiça pública*. Não é certamente um “molde” ao qual tenha de se ajustar à realidade global da Constituição como processo público, mas pode servir-nos de ajuda para conseguir o domínio de algumas questões fundamentais de tipo político e jurídico-constitucional, livres de “posições ideológicas” unilaterais. A extensão deste modelo do contrato social para o Tribunal Constitucional pode parecer atrevida para alguns. De facto, tanto quanto sei, ninguém ou sou formulá-la até ao momento. O modelo de contrato social é antigo, mas o controlo jurisdicional (exclusivo) da Constituição é relativamente recente. Nunca, até agora, tinham sido colocados um frente ao outro. Esta poderá ser uma oportunidade para que esta comparação demonstre a sua utilidade. Ao longo da história, a teoria clássica do contrato social serviu, nas suas várias implicações, como modelo explicativo e justificativo (desde LOCKE a ROUSSEAU, desde KANT até a discussão actual sobre o “consenso básico”). Por que razão este modelo não poderia desempenhar, hoje em dia, uma força explicativa para os nossos problemas, para as questões do controlo jurisdicional da Constituição e para a actualização da Constituição?

**c) Possibilidades e limites da capacidade de actuação do TCFA: o TCFA no marco da cultura política da ordem fundamental da liberdade e democracia da Constituição (GG)**

A questão sobre as possibilidades e limites do TCFA no marco da cultura política da ordem fundamental da liberdade e democracia da Constituição devolve-nos ao ponto de partida. Deve valorizar-se bastante o facto de o TCFA, num espaço de tempo relativamente curto, ter actuado *juridicamente* e através de *juristas*. Do mesmo modo se deve dar valor igual ou superior ao que este Tribunal conseguiu, desta forma, para o *processo político* (em parte já iniciado e em parte “estimulado”, relativamente às “directrizes políticas”). A questão reside unicamente em saber se, e em que medida, o Tribunal, a *longo prazo*, terá exigido demasiado de si próprio e do resto do sistema, e se, depois da actividade construtiva dos primeiros anos (nas áreas dos direitos fundamentais), deverá e poderá agora restringir-se mais, de modo a que a cultura *político-democrática* não fique estrangulada ou demasiado protegida pelo sector judicial próprio do *Estado de Direito*.

O controlo jurisdicional da Constituição, em última instância, não é um seguro de vida jurídico, nem político! A compreensão pluralista e política, desenvolvida a partir deste, está relacionada com a cultura global da nossa república. Este facto, que torna possível as suas funções positivas, também possui limites. Um limite do controlo jurisdicional da Constituição provém também de que apenas actua a *pedido* e não por iniciativa própria. Pode ser “activado” pelos cidadãos ou pelas forças políticas. Sobre este facto, devem fazer-se algumas reflexões.

O controlo jurisdicional da Constituição desenvolvido até agora é parte da cultura política (tal como o federalismo), especialmente nos EUA, mas agora também na Alemanha. Entende-se aqui por “cultura política” um conceito *complexo* (empírico-normativo) e não um esquema livre de valores. Apenas pode ser descoberto em aspectos parciais, através de indagações por meio de sondagens. A “cultura política” compreende certamente as representações, experiências e expectativas *subjectivas* dos cidadãos relativamente às instituições do seu sistema (na qualidade de “Constituição interna” de um povo), mas também lhe pertencem o comportamento objetivo, a actuação dos responsáveis políticos, a prática parlamentar, a função dos tribunais, o grau de realidade da liberdade individual e do pluralismo vivido, os seus temas e concretizações, desde as cartas ao director num jornal até as iniciativas de cidadãos, desde a inscrição num sindicato até a participação numa igreja ou associação de artista, desde a compra ou leitura de livros até ao comportamento estudantil, como elementos de uma justiça constitucional. O TCFA prestou uma contribuição *par excellence* à “educação e tarefas de formação políticas” (“pedagogia constitucional”) em domínios como a “política de direitos fundamentais” e a “política federal” com as suas máximas para regular o comportamento entre os órgãos constitucionais [expressão-chave: “lealdade federal”, consideração recíproca entre os órgãos constitucionais, veja-se E 12, 205 (254 e ss.); 35, 1 93 (199); 36, 1 (1 5); 1 (38 e seguinte); por último, E 81, 310 (337)]. Na medida em que a cultura política (o mesmo que a “cultura de Estado de Direito”) não pode ser “plantada” de um dia para o outro, ao controlo jurisdicional da constitucionalidade corresponde um papel central neste lento processo de crescimento (como é o da Constituição).

Ora bem, o forte enraizamento na ética e na opinião pública burguesa (cívica) do controlo jurisdicional da Constituição (especialmente no que respeita ao recurso de amparo), a sua *capacidade de identificação* na relação cidadão-Constituição e, deste modo, a sua participação na construção de uma cultura política, ocultam também um aspecto negativo, o controlo jurisdicional da Constituição pode induzir também uma desconfiança política na democracia e a uma confiança desproporcionada no poder judicial. A fé alemã no controlo jurisdicional da Constituição não deve envolver a descrença na democracia. Dito de outra maneira: a compreensão, actualmente *positiva*, do controlo jurisdicional da Constituição não deve tornar-se absoluta. A imagem que reflecte não deve conduzir a uma relação *negativa* com o pluralismo de interesses, com as situações de conflito limitadas (necessárias), com as contribuições do processo político democrático, e nem sequer conduzir ao não-entendimento, como freqüentemente acontece na “cândida doutrina”. Esta reflexão pretende chamar a atenção para o cumprimento das tarefas que correspondem aos políticos, funcionários, educadores, escritores republicanos, cidadãos, ou

seja, a todos nós, relativamente a nossa ordem de liberdades (sem que tal implique retirar o mérito ao controlo jurisdicional da Constituição). Os “guardiães da Constituição” não são apenas os tribunais constitucionais, mas, politicamente, *todos nós*.

As reflexões aqui expostas foram tecidas pelo autor em 1979. I. EBSEN desenvolveu-as em 1985 (“*Das BverfG als Element gesellschaftliche Selbstregulierung*”, p. 192) para defender a sua tese de que a determinação das funções<sup>9</sup> e a justificação do controlo jurisdicional da Constituição devem separar-se da imagem que as compara com um ponto de Arquimedes externo ao processo político a partir do qual se pode alcançar segurança para este. O TCFA deveria ser compreendido como uma instância directiva relativamente autónoma, e A. V BRÜNNECK (próximo destas posições) defende (em “*Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*”, 1992, p. 146) que o controlo jurisdicional da Constituição não encontra o consenso, mas contribui para que o consenso constitucional, que objectivamente está em questão, seja sempre renovado através da validade geral do princípio da maioria no Estado social.

*Resumindo*, pode dizer-se que a função do controlo jurisdicional da Constituição é a limitação, racionalização e controlo do poder estatal e social. Por outro lado, efectiva uma cooperação material para a consecução do consenso fundamental e contém uma nova protecção para as minorias e para os mais desfavorecidos pela sua capacidade de reacção flexível e rápida, face aos novos perigos para a dignidade da pessoa humana, pelo seu carácter, que não exclui os aspectos políticos, e pela sua orientação e capacidade de resposta.<sup>10</sup>

#### 4 Princípios processuais: a “idiosincrasia” do Direito Processual Constitucional

Tudo o que referimos demonstrou que, em larga medida, a interpretação do Direito positivo requer pressupostos teórico-constitucionais. Estes devem *ser expostos Eticamente* e submeter-se ao discurso científico e não devem, como freqüentemente o faz a “opinião dominante”, ser utilizados de forma encoberta. A “pré-compreensão e a escolha do método” (J. ESSER) em nenhum outro campo jurídico são tão problemáticas como no Direito Constitucional do modelo de Estado constitucional. Isto é válido também para as questões fundamentais do Direito Processual Constitucional.

9 Entre a literatura também D. GRIMM, “Verfassungsgerichtsbarkeit, Funktion und Funktingrenzen im demokratischen Staat”, em: W. HOFFMANN-RIEM (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. 2, 1977, p. 83 ss.

10 Veja-se o meu voto de discussão em VVDStRL 39 (1981), p. 202. Em geral na literatura: G. ROELLECK, “Aufgaben und Stellung des B VerfG im Verfassungsgerichtsbarkeit im Gfüge der Staatsfunktionen”, VVDStRL 39 (1981), p. 7 ss.

### a) Os princípios processuais

Como tribunal, o TCFA deve seguir determinados princípios processuais (tal como os tribunais civis, segundo a lei de processo civil) os quais estão relacionados com determinados princípios, como os da oralidade, publicidade, livre apreciação da prova etc. O TCFA é expressamente obrigado, em virtude do art. 26.º.1.1 da LTCFA, à cuidadosa averiguação da verdade (“O Tribunal Constitucional Federal produz as provas necessárias para a averiguação da verdade”). Certamente que é difícil saber, num caso concreto, qual de entre todas as diferentes teorias da verdade será para o TCFA a mais correcta. Em todo o caso, a posição do tribunal na averiguação da prova, a sua apreciação e a busca do Direito aplicável (“diálogo jurídico”, no sentido de A. ARNDT) coloca exigências particulares. Numa “Constituição do pluralismo”, o TCFA deve considerar e pesar os prós e os contras dos diferentes interesses segundo várias perspectivas, o que também se reflecte nos instrumentos de participação (por exemplo, nas audiências dos grupos plurais) na sua prática processual.

O TCFA, desde muito cedo, considerou-se a si próprio como “dono do processo” [E 13, 54 (94); 36, 42 (357)]<sup>1</sup> e observou que “deve configurar livremente o seu processo” [E 1, 396 (408)]. Como “tribunal constitucional institucional” não deve ser avaliado com o mesmo critério utilizado para os tribunais civis e penais ordinários [E 2, 79 (86)]. No entanto, esta utilização da “autonomia de processo”, segundo a doutrina dominante na Alemanha, apenas pode entrar em jogo nas áreas onde a lei deixe propositadamente uma lacuna. Tal é uma consequência do princípio do “procedimento devido”. Falou-se de uma “ligação entre o Direito Processual Constitucional e o Direito Processual geral” de forma que, no caso de haver lacunas teria de se recorrer às normas das restantes ordens processuais. No entanto, deve admitir-se uma “peculiaridade” do Direito Processual Constitucional.

### b) A “idiossincrasia” do Direito Processual Constitucional

Face à anterior posição, o autor destas linhas desenvolveu, desde 1973, a tese da idiossincrasia do Direito Processual Constitucional.<sup>11</sup> Esta consiste no facto de o Direito Processual Constitucional se ter “emancipado” do Direito Processual em sentido próprio e, conseqüentemente, não ter ficado à mercê da teoria das lacunas. As normas da LTCFA e os princípios do Direito Processual Constitucional devem ser *examinados* à luz de uma *interpretação especificamente jurídico-constitucional*; trata-se de “Direito Constitucional concretizado”. Tal infere-se da compreensão, aqui defendida, da “Constituição como processo público” e da “Constituição do pluralismo”. A estrutura do Direito Processual Constitucional deve colocar-se na abertura da Constituição,

11 Sobre a controvérsia acerca da “peculiaridade” ou “especialidade” do Direito Processual Constitucional, P. HÄBERLE, “Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts”, JZ 1976, p. 451 ss.; ID., *Verfassungsprozess*, p. 62 ss.; K. SCHLAICH, op. cit., p. 42.

expressão do paradigma da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. A ligação funcional entre o Direito Processual Constitucional formal e o Direito Constitucional material também é consequência do facto de o TCFA ter um carácter duplo: é um Tribunal e um “órgão constitucional”. A interpretação e concretização da Constituição nos procedimentos especiais do Direito Processual Constitucional é *parte* da Constituição como processo público que impõe exigências específicas de racionalidade e de aceitabilidade. As leis processuais comuns podem comportar muitos saberes jurídicos e experiências, mas o TCFA, em virtude do seu estatuto, pode modificá-los. Numa série de decisões recentes, ficou demonstrado que o Tribunal luta contra eles sublinhando o cariz “específico” do Direito Processual Constitucional [ver E 90, 286 (339 e ss.)]. Por mais que o Tribunal se tenha adiantado pragmaticamente ao Direito, a discussão fundamental, na minha opinião, deve resolver-se, e também afinar-se, pela ciência, com o intuito de tornar o problema central mais compreensível. A *ciência* do Direito Constitucional alimenta-se da procura (sem compromissos) da verdade, e um *tribunal* constitucional vive da integração pragmática de *elementos* das diversas teorias.

## **5 *Ex cursus*: o controlo jurisdicional da Constituição nos Estados Federados alemães (Länder), em especial o modelo do TCFA para os cinco novos Estados**

### **a) Generalidades**

Em conformidade com a ordem estatal federal da Lei Fundamental, os 16 Estados Federados alemães têm o seu *próprio* carácter de Estado, construído pelas suas próprias *Constituições*. A esta *autonomia constitucional* dos Estados-membros da federação pertence também a possibilidade de estabelecer o seu próprio controlo jurisdicional da Constituição. A maior parte dos Estados Federados (*Länder*) fez uso desta autonomia desde muito cedo, com algumas variantes. Embora o TCFA fale de “espaços fundamentais separados” do controlo jurisdicional da Constituição dos Estados Federados (*Länder*), por um lado, e da Federação, por outro [E 36, 342 (357); 60, 175 (209)], na prática produzem algumas coincidências em termos normativos e em termos de competências. Ora bem, o TCFA procura limitar ao “inevitável” a “dependência” dos tribunais constitucionais do Estado Federado (*Land*). *Tal* corresponde ao auto-entendimento dos Estados federados (*Länder*) que tem origem no controlo jurisdicional das suas constituições, o que representa um “coroamento” da sua autonomia constitucional.

### **b) O controlo jurisdicional da Constituição nos onze “velhos” Estados Federados(Länder)**

Os onze “velhos” Estados Federados (*Länder*), ou seja, os que pertenciam à República Federal antes da reunificação em 1990, já tinham,

na sua maioria, os seus próprios “tribunais constitucionais” ou “tribunais de Estado”.<sup>12</sup> O Tribunal Constitucional da Baviera, o Tribunal do Estado de Baden-Württemberg e o Tribunal Constitucional de Renânia do Nordrhein-Westfalen, ao longo de muitos anos, construíram a sua própria cultura jurídica em matéria de Constituição do Estado federado (*Land*) a qual teve origem no próprio Estado Federado, que irradiou e “criou escola”, enriquecendo inclusivamente, nalguns casos, o próprio TCFA.

Sem pretensões de exaustividade, poder-se-ia citar algumas competências dos tribunais constitucionais do Estado Federado (*Land*). A Baviera na sua Constituição de 1946, juntamente com o “recurso de amparo” regulado pelo art. 120.º (“todo o habitante da Baviera que se sinta lesado nos seus direitos constitucionais por um poder público, pode reclamar a protecção do Tribunal Constitucional bávaro”), contém a (única na Alemanha) chamada *acção popular* (art. 98.º.4 da Constituição de Baviera, art. 55.º da Lei do Tribunal Constitucional da Baviera). Em virtude da mesma, todo o habitante da Baviera pode fazer valer a pretensão de que um preceito jurídico do Direito bávaro limite “inconstitucionalmente um direito fundamental garantido pela Constituição”. Graças a esta acção popular, o Tribunal Constitucional bávaro teve a possibilidade de desenvolver uma jurisprudência própria e muito rica em matéria de direitos fundamentais, sobretudo nos “anos da fundação”, imediatamente depois de 1946, em que realizou contribuições pioneiras. Entre as restantes competências do Tribunal Constitucional da Baviera, podem mencionar-se as seguintes: o conflito entre órgãos (art. 64.º da Constituição da Baviera), o controlo concreto de normas (art. 65.º *ibidem*) e também os conhecimentos das acusações criminais contra ministros e deputados (art. 61.º) ou o contencioso jurídico-eleitoral (art. 62.º e seguinte).

No interesse da equiparação federativa entre os Estados, também se pode observar o caso da *Renânia do Nordrhein-Westfalen*. Também a sua Constituição de 1950 criou um abundante elenco de competências para o Tribunal Constitucional (veja-se também o art. 12.º da Lei do Tribunal Constitucional deste Estado Federado, na redacção de 1989) com competências sobre conflitos entre órgãos (art. 75.º.2 da Constituição do Estado Federado), controlo abstracto e concreto de normas (art. 12.º.6 e 7 da Lei do Tribunal Constitucional da Renânia) e inclusivamente um recurso de amparo municipal (art. 12.º.8 *ibidem*). Uma comparação com os restantes Estados Federados [com a excepção da Constituição de Schleswig-Holstein de 1949 que considera o TCFA também como o seu “tribunal constitucional de Estado Federado” (art. 44.º), o que é possível em virtude do art. 99.º da

12 Entre a literatura: C. STARK; K. STERN (eds.) *Landesverfassungsgerechtbarkeit III*, 1983; Aspectos singulares sobre os tribunais constitucionais de Estado Federado (certamente sem considerar os Estados Federados do Leste) em C. PESTALOZZA, cit., p. 372 ss. Sobre a delimitação de competências entre o TCFA e os Tribunais homónimos dos Estados Federados, E. FRIESENHAHN, em C. STARK (ed.) *Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 748 ss.

Constituição (GC)] tem como resultado, apesar de todas as variantes do controlo jurisdicional da Constituição dos Estados Federados (*Länder*), que existe um “nível alemão comum” de competências. Tal não impede que, por exemplo, em questões de direitos fundamentais ou de autonomia municipal, haja uma frutífera concorrência no sentido de conseguir a “melhor” jurisprudência. O federalismo vivo apenas pode servir para tal.

### **c) O controlo jurisdicional da Constituição nos cinco “novos Estados Federados” (*Länder*)**

Nos cinco novos Estados Federados (*Länder*) da Alemanha de Leste, depois da mudança de 1989, e, portanto, nas suas desejadas novas Constituições, atingiu-se a construção de um forte controlo jurisdicional da Constituição partindo de duas bases. Em primeiro lugar, este esquema aparece como irrenunciável garantia do Estado de direito e da democracia, após as experiências negativas com o sistema totalitário do marxismo-leninismo. Em segundo lugar, o TCFA e os tribunais constitucionais de Estados Federados oriundos da Alemanha Ocidental constituíram um modelo digno de ser imitado. Nas suas Constituições, os novos Estados Federados de Brandenburgo (1992), Saxónia (1992), Saxónia Anhalt (1992), Thüringen (1993) e Mecklenburg-Vorpommern (1993), assumiram parcialmente o estatuto alemão ocidental do controlo jurisdicional da Constituição, mas também criaram, em parte, frutuosas inovações com as quais prestaram uma contribuição para o ulterior desenvolvimento do Direito Constitucional do controlo jurisdicional da Constituição.

Vejamos alguns exemplos: *Brandenburgo*, que também foi especialmente feliz na inovação das partes da sua Constituição delicadas aos direitos fundamentais e às questões da democracia e do Direito parlamentar, assumiu os modelos de conflito entre órgãos, do controlo abstracto e concreto das normas, bem como o recurso de amparo (art. 113.º da Constituição de Brandenburgo). Deve referir-se que ousaram apresentar uma regulamentação extremamente moderna em matéria da eleição dos juizes do Tribunal Constitucional. Em virtude do art. 112.º.4.2 da Constituição do Estado Federado, na eleição dos juizes pelo Parlamento do Estado Federado, deve-se ir no sentido de “que as forças políticas do Estado Federado estejam representadas com adequadas propostas de candidatos”. E o art. 112.º.4.4 solicita, antes da eleição dos juizes, uma audiência dos candidatos numa comissão determinada pelo Parlamento do Estado Federado. Enquanto que no plano *federal*, a escolha dos juizes constitucionais (freqüentemente criticada) se produz essencialmente no segredo dos acordos entre partidos políticos, sem que até ao momento se tenha reformado este aspecto, a regulamentação de Brandenburgo é uma tentativa, digna de menção, de se relacionar com os *hearings* que se levam a efeito no Senado dos EUA para os candidatos ao Supremo Tribunal. Ainda será necessário esperar para verificar se, na prática de Brandenburgo, é respeitada esta regulamentação.

A Constituição da *Saxónia-Anhalt* menciona no seu elenco de competências (art. 75.º da Constituição do Estado Federado) entre outras: a competência do Tribunal Constitucional do Estado Federado para resolver as “disputas sobre a tramitação de iniciativas populares, petições populares e decisões populares a pedido do requerente, de uma quarta parte dos membros do Parlamento do Estado Federado ou do Governo do Estado Federado” e o conflito “sobre a constitucionalidade do mandato para investigar, dirigido a uma comissão de investigação a pedido de uni tribunal”. O art. 80.º da Constituição de *Thüringen*, num amplo elenco de competências para o seu tribunal constitucional, permite constatar um progresso objectivo do Direito do recurso de amparo, formulado (art. 80.º. 1 *ibidem*) no espírito da legislação sobre o recurso de amparo federal e da legislação pan-alemã o recurso de amparo pode ser interposto por qualquer pessoa que considere que o poder público “lesou os seus direitos fundamentais, os direitos equiparáveis aos fundamentais ou os seus direitos cívicos”.

#### **d) O trabalho conjunto de todos os Tribunais Constitucionais no mesmo Estado Federal: as suas funções típicas**

Esta panorâmica superficial permitiu mostrar, já num terreno específico, a *pluralidade* de regulamentações jurídicas no Estado Federal alemão. Deste modo, o federalismo alemão pode ser destacado pela sua capacidade de abrir uma pluralidade jurídico-cultural. Se a pluralidade cultural constitui o símbolo do federalismo alemão, também a pluralidade de *culturas jurídicas* é a força da Alemanha. A *liberdade alemã é a liberdade federal*, todos os cidadãos ganham com ela na “Constituição do pluralismo”. O marco federal e as suas exigências de homogeneidade [veja-se o art. 28.º. 1 da Constituição (GG)] equilibram-se com a possível pluralidade dos Estados Federados (*Länder*), inclusivamente no campo do Direito Constitucional ou simplesmente no campo legal. A *cultura* alemã do *federalismo* tem a sua expressão no nível jurídico-cultural. Observada em conjunto, produz uma frutuosa concorrência entre os diversos Estados Federados. A República Federal alemã aparece como uma grande “oficina” em matéria de política jurídica. Assemelha-se (tal como a Suíça, que é ainda mais federativa) a um “cenário experimental” com a possibilidade de que ocorra “ensaio e erro” (K. POPPER). O controlo jurisdicional da Constituição faz parte do âmbito, no qual se podem dar essas possibilidades.

Talvez se possa extrair uma prudente analogia relativamente à comunidade que, no único mundo do nosso planeta azul “Terra”, forma hoje, como membro, a “família dos Estados constitucionais”. No campo do controlo jurisdicional da Constituição, os Estados constitucionais individualmente considerados não poderiam intercambiar-se de forma suficientemente intensiva. Tal é válido também para o seu estatuto, organização e

procedimentos, seu Direito Processual e o conteúdo da sua jurisprudência. No entanto, o intercâmbio e competência dos diferentes modos de controlo jurisdicional da Constituição, dentro de uma federação, poderiam pelo menos constituir um modelo para todas as culturas constitucionais que estão ligadas *regionalmente*. Concretamente: tal como no art. 11.º.3 da Constituição espanhola (1978) emerge uma ligação cultural específica com os “países da América Latina” (veja-se também o art. 15.º.3 da Constituição portuguesa de 1976), entre os países da América Latina existe uma ligação jurídico-cultural que abre a possibilidade de diálogos intensivos em matéria de controlo jurisdicional de uma federação ou dos seus Estados-membros.

## II – CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

### 1 Referências históricas e regulação normativa

O actual controlo jurisdicional da Constituição na Alemanha tem certamente raízes históricas desde os tribunais imperiais do Sacro Império Romano-Germânico (Tribunal de Câmara Imperial e Conselho do império).<sup>13</sup> *No século XIX, na federação alemã* e em alguns Estados Federados, existiram procedimentos especiais (procedimentos de resolução de controvérsias e Tribunal de decisão federal, e Tribunais de Estado em alguns Estados Federados) para solucionar conflitos derivados do Direito Constitucional.<sup>14</sup> No entanto, este controlo jurisdicional do Estado, na prática, nem sempre teve eficácia: a soberania dos príncipes continuava a ser demasiado poderosa e, por seu lado, os parlamentos recém-constituídos pretendiam assegurar uma parte dos direitos do povo. A própria Constituição de Bismarck, de 1871, não previu qualquer tribunal estatal, e o tribunal imperial criado em Leipzig, em 1879, não estabeleceu qualquer jurisdição constitucional.

A Constituição Imperial de 1849 (da Igreja de São Paulo de Frankfurt), que nunca entrou em vigor (mas que, como projecto, teve grande influência em épocas posteriores), tinha planeado, de forma extremamente previdente, um controlo jurisdicional da Constituição a cargo do tribunal imperial. Este texto estabeleceu procedimentos que se anteciparam aos futuros recursos de amparo, conflitos entre órgãos constitucionais ou conflitos federais (Secção V, parágrafos 125 a 129 do texto de Frankfurt). A Constituição Imperial de Weimar, de 1919, criou um Tribunal do Estado para o Império alemão (art. 108.º) cuja jurisprudência, a partir de 1929, está documentada em 6 tomos. Entre as suas competências, encontravam-se, antes de mais, a resolução dos conflitos entre os órgãos de um Estado Federado e dos conflitos federais entre o Império e os Estados Federados. No entanto, a Constituição de Weimar

13 Sobre isto, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. I (1988), p. 134 ss.

14 Sobre a história: U. SCHEUNER, “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. Und 20. Jahrhundert”, in: C. STARK (ed.), *Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 1 ss.

não conheceu um controlo propriamente jurídico-constitucional das leis imperiais e dos conflitos entre órgãos constitucionais do Império. Apesar de tudo, o tribunal imperial, incidentalmente, submeteu à revisão judicial as leis federais desde a sua sentença de abril de 1921 (RGZ 102, 161) e de fevereiro de 1925 (RGZ 1 1 1, 320).

A amplitude da contribuição da *comunidade científica* de um país para a preparação e “acompanhamento” do controlo jurisdicional da Constituição é demonstrada no papel desempenhado nesta área pelos professores de Direito Constitucional da época de Weimar.<sup>15</sup> Os constitucionalistas desenvolveram diferentes posições conforme a teoria do Estado e da Constituição e segundo cada ponto de partida na “disputa sobre o método” da época de Weimar: a “nova” orientação antipositivista considerou com cepticismo a capacidade da justiça para regular conflitos políticos centrais (H. TRIEPEL, R. SMEND) ou recusou-a, depositando a sua confiança no poder da ditadura do Presidente do Império (C. SCHMITT). De um modo geral, julgaram positivamente o controlo de normas exercido acidentalmente. HANS KELSEN assumiu uma posição especial (apesar ou por causa do seu “positivismo”?). Como democrata convicto, tomou posição a favor de um controlo jurisdicional da constitucionalidade totalmente efectivo: tanto por motivos lógico-jurídicos (para assegurar a proeminência da Constituição) como político-jurídicos (protecção das minorias na democracia).<sup>16</sup>

A (auto)destruição da República de Weimar não foi impedida pelo terceiro poder. O nacional-socialismo recusou o controlo jurisdicional da actividade do Estado como expressão da “democracia liberal” e como “requisito da Constituição parlamentar”, bem como a revisão judicial das leis, esta última com o argumento de que “a lei *Führer* em todas as suas formas é necessariamente vinculativa para os juízes”.

Também deste modo se preparou o terreno para o controlo jurisdicional da constitucionalidade introduzido na Lei Fundamental de 1949. As experiências negativas com um regime totalitário e a construção de uma democracia pluralista vinculada à protecção das minorias, a fé na “proeminência da Constituição” e alguns conceitos jusnaturalistas, incentivaram a génese e o desenvolvimento do controlo jurisdicional da Constituição na Federação e na Lei Fundamental (e, já antes, nos Estados Federados da Alemanha Ocidental). As regulamentações normativas desta matéria e o seu desenvolvimento pela jurisprudência e pela doutrina falam por si só.

15 Sobre isto A RINKEN, observação preliminar ao art. 93.º, nº à margem 35 ss., em *Alternativ...*, cit. textos clássicos acerca do controlo da constitucionalidade foram já impressos por P HÄBERLE (ed.), *Verfassungsgerichtbarkeit*, 1976, em especial H. TRIEPEL (1929), H. KELSEN (1929), C. SCHMITT (1929), E. KAUFMANN (1952), J. M. WINTRICH (1956) e R. SMEND (1963) *ibid.*, p. 463-475 também uma selecção de bibliografia até 1976.

16 Veja-se H. TRIEPEL; H. KELSEN “wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” *VVDStRL* 5 (1929), p. 1 ss. y, 30 ss.; C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” (1929), em: ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1973 (2ª ed.), p. 63 ss.

## 2 Tipos de controlo

O controlo da constitucionalidade dos actos estatais encontra-se configurado distintamente, perante o Tribunal Constitucional, segundo os diversos procedimentos que foram já mencionados.<sup>17</sup>

### a) Controlo de decisões judiciais

Este controlo é possível através do procedimento de recurso de amparo (art. 93.º.1.4.a da Constituição). A pedido de um cidadão ou também de um grupo de pessoas (por exemplo, uma associação ou um sindicato, segundo o art. 19.º.3 da Constituição), o TCFA examina se um Tribunal, no procedimento seguido perante ele, ou na interpretação e aplicação do Direito, lesou ou descurou de forma antijurídica direitos fundamentais ou direitos equiparáveis aos direitos fundamentais: são as chamadas *sentenças dos recursos de amparo*. Desta forma, são revistas as sentenças das cinco ordens jurisdicionais (cível-penal, contencioso, laboral, financeira e social). O TCFA não constitui um tribunal de instância superior adicional a estas ordens (“não é uma instância de super-revisão”). Examina as decisões dos tribunais que esgotam a via judicial em última instância mas apenas segundo o critério especial da *Constituição*. O Tribunal, cuja decisão tenha sido anulada, deverá voltar a julgar (veja-se o art. 95.º.2 da LTCFA).

### b) Controlo do Executivo

O Tribunal, a pedido de um cidadão ou de outro titular de direitos fundamentais, averigua se o Executivo (Governo ou Administração) lesou ou descurou antijuridicamente direitos fundamentais com a sua actuação (ou também com a sua omissão). A regra consiste no facto de ser necessário utilizar a via assinalada no art. 19.º.4 da Constituição (GG), antes de usar o recurso de amparo, ou seja, é necessário esgotar a via judicial ordinária. Contra a sentença ditada em última instância, é possível uma “sentença do recurso de amparo”. Apenas excepcionalmente é aberto o recurso de amparo de forma imediata (sem ter esgotado a via judicial) contra uma decisão do Executivo.

### c) Controlo dos actos legislativos

O “controlo jurisdicional da legislação” (K. SCHLAICH) é especialmente importante na Constituição (GG). Esta assegura a “primazia da Constituição” também face ao legislador formal (Parlamento) e material. O controlo das normas perante o TCFA pode ser efectuado:

17 Veja-se para o seguinte, cit., SCHLAICH, cit. 4 ss. Sobre os tipos de procedimentos do TCFA: W. LÖWER, “Zuständigkeiten und Verfahrensarten des BVerfG”, em: *Handbuch des Staatsrechts...*, cit., t. II, 1987, p. 737/744 ss.); A. RINKEN, Comentário ao art. 93, em cit., p. 1028 ss.

- através do recurso de amparo interposto por um titular de direitos fundamentais (ou imediatamente contra uma lei ou mediadamente através da sentença do recurso de amparo);
- por proposta de um tribunal, que tenha de aplicar a norma num caso concreto, se esta for inconstitucional (art. 100.º da Constituição (GG); questão de inconstitucionalidade);
- a pedido de um Governo da Federação, de um Estado Federado ou de um terço dos deputados do Parlamento (*Bundestag*) [através da via do controlo abstracto de normas previsto no art. 93.º. 1.2. da Constituição (GG) ou indirectamente através do conflito entre órgãos previsto no art. 93.º.1.3 da Constituição (GG)];
- pela via dos conflitos federais, segundo o art. 93.º.2.3. da Constituição (GG) e o novo art. 93.º.1.2.a da Constituição.

#### **d) Resolução de conflitos entre órgãos constitucionais**

A actuação do Estado também pode ser julgada sob o critério da Constituição (GG) pelo TCFA também no procedimento do conflito entre órgãos (art. 93.º.1.1 da Constituição e, para os conflitos federais, art. 93.º.1.3 da Constituição). Através da vinculação dos órgãos constitucionais à Constituição consegue-se que estes possam ser controlados jurisdicionalmente de forma directa. As partes no conflito podem ser o *Bundestag*, o *Bundesrat*, um deputado ou um partido político. Deste modo, o TCFA resolve, por exemplo, a questão sobre a constitucionalidade da dissolução antecipada do Parlamento pelo Presidente da República (veja-se E 62.1). A isto, acrescentam-se os conflitos federais entre a Federação e os Estados Federados.<sup>18</sup> O TCFA, na sua prática de 45 anos, aproximou entre si os diferentes procedimentos. Por isso, hoje em dia, o controlo jurisdicional da constitucionalidade pode definir-se como a “jurisdição independente sobre questões constitucionais” (E. FRIESENHALM) ou como “jurisprudência imediata em matérias constitucionais”.

### **3 A distribuição do controlo da constitucionalidade: o TCFA e os chamados “tribunais especializados”**

O controlo da constitucionalidade está repartido na Constituição (GC): também os “tribunais especializados”<sup>19</sup> estão vinculados à Constituição (arts. 1.º.3 e 20.º.3 da Constituição) e à sua aplicação. Em virtude do art. 100.º.1 da Constituição (GG), se os tribunais chegarem à convicção de que leis formais (do Parlamento) pós-constitucionais contradizem a Constituição, devem

18 Sobre os restantes procedimentos como acusação do Presidente da federação, proibição de partidos, escrutínio, supra II.2.B.

19 Sobre isto W. R. SCHENKE, *Verfassungsggerichtsbarkeit Fachgerichtsbarkeit*, 1987.

colocar ao TCFA a questão de inconstitucionalidade (“controlo concreto de normas” em relação com o monopólio de anulação do TCFA). Relativamente às restantes normas, são os próprios tribunais que decidem de forma pontual, seja sobre a constitucionalidade dos regulamentos e dos actos administrativos, seja sobre tudo o que se relaciona com as chamadas leis parlamentares pré-constitucionais publicadas *antes* da entrada em vigor da Constituição (veja-se E 2, 124 [128 e ss.]:70, 126[129]).<sup>20</sup>

Apenas o TCFA está capacitado para efectuar o controlo *abstracto* de normas (art. 93.º.1.2 da Constituição). O Tribunal examina ora a compatibilidade formal e material com a Constituição (GG) do Direito Federal (incluindo os regulamentos e actos administrativos) ou do Direito de um Estado Federado, ora a compatibilidade do Direito de um Estado Federado com o Direito especial da Federação a pedido do Governo Federal, do Governo de um Estado Federado ou de um terço dos membros do Parlamento (*Bundestag*). A “interpretação das leis em conformidade com a Constituição” (veja-se E 266 [282]: 48, 40 [45 e seguinte])<sup>21</sup> abre a todos os tribunais um campo adicional de responsabilidade nas suas tarefas de interpretação.

## 4 Legitimação processual

### a) Generalidades

Aqui devem distinguir-se os diversos tipos de procedimentos. Apenas no recurso de amparo (ver a terceira parte), o acesso ao TCFA é um “direito de todos”; nos restantes processos, há determinados “interessados”, ou seja, “privilegiados”, que podem recorrer ao TCFA. A Lei Fundamental e a LTCFA fixam com grande pormenor quem está legitimado processualmente em cada caso. Novamente, aqui se mostra em que medida o Direito Processual Constitucional é um “direito de participação”. A possibilidade de iniciar ou de tomar parte num processo perante o TCFA abre a via para influenciar a interpretação da Constituição feita pelo tribunal. Por outro lado, a decisão da Constituição (GG) e do legislador da LTCFA, em matéria de legitimação e participação processual, fundamenta-se na tese de que determinados órgãos constitucionais, grupos e indivíduos são importantes para o processo constitucional em sentido estrito (formal) e em sentido lato (“a Constituição como processo público”).

Dado que, em virtude do princípio do inquisitório estabelecido no art. 26.º.1.1 da LTCFA, o tribunal “produz a prova necessária para a averiguação da verdade”, é possível que, para além das “partes” expressamente mencionadas durante o processo, sejam recolhidas opiniões e informações,

20 Os tribunais constitucionais de Estado Federado tem o seu próprio âmbito de competências que, no caso de dissensão sobre a Constituição (GG), por evidentemente também acarretar o BVerfG: art. 100.º.3, da Constituição GG.

21 Entre a literatura K. HESSE, *Grundzüge...*, cit., nota à margem 79 e ss.

por exemplo, de outros tribunais, associações ou órgãos constitucionais, para conseguir um melhor conhecimento da causa. Existem numerosos exemplos em que o TCFA contou com a participação de muitos órgãos, forças ou grupos. Nos procedimentos do controlo concreto de normas (art. 100.º da Constituição), o próprio Direito Processual Constitucional positivo amplia especialmente o círculo dos “legitimados para serem ouvidos” (art. 82.º da LTCFA; na prática, ultimamente, E 91, 1 e ss., que efectua um “inquérito” em doze clínicas, *ibidem* página 22 e ss.).

### **b) Exemplos seleccionados**

- a) *Controlo abstracto de normas*. Nestes procedimentos, apenas o Governo Federal, o Governo de um Estado Federado ou um terço dos membros do Parlamento (*Bundestag*) estão legitimados para iniciar a acção (art. 93.º.3.2 da Constituição (GG); arts. 13.º.6 e 76.º da LTCFA). Este privilégio de determinados órgãos constitucionais sentido. O controlo abstracto de normas, pela sua finalidade (sobretudo em face do Direito da Federação ou de um Estado Federado), implica uma competência muito ampla de controlo do TCFA. Pelos seus efeitos, pode ter importantes conseqüências (declaração de nulidade da norma controlada segundo o art. 78.º da LTCFA). Daí que, conseqüentemente, se conceda o direito a serem ouvidos aos órgãos da Federação ou do Estado Federado afectado (art. 77.º da LTCFA).
- b) *Conflito entre órgãos constitucionais*. Este procedimento apenas pode ser posto em marcha por um exclusivo e limitado número de sujeitos. Em virtude do art. 93.º.1.1 da Constituição (GG) e dos arts. 13.º.5 e 63.º da LTCFA, são os seguintes: o *Bundestag*, o Senado (*Bundesrat*), o Governo Federal e as fracções ou partes do *Bundestag* ou do Senado (*Bundesrat*) que, em virtude da Constituição (GG) ou dos regulamentos parlamentares dessas câmaras, “estejam munidos de direitos próprios”. O pedido apenas é admissível quando o requerente fizer valer que “ele ou o órgão de que faz parte foi lesado ou colocado em perigo de forma imediata nos direitos e deveres que lhe confere a Constituição (GG) por causa de uma medida ou de uma omissão do requerente” (art. 64.º.1 da LTCFA). Outros sujeitos legitimados segundo o art. 63.º da LTCFA podem ser “incluídos” no procedimento, em virtude do art. 65.º da LTCFA, “quando a decisão tiver repercussões também para a delimitação das suas competências”. Através do conflito entre órgãos, o TCFA conseguiu uma competência de grande envergadura: muitas relações entre órgãos constitucionais são “corrigidas”. O TCFA está fortemente relacionado com o processo político ao qual proporciona equilíbrio. Na prática seguida até o momento, tal foi assegurado no conflito entre órgãos.

- c) *Conflitos entre a Federação e os Estados Federados*. Nestes processos (arts. 93.º.1.3 e 84.º.4.2 da Constituição (GG); arts. 13.º.7 e 68.º da LTCFA), apenas podem ser requerentes e requeridos: por parte da Federação, o Governo Federal; e por parte de um Estado Federado, o respectivo Governo. O TCFA relaciona-se aqui directamente com o desenvolvimento do federalismo como uma peça da separação vertical e horizontal de poderes.

### III – O RECURSO CONSTITUCIONAL PARA O TCFA (ART. 93.º.1.4.A DA CONSTITUIÇÃO)

#### 1 Antecedentes e história

A “rainha” das vias de acesso ao TCFA – o recurso de amparo individual – está fortemente relacionada com o desenvolvimento da idéia de Estado de Direito na Alemanha. Um degrau textual neste caminho encontra-se no art. 126.º.g) e h) do projecto de Constituição da Igreja de São Paulo de Frankfurt (1849), bem como na Constituição de Baviera, de 1919. Os pais e as mães da Constituição (GG) de 1949 tinham discutido sobre um recurso de amparo, mas não conseguiram fixar esta idéia na sua obra. Foi, pela primeira vez, em 1951, quando se introduziu na LTCFA, e em 1969, quando já se tinha convertido num instituto de sucesso, que se enraizou na Constituição (GG) como o novo art. 93.º.1.4.a) e b), como compensação pelos preceitos relativos ao estado de excepção introduzidos na altura. No entanto, o legislador foi, ao mesmo tempo, habilitado para “prever o esgotamento da via judicial ordinária como pressuposto do recurso de amparo, bem como para estabelecer um procedimento especial de admissão do mesmo”. Neste tempo, o recurso de amparo previsto na Constituição (GG) converteu-se num modelo, discutido em Itália e em França, que tem o seu “irmão” nos procedimentos de *recurso de amparo* da América Latina e que é acolhido sem excepção nas novas Constituições dos Estados Federados da Alemanha Oriental depois da mudança de 1989 (por exemplo, art. 80.º.1.1 da Constituição de *Thüringen*, de 1993). O art. 93.º.1.4.a) da Constituição (GG) refere:

O TCFA decide... “sobre os recursos de amparo que podem ser interpostos por qualquer pessoa que considere que o poder público lesou um dos seus direitos fundamentais ou um dos direitos contidos nos arts. 20.º.4, 33.º, 38.º, 101.º, 103.º e 104.º (da Constituição)”.

Graças às exigências simples de acesso a este procedimento são interpostos cerca de 3 a 4 mil recursos de amparo todos os anos, dos quais apenas têm êxito cerca de 1,2%. Esta reduzida “quota de êxito” não altera a história exemplar do sucesso do recurso de amparo como instituto. Pelo contrário, transforma o Estado constitucional da Constituição (GG) num “Estado dos direitos fundamentais” e a sua sociedade numa “sociedade dos direitos fundamentais” na medida em que questões fundamentais têm sido

freqüentemente decididas em grandes sentenças ditadas pela via do art. 93.º.1.4.a da Constituição (GG) e em que o recurso de amparo se tem fixado na consciência dos cidadãos.

## 2 O papel e a função actuais do recurso de amparo: o Tribunal Constitucional como “tribunal cívico”

O recurso de amparo pode ser interposto por qualquer pessoa sem necessidade de assistência de um advogado, o que transforma o alto significado simbólico dos direitos fundamentais (começando pela protecção da dignidade humana no art. 1.º.1) da Constituição em algo efectivo. Deste modo, o “significado elementar dos direitos fundamentais”, tantas vezes citado, vive-se e torna-se efectivo na prática. A história constitucional da Constituição (GG) é, em grande parte, a história dos direitos fundamentais, e o TCFA descobriu sempre novos âmbitos para os direitos fundamentais e para depurar a idéia destes direitos. Muitas iniciativas da ciência (“teorias dos direitos fundamentais”) foram introduzidas como peças de um mosaico na prática dos direitos fundamentais elaborada pelo TCFA. Também no sentido contrário, esta prática motivou novos desenvolvimentos teóricos. Sem as possibilidades que abre o recurso de amparo dificilmente se teria chegado ao fecundo diálogo (reconhecido inclusivamente noutros países europeus) entre a ciência dos direitos fundamentais e a prática destes direitos pelo TCFA.<sup>22</sup>

As experiências com o sistema totalitário do Estado nacional-socialista permitiram que o TCFA, apoiado pela opinião pública da comunidade científica e da sociedade em geral, tenha assegurado os direitos fundamentais da forma mais eficaz e ampla possível e tenha afirmado seriamente a primazia da Constituição e dos direitos fundamentais (veja-se os arts. 1.º.3 e 20.º.3 da Constituição). Os direitos fundamentais são apresentados com o seu “duplo carácter”: como direitos subjectivos e como elementos de um ordenamento objectivo. Assim se consideram, por exemplo, as liberdades de opinião e de imprensa (art. 5.º.1 da Constituição) como constitutivas de uma democracia livre, relativamente à qual constituem uma base funcional (veja-se sobre este assunto E 7, 198). Também desta forma, o matrimónio e a família (art. 6.º da Constituição (GG); ver E 6, 55), a propriedade e a herança (art. 14.º da Constituição) formam os fundamentos do ordenamento jurídico-privado. De igual modo, os direitos fundamentais para a criação artística e científica (art. 5.º.3 da Constituição, ver E 77, 240 e E 35, 79), a família (art. 6.º.1 da Constituição) e a formação de grupos sociais (art. 9.º.1 da Constituição; ver E 84, 372 [378]) são aspectos parciais da vida social importante para toda a comunidade. Finalmente, o TCFA aprofunda

22 A literatura é inabarcável, veja-se K. HESSE, *Grundzüge...*, cit. K. STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., t. III-2 “Allgemeine Lehren der Grundrechte”; J. ISENSEE; P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch...*, cit., t. V “Allgemeine Grundrechtslehren”; P. HÄBERLE, *Die Wesensgehalt...*, cit.; ID.: “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL* 30(1972), p. 43 ss.

constantemente a ligação de todos os direitos fundamentais com a garantia da dignidade humana (art. 1.º.1 da Constituição; ver E 7, 198 [205]). Deste modo, na Constituição (GG) resolve-se a tensão indivíduo-comunidade, no sentido de uma “ligação e vinculação da pessoa à comunidade” (E 65, 1 [44]).

Não pode ser aqui enunciada a complexa arquitectura elaborada pelo TCFA relativamente aos direitos de liberdade, tanto geral (art. 2.º.1 da Constituição (GG); ver E 6, 32), como especial (por exemplo, art. 8.º da Constituição (GG) liberdade de reunião; ver E 69, 315), relativamente aos direitos de igualdade geral (E 1, 144 [52]; 76, 256 [329]) ou especial (arts. 3.º.1 e 6.º.5 da Constituição: igualdade dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais), relativamente à garantia de *habeas corpus* (art. 104.º da Constituição) ou as diferenciações na sistematização dos limites dos direitos e na protecção absoluta dos direitos fundamentais (art. 19.º.2 da Constituição (GG): protecção do “conteúdo essencial”). Basta assinalar que o recurso de amparo abre a “porta” para uma protecção formal e material dos direitos fundamentais, algo que poucos princípios constitucionais conseguiram. O recurso de amparo desenvolveu uma importante função integradora dos cidadãos (e também de protecção das minorias), estimulou a aceitação da Constituição (GG) pelo povo e, enquanto direito de todos, amadureceu um “efeito educativo geral” (K. ZWEIGERT) relativamente aos órgãos do Estado devido ao seu efeito vinculativo (art. 31.º da LTCFA). Estes órgãos são “educados” na lealdade à Constituição e exercitam diariamente a actuação em conformidade com a Constituição e com os direitos fundamentais (ver art. 1.º.3 da Constituição).

Daqui se depreende que a função da Constituição na protecção dos direitos fundamentais *individuais* (subjectivos) é apenas *uma* faceta do recurso de amparo. Este tem uma *dupla função*, subjectiva e objectiva, consistindo esta última em “assegurar o Direito Constitucional objectivo” (E 33, 247 [258 e seguinte], ver também E 85, 109 [113]). Por esta razão, o recurso de amparo pode ser considerado como extraordinário, como “o último e subsidiário auxílio jurídico” dos cidadãos, graças ao qual podem defender-se dos ataques do poder público aos seus direitos fundamentais (E 18, 315 [325]). Depois do esgotamento de todas as possibilidades, resta ao cidadão o caminho para o TCFA como “último asilo” (W. BÖHMER). Daí que se tenha feito um uso considerável deste por parte dos requerentes. Deste modo, o TCFA funciona como um “tribunal cívico”.

### **3 Ex cursus: Estruturas (dimensões, funções) dos direitos fundamentais segundo o critério jurisprudencial do TCFA: uma panorâmica**

O “espírito” do TCFA nos problemas relativos aos direitos fundamentais, resolvido na maior parte das vezes com o aplauso da doutrina, pode expressar-se através de alguns exemplos. Apenas sobre esta base material se podem entender os problemas concretos que coloca o Direito Processual

Constitucional e, em especial, o recurso de amparo. Deste modo, a *dignidade humana*, no sentido do art. 1.º.1 da Constituição (GG), é “o valor supremo” da Constituição (E 32, 98 [108]). Também aqui se inclui o regresso ao passado relativamente à elevação metafísica do Estado, seja na filosofia de HEGEL, ou nas formas totalitárias. A pessoa nunca deve ser utilizada como um instrumento (I. KANT), não deve ser convertida num “simples objecto do Estado” (E 45, 187 [228]). Deste modo, é garantido à pessoa um “âmbito inviolável de configuração da sua vida privada”, do qual está excluída a intromissão do poder público (E 27, 1 [6]; ultimamente, E 90, 145 [171]). Segundo uma jurisprudência constante do TCFA, os preceitos sobre direitos fundamentais não só contêm direitos de defesa subjectivos do indivíduo face ao poder público, como representam, ao mesmo tempo, “decisões valorativas jurídico-objectivas” (49, 89 [141 e seguinte]). A partir daí, o TCFA examina se foi observada (por exemplo, pelo legislador ou pelo juiz) a “*eficácia mediata inter privatos*” dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do Direito (ver E 73, 261 [268]). A eficácia *inter privatos* mediata significa que os direitos fundamentais vinculam também os sujeitos privados acima dos preceitos gerais do Direito Civil (E 7, 198). Deste modo, por exemplo, a *liberdade de imprensa* do art. 5.º da Constituição (GG) manifesta uma eficácia *inter privatos* mediata no caso do boicote a um jornal por parte de uma grande editora (E 25, 56 [263 e ss.]). Até a data, a *liberdade de radiodifusão e televisão* foi especialmente fortalecida e encarada em termos de pluralismo por 8 sentenças (desde a E 12, 205 até recentemente as E 90, 60; 91, 125). O mesmo se pode dizer da *liberdade de informação* (por exemplo, 90, 27 [31 e ss.]). Neste contexto, também se pode incluir o “genérico direito fundamental ao processo” derivado da pretensão de *processo transparente* (por exemplo, E 38, 105 [111]; 78, 123 [126]), bem como o “11 mandato de jogo limpo com respeito pelo Estado de direito” (E 91, 176 [183]). Finalmente, é necessário referir a teoria dos *deveres fundamentais* do Estado, especialmente em relação à vida e à integridade corporal (E 39, 1 [42 e ss.]).

Este trabalho de atribuição de *eficácia* ao conteúdo dos direitos fundamentais também se pode apreciar na delimitação dos limites permitidos. Estes apenas podem ser circunscritos pela Constituição. Os direitos fundamentais e os bens jurídicos limitadores destes (por exemplo, a protecção da juventude contra a liberdade de imprensa, tem a ver com a protecção da personalidade) devem ordenar-se mutuamente de modo proporcional no sentido de uma “concordância prática” (K. HESSE). O princípio de proporcionalidade é aqui relevante (E 19, 342 [348 e ss.]; 65, 1 [44]). Assim, nas relações de sujeição especial (por exemplo, os presidiários), os direitos fundamentais apenas são limitáveis quando tal “seja indispensável para a consecução de um fim geral ao abrigo da ordem de valores da Constituição (GG)” (E 33, 1 [9 e ss.]).

Para ilustrar o trabalho prático efectuado pelo TCFA para dotar *em particular os direitos fundamentais* de eficácia, pode citar-se como exemplo

o art. 6.º da Constituição (*matrimônio família*). A decisão pioneira, E 6, 55 (do ano 1957), refere o seguinte: “o art. 6.º.1 da Constituição (GG) não é apenas um ‘direito fundamental clássico’ para a protecção das esferas privadas específicas do matrimônio e da família bem como uma garantia institucional, mas constitui também uma norma fundamental, ou seja, uma decisão valorativa vinculativa para todo o Direito Público e Privado que afecte o âmbito do matrimônio e da família” (ver também E 80, 81 [92 e seguinte]). Neste aspecto, o TCFA desenvolveu pelo menos três dimensões num direito fundamental. É igualmente rica a força efectiva do art. 3.º da Constituição (*princípio de igualdade*). O princípio de igualdade geral torna-se vulnerável quando, para estabelecer uma diferenciação, “não se encontra um fundamento racional derivado da natureza das coisas ou que seja objectivamente evidente, mas, pelo contrário, a regulação deve ser qualificada de *arbitrária* para uma consideração orientada idealmente para a justiça” (jurisprudência constante desde E 1, 14 [52]; 76, 256 [329]).

O TCFA, na sua tarefa de tipificação e generalização, para além desta proibição genérica da arbitrariedade, reconheceu causas justificativas de uma diferenciação (por exemplo, E 51, 115 [122 e seguinte]; 87, 234 [255 e seguinte]; 91, 93 [115]). Também os direitos *especiais* à igualdade (por exemplo, a igualdade de sufrágio do art. 38.º da Constituição) receberam os seus contornos numa abundante jurisprudência do TCFA (por exemplo, E 78, 350 [358]; 79, 161 [166]). A “sentença de Maastricht” (E 89, 155) foi ditada, entre outras causas, por um recurso de amparo apoiado no art. 38.º da Constituição (GG). A garantia da propriedade privada (art. 14.º da Constituição) foi concretizada e dotada de efectividade através de várias decisões (por exemplo, E 91, 294 [306]). Uma decisão-chave (a sentença do dique de Hamburgo de 1968: E 24, 367 [389]) afirma: “a propriedade é um direito fundamental elementar que se encontra em estreita ligação com a liberdade pessoal”.

Esta panorâmica mostrou-nos em que medida se protege o *conteúdo* dos direitos fundamentais nos processos por recurso de amparo: é a sua pedra de toque.

#### **4 O recurso de amparo perante o TCFA no contexto de todas as “vias judiciais” na Constituição**

A República constituída pela Constituição é assinalada frequentemente como “Estado judicial” e, por vezes, é também criticada por este facto. De facto, o terceiro poder independente passou por uma singular revalorização na articulação das funções do Estado. Este facto é evidenciado na construção de, pelo menos, *cinco* ordens jurisdicionais, ou seja, o ordinário, o contencioso, o financeiro, o laboral e o social, com os seus respectivos cinco tribunais supremos da Federação (art. 95.º.1 da Constituição), sobretudo na garantia genérica de protecção jurídica do art. 19.º.4 da Constituição (GG) que é frequentemente celebrada como a “coroação” do Estado de Direito (“Se

alguém é lesado nos seus direitos pelo poder público, tem aberta a via judicial. Na medida em que não haja uma atribuição especial de competência, pode ser utilizada a via judicial ordinária). A expressão “poder público”, neste caso, apenas significa o poder executivo no cumprimento das suas funções soberanas. Mas o art. 19.º.4 da Constituição (GG) garante a *eficácia* da protecção jurídica no sentido de uma pretensão de um controlo judicial eficaz em todas as instâncias existentes (E 49, 329 [340 e seguinte]; 84, 34 [49]). Graças ao art. 19.º.4 da Constituição há “ausência de lacunas” de protecção jurídica na Lei Fundamental. A confiança no terceiro poder é justificadamente grande, e o prestígio dos juízes alemães foi assegurado desde 1949 na Federação e nos Estados Federados.

O *recurso de amparo* previsto no art. 93.º.1.4.a da Constituição é, sem dúvida, independente do art. 19.º.4 da Constituição, uma vez que este preceito não abre qualquer via para recorrer ao TCFA por ter sido lesado algum direito fundamental. Como o recurso de amparo apenas existe no caso de terem sido afectados *direitos fundamentais* mencionados de *forma enumerada*, o alcance do art. 93.º.1.4 da Constituição é muito menor do que o do art. 19.º.4 da Constituição. Sendo um “direito de qualquer pessoa” (sem a obrigatoriedade da assistência de um advogado nem custas judiciais) é verdadeiramente um apoio jurídico “extraordinário”, “último”, “subsidiário”, mas certamente com grande “popularidade”. Não obstante, ou apesar disto, os diversos pressupostos de admissão são controlados de forma estreita e sistemática.

## **5 Os pressupostos de admissão (“pressupostos objectivos da decisão”)**

Os pressupostos de admissão do recurso de amparo derivam das diversas indicações do art. 93.º.1.4.a da Constituição e do art. 90.º da LTCFA. Estes pressupostos não constituem um fim por si próprios, mas encontram-se ao serviço do instituto da Constituição, do “recurso de amparo” e, em última instância, da justiça. Paralelamente a outros “auxílios jurídicos”, princípios ou técnicas, estes pressupostos fazem parte de uma teoria geral do procedimento, embora nas questões singulares seja necessário dar atenção ao contexto específico jurídico-constitucional: concretamente, o duplo carácter da função subjectiva e objectiva do recurso de amparo ao serviço do cidadão e da Constituição.

### **a) Legitimação (capacidade em matéria de constitucionalidade)**

Segundo o art. 90.º.1 da LTCFA “qualquer pessoa” está legitimada a interpor uma acção na medida em que tem capacidade para ser titular de direitos fundamentais ou de direitos equiparáveis a estes. Os estrangeiros têm legitimação na medida em que podem apelar a um direito fundamental

que corresponda aos estrangeiros. É o caso, por exemplo, do direito de asilo (art. 16.º da Constituição (GG); ver E 63, 197 [205]). A Constituição distingue entre os “direitos alemães” (ou seja, os direitos [por exemplo, art. 11.º da Constituição (GG): liberdade de movimentos; art. 12.º da Constituição (GG): liberdade de escolha da profissão] que correspondem apenas aos cidadãos alemães [veja-se o art. 116.º.1 da Constituição]) e os direitos fundamentais de todos (ou seja, os direitos humanos, que correspondem a todas as pessoas [por exemplo, a dignidade humana, segundo o art. 1.º.1 da Constituição ou a genérica liberdade de actuação nos termos do art. 2.º.1 da Constituição]). Os cidadãos da União Européia estão a ser progressivamente iguados aos alemães (arts. 6.º, 8 bis, e 8.º.e do Tratado da Comunidade Européia). As garantias do CEDH ou dos pactos de direitos humanos de Nações Unidas excedem os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição (GG) e não podem ser protegidos pela via do recurso de amparo (E 41, 88 [105 e seguinte]).

Relativamente às *personas colectivas* é necessário diferenciar: em virtude do art. 19.º.3 da Constituição (GG), as *personas colectivas* alemãs gozam dos direitos fundamentais “na medida em que, pela sua natureza, estes lhes são aplicáveis”. Este aspecto é observado com clareza no caso em que a criação e actuação das *personas colectivas* é expressão do livre desenvolvimento das *personas físicas*, especialmente quando as *personas colectivas* constituem um “véu” atrás do qual se encontram *personas físicas* (E 21, 362 [369]). Este é geralmente o caso das *personas colectivas* de direito privado (E 68, 193 [206]). O que vigora para as *personas colectivas* de Direito *público* é diferente, dado que estas cumprem as suas tarefas públicas “em todo o momento, não como exercício de liberdades inderiváveis, originárias”, mas sim sobre a base de competências. Deste modo, a garantia da propriedade (art. 14.º da Constituição) não corresponde aos municípios (E 61, 82 [108 e seguinte]), sem prejuízo dos seus direitos em virtude do art. 93.º.1.4.b da Constituição (GG). Só excepcionalmente as *personas colectivas* de direito público são titulares de direitos fundamentais e, deste modo, estão legitimadas para interpor o recurso de amparo, o que é o caso das universidades e das faculdades (art. 5.º.3 da Constituição: E 15, 256 [262]) ou das emissoras de rádio (art. 5.º.1.2 da Constituição (GG); E 31, 314 [322]; 64, 256 [259]). Os direitos fundamentais processuais, como o direito ao juiz legal (art. 101.º.1.2 da Constituição) ou o direito a ser ouvido (art. 103.º.1 da Constituição), também se podem fazer valer para as *personas jurídico-públicas* (E 61, 82 [104]), uma vez que materialmente não contêm “direitos individuais como os dos arts. 1.º a 17.º da Constituição (GG)”, constituindo “princípios objectivos do processo”.

As associações, que não têm personalidade jurídica, podem estar legitimadas para interpor o recurso de amparo na medida em que podem ser titulares de direitos fundamentais (E 3, 383 [391 e seguinte]). Os *partidos políticos* (na Alemanha são freqüentemente associações sem personalidade

jurídica, nos termos do Direito Civil, mas são caracterizadas pelo seu estatuto de “poder público” pelo art. 21.º da Constituição) estão incluídos na via do conflito entre órgãos (art. 93.º.1.1 da Constituição), não por fazerem valer direitos fundamentais, mas sim pelo seu estatuto jurídico-constitucional especial, por exemplo, no contexto das eleições (E 4, 27; 24, 300 [329]). Algo similar se pode dizer dos deputados em relação aos seus direitos parlamentares (E 64, 301 [312]).

### **b) Capacidade processual**

A capacidade processual, ou seja, a capacidade de poder empreender validamente actuações processuais por si próprio ou por meio de um procurador (art. 22.º da LTCFA), está associada a quem tem a “capacidade de direitos fundamentais”. Quem tem a “capacidade de direitos fundamentais” é uma questão que recebe diferente resposta em cada direito fundamental e que deve ser averiguada em cada caso específico (sobre a posição do sujeito infantil, veja-se: E 72, 122 [134]). Chega-se, então, à “capacidade de entendimento” (E 28, 243 [255 e seguinte] do soldado menor de idade). O incapacitado por causa de uma doença mental está capacitado para interpor o recurso de amparo num procedimento em que tenha de se julgar uma medida que foi motivada pelo seu estado mental (E 65, 317 [321]). O TCFA refere justificadamente um “princípio geral do nosso ordenamento jurídico (E 10, 302 [306]) que, na minha opinião, deriva de dois motivos: da dignidade humana (art. 1.º.1 da Constituição) e do objectivo do recurso de amparo como garantia efetiva dos direitos fundamentais, ambos no interesse do Direito Constitucional objectivo”.

### **c) Objecto do recurso de amparo**

Segundo o art. 90.º.1 da LTCFA, o requerente do recurso de amparo deve alegar uma lesão dos direitos fundamentais ou de direitos equiparáveis a estes por parte de um *poder público*. Tal compreende os actos mediatos e imediatos do poder estatal *alemão*, todos os actos estatais nos termos da lei, os regulamentos e actos administrativos até aos actos do poder executivo e as decisões judiciais (ver E 84, 90 [113]; 62, 117 [153]; 65, 325 [326]). Inclusivamente, a recusa de uma protecção jurídica provisória pode ser objecto do recurso de amparo (E 79, 69 [73]). Não se consideram actos do “poder Público no sentido do art. 90.º.1.1 da Constituição (GG), as medidas puramente intra-eclesiásticas (E 18, 385 [386 e ss.]) e os actos das organizações internacionais ou supranacionais, como, por exemplo, do Direito Comunitário Europeu (E 22, 293 [295 e ss.]; 58, 1 [27], caso do Euro-controlo). A cooperação do Governo Federal na consecução de acordos internacionais também não é um “objecto idóneo para o recurso de amparo” (E 77, 170 [209 e seguinte]). Apenas é objecto idóneo a lei de incorporação do tratado no Direito interno (E 84, 90 [113]).

#### **d) Competência do recurso de amparo: alegação de violação de um direito fundamental**

A “função de filtro” das diversas normas do art. 90.º da LTCFA manifesta-se com especial clareza no elemento “alegação” ... por ter sido lesado nos seus direitos fundamentais ou nos direitos contidos nos arts. 20.º4, 33.º, 38.º, 101.º, 103.º e 104.º da Constituição (GG). Os direitos destes artigos, expressamente citados, são os que estão fora da (“clássica”) parte dogmática da Constituição (arts. 1.º a 17.º). Trata-se dos chamados “direitos equiparáveis aos direitos fundamentais”, em concreto: o direito de resistência (art. 20.º4), a igualdade de cidadania de todos os alemães (art. 33.º), o direito de sufrágio activo e passivo (art. 38.º), a proibição dos tribunais de exceção e o direito ao juiz legal (art. 101.º), os direitos fundamentais do acusado a ser ouvido e ao *ne bis in idem* (art. 103.º), bem como as garantias jurídicas da liberdade de ensino (art. 104.º). O acto deve ter sido apto a “prejudicar o próprio requerente do recurso de amparo, imediata e actualmente na sua (!) posição jurídica protegida pelos direitos fundamentais” (E 53, 30 [48]: 60, 360 [370]). O recurso de amparo não está configurado como uma acção popular”; o requerente deve alegar ter sido lesado os *seus* direitos fundamentais.

Esta “concepção jurídico-subjetiva” do recurso de amparo já tinha sido introduzida pelo TCFA desde a sua sentença *Elfes* (E 6, 32), onde interpreta generosamente o conceito de “livre desenvolvimento da personalidade” do art. 2.º.1 da Constituição (no sentido de “liberdade genérica de actuação”), bem como o limite da “ordem constitucional” como conjunto das normas formais e materiais que são conformes com a Constituição. Deste modo, na prática, qualquer censura jurídico-objectiva pode ser apresentada como uma infracção do art. 2.º1 da Constituição (GG), por exemplo, como não estando em conformidade com o Estado de Direito (E 42, 20 [27]; 65, 196 [210]). O art. 2.º.1 da Constituição (GG) transforma-se num direito fundamental “vassoura”, “com o qual se protege não apenas um âmbito limitado do desenvolvimento da personalidade, mas também qualquer forma de actuação humana sem consideração do peso que essa actuação possa ter para o desenvolvimento da personalidade” (E 80, 137 [1521]; veja-se, no entanto, a posição contrária sustentada na opinião dissidente de *Grimm, ibid.*, p. 164 e ss.). O TCFA examina a lei limitadora também sob o critério, próprio do Estado de direito, da proporcionalidade (*ibid.*, p. 153).

A alegação nuclear (“substancial”) de uma possível afectação de um direito fundamental (E 64, 1 [12]; 81, 347 [355]) é filtrada através de “três pressupostos jurisprudenciais de admissão” (A. RINKEN): o requerente do recurso de amparo deve estar afectado “pessoal”, “actual” e “imediatamente”. Deste modo, o TCFA procura, sob o aspecto de protecção jurídica, desembaraçar-se de recursos de amparo “desnecessários”.

- 1) A afectação *peçoal significa* que a norma, a decisão judicial ou o acto singular deve estar dirigido directamente ao requerente do recurso de amparo (ver E 51, 386 [395]). Por exemplo, a obrigação de um estrangeiro de sair do país afecta também os seus familiares que permanecem. O âmbito da protecção pessoal do art. 6.º da Constituição (protecção do matrimónio e da família) irradia aqui no Direito Processual Constitucional (ver E 76, 1 [37]).
- 2) O facto de afectar *actualmente* o requerente implica introduzir um critério delimitador face a futuras intromissões. O requerente deve estar afectado “actualmente”, não virtualmente no futuro. Este “filtro” impede que o recurso de amparo se converta numa acção popular, uma vez que se pode recomendar uma afectação virtual nas normas gerais (ver sobre o recurso de amparo contra leis: E 60, 360 [370]; para o recurso de amparo contra sentenças, E 72, I [5 s.]).
- 3) O *imediatismo*, como terceiro pressuposto de admissão desenvolvido “pretorianamente”, é utilizado pelo TCFA como instrumento flexível para examinar os casos individuais, quando se tem acesso ao tribunal para dirigir o recurso de amparo directamente contra normas. O requerente está afectado imediatamente por uma norma quando esta se intromete na sua posição protegida pelos direitos fundamentais, sem necessidade de que o “mandato legal” implique uma transformação através de um regulamento (E 53, 366 [389]), de um acto administrativo (E 61, 260 [274]) ou um acto de execução do Executivo (E 58, 81 [104 e ss.]); 68, 319 [325]; 85; 360 [317]). Deste modo, o TCFA salvaguarda a necessária apelação prévia aos “tribunais especializados” que devem examinar em toda a sua extensão a queixa apresentada (ver E 72, 39 [43]). Estes tribunais, juridico-funcionalmente, são chamados a proporcionar protecção jurídica (também protecção de direitos fundamentais), em primeiro lugar, pela sua proximidade ao caso e à matéria. Finalmente, é necessário aludir à “subsidiariedade” do recurso de amparo. Ao TCFA, “antes da sua decisão, é necessário transmitir-lhe um material de factos provados submetido regularmente a várias instâncias e à observação do caso pelos tribunais, especialmente os tribunais supremos” (E 72, 39 [43]).

Esta hábil “estratégia” para o aproveitamento da capacidade de controlo dos tribunais especializados e para evitar a sobrecarga do próprio TCFA pode ter excepções. Numa série de casos especiais, apesar de faltar imediatismo, admite-se o recurso de amparo no interesse da função de protecção jurídica do TCFA. Deste modo, o afectado não terá possibilidade de se defender contra um acto de execução, porque não teve notícia da violação do direito (E 30, 1 [16 e s.] sentença das escutas), ou quando uma remissão aos tribunais especializados não implique um esclarecimento prévio, nem um descongestionamento do TCFA (E 65, 1 [37] sentenças do censo).

### e) Forma e prazos

Os pressupostos *formais* são simples, em coerência com a função específica do recurso de amparo como direito fundamental processual de todos. O recurso de amparo deve ser interposto e fundamentado no prazo de um mês (art. 93.º.1.1 da LTCFA). No caso de se dirigir contra uma lei ou um acto especial de um poder público contra o qual não se encontre aberta a via judicial, o recurso pode ser interposto no prazo de um ano desde a entrada em vigor ou da publicação do acto (art. 93.º.3 da LTCFA). Desde 1993, entre os estritos pressupostos do art. 93.º.2 da LTCFA, é possível a reposição na anterior situação.

### f) Esgotamento prévio da via judicial e subsidiariedade do recurso de amparo

Segundo o art. 94.º.2.2 da Constituição (GG), em ligação com o art. 90.º.2.1 da LTCFA, o recurso de amparo “apenas se pode interpor depois de esgotada a via judicial”. O recurso de amparo dirige-se, deste modo, contra decisões judiciais de última instância e com valor de caso julgado. Em virtude do princípio da *subsidiariedade* do recurso de amparo, os *tribunais* são chamados a decidir em primeiro lugar: assegurar a protecção dos direitos fundamentais é, em primeiro lugar e de preferência, uma tarefa da magistratura (E 77, 381 [401]). O recurso de amparo, como “meio jurídico extraordinário complementar da construção de um sistema de protecção jurídica, concedido ao cidadão para a defesa dos seus direitos fundamentais, apenas de modo excepcional pode pôr em questão o valor de coisa julgada das decisões dos tribunais” (E 68, 376 [380]). Deste modo, dificulta-se o acesso ao recurso de amparo.

As excepções ao princípio que exige o prévio esgotamento da via judicial devem ser estritamente limitadas (E 70, 180 [186]). Juntamente com a excepção escrita da “decisão prévia” em virtude do art. 90.º.2.2 da LTCFA – decisão imediata *antes* do esgotamento, da via judicial, quando o recurso de amparo “seja de um significado geral ou quando possa gerar-se um prejuízo grave e inviável para o requerente do recurso, caso se deva remeter primeiro para a via judicial” (por exemplo, E 63, 230 [242]) –, o TCFA desenvolveu por via jurisprudencial a excepção de “inexigibilidade”. Deste modo, o esgotamento da via judicial pode ser excepcionalmente desnecessário quando o recurso de amparo for contrário a uma jurisprudência ordinária firme, recente e unívoca (E9, 3 [7]; 68, 376 [380]).

O art. 90.º.2 da LTCFA não vigora para os recursos de amparo directos contra leis (ausência de “via judicial”). Em seu lugar, aparece a exigência, já mencionada, de que a norma afecte de modo imediato o recorrente. No entanto, a subsidiariedade como princípio geral exige também aqui, nos recursos de amparo contra disposições legais, a utilização de todas as possibilidades que proporcionam a protecção jurídica pelos tribunais

especializados (E 69, 122 [125 e seguinte]). A subsidiariedade serve assim para a “capacidade funcional” do TCFA e deriva em última análise da própria Constituição (GG).

### **g) A necessidade de protecção jurídica geral**

O recurso de amparo, tal como os restantes procedimentos judiciais, reclama um “interesse digno de protecção” na clarificação da questão controvertida, justamente, uma necessidade de protecção jurídica (E 9, 89 [92]). A maior parte das vezes tal não tem de ser afirmado expressamente, uma vez que a exigência de ter a faculdade de poder interpor o recurso de amparo e o esgotamento da via judicial já concretizam de forma especial a necessidade de protecção jurídica. O facto de a lesão de um direito fundamental se ter já consumado não impede que se possa afirmar relativamente ao futuro a necessidade de protecção jurídica, seja pelo perigo de que se repita essa lesão (E 69, 257 [266]), seja porque a clarificação de uma questão jurídico-constitucional de importância fundamental ficou por fazer, e a agressão censurada afecta um direito fundamental especialmente importante (F, 49, 24 [52]: proibição de contactos; E 69, 315 [341]; sentença Brokdorf: liberdade de reunião do art. 8.º da Constituição (GG), como “elemento funcional indispensável de uma comunidade democrática”; E 76, 1 [38]: reagrupamento de cônjuges). Nalguns casos, coloca-se em relevância a mencionada função jurídico-objectiva do recurso de amparo.

## **6 A admissão do recurso de amparo**

Desde os primeiros momentos, o TCFA viu-se inundado por uma grande quantidade de recursos de amparo, o que teve como consequência que se efectuasse uma discussão sobre a conveniência de reformar o recurso de amparo de forma a erigir “barreiras” ou um “sistema de portas”. Para preservar o TCFA de uma sobrecarga, o legislador procurou continuamente, desde 1965, estabelecer mecanismos selectivos, tendo criado, por exemplo, dentro do TCFA, as secções para a análise prévia dos recursos de amparo. Em 1985, criaram-se as secções (*Kammern*) às quais a reforma da LTCFA de 1993 atribuiu novas competências de grande alcance. Em virtude do art. 15.ºa.1.1 da LTCFA, as salas criam diversas secções para o período do ano judicial. Segundo o art. 15.ºa.1.2 da LTCFA, cada Secção é composta por três juizes. A composição de uma Secção não deve permanecer invariável por mais de três anos (art. 15.ºa.1.3 da LTCFA). Os novos arts. 93.ºa até 93.º da LTCFA estabelecem os fundamentos para que o recurso de amparo possa ser admitido à discussão de fundo, bem como os critérios para tomar esta decisão pela Secção e pela Sala. Segundo o regulamento do TCFA, existe um procedimento prévio – através da inscrição no “Registro geral” pelos serviços administrativos do tribunal nos termos de “instruções escritas” – para eliminar os recursos de amparo

improcedentes ou abertamente carentes de possibilidades de êxito. Efectivamente, o requerente do recurso de amparo pode solicitar uma decisão judicial.

### **a) Dever de admitir o recurso de amparo**

- a) *Primeiro motivo de admissão.* Segundo o art. 93.a.2.a da LTCFA, o recurso de amparo deve ser admitido “na medida em que procede de acordo com o seu significado jurídico-constitucional fundamental” (sobre isto, E 90, 22 [24 e ss.]). Não existe a possibilidade de o tribunal avaliar os prós e os contras da questão, na linha da prática do *certiorari* do Supremo Tribunal dos EUA. Neste motivo de admissão coloca-se em relevo a função objectiva do recurso de amparo no sentido de assegurar o desenvolvimento do Direito Constitucional.
- b) *Segundo motivo de admissão.* O art. 93.ºa.2.b da LTCFA regula este motivo, tendo o seguinte teor: “quando seja procedente para a realização dos direitos mencionados no art. 90.º.1 da LTCFA”. Este pode ser o caso, quando “se produza um grave dano no requerente do recurso de amparo por causa da recusa da sentença em ir ao cerne da questão”. Este pressuposto reflete o dilema (que marca todos os propósitos de reforma) entre a garantia de uma efectiva protecção dos direitos fundamentais e o descongestionamento do TCFA através das vias do acesso ao tribunal. Este preceito também é a expressão do “não só mas também” que advém das funções subjectiva e objectiva do recurso de amparo. Também se deve esperar para ver quando e como, através da formação de grupos de casos, o TCFA criará um campo de actuação das suas decisões que venha a resultar em acórdãos procedentes. A reforma de 1993 necessita de experimentação antes que sejam discutidas novas reformas.

### **b) Não-admissão por parte da Secção**

Uma Secção formada por três juízes pode recusar a admissão do recurso de amparo através de uma resolução adoptada por unanimidade quando não se cumprem os pressupostos do art. 93.ºa.2 da LTCFA. Esta decisão (de que não se pode recorrer) não necessita de estar fundamentada (art. 93.ºd.1.3 da LTCFA). Segundo uma estatística, cerca de 97% dos recursos de amparo são recusados pelas Secções. Tal coloca em destaque a sua enorme relevância relativamente à protecção dos direitos fundamentais.

### **c) Decisão de avaliação por parte da Secção**

Se o recurso de amparo é “procedente” para a realização do direito fundamental e tem bases evidentes, a Secção pode avaliar o recurso de

amparo “quando a questão determinante para o julgamento do recurso de amparo, já tenha sido decidida pelo TCFA”. Desta forma, as Secções são revalorizadas como órgãos com capacidade judicial própria, embora se encontrem constrangidas a dar cumprimento à jurisprudência já existente do TCFA (E. C. MAHRENHOLZ). As decisões fundamentais para o processo de criação do Direito Constitucional estão reservadas às duas salas.

#### **d) Admissão pela Sala**

Se a Secção recusou a admissão do recurso, deve a Sala decidir a este respeito (art. 93.ºb.2 da LTCFA). A Sala admite o recurso de amparo de acordo com o critério do art. 93.ºa.2 da LTCFA. Também não é necessário que a recusa de admissão efectuada pela Sala esteja fundamentada (art. 93.ºb.2 em relação com o art. 93.ºd.1.2 da LTCFA). As decisões tomadas em virtude dos arts. 93.ºb e 93.ºc da LTCFA são produzidas sem a realização de audiências (art. 93.ºd.1.1 da LTCFA).

### **7 Critério e alcance do exame bem como do conteúdo da decisão, em especial nas sentenças de recursos de amparo**

#### **a) Generalidades**

O critério para todos os tipos de recursos de amparo consiste nos direitos fundamentais enumerados taxativamente no art. 93.º1.4.a da LTCFA e os direitos equiparados aos direitos fundamentais. Através da interpretação extensiva da protecção dos direitos fundamentais, contida no art. 2.º1 da Constituição (GG) efectuada pela “*sentença Elfes*” (E 6, 32, veja-se a este respeito *supra* IV.4.D), o TCFA alargou as suas competências no sentido de princípios jurídicos objectivos tais como a idéia do Estado de Direito. Esta tendência produz-se quando o tribunal não se limita a examinar a questão de se apresentar uma violação de um direito fundamental ligada ao recurso de amparo. Pelo contrário, a decisão impugnada poderia ser examinada pela falta de objecções de qualquer ponto de vista jurídico-constitucional (E 70, 138 [162]). A crítica da doutrina exige, justamente, uma limitação relativamente às queixas do requerente do recurso de amparo, que sejam independentes do exame dos *direitos fundamentais*, uma vez que, de outro modo, seria ignorada a divisão de competências estipulada na Constituição (GG). Segundo o art. 95.º1 da LTCFA, nos recursos de amparo que sejam conhecidos, o tribunal deve declarar que preceito da Constituição (GG) foi lesado por meio de uma acção ou omissão. Caso se conheça um recurso de amparo contra uma decisão (a qual, por exigência do princípio de subsidiariedade, é sobretudo uma decisão judicial), o TCFA anula a decisão. No caso de decisões judiciais, devolve-se o processo ao tribunal competente em virtude da matéria (art. 95.º2 da LTCFA). Se o recurso de amparo é avaliado relativamente a uma lei, esta deve ser declarada nula (art. 95.º3 da LTCFA). Sobre as diferentes práticas, ver *infra* IV.7).

**b) Em especial: o alcance do exame do TCFA nas sentenças de recursos de amparo**

- a) O TCFA não é um “tribunal de super-revisão” nem uma “superinstância de facto”

O alcance do exame do TCFA relativamente aos “tribunais especializados” encontra-se limitado pela tese de que o TCFA não é um “tribunal de super-revisão” nem uma “superinstância de facto”: “a organização do procedimento, a fixação e a avaliação dos factos; a interpretação do procedimento, a fixação e valorização no caso concreto são questões exclusivas dos tribunais competentes para tal e estão subtraídas ao conhecimento do TCFAA” (E 18, 85 [92]; 68, 365 [372]). O TCFA não examina se as sentenças dos tribunais ordinários são “correctas” relativamente ao Direito ordinário, mas apenas se foi violado o “Direito Constitucional específico” (E 1, 41 8 [420]; 87, 48 [63]). Esta fórmula pretende resolver o problema da *divisão jurídico-funcional do trabalho* entre os tribunais especializados e o TCFA. Por um lado, os “tribunais especializados têm de interpretar o Direito ordinário na base da sua preparação especial e da sua proximidade com o caso. Por outro lado, o TCFA tem a missão de fazer prevalecer o Direito Constitucional material, inclusivamente na sua “irradiação” no Direito ordinário. Acima de tudo, os direitos fundamentais impregnam todo o ordenamento jurídico (veja-se E 7, 198 [205]): “este sistema de valores (ou seja, os direitos fundamentais), que encontra o seu eixo no livre desenvolvimento da personalidade no seio de uma comunidade social e na dignidade da pessoa, deve vigorar em todos os terrenos jurídicos como decisão jurídico-constitucional fundamental. A legislação, a administração e a jurisprudência recebem dele directrizes e impulsos”. O TCFA e a doutrina esforçaram-se até hoje para conseguir uma *específica diferenciação material da fórmula* “Direito Constitucional específico”.<sup>23</sup> A este respeito podem fazer-se algumas considerações:

1º O TCFA exerce um *controlo especialmente intensivo sobre o procedimento judicial*. Os critérios a este respeito são, sobretudo, os “*direitos fundamentais processuais*” do art. 101.º.1.2 da Constituição (GG) – direito ao juiz legal – e do art. 103.º.1 da Constituição (GG) – audiência devida – (por exemplo, E 42, 364; 64, 224). Quase metade dos recursos de amparo é apoiada nos direitos processuais fundamentais. Por um lado, é compreensível que o TCFA intensifique aqui o seu controlo uma vez que no (devido) processo se decide em grande medida a justiça para o cidadão. No entanto, aumenta o perigo de uma posterior sobrecarga do TCFA, dado que deve efectuar averiguações sobre o caso concreto relativamente ao procedimento (ver E 81, 123). Por este motivo, o TCFA solicita aos tribunais especializados uma interpretação dos preceitos processuais orientados para os “direitos

<sup>23</sup> Veja-se as opiniões de A. RINKEN, *Alternativ...*, cit. n.º à margem 15 ss.; K. SCHLAICH, op. cit., p. 184 ss.

fundamentais” a fim de evitar o “desvio” para o recurso de amparo (E 49, 252 [259]). O TCFA também exige atires de mais do legislador que concretize o “direito a um processo transparente” (E 63, 45 [61]; ver também E 66, 313 [318]: “o acusado não deve ser um simples objecto do procedimento no Estado de Direito da Constituição”).

2º O TCFA controla intensamente *os limites jurídico-constitucionais da criação judicial do Direito*. Pode ser encontrado o caso-chave em E 34, 269 (“Soraya”). Neste caso, conclui-se que a jurisprudência dos tribunais civis não constitui uma transgressão das fronteiras jurídico-constitucionais estabelecidas para o Direito judicial, em virtude da qual, em casos de graves violações do direito geral da personalidade, contra o disposto no art. 253.º do Código Civil alemão (BGB), pode ser reclamada uma indenização pecuniária também para os danos não patrimoniais. O TCFA reitera a sua jurisprudência segundo a qual o “sistema de valores dos direitos fundamentais encontra o seu eixo no livre desenvolvimento da personalidade no seio de uma comunidade social e na dignidade da pessoa”. Destaca a protecção da “esfera privada das pessoas” e avança com o princípio de que o juiz deve colmatar as lacunas legais “pela utilização dos critérios da razão prática” e das comuns e fundamentadas “idéias da justiça da comunidade” (ver também E 82, 6 [12]). Noutro caso, o TCFA anulou uma sentença do Tribunal Federal de Trabalho porque este transgrediu sensivelmente os limites da investigação criadora do Direito tendo em consideração a protecção constitucional da vinculação ao Direito e à Lei” (E 65, 1832 [194 e seguinte]).

3º No quadro dos “*recursos de amparo interpretativos*”, o TCFA examina se o espaço de decisão reservado ao juiz (por exemplo, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados) foi utilizado num sentido orientado para os direitos fundamentais (exemplo material, E 32, 373 [383 e ss.]). Deste modo, os tribunais ordinários devem “ter em conta na sua decisão a influência dos direitos fundamentais nos preceitos do Direito Civil” (E 62, 230 [240], seguindo o critério de uma jurisprudência constante desde a sentença Lüth E 7, 198 [204 e ss.]).

4º No “*recurso de amparo ponderativo*” a intensidade do controlo é menor, uma vez que o TCFA apenas pode rever a ponderação como último recurso (ver E 30, 173 [197]; 85, 1 [16]). Ora bem, aqui também vigora o princípio de que “as disposições do Direito ordinário limitadoras dos direitos fundamentais, devem ser interpretadas, novamente, à luz dos direitos fundamentais limitados, a fim de que seja possível a vigência também no plano da aplicação do Direito do significado valorativo que os direitos fundamentais possuem para o direito ordinário” (E 85, 1 [16]).

#### b) *casos de controlo mais intenso*

Esta escala das diferentes intensidades do controlo foi modificada pelo TCFA em duas áreas:

1º Em virtude da “*teoria da intensidade*”, o TCFA examina a decisão judicial tanto mais minuciosamente quanto mais intensivo for o menosprezo pelo direito fundamental no caso concreto (ver E 35, 202 [219]; 83, 130 [145]). Assim afirma o TCFA, por exemplo (E 76, 1 [51]): “a ligação pessoal, que constitui o matrimônio e a família como bens jurídico-fundamentais afectados, bem como o seu elevado nível advogam por uma maior densidade do controlo jurídico-constitucional”.

2º Relativamente à “*teoria da arbitrariedade*” o TCFA também corrige erros na interpretação que os tribunais especializados fazem do direito ordinário, material e formal, quando o uso defeituoso desse direito não seja compreensível em termos de uma consideração razoável das idéias dominantes da Constituição (GG) e conduza à conclusão de que esse uso depende de ponderações alheias à Constituição (E 4, 1 [7]; 422, 64 [73 e seguinte] jurisprudência constante). O critério é aqui a proibição da arbitrariedade contida no art. 3.º.1 da Constituição (ver E 70, 93 [97]). Como fundamento desta teoria, o TCFA utiliza uma competência geral de justiça, na qual facilmente se encontra o perigo de que possam ser ignoradas as diferentes regulamentações limitativas da Constituição e os âmbitos exactos de protecção dos direitos singulares de liberdade e igualdade da Constituição. Em todo o caso, o TCFA encontra-se aqui perigosamente próximo de constituir uma instância de revisão, por mais que tal possa resultar “justo” no caso concreto. Uma vez mais se manifesta aqui a destacada posição do TCFA na vida jurídica alemã.

## 8 Efeitos das sentenças

Tal como acontecia com os pressupostos de admissão, as sentenças estão especialmente reguladas na LTCFA. Estas sentenças encontram-se determinadas pelo objectivo perseguido em cada decisão. Essencialmente, esse objectivo pode ser o conflito entre órgãos constitucionais, o controlo de normas e o recurso de amparo contra sentenças dos tribunais ordinários.

### a) A sentença nos procedimentos de conflito entre órgãos

Segundo o art. 67.º.1 da LTCFA, o Tribunal declara “se a medida ou omissão do requerente que foram impugnadas violam uma determinação da Lei Fundamental”. Tal é válido também para os conflitos de competências federais (ver art. 69.º da LTCFA). O TCFA não obriga o órgão constitucional. A lei espera que, pela simples declaração do tribunal, o órgão constitucional faça ou omita o exigido. Aqui se documenta de forma muito específica a *auctoritas* do Tribunal Constitucional. A GG enquanto Constituição com um controlo jurisdicional da constitucionalidade pode esperar que os órgãos constitucionais comportem no futuro em conformidade com a Constituição e com lealdade relativamente ao pronunciamento do Tribunal Constitucional (este ganhou grande actualidade com a polémica “resolução do crucifixo” de agosto de 1995).

## b) A sentença nos procedimentos de controlo de normas

Das normas especiais relativas ao controlo abstracto e concreto de normas bem como de recurso de amparo contra leis se infere que o TCFA deve declarar nula a norma que viola a Constituição (arts. 78.º, 82.º, 1 e 95.º, 3.1 da LTCFA). A decisão emanada do procedimento de controlo de normas é publicada no diário oficial federal (*Bundesgesetzblatt, BGBl*) e obtém eficácia de vinculação geral e força de lei (art. 31.º da LTCFA). Ao longo do tempo, o TCFA desenvolveu um arsenal *diferenciado* para fazer face às diversas violações da Constituição.

- a) A nulidade *ex tunc* e *ipso iure* das leis inconstitucionais constitui a regra geral<sup>24</sup> embora seja também possível a nulidade parcial. A eficácia desta declaração de nulidade encontra-se regulada no art. 79.º da LTCFA (é possível, por exemplo, a revisão dos processos penais).
- b) A modalidade de sentença inventada pelo TCFA da “*simples declaração de incompatibilidade de uma norma inconstitucional*” pretende suavizar a dureza da espada da nulidade. Nos casos de “exclusão de benefícios os contrária à igualdade” (E 33, 303 [349]), nos casos de concessão de um prazo transitório (por exemplo, E 73, 40), na declaração de inconstitucionalidade de uma omissão do legislador (por exemplo, E 68, 155; 79, 256 [274]), o TCFA declara apenas a incompatibilidade da norma afectada pela Constituição (GG). Para o restante, as consequências jurídicas são diferentes. Assim, pode interromper o procedimento relativo ao caso que deu origem à decisão ou aos casos paralelos (por exemplo, E 52, 369 [379]); ordena o fim do uso ou o uso provisório da norma inconstitucional (por exemplo, E 33, 303 [395]; 83, 130); ou obriga o legislador a eliminar uma situação inconstitucional (por exemplo, E 32, 189 [221]; 86, 369 [379 e seguinte]). O TCFA tem sido em todos estes casos extremamente inovador e tratou-os de forma intensiva. No entanto, no interesse da segurança jurídica, esta jurisprudência deveria possuir uma base legal.
- c) A variante das sentenças que declaram “*não obstante a constitucionalidade da lei*” (sentenças de recurso) também tem de ser tomada em conta. Como uma via adicional para evitar a nulidade desenvolvida de forma pretoriana, encontra-se a prática do TCFA de declarar que a lei é “*não obstante*” constitucional, em ligação com o apelo ao legislador para que estabeleça uma situação plenamente constitucional ou para que evite uma possível inconstitucionalidade futura. Os casos-chave desta jurisprudência

24 Entre a literatura: K. SCHLAICH, op. cit., p. 219 ss.

são a sentença do estatuto do Sarre de 1955 (E 4, 157) e a decisão das circunscrições eleitorais de 1963 (E 16, 130). Nestas “sentenças de recurso” (*Appell-entscheidungen*, W. Rupp-Von Brüneck) o TCFA estabelece uma “reserva de melhoria”: o legislador deve “reconsiderar e, se possível, melhorar” a lei “não obstante” constitucional (E 87, 348 [358]; ver também E 65, 1 [55]). No fundo deste tipo de sentenças aparece o postulado de tomar em consideração as conseqüências políticas das próprias decisões judiciais.

- d) Uma última variante que permite ao TCFA evitar a arma afiada da declaração de nulidade ou de incompatibilidade de uma lei e dar preferência ao legislador jurídico-funcional (democraticamente legitimado) constitui a “*interpretação conforme à Constituição*” das leis. Esta técnica é conhecida tanto nos EUA como no Tribunal Federal da Suíça e encontra-se desde os primeiros tempos do TCFA (ver E 2, 266 [282]), sendo posteriormente formulada como princípio (E 64, 229 [242]; ver também 74 297 [344 e ss.]): “quando uma norma admite várias interpretações, algumas conducentes ao resultado da inconstitucionalidade e outras ao da sua constitucionalidade, a norma é constitucional e deve interpretar-se em conformidade com a Constituição”.

## 9 Assegurar a eficácia das decisões do TCFA

### a) Medidas cautelares e ordens executivas (arts. 32.º, 35.º da LTCFA)

Segundo o art. 32.º 1 da LTCFA, num litígio, o Tribunal pode “regular antecipadamente uma situação através de uma medida cautelar quando tal seja necessariamente urgente de modo a assegurar que se evitem graves prejuízos, para impedir uma coacção ameaçadora ou por qualquer outro motivo importante em virtude do bem comum”. Desta forma, foi regulada uma categoria do *bem* comum que, no seu núcleo, pode ser reclamado como válido perante qualquer tribunal constitucional, como “princípio geral do Direito” escrito ou não escrito.<sup>25</sup> Numa jurisprudência constante, o TCFA pondera, por um lado, as conseqüências “que se produziriam se uma medida cautelar não fosse ditada e se as medidas impugnadas no procedimento posterior fossem declaradas inconstitucionais e, por outro lado, os prejuízos que seriam gerados se a regulamentação impugnada fosse suspensa antes da decisão” (E 12, 276 [279]; 64, 67 [70]). O TCFA desenvolveu, numa abundante jurisprudência, um amplo leque de possíveis medidas (recentemente E 91, 70), que vão desde a ordem de que uma nova regulamentação legal do aborto não entre

25 Veja-se recentemente acerca do Tribunal Constitucional turco, EuGRZ 1994, p. 602 ss.

cauteladamente em vigor (E 37, 324) até a participação numa emissão televisiva de uma candidata que era cabeça-de-lista de um partido não representado no Parlamento de um Estado Federado (E 82, 54).

Em virtude do art. 35.º da LTCFA, o tribunal pode “determinar na sua decisão quem deve executá-la. Pode também, no caso concreto, regular o tipo e modo de execução”. Com esta competência, também se assegura o poder de decisão do Tribunal. O TCFA converteu-se deste modo em “dono da execução”. Consciente disto, fala de si mesmo como “o mais alto tribunal encarregado de guardar a Constituição” (E 6, 300 [304]). Exemplos da sua prática podem ser encontrados em E 48, 127 (184) ou em E 39, 1 (sobre o aborto).

### **b) Os efeitos vinculativos das decisões do TCFA (em especial, art. 31.º da LTCFA)**

À primeira vista, este tema apenas tem um significado técnico-jurídico, mas, do ponto de vista teórico, envolve questões fundamentais do controlo jurisdicional da constitucionalidade, tais como a questão da autoridade e capacidade directiva do Tribunal, a irradiação da interpretação constitucional, o seu papel no desenvolvimento da Constituição “no decurso do tempo” e a relação do controlo jurisdicional da Constituição, com os seus órgãos constitucionais.

#### *a) Caso julgado formal e material*

As decisões do TCFA, ao serem ditadas, alcançam valor de *caso formalmente julgado*, ou seja, são para o próprio TCFA inapeláveis e não modificáveis. Mas também gozam (*inter partes*) do valor de caso julgado *material*, o que fomenta a segurança jurídica. Quando há *circunstâncias* relevantes para a decisão que se alteraram relativamente ao momento em que se ditou a decisão, cessa o valor de caso julgado (ver E 33, 199 [203]). Assim, por exemplo, um tribunal ordinário, em virtude do art. 100.º.1 da Constituição (GG), pode rever um assunto quando ocorrerem mudanças essenciais (E 82, 198 [205]). Sobre a base de uma compreensão da Constituição como processo aberto esta tese deveria aplicar-se também quando se produz uma alteração das convicções jurídicas gerais.

#### *b) O efeito vinculativo segundo o art. 31.º.1 e 2 da LTCFA*

O art. 31.º.1 da LTCFA diz: “as decisões do TCFA vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados Federados, bem como todos os tribunais e autoridades”. Deste modo, amplia-se o âmbito pessoal da vigência como expressão do alto nível do TCFA como órgão constitucional. No seio do Tribunal é discutido, nas duas Secções, se, numa declaração de nulidade das normas do legislador, subsiste uma “proibição de reiterar a norma” (ver E 69, 12 [115]; 77, 84 [103]). Tendo em conta as mudanças no Estado e na sociedade, dever-se-ia deixar espaço ao poder de intervenção do legislador, de tal modo que lhe fosse permitido estabelecer novas regras, tanto mais que, deste modo, o próprio TCFA poderia corrigir-se.

A mesma idéia de *abertura* deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31.º.1 da LTCFA afecta apenas o acórdão ou também a *ratio decidendi* ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apoia. O TCFA inclina-se para esta segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) à sua função de “intérprete determinante e guardião da Constituição” (E 40, 88 [93]). Esta “canonização” da *ratio decidendi* deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual, dinâmica da Constituição. Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à *ratio decidendi*, o “diálogo jurídico” seria afectado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efectuar outras interpretações da Constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficaria, pelo menos em parte, “fechada”.<sup>26</sup>

Relativamente ao art. 31.º.2.1 e 2 da LTCFA, têm “força de lei” as decisões do TCFA nos casos do controlo abstracto e concreto de normas, de verificação do direito internacional (em virtude do art. 100.º.2 da Constituição) e do recurso de amparo (quando o TCFA “declare a lei compatível ou incompatível com a Constituição ou nula”). Estas decisões com força de lei devem ser, conseqüentemente, publicadas pelo Ministério Federal de Justiça no Diário Oficial da Federação art. 31.º.2.3. da LTCFA). Deste modo, o efeito vinculativo estende-se, mais além dos órgãos estatais, alcançando todos os cidadãos (*intra omnes*). O papel do TCFA, como “legislador negativo” pontual, encontra aqui a sua forma de expressão.

### c) *Ex cursus*: o recurso de amparo municipal

O recurso de amparo das autarquias segundo o art. 93.º.1.4.b da Constituição e os arts. 13.º.8.a e 91 da LTCA os municípios e associações de municípios podem interpor o denominado “recurso de amparo municipal” quando defendam que uma lei (ou um regulamento) da Federação ou de um Estado Federado lesa o direito garantido no art. 28.º da Constituição (GG) à autonomia municipal (recentemente, E 91, 228). Através deste procedimento, os municípios defenderam-se com êxito contra uma limitação legal do seu poder de planeamento (E 56, 298) ou contra uma alteração arbitrária do nome (E 59, 216). No entanto, os municípios encontram-se indefesos face a uma alteração das suas delimitações, uma vez que, segundo o Tribunal Constitucional, estas estão garantidas “apenas institucionalmente, mas não individualmente” (E 50, 50). Em termos de uma abordagem teórica, o recurso de amparo municipal é visto em parte como um recurso, em parte como um controlo abstracto de normas e em parte como um instituto singular. A Constituição designa-o “recurso de amparo”. A favor desta tese existem muitos argumentos históricos: a Constituição da Igreja de São Paulo de Frankfurt (1849) tinha regulado a protecção dos

26 Para um estado da discussão K. SCHLAICH, op. cit., p. 277 ss.; BENDA; KLEIN, op. cit., p. 513 ss.; A. RINKEN, op. cit., nota à margem 66-71.

municípios no capítulo VI “Os direitos fundamentais do povo alemão”. O art. 184.º garantia a cada município “a sua Constituição como direito fundamental” bem como “a eleição do seu presidente de câmara e vereadores”, “a gestão autónoma dos seus assuntos” e a “publicidade da sua actuação como regra geral”. A garantia da autonomia municipal é hoje uma peça essencial da liberdade civil concebida em pequena escala. A Constituição foi rapidamente emendada num sentido favorável à autonomia municipal (art. 28.º.2.3 da Constituição: “assegurar a autonomia inclui também as bases da própria responsabilidade financeira”). No plano europeu, o significado da autonomia para a liberdade civil e a democracia foi estabelecido para toda a Europa através da Carta Europeia da Autonomia Municipal (1985). A “Europa dos cidadãos” tantas vezes citada, vive essencialmente da Europa dos municípios e das regiões. O recurso de amparo municipal é digno da sua forma e do seu conteúdo em virtude da sua elevada valorização no direito processual constitucional da Alemanha.

## 10 O TCFA no estado de excepção

Pela primeira vez, em 1968, foi incluída na Constituição (GG) de 1949 uma regulação completa do estado de excepção. Em contraste com a cláusula geral do art. 48 da Constituição Imperial de Weimar de 1919, sobre “o poder ditatorial do Presidente do Império”, decidiu-se agora estabelecer múltiplas normas singulares ao longo de toda a Constituição (GG). A este respeito, é necessário distinguir entre o estado de excepção *externo* (por exemplo, o “caso de defesa face a uma agressão exterior” [*Verteidigungsfall*] previsto no art. 115.ºa da Constituição ou o “estado de tensão” [*Spannungsfall*] do art. 80.ºa.1 da Constituição) e o estado de excepção *interno* (art. 35.º2 e 3 da Constituição, art. 91.º da Constituição).

Entre os instrumentos que asseguram o estado de excepção face a possíveis abusos existem, por um lado, controlos políticos da responsabilidade dos entes previstos, na lei e, por outro lado, controlos *judiciais* estabelecidos no art. 115.ºg.1 da Constituição (GG): “A posição constitucional e o cumprimento das missões constitucionais do TCFA e dos seus juizes não podem ser afectados”. Deste modo, por exemplo, a LTCFA apenas pode ser modificada por uma lei da Comissão conjunta das duas câmaras do Parlamento (que actua no caso de defesa face a uma agressão exterior, art. 53.ºa da Constituição) que conte com a conformidade do próprio TFCA (art. 115.ºg.2 da Constituição). Certamente, as prescrições sobre o estado de excepção foram concebidas com uma tal amplitude que é incerto saber em que medida os controlos judiciais podem ser eficazes num caso real de estado de excepção. Por esse motivo, a disposição do art. 115.ºg da Constituição põe em evidência a importância da posição que tem o TCFA no conjunto da Constituição. Aqui pode estar plenamente justificada a denominação de TCFA como “guardião da Constituição”. A este respeito, o princípio de proporcionalidade é o ‘último’ e o primeiro dos critérios de controlo.

## 11 *Ex cursus*: possíveis reformas

### a) Generalidades

Como qualquer desenvolvimento da “Constituição do pluralismo” o Tribunal Constitucional também tem de ser *reformável*. No estado actual de desenvolvimento do Estado constitucional, a capacidade de reforma é uma das condições para assegurar este desenvolvimento. O Estado constitucional não só tem de ser “assegurar” o que já foi conseguido, como também (quando for necessário), reagir com firmeza perante as necessidades de reforma: a este respeito pode-se pensar na actualização dos fins do Estado relativamente à protecção do ambiente (por exemplo, art. 20.º da Constituição), na necessidade de se aventurar num regionalismo *efectivo* nos Estados unitários (por exemplo, na Itália e França), no desenvolvimento de novos temas e dimensões no campo dos direitos fundamentais (como a protecção dos inválidos [art. 38.º da Constituição da Saxónia-Anhalt; art. 3.º3.2 da Constituição], a dignidade da pessoa no momento da morte [por exemplo, art. 8.º.1 da Constituição de Brandenburg] ou na construção de uma protecção dos direitos fundamentais através da organização e de procedimentos no sentido do *status activus processualis*).<sup>27</sup>

A LTCFA foi já objecto de várias reformas, a saber:

- a diminuição do número de juizes constitucionais (de doze para oito juizes por Secção, primeira lei de reforma do TCFA de 1956);
- A derrogação da antiga competência para emitir acórdãos consultivos (anterior art. 97.º da LTCFA);
- A introdução expressa da possibilidade de emitir votos dissidentes (art. 30.º.2 da LTCFA);
- A colocação no próprio texto constitucional do recurso de amparo (art. 93.º.1.4.a da Constituição);
- A introdução do procedimento de admissão (arts. 93.ºa e 93.ºd da LTCFA).

A reforma da *eleição* dos juizes é continuamente discutida.<sup>28</sup> A partir do facto de que o controlo jurisdicional da Constituição tem também parte nos processos políticos do conjunto do sistema,<sup>29</sup> se conclui que a eleição dos juizes deve servir para “assegurar uma representação e uma presença (pluralista) óptima da sociedade”. Tendo em consideração o peso político

27 Sobre isto P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leitungsstaat*, cit., p. 86 ss., 121 aceite em E 53, 69 (80) voto particular de SIMON y HEUSSNER entre a literatura também, K. HESSE, op. cit., nota à margem 358 ss.

28 Sobre isto K. SCHLAICH, op. cit., p. 32 ss.; BENDA/KLEIN, op. cit., p. 41.

29 Neste sentido, P. HÄBERLE, “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, em: ID. (editor): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit.

das decisões do TCFA, deve-se exigir uma “sujeição política” do tribunal no conjunto do sistema da “Constituição do pluralismo”. Isto significa que os partidos políticos não podem pretender nenhum direito a ter “cargos hereditários de juizes” como acontecia de facto até agora. Neste aspecto é necessária uma reforma.

Outro tema para a reforma é a questão da derrogação do amplo *controlo abstracto de normas* (art. 93.º.1 da Constituição) que leva o Tribunal, sem tomar em conta os pressupostos da situação e sem manter as devidas distâncias, à confrontação imediata com o debate legislativo sem que este tenha sido “filtrado” através do conhecimento prévio pelos tribunais especializados. O facto de terem sido ditadas pelo procedimento previsto no art. 93.º.1.2 da Constituição importantíssimas decisões tanto relativas aos direitos fundamentais (E 69.1 – recusa da realização do serviço militar em virtude do art. 4.º.3 da Constituição) como ao federalismo (E 86, 148 – acordo de financiamento dos Estados Federados em virtude do art. 107.º.2 da Constituição) *advoga* a favor da manutenção do controlo abstracto das normas. Tal não obsta a que o TCFA possa “autoconstranger-se”, seja através da técnica da interpretação em conformidade com a Constituição (ver E 69, 1 [55]) ou recordando os limites jurídico-funcionais das suas competências, de tal modo que não se converta num “contínuo legislador de substituição”.

### **b) Em especial: reformas no campo do recurso de amparo**

Nesta área já existe uma “história de reformas” e contínuos desejos de reforma, sobretudo relativamente à vaga de recursos de amparo que chegam ao TCFA. O procedimento do recurso de amparo foi objecto de contínuas reformas (por exemplo, em 1956, e, mais recentemente, em 1993) para proteger o TCFA de uma sobrecarga e para canalizar a afluência de recursos através de “instrumentos de selecção”. Também se critica por vezes a longa duração do procedimento ou a sua pouca transparência. Reclamam-se mais audiências (ver art. 95.º.5.2 da LTCFA).

Por vezes, também se reclama a introdução do sistema de livre admissão dos casos pelo Tribunal no sentido do procedimento *certiorari* do Supremo Tribunal de Justiça dos EUA através de uma “*dead list*”, ou *inclusivamente a derrogação de especiais intimações processuais ou do próprio recurso de amparo. No entanto, tendo em vista a função integradora e educativa do recurso de amparo já descrita e também por causa da tarefa de actualização do Direito do TCFA na qualidade de “tribunal cidadão”, não se deveria levar demasiado longe a aproximação ao direito norte-americano. De constitutione lata*, o recurso de amparo é, sem dúvida, um direito processual comparável aos direitos fundamentais que, em virtude do art. 94.º.2 da Constituição (GG), não pode ser concedido ou recusado. Na Alemanha apresenta-se inclusivamente como um instituto essencial no actual nível de desenvolvimento do Estado constitucional: pertence à autocompreensão da República Federal Alemã como Estado de direito democrático.

## IV – O RECURSO DE AMPARO ALEMÃO NO SISTEMA DA PROTECÇÃO SUPRANACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EUROPA

### 1 Generalidades: “o estado constitucional europeu”, “direito constitucional comum europeu”

A unificação europeia evoluiu com “diferentes velocidades” e tem uma “intensidade” diferente. O Direito Europeu em sentido *estrito*, ou seja, o “Direito Constitucional” da União Europeia ou da Comunidade Europeia e o Direito Europeu em sentido *amplo* que abrange desde o CEDH do Conselho de Europa até ao vínculo da OSCE (Organização para a Segurança e Cooperação na Europa) desenvolveu complexos sistemas de protecção jurídica que culminam na grande irradiação dos dois “tribunais constitucionais europeus”, o TJUE de Luxemburgo e o TEDH de Estrasburgo. Conseqüentemente, é difícil comparar material e funcionalmente estas jurisdições. Antes de mais, sob o signo da progressiva “europeização do Direito Constitucional e dos tribunais constitucionais nacionais” encontram-se complexos fenómenos comuns europeus de produção e recepção através de uma notável comparação das idéias jurídicas alcançadas: seja pelo facto de os direitos fundamentais se terem desenvolvido a partir das “tradições constitucionais comuns dos Estados-membros” para se converterem em “princípios gerais do direito comunitário” (jurisprudência constante do TJUE; ver também o art. F.2 do tratado da União Europeia), seja pela afirmação uma “ordem pública europeia” (como faz o TEDH), seja ainda através das reuniões e recepções que fazem os tribunais constitucionais nacionais de textos constitucionais, de decisões dos tribunais constitucionais (inclusivamente os votos dissidentes de outros tribunais) e da doutrina “importante” de Estados “estrangeiros” embora europeus. Esta malha de princípios jurídicos e decisões jurisprudenciais nacionais e europeias constitui um dos fenómenos de formação do Direito mais aliciantes na Europa da actualidade, sobretudo desde que, em 1989, a Europa de Leste, a partir da “revolução doce” (J. HABERMAS) se envolveu (mas não de forma receptivo-passiva) neste processo. Juntamente com a comunidade científica europeia, os tribunais constitucionais, nos planos nacional e supraestatal, têm aqui um papel motriz.

O sistema de controlo jurisdicional da Constituição não pode já ser entendido no espaço europeu como “apenas nacional”: é de antemão “também europeu”. Por este motivo, é grande a sua responsabilidade. Em especial, o TCFA atribuiu em raras ocasiões ao CEDH o nível constitucional (E 31, 58 [67 e seguinte]; 71, 206 [216 e seguinte]; 74, 358 [370]), fez referência a decisões do TEDH e trabalhou com o Direito Comparado. Na Suíça (que, como se sabe, não é membro da União Europeia, mas sim da CEDH) atribuiu-se de antemão ao CEDH um nível constitucional. O “jurista europeu” vai ser progressivamente irrenunciável. Em sentido amplo, todos os tribunais nacionais são também “tribunais europeus”.

## 2 A relação do TCFA com os dois Tribunais Constitucionais europeus

### a) TCFA e TJUE

O TCFA é o mais alto tribunal nacional em território alemão. Acontece que nas questões do Direito Comunitário europeu está, como todos os tribunais, submetido ao TJUE na medida em que este decide sobre a interpretação e validade das normas do Direito Comunitário.<sup>30</sup> Esta relação é clara em dois campos. A pedido dos tribunais nacionais, o TJUE decide nos processos de questão prejudicial do art. 177.º do Tratado da Comunidade Europeia (previstos para assegurar a unidade da jurisprudência na União Europeia). O TCFA reconhece que, nesta função, o TJUE é também “juiz legal” no sentido do art. 101.º.1.2 da Constituição (73, 339 [366]; 82, 159). A eficácia vinculativa das sentenças do TJUE nos processos de questão prejudicial foi afirmada pelo TCFA (E 45, 142 [165]; 75, 223 [234]).

Mais difícil e discutida é a questão de saber em que medida o TCFA pode julgar à luz da Constituição (GG) normas do Direito Comunitário tal como foram interpretadas pelo TJUE. Esta questão tem a sua longa “história evolutiva” que aqui não pode ser examinada em pormenor. A evolução parte da decisão “Solange I” de 1974 (E 37, 271) na qual o TCFA submete ao seu controlo o Direito secundário europeu em virtude do art. 100.º.1 da Constituição (GG), “na medida (*solange*) em que não está assegurada uma protecção suficiente dos direitos fundamentais na Comunidade” até a decisão “Solange 11” de 1986 (E 73, 339). Desde então, o TCFA não exerce o seu controlo jurisdicional sobre a aplicação do Direito Comunitário derivado, “na medida” em que o TJUE garanta uma real protecção geral dos direitos fundamentais que seja, no essencial, equiparável à protecção dos direitos fundamentais ordenada como indispensável pela Constituição (GG). A doutrina manifestou desde essa altura um consenso quase unânime à volta da tese de que na actualidade o TCFA não possui competência através de nenhum dos seus procedimentos para rever sob o critério dos direitos fundamentais alemães normas singulares de Direito Comunitário ou decisões do TJUE. No entanto, a sentença “Maastricht” de 1993 (E 89, 155), entre outros aspectos, separou-se desta posição através da utilização da técnica da “relação de cooperação” entre o TCFA e o TJUE em virtude da qual “o TJUE garante a protecção dos direitos fundamentais em todos os casos e em todos os campos do Direito Comunitário”, pelo que o TCFA “se pode limitar a assumir a garantia geral do nível imprescindível de protecção dos direitos fundamentais”. Esta sentença do TCFA, que não é muito favorável à Europa, foi fortemente criticada não só na Alemanha, mas também nos EUA, onde foi censurada por proclamar “o Estado de tudo”

30 Sobre a relação entre o TCFA e o TJUE: K. SCHLAICH, op. cit., p. 22 ss.

(U. WEILER). Por sorte, as decisões do TCFA apenas formalmente são a “última palavra”. Materialmente, a opinião científica e a opinião pública geral, sobretudo na Europa de hoje, são as que ditam a última palavra, ou melhor, a “penúltima palavra”. A Constituição é um processo público, também na medida em que, no médio prazo, as decisões do TCFA podem ser “revistas”. O “Estado Constitucional europeu”, na qualidade de nível de desenvolvimento do “clássico” Estado nacional, *relativiza* os tribunais constitucionais nacionais, nos pontos em que se deseja aplicar uma teoria jurídica retrógrada do Estado com o conceito de uma simples “Liga de estados” da União Europeia.

### b) TCFA e TEDH

Com um bom critério, o TCFA deixou irradiar nas suas próprias interpretações da Constituição alguns princípios do CEDH (veja-se recentemente, E 46, 135 [157]; 74, 102 358 [370]). Relativamente à relação formal do TCFA com o sistema de protecção jurídica do CEDH deve referir-se como aspecto relevante que agora existem instâncias que o TCFA deve conhecer e apoiar “no seu seio”: até agora, as três instâncias às quais se pode recorrer, por violação do CEDH, eram as seguintes: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, o TEDH e o Comité de Ministros do Conselho da Europa.<sup>31</sup> Dado que este sistema jurídico se encontra actualmente submetido a um debate sobre a sua reforma, não vamos aqui tratar de questões de pormenor. Em qualquer caso, apoiamos o desejo de fortalecer o indivíduo que recorre. Fazendo uma autocritica, também não devemos esquecer que a República Federal alemã foi declarada culpada de diversas violações do CEDH (caso WEMHOFF).<sup>32</sup>

No longo prazo é necessário esperar e colaborar numa relação frutífera de cooperação multilateral entre todos os tribunais constitucionais nacionais e os tribunais constitucionais europeus. O “Estado Constitucional europeu” encontra-se igualmente confiado a dois tipos de tribunais, os tribunais constitucionais nacionais e europeus. Talvez a Europa possua, nesta medida, um carácter de modelo para outras regiões do mundo. Os tribunais constitucionais da América Latina poderiam, no futuro, de modo análogo “deixar crescer conjuntamente o que em conjunto lhes pertence”. Desta aparentemente longínqua perspectiva da Europa, criar-se-ia uma proximidade interna que também aproximaria as comunidades científicas tanto lá como cá.

## BIBLIOGRAFIA

BENDA, Ernst; KLEIN, Eckhardt. *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991.

31 Sobre os procedimentos previstos no CEDH: C. PESTALOZZSA, op. cit., 662 ss.

32 Violação ao art. 6º.1 CEDH: caso BUCHHOLZ e caso WEMHOFF.

- BRÜNNECK, Alexander von. *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel. *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen-Generalbericht für die VII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*. EUGRZ, 1988, p. 236 ss.
- CHRYSOCONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, 1987.
- EBSEN, Ingwer. *Das Bundesverfassungsrecht als Elementgesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985.
- CECK, Wilhelm Karl. *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, 1986.
- GUSY, Christoph. *Die Verfassungsbeschwerde, Voraussetzungen und Verfahren*, 1988.
- HÄBERLE, Peter (ed.). *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976.
- HÄBERLE, Peter. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.
- ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978 (2. ed., 1996).
- ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, DöV 1986, p. 830 ss.
- ID., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982.
- HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Festschrift für Hali. Huber*, 1981, p. 261 ss.
- ID., *Die verfassungsgesellschaftliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers*, *Festschrift für E. G. Mahrenholz*, 1994, p. 541 ss.
- ID., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995 (20.1 ed.)
- I. SENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, r. 11 (1987) e t. X' (1992).
- KAUFMANN, Erich; DRACH, Martin. *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL 9* (1952) p. 1 ss. e 17 ss.
- KOPINEK, Karl; MÜLLER, Jör Paul; SCHLAICH, Klaus. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen* *11 VVDStPL 39* (1981), p. 7 ss.
- LAUFER, Heinz. *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, 1968.
- LEIBHOLZ, Gerhard. "Der Status des Bundesverfassungsgerichts", em: *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, p. 80 ss.
- LOWER, Wolfgang, "Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts" em: ISENSEE/KIRCHHOF, op. cit., r. 11, p. 737 ss.
- PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 1981 (3. ed.).
- RINKEN ALFRED, "Observación preliminar a los arts. 93 e 94" em: *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, r. 2, 1989 (2. ed.).
- ROELLECKE, Gerd. "Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge", em: ISENSEE/KIRCHHOF, op. cit., t. II, p. 665 ss.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, 1994 (3. ed.).
- SCHNEIDER, Hans Peter. "Richter oder Schlichter?, Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor", em: *Festschrift für W. Zeidler*, 1987, p. 293 ss.
- SIMON, Helmut, "Verfassungsgerichtsbarkeit", em: *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994 (2. ed.), p. 1637 ss.

STARK, Christian (ed.). *Bundesverfassungsgesetz und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976 (t. 1 e 2).

STARK, Christian; STERN Klaus (eds.). *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 1983.

STARK, Christian; WEBER, Albrecht (eds.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986 (2 tomos).

STERN KLAUS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, 1980 p. 330 ss., p. 111/2, 1994.

"Der Status der Bundesverfassungsgerichts", JÖR 6 (1957) p. 109 ss.

TRIEPEL, Heinrich; KELSEN, Hans, *Wesen und Entwicklung des Staatsericlitbarkeit*, VVDSTRL 5 (1929), p. 2 ss. e 30 ss.

UMBACH, Dieter C.; CLFNIENS, Thomas (eds.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Altärbeiterkonimentar und Handbuch*, 1992.

WORKNFR, Joachim. *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der R'li'Ist*, 1994.

ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerden*, 1988 (2. ed.).