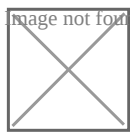


A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar

Image not found or type unknown



Na última sexta-feira, 24 de maio, a Lei Fundamental da Alemanha — *Grundgesetz* — (doravante LF), que ao longo do tempo se afirmou legitimamente como uma das principais constituições democráticas do Planeta e com maior influência sobre outras ordens constitucionais, completou 70 anos de vigência.

O quanto especialmente aspectos relevantes da dogmática jurídico-constitucional alemã, têm sido recepcionados no Brasil por si já mereceria uma obra de perfil monográfico, sem prejuízo, como costuma ocorrer quando do recurso equivocado e não raras vezes intencionalmente distorcido e manipulado, ao direito comparado, de aspectos incompatíveis — ao menos sem a devida adaptação — com o direito constitucional brasileiro.

Mas é claro que aqui poderemos apenas lançar algumas notas sobre a formação e paradigmática evolução da LF, que, longe de ser perfeita — como é o caso de toda obra humana — não deixa de ser uma sólida homenagem ao Estado Democrático de Direito e aos Direitos Fundamentais.

No que diz com o processo que redundou na elaboração da LF, é preciso relembrar que com a total derrota e completa destruição do Estado Nacional-Socialista e da própria Alemanha, visto que com a ocupação aliada e com a divisão do território do antigo “Reich”, a própria identidade alemã como um Estado soberano entrou em um período de suspensão. O próprio Hans Kelsen chegou a afirmar, em 1945, que a Alemanha havia deixado de existir como um Estado Soberano [1].

O ressurgimento do Estado — ainda assim em um contexto e sob condições peculiares — acabou ocorrendo com a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, pelo menos no caso da então Alemanha Ocidental. Acompanhando Hans Vorländer, é possível afirmar que a República Federal da Alemanha foi — a despeito do perfil da LF na percepção de seus próprios autores — o resultado de uma decisão constituinte [2].

Note-se que, promulgada em 23.5.49 e tendo entrado em vigor em 24.5.49, a LF entrou em vigor apenas quatro anos após a rendição incondicional das forças armadas alemãs. Não foi à toa, portanto, que já no Preâmbulo da Lei Fundamental foi consignada tanto a “consciência da responsabilidade perante Deus e os seres humanos”, quanto a vontade de “servir à Paz Mundial”.

Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (a exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com outra expressão literal) a afirmação, consignada já no primeiro artigo da LF, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana.

Curiosamente, embora, em certo sentido, de modo compreensível, não foram os políticos alemães da



época os grandes protagonistas do processo constituinte, mas sim os governos de ocupação aliados, com destaque para os EUA, que, no lado ocidental e em virtude da crescente polarização em relação à União Soviética, que havia assumido o controle do lado oriental (o qual, como apontado, seguiu seu próprio caminho inclusive em matéria constitucional), julgavam ser imprescindível a criação de um Estado alemão ocidental, o que, por sua vez, implicava a necessidade da elaboração de uma constituição [3].

Certamente um dos fatores que determinou a resistência — que não chegou a ser unânime — pelo menos inicial, ao projeto do governo de ocupação em promover a elaboração de uma Constituição, foi precisamente o receio de que com isto se estaria chancelando a divisão da Alemanha, o que de fato veio a acontecer, embora se saiba que tal divisão não teria sido evitada, por si só, com a recusa em elaborar uma nova Constituição.

Tirante este aspecto, assume relevo, em termos de apreciação da evolução histórica, que mesmo antes da aprovação da Lei Fundamental foram, já a partir de 1945 e por iniciativa dos governos militares de ocupação (inclusive na zona de ocupação soviética), criados os Estados da futura Federação instaurada pela Lei Fundamental, tendo os Estados sido dotados de governo, poder legislativo e de uma constituição própria, aprovada mediante processo democrático.

A elaboração de uma Constituição e a fundação de um Estado alemão ocidental foi decidida por ocasião de conferência realizada em Londres, reunindo a Grã-Bretanha, a França, os Estados Unidos da América, mas também a Bélgica, Luxemburgo e a Holanda, em 6.3.1948. Os Ministros-Presidentes dos diversos Estados alemães foram reunidos e instados a convocar uma Assembléia Nacional com o objetivo de elaborar uma nova Constituição. Inicialmente foi convocada uma comissão de especialistas, que, em agosto de 1948 (na ilha Bávara de *Herrenchiemsee*), elaborou o anteprojeto que, na etapa seguinte, foi apreciado e aperfeiçoado pelo Conselho Parlamentar, composto por 65 representantes eleitos pelas assembléias estaduais dos estados da zona ocidental de ocupação, instalado em 1.9.1948, e que veio a elaborar e aprovar o texto daquilo que viria a ser uma das ordens constitucionais mais estáveis e influentes de todos os tempos.

Também de forma altamente significativa, foi em 8.5.1949 (data da rendição alemã) que o Conselho Parlamentar aprovou o texto da Lei Fundamental, tendo a autorização para a sua promulgação sido concedida, por parte do governo de ocupação, quatro dias depois, ao passo que a publicação e entrada em vigor se deram, respectivamente, em 23.5.1949 e 24.5.1949 [4].

No que diz com a elaboração da Lei Fundamental, há aspectos que, ainda mais se levado em conta a trajetória exitosa subsequente, chamam a atenção e merecem pelo menos breve registro.

O primeiro, diz respeito à pergunta, que não raras vezes foi formulada, em relação ao quanto os governos de ocupação não podem e mesmo devem ser incluídos no rol dos pais da Lei Fundamental. Neste particular, além da provocação do processo constituinte e a dependência da aprovação do texto final por parte das forças de ocupação, também algumas diretrizes foram estabelecidas, notadamente a adoção da forma federativa de estado (é curioso que especialmente França e Inglaterra, ambas estados unitários, insistiram neste ponto, pois um estado federal, segundo sua concepção, seria a garantia de um estado mais fraco), do regime democrático e da garantia das liberdades fundamentais.

Por outro lado, a despeito das diretrizes genéricas, não houve interferência direta na elaboração do texto,



ao contrário do que ocorreu no caso do Japão, onde o texto da constituição foi quase que literalmente imposto aos japoneses pelos EUA.

O outro ponto a ser destacado, diz com a ideia assumida pelos autores da Lei Fundamental de que se tratava de um documento provisório, no sentido de que assim que viesse a ocorrer a reunificação alemã, haveria então de ser elaborada a verdadeira Constituição. Foi precisamente por tal razão que o documento aprovado em 8.5.49 pelo Conselho Parlamentar não foi designado de Constituição, mas de Lei Fundamental, além da previsão, no artigo 146, de que a Lei Fundamental deixaria de vigorar tão logo fosse substituída por uma Constituição aprovada pelo conjunto do povo alemão.

Não foi, contudo, esse o destino da “provisória” Lei Fundamental, ainda que ao tempo da sua elaboração praticamente ninguém imaginasse outra coisa, pois prevalecia a opinião de que na Alemanha dividida não havia condições para a criação de uma Constituição para todo o país[5].

Todavia, o contexto (econômico, social, político e cultural), o conteúdo, mas especialmente as próprias instituições criadas pela Lei Fundamental (que, portanto, integram o seu conteúdo), em pouco tempo levaram à afirmação e aceitação do documento aprovado pelo Conselho Parlamentar.

Quanto ao conteúdo, merece destaque — até mesmo por se tratar de um dos principais aspectos aos quais se deve o prestígio da Lei Fundamental no âmbito do constitucionalismo contemporâneo — a afirmação da dignidade humana e o dever do Estado de considerá-la e protegê-la, seguida de um catálogo de direitos fundamentais bem estruturado, especialmente em torno da mais ampla proteção das liberdades pessoais.

Tanto a forma de positivação da dignidade humana, na condição de princípio estruturante e acompanhada de um dever expresso de proteção estatal, quanto a proibição sem exceção da pena de morte dão conta de o quanto os autores da Lei Fundamental quiseram colocar o ser humano no centro da ordem estatal (relembre-se aqui a afirmação do social-democrata Carlo Schmidt, no sentido de que “a razão de ser do novo Estado deveria ser o homem, e não o homem a razão de ser do Estado” [6]), refutando toda e qualquer funcionalização do humano em prol do Estado.

Os direitos fundamentais da Lei Fundamental, de acordo com os redatores do texto, não deveriam ser reduzidos a normas de caráter programático, direitos apenas na medida da lei, como havia ocorrido na República de Weimar, razão pela qual foram expressamente gravados de cunho diretamente vinculante, como direitos exigíveis em Juízo, inclusive contra o legislador (artigo 1, III).

Mas foi a criação de um Tribunal Constitucional Federal, que passou a funcionar em 1951, regulado e organizado por lei própria, dotado de competência concentrada e vinculativa para afirmar a supremacia da Lei Fundamental, mas especialmente para atuar como guardião da dignidade humana e dos direitos fundamentais, por meio da criação da assim chamada reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que assegurou, em vários momentos, a trajetória de sucesso dos direitos fundamentais e do Estado Democrático.

Os princípios estruturantes, da dignidade humana, democracia, federalismo, assim como do Estado de Direito e do Estado Social, foram guindados à condição de limites materiais à reforma constitucional, formando, portanto, o núcleo essencial intangível, no sentido da própria identidade, da nova ordem



jurídico-estatal constituída pela Lei Fundamental.

O conteúdo da Lei Fundamental, aqui apresentado de modo sumaríssimo, em linhas gerais não foi objeto de alterações significativas, pelo menos não no sentido de uma revisão substancial que tivesse o condão de afetar a identidade do texto original, ainda mais no concernente aos seus princípios estruturantes e aos direitos fundamentais.

As já bem mais de 50 Leis de Alteração da Constituição (equivalentes às emendas constitucionais nos sistemas norte-americano e brasileiro) lograram êxito, em sua maioria no sentido de promover ajustes necessários e adequarem a LF ao processo de mudança da realidade, sem violar a essência da Constituição, como uma ordem voltada à proteção e promoção da dignidade, da liberdade e dos direitos fundamentais.

Quarenta anos depois de promulgada a LF para a então República Federal da Alemanha Ocidental, caiu o muro de Berlim e as fronteiras, que para muitos já eram tidas como definitivas, deram lugar ao processo de reunificação. A LF, outrora vista como símbolo da própria divisão, seguiu em vigor, assumindo agora o papel de Constituição da Alemanha unificada, muito embora tal processo tenha sido objeto de alguma controvérsia, visto que não faltaram vozes clamando pela convocação de uma Assembléia Constituinte ou, pelo menos, propondo a realização de uma consulta popular.

A trajetória “existencial” da LF, a despeito das peculiaridades no que diz com sua origem, em especial no que diz com a visão convencional da legitimidade e autonomia-soberania de uma assembleia constituinte, é de ser inserida no elenco das bem-sucedidas e sólidas experiências constitucionais. Constata-se, portanto, a oportunidade das lições de Peter Häberle, quando nos fala da necessidade de contínua reafirmação do Estado Constitucional [7], o que, à evidência, se revela como mais fácil quando se atinge níveis expressivos de confiança da população no projeto constitucional e nas instituições que devem atuar na sua concretização.

No que diz com a sua influência sobre outras ordens constitucionais, o caso do Brasil também se revela digno de nota.

Para além da importância inequívoca da doutrina constitucional alemã para a teoria da Constituição de um modo geral, é seguramente no campo da teoria e prática dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade, que se situam os pontos de contato mais importantes e onde mais se tem processado o fenômeno da importação de categorias oriundas ou mais desenvolvidas no direito constitucional alemão.

Neste particular — da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como categoria difundida no constitucionalismo brasileiro — podem ser destacados pelo menos três desenvolvimentos, que comprovam o elevado grau de influência já apontado: a) a inserção, na esfera da assim designada constitucionalização do Direito, do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mediante recurso direto à doutrina e jurisprudência alemãs, embora trilhando caminho substancialmente diverso, visto que, no Brasil, prevalece o entendimento em prol de uma eficácia em princípio direta; b) A recepção — mais recente — da noção de deveres de proteção estatais e da correlata proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem alguns), já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal; c) A crescente aposta na assim designada dimensão organizatória e

procedimental dos direitos fundamentais e seus diversos reflexos, em particular mediante a aplicação de tal perspectiva ao processo civil, sem prejuízo de avanços em outras searas.

Em matéria de direitos sociais a influência alemã é manifesta, seja no que diz com a recepção da categoria de um mínimo existencial (em que pese os problemas frequentes quando de sua aplicação), seja no concernente a igualmente controversa e não raras vezes mal compreendida “reserva do possível”, assim como a noção de proibição de retrocesso social, dentre outras, todas inquestionavelmente incorporadas ao debate nacional, tópicos que, todavia, estão a exigir maior reflexão e ajuste quanto à sua compatibilidade e consistência.

No plano da jurisdição constitucional e do processo constitucional, importa citar a previsão do *amicus curiae*, da técnica da interpretação conforme a constituição e suas variações, da manipulação dos efeitos na esfera do controle de constitucionalidade, da categoria do processo objetivo (ainda que nem sempre bem compreendida e manejada), para que se perceba a extensão da influência do constitucionalismo de matriz germânica entre nós.

Para efeito de uma breve avaliação, em termos de um juízo de valor positivo ou negativo a respeito da recepção da LF e da dogmática constitucional alemã no Brasil, é possível afirmar que a resposta pende em favor da primeira alternativa, visto que inquestionável a sua parcela de contribuição para a qualificação do debate jurídico-constitucional no Brasil. Mas também é certo que segue correta a percepção, cada vez mais compartilhada entre nós, de que uma importação direta e acrítica de categorias argumentativas e institutos jurídicos estrangeiros, sem a devida filtragem e contextualização, muitas vezes resulta em distorções que devem ser evitadas. Assim, o que se espera, é que tanto o fecundo diálogo constitucional com a Alemanha e sua LF, como com outras experiências constitucionais relevantes de um Estado Democrático Direito, sigam frutificando entre nós, aproveitando-se o que nos oferecem de bom e de fato compatível com o nosso próprio contexto e texto da CF de 1988.

1 “Germany certainly has ceased to exist as a sovereign state” (citação de Kelsen extraída de Werner Frotscher e Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 344).

2 Cf. Hans Vorländer, *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, 2ª ed., München: C.H. Beck, 2004, p. 78.

3 Decisão em prol da criação de um estado alemão ocidental foi tomada na conferência realizada em Londres, em 06.03.1948, da qual participaram além dos EUA, Inglaterra e França, a Bélgica, a Holanda e Luxemburgo.

4 Cf. Reinhold Zippelius, *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte*, 7ª d., Munique: C.H.Beck Verlag, 2006, p. 153 e ss.

5 Cf. a manifestação da então Ministra Federal da Justiça da Alemanha, Herta Däubler-Gmelin, “50 Anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade”, in: José Mário



Brasiliense Carneiro e Ivette Senise Ferreira (Org), 50 Anos da Lei Fundamental, São Paulo: EdUSP, 2001, p. 15, por ocasião de seminário alusivo aos 50 anos da Lei Fundamental, realizado na USP, em 1999. A tese de que a Lei Fundamental foi elaborada com caráter provisório, contudo, não é compartilhada por todos, pois há quem argumente que a inclusão da dignidade da pessoa humana, de um catálogo de direitos fundamentais e a previsão de cláusulas pétreas, ou seja, de conteúdos blindados ao próprio poder de reforma constitucional, são indicadores do contrário, de uma original pretensão de permanência. Nesse sentido, v. o contraponto de Ernst Benda, “O Espírito de Nossa Lei Fundamental”, in: José Mário Brasiliense e Ivette Senise Ferreira (Org), 50 Anos da Lei Fundamental, São Paulo: EdUSP, 2001, p. 93-94.

[6](#) Cf. citação feita por Herta Däubler-Gmelin, “50 Anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade”, op. cit., p. 15.

[7](#) Cf. Peter Häberle, Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus, in: EUGRZ 2006, p. 537.

Date Created

31/05/2019