

## 4. Artigo

### O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha\* \*\*

Bodo Pieroth\*\*\*

#### 1 Introdução

O Estado de Direito é uma preocupação universal. Isso se expressa de modo particular na resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 18 de dezembro de 2006 sobre "the rule of law at the international and national levels" [o Estado de Direito nos níveis internacional e nacional]<sup>1</sup>. Nela se conclama para a promoção do Estado de Direito no mundo e se incumbe o secretário-geral de desenvolver atividades pertinentes<sup>2</sup>. O termo "rule of law" no âmbito jurídico anglo-americano não é idêntico ao termo alemão "Rechtsstaat", mas tem conteúdos semelhantes, porque ambos fazem parte de um desenvolvimento mais abrangente do pensamento liberal e dos sistemas políticos liberais na Europa e na América do Norte<sup>3</sup>.

A Alemanha deu contribuições consideráveis para esse desenvolvimento. Assim, alguns elementos importantes da atual compreensão do Estado de Direito surgiram na Alemanha. O princípio ou postulado da proporcionalidade, que representa o mais importante critério na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e integrado, a partir dela, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, foi desenvolvido no final do século XIX pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia no direito policial<sup>4</sup>. E a jurisdição constitucional, que é vista por muitos como o coroamento da evolução do Estado de Direito, foi introduzida pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, sob a influência decisiva de um grande jurista de língua alemã, Hans Kelsen<sup>5</sup>. O Tribunal Constitucional Federal, instituído sob a Lei Federal [Constituição] de 1949, adquiriu uma importância tal no processo político e granjeou tamanho prestígio entre a população que se tornou um verdadeiro e bem-sucedido produto de exportação<sup>6</sup>. De modo particular, ele serviu de modelo para muitos Estados da Europa central e oriental após a desintegração da União Soviética<sup>7</sup>.

\* Tradução de Luís Marcos Sander.

\*\* Este artigo corresponde a palestra proferida na Escola Judicial do TRF4 (Emagis), no ano de 2014, em evento co-promovido pela Escola Judicial do TRT4.

\*\*\* Constitucionalista e professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Münster – Alemanha.

<sup>1</sup> UNGA A/RES/61/39, 18 December 2006.

<sup>2</sup> Para mais informações, cf. HAGUE INSTITUTE FOR THE INTERNATIONALIZATION OF LAW (ed.), *Rule of Law: Inventory Report*, 2007, p. 7ss.

<sup>3</sup> Neil MACCORMICK, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, JZ, 1984, p. 65ss.

<sup>4</sup> Bodo PIEROTH, Bernhard SCHLINK, Michael KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. ed., 2010, § 1 n. 12s.

<sup>5</sup> Art. 137ss.; reproduzidos em Dieter GOSEWINKEL, Johannes MASING (eds.), *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, 2006, p. 1550ss.

<sup>6</sup> Jutta LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa*, NJW, 2001, p. 2913ss. (2919); sobre o princípio da proporcionalidade, cf. também Oliver LEPSIUS, *Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis*, in: Gunnar Folke SCHUPPERT et al. (eds.), *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, 2010, p. 23ss. (p. 32).

<sup>7</sup> Bodo PIEROTH, *Deutscher Verfassungsexport: das Bundesverfassungsgericht*, *Anwaltsblatt*, 2010, p. 8ss.

Outra razão para o interesse pelo desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha é o fato de que esse desenvolvimento transcorreu em meio a muitas vicissitudes, particularmente com sua perversão extrema por parte do nacional-socialismo<sup>8</sup>. Por isso, a partir desse exemplo pode-se estudar particularmente bem o fato de que o Estado de Direito de forma alguma é algo estático, dado de uma vez por todas, mas se modificou de modo variado no desenvolvimento da história. "Só o conhecimento de seu desenvolvimento histórico cria a possibilidade de uma compreensão sistemática do conceito."<sup>9</sup> Nesse sentido, pode-se, em minha opinião, observar de modo geral – isto é, abstraindo-se da interrupção mencionada acima – uma progressão para uma organização e realização cada vez melhor do Estado de Direito. Com isso se levanta a pergunta a respeito da possibilidade da transposição do Estado de Direito existente em um determinado país para outros países. Nessa perspectiva, pode-se demonstrar a partir da história da Constituição alemã que "o Estado de Direito não é uma concepção compacta, que só pode ser adotada em sua totalidade ou então de modo algum, e sim uma concepção diversificada, que só foi realizada paulatinamente mesmo na Alemanha."<sup>10</sup>

## 2 A ideia do Estado de Direito

Não é acaso que o termo "Estado de Direito" tenha sido cunhado na Alemanha por volta de 1800<sup>11</sup>. Alguns dos elementos de sua compreensão certamente são mais antigos, mas na era do iluminismo, nas grandes revoluções na América do Norte e na França, foram acrescentados elementos decisivos de nossa compreensão atual<sup>12</sup>. Assim, pode-se dizer que a ideia do Estado de Direito remonta a duas noções básicas: a vinculação jurídica do Estado e a autonomia do indivíduo.

### 2.1 Vinculação jurídica do Estado

A vinculação jurídica do Estado significa que o poder estatal é exercido *por intermédio do direito* e não segundo a vontade de governantes: "government of laws and not of men" [governo das leis e não dos homens] reza a fórmula – breve e fácil de lembrar – que está contida na Constituição de Massachusetts de 1780<sup>13</sup>. Esse direito tem as seguintes características fundamentais: ele tem um caráter abstrato e geral – isto é, não regulamenta casos avulsos, e sim um sem-número de casos futuros –, não pode ser mudado durante sua execução e deve ser aplicado de maneira igualitária: o poder exercido por intermédio do direito "é o contrário do poder exercido arbitrariamente"<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Exposições gerais mais recentes: Hans BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, v. 2, 2. ed., 1993; Hartwig BRANDT, *Der lange Weg in die demokratische Moderne*, 1998; Werner FROTSCHER, Bodo PIEROTH, *Verfassungsgeschichte*, 9. ed., 2010; Dieter GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988; Michael KOTULLA, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2008; Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, 2000; Dietmar WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 6. ed., 2009.

<sup>9</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Entwicklung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, p. 53ss. (citação à p. 54).

<sup>10</sup> Dieter GRIMM, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, JZ, 2009, p. 596ss. (citação à p. 596).

<sup>11</sup> Michael STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, v. IV, 1990, col. 367.

<sup>12</sup> Hasso HOFMANN, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, *Der Staat*, 1995, p. 1ss. (p. 12); Ulrich SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, in: *Id.*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 185ss. (p. 201).

<sup>13</sup> Part the first, Art. XXX; reproduzida em Horst DIPPEL (ed.), *Verfassungen der Welt*, v. 1, parte IV, 2007, p. 19ss.

<sup>14</sup> GRIMM, 2009, p. 596; cf. também Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Der Rechtsstaat*, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. II, 3. ed., 2004, § 26 n. 21ss.

Além disso, esse direito tem *caráter vinculativo*; existem sanções para seu não cumprimento ou para transgressões. Fala-se também do primado do direito<sup>15</sup>. Embora também no Estado de Direito existam esferas da vida que não são cobertas pelo direito – ou o são só parcialmente –, onde se estabeleceu direito este tem primazia sobre todos os outros critérios, como, p. ex., econômicos, morais, éticos, religiosos ou políticos. Esses outros critérios podem ter uma posição mais elevada para determinadas pessoas, mas no Estado de Direito eles só podem se impor perante o Estado na medida em que o direito o permita, p. ex. mediante a garantia da liberdade de consciência e de culto. O direito define justamente os limites dessas liberdades.

Um aspecto essencial é, ainda, que o caráter vinculativo se aplica não só aos cidadãos de um Estado, mas também ao *próprio Estado*, seus órgãos, titulares de funções públicas e servidores: “No Estado de Direito, o Estado não tem o direito de passar por cima do direito.”<sup>16</sup> O direito precisa ser observado pelo Estado mesmo quando, no caso concreto, é incômodo, importuno ou indesejado, quando bens supostamente superiores estão em jogo ou se alegam necessidades imperiosas. Só temos um Estado de Direito quando o direito também se impõe contra resistências.

Por fim, a *forma* sempre faz parte do direito. No Estado de Direito, formas, competências e procedimentos desempenham um papel especial. Eles são os meios pelos quais se efetiva a separação de poderes<sup>17</sup>. A separação de poderes é um produto do iluminismo e requer uma Constituição. Isso nos leva à segunda noção básica do Estado de Direito.

## 2.2 Autonomia do indivíduo

A autonomia do indivíduo é o cerne dos direitos humanos, e os direitos humanos são, desde as revoluções na América do Norte e na França, constitutivas para o Estado de Direito. “O Estado de Direito incorpora em si a proteção da liberdade pessoal e política do cidadão.”<sup>18</sup> Também neste caso, temos tradições e linhas evolutivas que remontam a um passado mais distante e produziram esse resultado. Uma contribuição decisiva foi dada pelo direito natural racionalista ou direito racional dos séculos XVII e XVIII, que apresenta três características principais: ele se aplica a todas as pessoas, independentemente do lugar e do tempo (universalidade); diferentemente do direito natural da Idade Média, ele não se fundamenta mais em termos religiosos (secularidade), e se baseia em um método matemático (racionalidade)<sup>19</sup>. Foi esse direito racional que produziu os direitos humanos como fundamento jurídico de validade geral.

Os direitos humanos significam, ao mesmo tempo, uma legitimação inteiramente nova do Estado, que foi formulada de maneira incisiva na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 4 de julho de 1776: “We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights; that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed” [Consideramos que as seguintes verdades sejam evidentes por si mesmas: que todos os homens são criados iguais; que eles são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos estão a

<sup>15</sup> Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., 1995, n. 195ss.

<sup>16</sup> GRIMM, 2009, p. 596; HESSE, 1995, n. 195.

<sup>17</sup> Para uma exposição abrangente, cf. Christoph MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005; para uma exposição resumida, cf. Hartmut MAURER, *Staatsrecht I*, 6. ed., 2010, p. 359ss.

<sup>18</sup> SCHEUNER, 1978, p. 207.

<sup>19</sup> Marcel SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4. ed., 2007, p. 244s.

vida, a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar esses direitos são instituídos entre os homens governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados]<sup>20</sup>. Aqui se assevera de várias maneiras a ideia revolucionária de que os direitos humanos constituem o fundamento e a finalidade do Estado, que o Estado é dependente de seus cidadãos e só existe em função deles. A necessidade de Constituições e a moderação do poder estatal no interesse da liberdade e igualdade mediante a separação de poderes se encontram no mesmo contexto histórico<sup>21</sup> e fazem parte, desde então, da ideia do Estado de Direito.

### 3 Etapas históricas e tipos de Estado de Direito

#### 3.1 Elementos anteriores e pressupostos

##### 3.1.1 Idade Média

O direito com as qualidades jusestatais mencionadas acima se baseia em um patrimônio cultural europeu de origens muito antigas. Ele foi formado, nos séculos XI e XII, na disputa entre o imperador e o papa, no surgimento de uma ciência jurídica que partia do direito romano e na cultura urbana então florescente. A autonomia do direito aí conquistada frente às esferas da política e da religião já levou, inclusive, à ideia de que o direito, particularmente na forma da lei fundamental de um país, seria, salvo sua mudança formal, vinculativa também para o governante<sup>22</sup>. A partir do fato de que o feudalismo da Idade Média se baseava em relações contratuais e, portanto, jurídicas, percebe-se que o direito fazia parte das categorias básicas da consciência na vida intelectual da sociedade europeia medieval<sup>23</sup>.

O direito, porém, precisa de juízes. A eficácia do direito depende de que uma instância neutra decida em questões jurídicas controversas. A ampliação da proteção jurídica é um aspecto bem essencial do desenvolvimento do Estado de Direito – de certo modo, uma “pedra angular do Estado de Direito”<sup>24</sup>. Nessa área, o Medievo tardio na Alemanha tomou iniciativas notáveis. Face a experiências muito disseminadas de injustiças, incluindo guerras, vendetas e atos de violência de muitos tipos, aprovou-se na dieta do Sacro Império Romano-Germânico realizada em Worms, no ano de 1495, a Paz Pública Perpétua e, ao mesmo tempo, instituiu-se o Tribunal Superior do Império, que visava possibilitar uma resolução judicial de litígios, incluindo as primeiras garantias em termos de direito processual<sup>25</sup>. As competências do Tribunal Superior do Império em matéria civil diziam particularmente respeito a ações contra o fisco imperial e contra pessoas e instituições de governo diretamente sujeitas ao imperador, bem como a contendas possessórias entras estas. Em matéria penal, ele era competente para julgar determinados crimes graves, casos de perturbação da ordem pública. Mesmo que o tribunal ainda padecesse de muitas deficiências

<sup>20</sup> Reproduzida em Ronald D. ROTUNDA, John E. NOWAK, Nelson YOUNG, *Treatise on Constitutional Law*, 3 v., 1986, Apêndice A, p. 524ss.

<sup>21</sup> HOFMANN, 1995, p. 15ss.; STOLLEIS, 1990, col. 369.

<sup>22</sup> HOFMANN, 1995, p. 7s.; SCHEUNER, 1978, p. 191ss.

<sup>23</sup> Aaron J. GURJEWITSCH, *Das Weltbild des mittelalterlichen Menschen*, 4. ed., 1989, p. 208.

<sup>24</sup> SCHMIDT-ASSMANN, 2004, n. 70, fazendo referência a Roman Herzog.

<sup>25</sup> Bernhard DIESTELKAMP (ed.), *Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte*, 1990; Peter OESTMANN, *Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich*, in: Georg SCHMIDT-VON RHEIN, Albrecht CORDES (eds.), *Altes Reich und neues Recht*, 2006, p. 57ss.; Rita SAILER, *Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht*, 1999; Bernd SCHILDT, *Reichskammergericht – Geschichte, Verfassung, Überlieferung, Jura*, 2006, p. 493ss.; Wolfgang SELLERT (ed.), *Reichshofrat und Reichskammergericht: Ein Konkurrenzverhältnis*, 1999.

(restrições da competência para determinados estamentos, procedimentos ineficientes, longa duração dos processos), o primeiro passo tinha sido dado.

### 3.1.2 Absolutismo

Nos séculos XVII e XVIII, os territórios maiores na Alemanha, ainda que formalmente ainda constituíssem feudos do Império, transformaram-se em regimes absolutistas<sup>26</sup>. Sob absolutismo se entende uma forma de Estado e governo em que todo o poder estatal está integralmente nas mãos do monarca ou soberano territorial, sem que uma participação dos estamentos o restrinja; o Estado absolutista é praticamente equiparado ao soberano territorial: "L'Etat c'est moi" (Luís XVI). O fato de que a formação do absolutismo ocorreu nos territórios e não no nível do Estado central é uma particularidade da história constitucional alemã. Jean Bodin propôs uma formulação que caracteriza essa época: "A soberania é o poder absoluto e temporalmente ilimitado que pertence ao Estado."<sup>27</sup> Com isso, o absolutismo se contrapõe diametralmente ao Estado de Direito.

Ainda assim, abordei o absolutismo aqui porque ele criou pressupostos essenciais para os desdobramentos jusestatais ocorridos desde o fim do século XVIII. As Bills of Rights [Cartas de Direitos] na América do Norte, que fizeram entrar em vigor pela primeira vez, de modo abrangente e com a força da Constituição, direitos fundamentais – e cuja primeira foi a famosa Bill of Rights de Virginia de 1776 –, foram designadas, com razão, como "a grande antítese da situação jurídica e social do Velho Mundo"<sup>28</sup>. E a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi aprovada pela Assembleia Nacional no mesmo mês da resolução sobre a abolição do regime feudal juntamente com todas as prerrogativas dos nobres (agosto de 1789). Muitos artigos dessa declaração de direitos humanos mostram que a Revolução surgiu essencialmente a partir da experiência concreta de abusos do regime absolutista, como, por exemplo, a garantia do *habeas corpus*, a proposição *Nullum crimen sine lege* e a presunção de inocência<sup>29</sup>. As grandes exigências de liberdade e igualdade da Revolução Norte-Americana e Francesa e, por conseguinte, a segunda noção básica do Estado de Direito, estão voltadas contra todos os privilégios e dependências que eram, exatamente, uma característica essencial do absolutismo.

## 3.2 O Estado constitucional da Modernidade

### 3.2.1 O constitucionalismo incipiente: Estado de Direito liberal

As ideias da Revolução Norte-Americana e, sobretudo, da Francesa tiveram grande repercussão em toda a Europa, incluindo a Alemanha. Elas fundamentaram o movimento do liberalismo, que teve sucesso na Alemanha à época após as guerras napoleônicas, entre 1814 e 1824, com a criação das primeiras constituições em muitos territórios alemães. O liberalismo dessa época não queria a ruptura revolucionária explícita com o Estado autoritário governado por príncipes nem com a ordem tradicional da sociedade; ele queria reformar e não retornar ao feudalismo<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Panoramas gerais: Walther HUBATSCH (ed.), *Absolutismus*, 2. ed., 1988; Helmut REINALTER, Harm KLUETING (eds.), *Der aufgeklärte Absolutismus im europäischen Vergleich*, 2002.

<sup>27</sup> *Les six livres de la République*, 1576, livro I, cap. 8; edição em alemão: *Sechs Bücher über den Staat*, livros I-III, 1981, p. 205.

<sup>28</sup> Hans HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. ed., 1996, n. 70.

<sup>29</sup> Art. 7-9; reproduzidos em Dietmar WILLOWEIT, Ulrike SEIF, *Europäische Verfassungsgeschichte*, 2003, p. 250ss.

<sup>30</sup> Panoramas gerais: Karsten RUPPERT, *Bürgertum und staatliche Macht in Deutschland zwischen Französischer und deutscher Revolution*, 1997; Carola SCHULZE, *Frühkonstitutionalismus in Deutschland*, 2002.

As reformas exigidas pelos liberais consistiam em direitos fundamentais e liberdades para o povo, com ênfase na liberdade de expressão e de imprensa, constituições com sistema representativo, separação de poderes, segurança jurídica mediante a previsibilidade de intervenções da administração, a vinculação do Executivo e do Judiciário à lei, particularmente no direito penal, vinculação também do Legislativo à Constituição e limitação das atribuições do Estado à garantia jurídica da segurança e da ordem em lugar de promoção do bem-estar em sentido abrangente<sup>31</sup>. Essas exigências foram sintetizadas na demanda pelo Estado de Direito<sup>32</sup>.

As constituições do constitucionalismo incipiente realizaram uma parte do programa liberal, mas ainda eram restritivas no tocante à representação popular, garantia dos direitos fundamentais e vinculação constitucional. O monarca desempenhava um papel decisivo no processo constituinte, seja promulgando sozinho a constituição, seja pelo fato de ela ser acordada com ele. Mais atrasados ainda, entretanto, eram os grandes territórios da Áustria e da Prússia, que rejeitaram um processo constituinte. Para todos eles se aplica a seguinte afirmação: "O pensamento constitucional alemão no século XIX tem o monarca como referência."<sup>33</sup>

### 3.2.2 O constitucionalismo tardio: Estado de Direito formal

Como se sabe, a Alemanha tomou um "longo caminho para o Ocidente"<sup>34</sup>: o constitucionalismo incipiente foi sufocado na Restauração, a Revolução de 1848/49 foi derrotada pelos príncipes e, na unificação da Alemanha sob a liderança da Prússia, o elemento nacional se sobrepôs ao liberal. A Constituição do Reich de 1871 ainda se baseava no princípio monárquico segundo o qual o imperador [*Kaiser*], dotado de amplas competências, era o portador do poder estatal. Ainda assim, ao lado disso havia uma representação popular oriunda de eleições gerais, a Dieta Imperial [*Reichstag*], de modo que se pode falar da existência de uma "monarquia restrita"<sup>35</sup>.

No desenvolvimento do Estado de Direito, essa época pode ser caracterizada como Estado de Direito formal: muitas conquistas do Estado de Direito liberal do constitucionalismo incipiente foram mantidas, mas sem os elementos materiais, especialmente sem direitos fundamentais e humanos<sup>36</sup>. Esse conceito de Estado de Direito foi formulado de maneira expressiva pelo filósofo conservador Julius Stahl<sup>37</sup>: "O Estado deve ser Estado de Direito; esta é a palavra-chave e é também, na verdade, o que impulsiona o desenvolvimento da época mais recente. Ele deve definir exatamente as vias e os limites de sua atuação, bem como a esfera livre de seus cidadãos, em uma forma jurídica e deve assegurá-las de modo inquebrantável [...] ele não significa, de maneira alguma, o objetivo e o conteúdo do Estado, mas apenas o modo e o caráter da realização dos mesmos." Por conseguinte, o Estado deveria ser compreendido juridicamente "apenas" como "instituição para a ordem exterior e a promoção da vida social".

<sup>31</sup> HOFMANN, 1995, p. 4s.; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, v. II, 1992, p. 156ss.; Rainer WAHL, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. I, 3. ed., 2003, § 2, n. 23ss.; Thomas WÜRTEMBERGER, *Der Konstitutionalismus des Vormärz als Verfassungsbewegung*, *Der Staat*, 1998, p. 165ss.

<sup>32</sup> STOLLEIS, 1990, col. 369, remetendo a Rotteck e Welcker.

<sup>33</sup> STOLLEIS, 1992, p. 100.

<sup>34</sup> Heinrich August WINKLER, *Der lange Weg nach Westen*, 2 v., 2000.

<sup>35</sup> FROTSCHER, PIEROTH, 2010, n. 448.

<sup>36</sup> BÖCKENFÖRDE, 1969, p. 59ss.; SCHEUNER, 1978, p. 201ss.

<sup>37</sup> *Die Philosophie des Rechts*, v. 2, 2ª seção, 2. ed., 1846, p. 105s.

Essa concepção era a opinião absolutamente predominante na segunda metade do século XIX. Na Constituição imperial de 1871, ela se refletiu de tal modo que essa Constituição não continha um catálogo de direitos fundamentais. Diferentemente da Constituição do constitucionalismo incipiente, ela também não previa um Tribunal Constitucional; para disputas jusconstitucionais se previa meramente um órgão político como instância de mediação<sup>38</sup>. Entretanto, o Império não foi uma época desprovida de direitos fundamentais. As exigências liberais de maior previsibilidade da ação estatal, particularmente no exercício da administração da justiça, e de ampliação das margens de liberdade foram cumpridas, passo a passo, por leis imperiais, mas não asseguradas por força da Constituição. Assim, a liberdade profissional e sindical, a liberdade de circulação e religiosa, liberdade pessoal e de imprensa foram normatizadas por leis do Império<sup>39</sup>. Por meio das leis imperiais referentes ao Judiciário de 1877 se promoveu energicamente a ampliação da proteção jurídica, e se garantiram particularmente a independência dos tribunais e o direito ao juiz legalmente competente<sup>40</sup>.

Sob o signo da compreensão do Estado de Direito formal se lutou, seguindo o caminho da melhoria da proteção jurídica, especialmente contra o poder público. Duas posições se defrontavam nesse sentido: segundo uma delas, a proteção jurídica contra o poder público deveria ser ampliada diante dos tribunais de direito comum já existentes<sup>41</sup>. Mas a posição que acabou prevalecendo foi a segunda, que defendia uma jurisdição administrativa própria<sup>42</sup>, provavelmente porque muitos viam nisso uma chance de preservar uma influência maior para o Poder Executivo<sup>43</sup> – o que, entretanto, felizmente não ocorreu no desenvolvimento ulterior. A partir de 1863 foram sucessivamente instituídos tribunais administrativos no território do Reich, e em 1875 também o Tribunal Administrativo Superior da Prússia, que mencionei no início<sup>44</sup>.

### 3.2.3 A Constituição de Weimar: Estado de Direito social

A Revolução de 1918 pôs fim à monarquia e criou a República. A Constituição de Weimar de 1919, influenciada decisivamente pela social-democracia e pelos liberais de esquerda, levou adiante o desenvolvimento do Estado de Direito transformando-o no Estado de Direito social<sup>45</sup>. Em especial, a proteção de direitos e liberdades individuais foi complementada por uma dimensão dos direitos fundamentais que levava em consideração as circunstâncias factuais da vida e da economia. Uma nova dimensão social e econômica dos direitos fundamentais se manifestou em diversas disposições, particularmente sobre a prevenção de abusos no uso do solo, a garantia de residências salubres, a criação de uma seguridade social para a prevenção contra as consequências econômicas da velhice, doença, invalidez e desemprego e a criação de uma cogestão nas empresas<sup>46</sup>. O Estado

<sup>38</sup> Ulf BJÖRNER, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Norddeutschen Bund und Deutschen Reich (1867-1918)*, 2000, p. 33ss.

<sup>39</sup> Ernst Rudolf HUBER, *Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem*, in: Id., *Bewahrung und Wandlung*, 1975, p. 132ss.

<sup>40</sup> Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, v. III, 3. ed., 1988, p. 973ss.

<sup>41</sup> Otto BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 71ss.; reimpressão: 1969.

<sup>42</sup> Rudolf von GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2. ed., 1879.

<sup>43</sup> STOLLEIS, 1990, col. 372.

<sup>44</sup> Ulrich STUMP, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914*, 1980; Gernot SYDOW, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts*, 2000; Georg-Christoph von UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat*, 1984.

<sup>45</sup> Em termos gerais: Christoph GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1997.

<sup>46</sup> Bodo PIEROTH, Bernhard SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 26. ed., 2010, n. 37.

passou a ter responsabilidades de configuração, devendo desenvolver a sociedade burguesa de uma maneira que faça com que também os trabalhadores tenham uma participação adequada no progresso social e passem a desfrutar da liberdade; assim, essa Constituição procurou alcançar um “compromisso de classes”<sup>47</sup>.

No Estado de Direito social se leva em conta o fato de que o exercício da liberdade necessita de pressupostos factuais. Na era do trabalho industrial, para muitas pessoas uma existência digna não é algo que se dê automaticamente. Neste sentido, o Estado de Direito social constitui o movimento contrário ao liberalismo clássico que se expressa na famosa proposição de Anatole France: “A lei, em sua sublime igualdade, proíbe tanto aos ricos quanto aos pobres que durmam debaixo das pontes, mendiguem pelas ruas e roubem pão.” O Estado de Direito social assume, mediante planejamento, condução, prestação e distribuição, a tarefa de atuar para que, na medida do possível, todas as pessoas exerçam a liberdade com oportunidades iguais<sup>48</sup>.

Os fundamentos para tanto foram assentados na Constituição de Weimar. Mas, ante a resistência conservadora contra isso e a curta duração da vigência dessa Constituição, o Estado de Direito social só se desenvolveu plenamente sob a Lei Fundamental. Deve-se levar em conta também que o Estado de Direito social caracteriza uma dimensão adicional da atuação estatal, mas não pretende descartar os componentes liberais e formais do princípio do Estado de Direito.

#### 3.2.4 A Lei Fundamental: Estado de Direito material

A Lei Fundamental (LF) integra todas essas três linhas ou camadas da tradição da compreensão do Estado de Direito e as aprofunda: retomando a compreensão liberal, a Lei Fundamental se situa na tradição dos direitos fundamentais e das Constituições do Ocidente; em conformidade com a compreensão do Estado de Direito formal, atribui importância, em vários sentidos, a formas, competências e procedimentos e garante, assim, uma proteção jurídica diferenciada, a tal ponto que já se disse, em tom crítico, que se trata de um “Estado de trâmites legais”; e, por fim, na Lei Fundamental o Estado de Direito social também foi aprofundado em relação à Constituição de Weimar. Embora se tenha, em grande parte, prescindido de direitos fundamentais sociais, no art. 20 da Lei Fundamental o princípio do Estado social foi integrado como norma fundamental do Estado no mesmo nível que o princípio da democracia, do Estado de Direito e do Estado federativo. Por causa dessa sobrecarga em termos de conteúdo, a República Federal da Alemanha pode ser caracterizada como Estado de Direito material<sup>49</sup>. Seus principais componentes são os seguintes:

##### a) Separação de poderes e primado do direito

A Lei Fundamental normatiza, por um lado, o princípio do Estado de Direito e contém, por outro lado, toda uma série de garantias avulsas que concretizam esse princípio. Conteúdos centrais do princípio do Estado de Direito são os institutos – normatizados no art. 20, II e III da Lei Fundamental<sup>50</sup> – da separação de poderes, da primazia da Constituição sobre a lei e da primazia da

<sup>47</sup> Gerhard ANSCHÜTZ, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*, 1923, p. 26.

<sup>48</sup> HESSE, 1995, n. 209ss.; Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003; Hans F. ZACHER, *Das soziale Staatsziel*, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. II, 3. ed., § 28, 2004, n. 32ss.

<sup>49</sup> Monografias: Philip KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986; Edin SARCEVIC, *Der Rechtsstaat*, 1996; Katharina SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997.

<sup>50</sup> Comentários: Günter FRANKENBERG, in: Erhard DENNINGER et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, 3. ed. (ago. 2002), art. 20 § 1-3 IV; Bernd GRZESZICK, in:

lei sobre todos os outros atos estatais. Disso se segue a vinculação do Executivo e do Judiciário à lei e à Constituição. Como a Lei Fundamental contém no início um catálogo abrangente e diferenciado de direitos fundamentais (art. 1-19) junto com a garantia da dignidade humana, há uma orientação completa para o objetivo clássico segundo o qual o Estado existe por causa do ser humano, e não o contrário.

Contudo, o primado do direito não estaria garantido de modo completo se o Estado pudesse se subtrair à vinculação ao direito. Como a vinculação jurídica só está dada na medida em que a Constituição e as leis fazem enunciados normativos, a omissão da legislação daria carta branca ao Estado. Essa possibilidade é impedida pelo instituto da reserva legal. Em geral, a reserva legal é vista como necessária complementação não escrita do primado do direito e, portanto, como componente do princípio do Estado de Direito (ao mesmo tempo, a reserva legal é uma concretização do princípio da democracia). A reserva legal requer, portanto, que o Estado promulgue leis em determinados âmbitos. Tradicionalmente – e isto é uma herança já do constitucionalismo incipiente –, restrições à liberdade e propriedade só podem ocorrer por meio da lei ou com base nela (esta é a chamada reserva legal referente aos direitos fundamentais). Além disso, a reserva legal também se estende a decisões organizacionais básicas (esta é a chamada reserva legal institucional).

#### b) Proteção jurídica

Como garantias jusestatais avulsas para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 da Lei Fundamental deve-se mencionar, em primeiro lugar, a garantia de proteção jurídica. O art. 19, IV, da Lei Fundamental garante o direito de qualquer pessoa apelar aos tribunais contra violações do direito por parte do poder público. Isso abrange, com exceção da atividade jurisdicional, todos os atos do poder público, independentemente de sua forma. Sob a Lei Fundamental também não há mais atos soberanos que gozem de imunidade judiciária; somente decisões por clemência não são submetidas um exame judicial pleno.

Entretanto, a garantia da proteção jurídica contém uma restrição porque se refere expressamente apenas ao poder público, não incluindo, por isso, a administração da justiça civil e penal. A esta, porém, aplica-se toda uma série de normas avulsas de caráter jusfundamental e organizacional da Lei Fundamental. Entre as normas jusfundamentais se encontra o direito ao juiz natural (art. 101, I, 2 da LF), isto é, que todo juiz precisa ser definido previamente por lei em termos abstratos e gerais, e o direito a ser ouvido em juízo (art. 103, I, da LF), isto é, que toda parte no processo precisa ser informada e ouvida de modo abrangente e o tribunal precisa levar em consideração a exposição da parte no processo e fundamentar sua decisão. Medidas organizacionais da Lei Fundamental são a instituição de tribunais para as mais diversas áreas: além dos tribunais cíveis e penais, há tribunais administrativos, de finanças, sociais e do trabalho; além disso, tribunais profissionais, disciplinares e militares (art. 95s. da LF). Para todos os tribunais vale a

---

Theodor MAUNZ, Günter DÜRIG, *Grundgesetz: Kommentar* (jan. 2010), art. 20 VI e VII; Stefan HUSTER, Johannes RUX, in: Volker EPPING, Christian HILLGRUBER (eds.), *Grundgesetz: Kommentar*, 2009, art. 20 n. 125ss.; Hans D. JARASS, in: Hans D. JARASS, Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 11. ed., 2010, art. 20 n. 28ss.; Gerhard ROBBERS, in: Rudolf DOLZER et al. (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (jul. 2010), art. 20 n. 1718ss.; Gerd ROELLECKE, in: Dieter C. UMBACH, Thomas CLEMENS (eds.), *Grundgesetz*, 2002, art. 20 n. 46ss.; Michael SACHS, in: Id. (ed.), *Grundgesetz: Kommentar*, 5. ed., 2009, art. 20 n. 74ss.; Friedrich E. SCHNAPP, in: Ingo von MÜNCH, Philip KUNIG (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, v. 2, 5. ed., 2001, art. 20 n. 24ss.; Helmuth SCHULZE-FIELTZ, in: Horst DREIER (ed.), *Grundgesetz: Kommentar*, v. II, 2. ed., 2006, art. 20 (Rechtsstaat); Karl-Peter SOMMERMANN, in: Hermann von MANGOLDT et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. ed., 2005, art. 20 n. 226ss.

garantia da independência dos juízes em termos pessoais e em relação à matéria (art. 97 da LF), isto é, principalmente a proibição de ordens por parte do Executivo. Disso tudo se segue que a garantia de proteção jurídica baseada no Estado de Direito não se restringe a atos do poder público, mas também se refere ao direito civil e penal. De resto, o Tribunal Constitucional Federal aprofundou a proteção jurídica do Estado de Direito ao exigir não só a existência de proteção jurídica, mas também sua eficácia.

Aos tribunais especializados se acrescenta ainda a jurisdição constitucional: além do Tribunal Constitucional Federal no nível da União (art. 93s. da LF), há tribunais constitucionais estaduais em todos os 16 Estados da Federação. A jurisdição constitucional de proveniência alemã se caracteriza, em primeiro lugar, por uma autonomização institucional, existindo, portanto, ao lado e acima da jurisdição especializada, e, em segundo lugar, por estar dotada de competências abrangentes, que incluem disputas federativas, disputas entre órgãos, o controle da constitucionalidade de textos legais e o agravo constitucional<sup>51</sup>. O Tribunal Constitucional Federal se tornou um verdadeiro tribunal dos cidadãos principalmente através da queixa constitucional individual, porque qualquer pessoa pode apelar ao Tribunal ao alegar que um de seus direitos fundamentais teria sido violado pelo poder público<sup>52</sup>. Poder público neste sentido são também os tribunais especializados, aos quais, entretanto, deve-se apelar regularmente antes de seguir a via judicial do Tribunal Constitucional Federal. A cada ano, cerca de 6 mil queixas constitucionais são apresentadas ao Tribunal Constitucional Federal, e, dessas, 2 a 3% têm ganho de causa. Isso parece absolutamente pouco, mas é relativamente muito, porque com isso se atesta ao Estado que em um ano ele violou 150 vezes a Constituição e, assim, cometeu injustiça.

De modo geral, "mostra-se que o trabalho contínuo do Judiciário produziu efeitos positivos fundamentais para o desdobramento do Estado de Direito. Deles fazem parte o disciplinamento do poder público, a estabilização do processo político, a sistematização do direito e, sobretudo, a criação de uma consciência de ter segurança jurídica."<sup>53</sup>

#### c) Certeza jurídica, segurança jurídica, proteção da confiança

Um segundo grupo de normas avulsas para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 da Lei Fundamental são as prescrições a respeito da certeza das regulamentações jurídicas. A certeza jurídica é prescrita expressamente na Lei Fundamental para todas as leis penais (art. 103, II, da LF), para todas as restrições da liberdade de movimentos (art. 104, I, 1, da LF) e para autorizações legais de atos legislativos por parte do Executivo (art. 80, I, 2, da LF). O Tribunal Constitucional Federal ampliou essa prescrição tornando-a uma exigência jusestatal de caráter geral: "O princípio da certeza jurídica determina que uma autorização legal do Executivo para proceder a atos administrativos esteja suficientemente definida e limitada em termos de conteúdo, finalidade e alcance, de modo que a ação da administração se torne mensurável e, até certo ponto, previsível para o cidadão."<sup>54</sup> Além disso, o ordenamento jurídico no Estado de Direito não deve ter contradições<sup>55</sup>, e os juristas precisam seguir uma metodologia racionalizada<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Klaus SCHLAICH, Stefan KORIOth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8. ed., 2010.

<sup>52</sup> Peter HÄBERLE, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, JÖR, 1997, p. 89ss.; Bodo PIEROTH, Peter SILBERKUHl (eds.), *Die Verfassungsbeschwerde*, 2008; Rüdiger ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. ed., 2006.

<sup>53</sup> SCHMIDT-ASSMANN, 2004, n. 71.

<sup>54</sup> BVerfGE 56, 1/12; 108, 52/75; 110, 33/53s.

<sup>55</sup> BVerfGE 25, 216/227; 98, 83/97; 98, 265/301.

<sup>56</sup> Friedrich MÜLLER, Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, v. I, 9. ed., 2004, n. 295.

No contexto da certeza jurídica das regulamentações jurídicas se situam também os imperativos jusestatais da segurança jurídica e da proteção da confiança. Segurança jurídica significa, objetivamente, a confiabilidade do direito estabelecido em cada caso; proteção da confiança significa, subjetivamente, que o cidadão tem direito a ela. O Tribunal Constitucional Federal ampliou a proibição do efeito retroativo – que, na Lei Fundamental, está normatizada expressamente apenas para leis penais (art. 103, II, da LF) –, em uma jurisprudência diferenciada de mais de 300 decisões tomadas até agora, para todo o direito, invocando para isso o princípio do Estado de Direito, mas frequentemente acrescentando, ao mesmo tempo, reflexões de caráter jusfundamental. Na prática, isso significa principalmente uma proteção contra leis tributárias que elevem a carga tributária *a posteriori*, isto é, depois que um determinado direito de tributação do Estado tenha surgido de acordo com o direito até então vigente; isto é inadmissível no Estado de Direito.

#### d) Responsabilidade

Um terceiro complexo de normatizações avulsas para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 diz respeito à responsabilidade do Estado por suas ações. Dela fazem parte os institutos – regulamentados na Lei Fundamental – da responsabilidade funcional, segundo o qual o Estado deve prestar regularmente indenização à pessoa que tenha sido lesada por um ato ilícito de um titular de função pública (art. 34 da LF), e da indenização por expropriação, segundo o qual uma expropriação de propriedade só pode ser determinada legalmente em troca de uma indenização adequada (art. 14, III, da LF). Há mais de 200 anos isso também já é reconhecido, mesmo sem regulamentação explícita na Lei Fundamental, no caso de lesões contra o corpo e a vida por parte do Estado (trata-se da chamada indenização por sacrifício). Além do princípio do Estado de Direito, aplicam-se aqui também os direitos fundamentais, que contêm não só um direito à omissão de intervenções ilegais, mas, no caso de transgressão por parte do Estado, também visam a uma supressão, restauração ou compensação<sup>57</sup>.

#### e) Proporcionalidade

O nexu indissolúvel existente entre o princípio do Estado de Direito e os direitos fundamentais também se manifesta no princípio da proporcionalidade<sup>58</sup>, para o qual a Lei Fundamental menciona os dois institutos jurídicos como fundamento. Após seus primórdios no direito policial, o princípio da proporcionalidade acabou se tornando o mais eficaz critério na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Praticamente não há decisões sobre os direitos fundamentais em que o princípio da proporcionalidade não ofereça o argumento jurídico para a decisão a respeito do caso. Em sua variante clássica, o princípio da proporcionalidade permite que se verifiquem a adequação e a necessidade de atos estatais. A adequação examina se o meio utilizado pelo Estado (ato administrativo ou lei) promove o fim que se busca alcançar com ele. A necessidade examina se o fim buscado pelo Estado não pode ser alcançado por um meio igualmente eficaz, porém menos oneroso. O exame adicional da adequação de um ato estatal permite uma verificação claramente

<sup>57</sup> Fritz OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5. ed., 1998, p. 285ss.; Daniel RÖDER, *Die Haftungsfunktion der Grundrechte*, 2002, p. 199ss.

<sup>58</sup> Monografias: Rainer DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989; Hans HANAU, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsrechte*, 2004; Andreas HEUSCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, 2003; Lothar HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; Peter LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. ed., 1999; Bernhard SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976.

mais intensiva dos atos estatais mediante a ponderação e busca de equilíbrio. Dessa maneira se podem, por um lado, implementar os direitos fundamentais do indivíduo débil contra o Estado forte e, com frequência, de fato se produz justiça em casos específicos. Por outro lado, a ponderação e busca de equilíbrio carecem de critérios racionais e vinculativos e permitem, assim, um decisionismo em que a vontade política do juiz constitucional é decisiva<sup>59</sup>. Isso constitui, particularmente com vistas ao controle da constitucionalidade das leis provenientes do Parlamento, um problema democrático, que até agora não se tornou agudo por causa de uma reserva regularmente prudente exercida pelo Tribunal Constitucional Federal.

#### 4 Resumo

O Estado de Direito é uma ideia de vários séculos que encontrou sua forma atualmente definitiva no Estado constitucional da Modernidade. Na Alemanha também se continuou a trabalhar com essa forma ao longo de dois séculos – com interrupções. Nesse sentido, podem-se distinguir diversos tipos de Estado de Direito. A Lei Fundamental une os elementos liberais, formais e sociais das constituições que a precederam para formar um Estado de Direito material que está profundamente arraigado na atual consciência jurídica dos alemães. O constante aprofundamento e refinamento do princípio do Estado de Direito e de suas concretizações por parte do Tribunal Constitucional Federal têm uma recepção positiva em toda parte. Eles podem transmitir também a outros ordenamentos constitucionais uma ou outra ideia digna de imitação.

---

<sup>59</sup> PIEROTH, SCHLINK, 2010, n. 303s.