

DAS JUSTIZSYSTEM UND DIE VERTEIDIGUNG VON DEMOKRATIE UND RECHTSSTAATLICHKEIT¹

Rhona Fetzer

Richterin des Bundesverfassungsgerichts

I. VORBEMERKUNGEN

Das Leben in einer Demokratie ist – wie wir verstärkt in den letzten Jahren erfahren mussten – ständigen Anfechtungen ausgesetzt. Dies gilt nicht nur für das Verhalten in den sozialen Medien, in denen Nutzer andere Personen, die einen abweichenden Standpunkt vertreten oder einer anderen Gruppe angehören, verunglimpfen oder gar mit unvorstellbaren Hasstiraden überziehen. Vielmehr werden auch vermehrt Hetzkampagnen und Angriffe gegen den freiheitlich-demokratischen Staat selbst oder seine Repräsentanten gestartet. Denken wir beispielsweise an die Stürmung des amerikanischen Kapitols vor mehr als vier Jahren oder an den Sturm von Anhängern des ehemaligen brasilianischen Präsidenten Bolsonaro auf das Regierungsviertel in Brasilia im Januar 2023.

Es kommt jedoch auch vermehrt zu Störungen und Angriffen im Binnenbereich der demokratischen Institutionen. Ein extremes Beispiel ist das aus Anlass eines Haushaltsstreits vor einigen Monaten erfolgte Ausrufen des Kriegsrechts durch den südkoreanischen Präsidenten und die damit verbundene Anweisung, das Parlament an einer Zusammenkunft zu hindern. Von diesem extremen Vorfall abgesehen muss allgemein besorgt machen der in vielen demokratischen Ländern zu beobachtende wachsende Einfluss von rechtsextremen oder rechtspopulistischen Parteien, die zwar nach außen häufig betonen, das demokratische System zu achten, jedoch dieses letztlich auf die Herrschaft des von ihnen definierten Volkes und damit auf den „Willen der Mehrheit“ beziehungsweise den Willen ihrer Anhänger reduzieren. Der Rechtsstaatlichkeit und der Freiheit in der Vielfalt, die eine Demokratie letztlich auszeichnen, soll dagegen kein oder nur ein deutlich geringerer Stellenwert zukommen. Dabei ist das Rechtsstaatsprinzip das Sicherheitsnetz einer Demokratie. Die Gerichte sind letztlich ein wichtiges Bollwerk gegen Angriffe gegen eine freiheitliche und rechtsstaatliche Demokratie.

¹ Überarbeitete Version des Vortrags von Richterin des Bundesverfassungsgerichts Dr. Rhona Fetzer am 24.2.2025 in Brasilia (Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais) und am 26.2.2025 in Rio de Janeiro (Debates Germano-Brasileiros: Democracia e Poder).

1. GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG VON WAHLEN

Das wird besonders deutlich bei der **gerichtlichen Überprüfung der Zulassung von Bewerbern zu einer Parlamentswahl oder Präsidentenwahl und der gerichtlichen Kontrolle der Wahlabläufe**. Die freie, gleiche und faire Wahl ist ein Kernelement der Demokratie. Der Minderheit von heute soll die Chance zukommen, die Mehrheit von morgen zu werden, aber nach rechtsstaatlichen Spielregeln. Deswegen kommt dem Zugang von Parteien und unabhängigen Einzelbewerbern sowie den Bedingungen, unter denen eine Wahl stattfindet, sehr große Bedeutung zu. Das rumänische Verfassungsgericht hat im Dezember 2024 die dortige Präsidentenwahl unter Verweis auf eine einseitige Beeinflussung durch die sozialen Medien annulliert. Auch in der Bundesrepublik Deutschland sind das Wahlrecht und die Wahlen selbst – in diesem Fall die Wahlen zum Deutschen Bundestag – häufig Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Verfahren. In den vergangenen zwei Jahren hatte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht nur über Verfassungsbeschwerden /Organstreitverfahren und Normenkontrollverfahren gegen Änderungen des Wahlrechts im Jahr 2020² und im Jahr 2023³ zu befinden. Vielmehr hatte er auch über eine sehr große Anzahl von Wahlprüfungsbeschwerden im Hinblick auf die Bundestagswahl 2021 zu entscheiden. Die Besonderheit dieser Wahl bestand darin, dass es in einigen Wahlbezirken im Land Berlin zu einer erstaunlichen Vielzahl von organisatorischen Mängeln gekommen war. Der Deutsche Bundestag ordnete daher im Wahlprüfungsverfahren eine Wiederholung der Wahl in etwa 1/6 der Wahlkreise an. Die Opposition verlangte eine Wahlwiederholung in ganz Berlin. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte nach umfangreichen Ermittlungen im Wesentlichen die Entscheidung des Bundestags.

2. GEWÄHRLEISTUNG VON MEINUNGS-, PRESSE- UND VERSAMMLUNGSFREIHEIT

Die Aufgabe der Gerichte, vor allem der Verfassungsgerichte, die Demokratie zu schützen und zu stärken, geht aber weit über die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Wahlen hinaus. Es obliegt den Gerichten, **zur Gewährleistung des politischen Diskurses** unzulässige Beschränkungen der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit und der Versammlungsfreiheit entgegen zu wirken. Ohne eine öffentliche und im Grundsatz freie Debatte verschiedener Standpunkte geht ein wesentlicher Aspekt der Demokratie, nämlich die **informierte Teilhabe aller Bürger an der politischen Meinungsbildung verloren**. Dieser Aspekt setzt sich im gewählten Parlament fort. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt das freie Mandat der Abgeordneten deren Recht, an der Willensbildung des Parlaments und dessen Ausschüssen angemessen teilzuhaben. Dabei ist auch sicherzustellen, dass die Abgeordneten, die nicht den Regierungsparteien angehören, ihre Opposition effektiv ausüben können, etwa durch entsprechende Redebeiträge oder durch die Einbringung von Anträgen und Anfragen.

² Urteil vom 29. November 2023 - 2 BvF 1/21, BVerfGE 168, 71 - 192.

³ Urteil vom 30. Juli 2024 - 2 BvF 1/23 u.a., NJW 2024, 3201 ff, für BVerfGE 169 vorgesehen.

3. WEHRHAFTE DEMOKRATIE

Die Meinungsfreiheit, Presse- und Versammlungsfreiheit des deutschen Grundgesetzes findet aber Grenzen. Sie endet nicht nur dort, wo Grundrechte anderer (insbesondere deren allgemeines Persönlichkeitsrecht) betroffen sind, sondern dann, wenn durch sie die **freiheitlich demokratische Grundordnung** bekämpft wird. Die Verfasser des Grundgesetzes sahen aufgrund der historischen Erfahrungen mit dem NS-Unrechtsstaat die dringende Notwendigkeit, die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland wehrhaft auszugestalten. Das Grundgesetz sieht daher Vorkehrungen gegen verfassungswidriges Verhalten sowohl Einzelner als auch politischer Parteien vor.

So ordnet das Grundgesetz (in Art. 18 GG) an, dass **derjenige, der die genannten Grundrechte und bestimmte weitere Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, also gegen Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip, missbraucht, diese Grundrechte verwirkt**. Dies kann allerdings nur das Bundesverfassungsgericht aussprechen. Bislang kam es nicht zum Ausspruch einer Grundrechtsverwirkung.

In Ergänzung hierzu sieht **Art. 21 Abs. 2 GG vor, dass eine politische Partei, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, verfassungswidrig ist**. Auch dieser Ausspruch obliegt dem Bundesverfassungsgericht. Dabei ist stets zu beachten, dass es sich bei dem verfassungsgerichtlichen Parteiverbot um die „schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“ handelt.⁴ Bisher hat das Gericht zwei politische Parteien für verfassungswidrig erklärt. Bezuglich der ebenfalls als verfassungsrechtlich eingestuften Partei NPD (neuerdings: Die Heimat) scheiterte ein Antrag zweimal, zunächst an verfahrensrechtlichen Problemen und später (im Jahr 2017) an der Bedeutungslosigkeit der Partei,⁵ die nur noch über wenige Mitglieder und Anhänger verfügte. Allerdings entzog das Bundesverfassungsgericht der NPD (Die Heimat) vor etwa einem Jahr für die Dauer von sechs Jahren die staatliche Finanzierung.⁶ Diese Möglichkeit wurde im Jahr 2017 in Form des Art. 21 Abs. 3 GG in die Verfassung aufgenommen. Die Vorschrift hat mit Ausnahme der Potentialität einer Partei die gleichen Voraussetzungen wie ein Parteiverbot. Das Verhalten der Partei muss also darauf ausgerichtet sein, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen bzw. den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden.

4. SCHUTZ VON GRUNDRECHTEN - SCHUTZDIMENSIONEN

Ein besonderes Gewicht für den Schutz der Demokratie und des Rechtsstaats kommt dem Bundesverfassungsgericht insbesondere auch deswegen zu, weil **es den Grundrechten**

⁴ BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 <159 Rn. 405>.

⁵ Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 - 369.

⁶ Urteil vom 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BVerfGE 168, 193 - 371.

zur Durchsetzung verhilft und so die individuelle **Freiheit der Bürgerinnen und Bürger schützt**. Das Grundgesetz beginnt mit der Aufzählung der Grundrechte, allen voran der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Es gewährleistet, dass sich jeder Grundrechtsträger, zu denen auch inländische juristische Personen gehören, mit Hilfe einer grundsätzlich an keine bestimmte Form gebundenen **Verfassungsbeschwerde** an das Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung wenden kann, er sei durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt worden. Diese Verfahrensart macht mit etwa rund 90 % aller Verfahrenseingänge den größten Teil der verfassungsgerichtlichen Arbeit aus – sie ist sozusagen die „**Königin der Wege zum Bundesverfassungsgericht**“.⁷

Gerade durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entfalteten sich die Grundrechte in den vergangenen Jahrzehnten zu „**kraftvollen Garantien individueller Freiheit**“⁸ und lieferten weitreichende Maßstäbe für die Gestaltung der Rechtsordnung. In erster Linie gewähren die Grundrechte **Abwehrrechte des Bürgers** gegen den Staat. In seinem viel beachteten „Klimabeschluss“ vom 24. März 2021⁹ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts der Abwehrfunktion von Freiheitsrechten zusätzlich eine zeitliche Dimension zum Schutz künftiger Generationen verliehen. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde machten die Beschwerdeführer unzureichende Klimaschutzmaßnahmen durch die Bundesrepublik Deutschland geltend. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschied daraufhin, dass die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung auch vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG als Klimaschutzziel aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft schützen, und hat eine Verletzung von Freiheitsrechten durch den Staat bejaht.

Um den grundrechtlichen Garantien vollumfänglich Geltung zu verschaffen, entnimmt das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten aber noch weitere Aspekte. Bereits im sogenannten Lüth-Urteil aus dem Jahr 1958¹⁰ betonte das Gericht, dass sich „in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes (...) auch eine **objektive Wertordnung** (verkörpert), die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“¹¹ Die Grundrechte strahlen daher insbesondere auch auf das einfache Recht (Strafrecht, Zivilrecht, öffentliches Recht) aus und müssen bei dessen Auslegung durch die Fachgerichte beachtet werden.

Besondere Bedeutung hat in den vergangenen Jahren die schutzrechtliche Dimension der Grundrechte erfahren. Hiernach kann der Bürger unter Inanspruchnahme seiner Grundrechte den Staat unter besonderen Voraussetzungen zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen verpflichten. In Abgrenzung zur abwehrrechtlichen Dimension zeichnet

⁷ Peter Häberle, Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Neue Folge, Bd. 45, <1997>, S. 89 <112>.

⁸ Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungrecht, 9. Aufl. 2023, Rn. 2.

⁹ 1 BvR 2556/18 u.a., BVerfGE 157, 30 - 177.

¹⁰ Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 - 230.

¹¹ BVerfGE 7, 198 <Leitsatz 1>.

sich diese Fallgestaltung dadurch aus, dass die **Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Schutzguts nicht der deutschen Staatsgewalt zugerechnet werden kann, sondern die Gefährdung von Dritten ausgeht**. In dem bereits erwähnten Klimabeschluss hat das Bundesverfassungsgericht neben den beschriebenen Abwehrrechten gegen den Staat zusätzlich **auch das Bestehen einer Schutzpflicht im Falle von Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter, insbesondere des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit**, gegenüber in Deutschland lebenden Beschwerdeführern, auch in Bezug auf künftige Generationen bejaht, letztlich aber eine Verletzung verneint.¹² Hinsichtlich im Ausland lebender Beschwerdeführer hat er wegen der insoweit eingeschränkten Handlungsmöglichkeiten des deutschen Staats die Frage des Bestehens einer Schutzpflicht offengelassen.¹³ Mit der Problematik, ob und inwieweit Schutzpflichten sogar dann zum Tragen kommen können, wenn **Menschen im Jemen völkerrechtswidrig** durch den Einsatz von US-Drohnen unter Nutzung technischer Einrichtungen auf einer sich in Deutschland befindenden US-Air Base getötet werden, befasst sich aktuell der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts. Eine Entscheidung steht noch aus.

5. GEWALTENTEILUNG UND GERICHTLICHE KONTROLLE DER ÖFFENTLICHEN GEWALT

Besteht eine grundrechtliche Schutzpflicht, stellt sich im nächsten Schritt die Frage nach deren **Inhalt** – also welche Maßnahmen der Gesetzgeber zur Erfüllung dieser Pflichten ergreifen muss. Als Antwort auf diese Frage gibt es häufig verschiedene Lösungen. Das Grundgesetz, welches die staatliche Gewalt mit der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auf drei Organe verteilt, weist die Aufgabe der politischen „Lösungsfindung“ nicht der Rechtsprechung, sondern der Legislative und der Exekutive zu. Während nach dem in einem Rechtsstaat unverzichtbaren **Grundsatz der Gewaltenteilung** dem demokratisch legitimierten Parlament die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zukommt, obliegt der Exekutive die Regierung und Verwaltung.¹⁴ Die Gerichte im Allgemeinen und das Bundesverfassungsgericht im Besonderen sollen diese beiden Gewalten kontrollieren und ihre Macht begrenzen und mäßigen,¹⁵ wobei bezüglich Gesetzen des Deutschen Bundestages allein dem Bundesverfassungsgericht ein Verwerfungsmonopol zukommt.

Dabei billigt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten **Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum** zu; es prüft nicht, ob die getroffenen Maßnahmen vernünftig, zweckmäßig oder gerecht sind.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht setzt daher gerade nicht eine eigene Sachkompetenz an die Stelle der des Gesetzgebers oder ersetzt eine

¹² BVerfGE 157, 30 <110 Rn. 143 ff.›.

¹³ BVerfGE 157, 30 <124 Rn. 173 ff.›.

¹⁴ Vgl. etwa BVerfGE 159, 223 <286 f. Rn. 140>.

¹⁵ BVerfGE 159, 223 <286 f. 140>.

¹⁶ BVerfGE 123, 1 <20 f.›; 149, 1 <22 Rn. 46>; 162, 178 <186 Rn. 19>.

vertretbare gesetzgeberische Entscheidung durch eine eigene Entscheidung. Allein der Gesetzgeber entscheidet, auf welche Weise er seine staatlichen Aufgaben erfüllt. Das Bundesverfassungsgericht ist kein Ersatzgesetzgeber.

Dem weiten Spielraum des Gesetzgebers steht somit eine nur zurückhaltende verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber. Dieser Aspekt kam auch in dem das Handeln der Bundesregierung finanziell stark einschränkenden Urteil vom 15. November 2023 zum Zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2021¹⁷ im Hinblick auf die im Grundgesetz verankerte Begrenzung zur Aufnahme von Schulden – der sogenannten Schuldenbremse – zum Ausdruck. In diesem Urteil hat der Zweite Senat zwar den Abschluss des Haushaltsjahres 2021 erfolgte nachträgliche Verlagerung von – für die Coronabekämpfung nicht mehr benötigten – 60 Milliarden Euro Kreditermächtigungen in einen Nebenhaushalt, nämlich in einen Klimaschutz- und Transformationsfonds, für nichtig erklärt. Im Ausgangspunkt hat es aber dem Gesetzgeber bezüglich der Anforderungen an eine Ausnahme von der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse, also für eine Notlage, durchaus Spielräume gesichert. Es hat ausgeführt, dass es

in erster Linie Sache des Gesetzgebers (ist), abzuwägen, ob und in welchem Umfang zur Erhaltung demokratischer Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume auch für die Zukunft Bindungen in Bezug auf das Ausgabeverhalten geboten und deshalb (...) eine Verringerung des Gestaltungs- und Entscheidungsspielraums in der Gegenwart hinzunehmen ist.¹⁸

Auch bei der Erfüllung von staatlichen Schutzpflichten greift das Bundesverfassungsgericht erst ein, wenn der Gesetzgeber die Schutzpflicht offensichtlich verletzt hat, das heißt, er überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen hat, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.¹⁹ Aus diesem Grund hatte die dem Klimabeschluss zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung keinen Erfolg.

6. RECHTSSTAATLICHE VERFAHRENGARANTIEN

Eine wichtige Rolle bei der Gewährung von Rechtsschutz kommt jedoch nicht nur den Verfassungsgerichten zu, sondern auch den Fachgerichten. In einer rechtsstaatlichen Ordnung, die dem Staat das Gewaltmonopol zuweist, sind Bürgerinnen und Bürger auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz angewiesen, um ihre Rechte zu schützen und auch durchzusetzen. Für zivilrechtliche Verfahren entnimmt das Bundesverfassungsgericht aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht auf effektiven Rechtsschutz. Dieses gewährt jedermann ein „Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine

¹⁷ 2 BvF 1/22, BVerfGE 167, 86 - 163.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 167, 86 <134 Rn. 141>.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 157, 30 <114 Rn. 152> m.w.N.

verbindliche Entscheidung durch den Richter.”²⁰ Bei Rechtsakten der öffentlichen Gewalt ist dieser Rechtsschutz sogar ausdrücklich in Art. 19 Abs. 4 GG vorgesehen.

Eine besondere Ausprägung hat der Justizgewährungsanspruch in den Art. 101 Abs. 1 GG und 103 Abs. 1 GG gefunden. Um im Hinblick auf die schrecklichen Vorgänge in der NS-Zeit zu verhindern, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene gezielte Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richterinnen und Richter Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung genommen wird, muss der jeweilige Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG **nach abstrakt generellen Regelungen** bestimmt werden (sog. gesetzlicher Richter).²¹ Der in Art. 103 Abs. 1 GG normierte Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt den Prozessparteien die Möglichkeit, Einfluss auf gerichtliche Entscheidungen nehmen zu können, indem sie vor der Entscheidung informiert und angehört werden sowie ihr Vorbringen zur Kenntnis genommen und erwogen werden muss.²² Dies bedeutet aber nicht, dass die Gerichte letztlich das Vorbringen der jeweiligen Partei auch als maßgeblich für ihre Entscheidung ansehen müssen: Die Parteien müssen gehört, aber nicht erhört werden.

7. STELLUNG UND AMTSVERSTÄNDNIS DER RICHTERINNEN UND RICHTER

Untrennbar mit der Bedeutung der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat verbunden ist die **Stellung und das Amtsverständnis der Richterinnen und Richter** – unabhängig davon, ob sie an den Fachgerichten oder an den Verfassungsgerichten tätig sind. Den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg kann in diesem Zusammenhang immer wieder folgende Aussage entnommen werden: „justice must not only be done; it must also be seen to be done.“²³ Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege setzt zwingend das gesellschaftliche Vertrauen von Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die **Objektivität und Neutralität der Gerichte und die Richterpersönlichkeit** voraus.²⁴ Nur durch eine unvoreingenommene und unparteiische Ausübung des Richteramts kann dieses hohe Rechtsgut gesichert werden. Die **sachliche und persönliche Unabhängigkeit des Richters**, welche eine Grundvoraussetzung für dessen Unvoreingenommenheit darstellt und in Art. 97 GG verfassungsrechtlich niedergelegt ist, bildet daher einen institutionellen Kern des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips.

Dabei ist nicht zu erkennen, dass richterliche Entscheidungen, insbesondere diejenigen der Verfassungsgerichte, zwangsläufig eine politische Dimension haben,²⁵ weil die Sachverhalte, die den Entscheidungen zugrunde liegen, politische Bezüge aufweisen und

²⁰ Vgl. Beschluss vom 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337 <345 f.>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. April 2023 - 1 BvR 667/22 Rn. 15.

²¹ Vgl. Beschluss des Plenums des BVerfG vom 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95, BVerfGE 85, 333 <327 f.>.

²² Vgl. etwa Beschluss vom 8. Juni 1993 - 1 BvR 878/90, BVerfGE 85, 28 <35 f.>.

²³ EGMR (Kammer), De Cubber v. Belgium, Urteil vom 26. Oktober 1984, Nr. 9186/80, Rn. 26.

²⁴ Vgl. Beschluss vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 <40 Rn. 91>.

²⁵ Voßkuhle in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 31.

die Entscheidungen – zu denken ist hierbei etwa an die Nichtigerklärung von Gesetzen oder die Verletzung von Schutzpflichten – durchaus auch Bedeutung und Tragweite in den politischen Bereich hinein haben können. Dies darf aber nicht dazu führen, dass Richter „politisch“ – also rechtlich ungebunden²⁶ – entscheiden. Bereits der Philosoph Immanuel Kant hat das Verhältnis von Recht und Politik zutreffend folgendermaßen charakterisiert: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“²⁷ Alleiniger Maßstab der Prüfung durch den Richter ist und bleibt das Recht.

Zur **Unabhängigkeit der Justiz** gehört aber auch, diese Unabhängigkeit gegenüber den anderen Gewalten **einzufordern und zu verteidigen**. Dies gilt in besonderem Maße für die Verfassungsgerichte. So war in den Anfängen des Bundesverfassungsgerichts seine Stellung als **Verfassungsorgan** (und nicht nur als eines von mehreren Bundesgerichten) nicht zwingend vorgezeichnet. Es schrieb sich diese Stellung in seiner berühmten Denkschrift vom 27. Juni 1952²⁸ aus rechtlichen Gründen zu. In der besagten Denkschrift heißt es: „Das Bundesverfassungsgericht als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan.“

Ähnliche Entwicklungen lassen sich auch in anderen Ländern beobachten. Der Supreme Court der USA beanspruchte bereits im Jahr 1803 in der Entscheidung *Marbury versus Madison*²⁹ die Befugnis zur Überprüfung von Bundesgesetzen und führte damit letztlich das Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit ein. Der belgische Verfassungsgerichtshof wurde 1984 zunächst nur als Schiedshof eingesetzt, der lediglich in Kompetenzstreitigkeiten entscheiden sollte. Im Laufe der Zeit kam es zunächst zu einer Erweiterung des Prüfungsumfangs auf den Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot, bevor das Gericht dann zu einem vollwertigen Verfassungsgericht mit vollständiger Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Einhaltung der Grundrechte umgestaltet wurde.³⁰ Auch der indische Supreme Court stärkte 1973 in einer wegweisenden Entscheidung³¹ seine eigene Position als Hüter der Verfassung, indem es sich die Befugnis zusprach, Verfassungsänderungen zu überprüfen und diese im Falle eines Verstoßes gegen die Grundprinzipien der Verfassung – „the basic structure“ – für verfassungswidrig zu erklären.³²

²⁶ Isensee in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 268 Rn. 24.

²⁷ Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, 1797, S. 429, zitiert nach Huber, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, VerfassungsR-HdB, 1. Aufl., 2021, § 6 Rn. 6.

²⁸ Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Neue Folge, Bd. 6 <1957>, S. 144.

²⁹ Urteil vom 24. Februar 1803, Citations: 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L.Ed. 60 (1803).

³⁰ Der Verfassungsgerichtshof Belgien, „Vorstellung des Verfassungsgerichtshofs“, von 2014, abgerufen unter <https://www.const-court.be/de/court/publications/brochures>, S. 5 f.

³¹ Supreme Court of India, Urteil vom 24. April 1973 - *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala*, 1973 Supp. (1) S.C.R. 1.

³² Schusser, Judicial Activism in a Comparative Perspective - The Supreme Court of India vs. the Bundesverfassungsgericht, 1. Aufl. 2019, S. 74.

Mit Sorge muss es erfüllen, dass in der heutigen Zeit eine gegenläufige Tendenz festzustellen ist. Immer wieder lassen sich in Ländern Versuche beobachten, die **unabhängige Stellung** der Verfassungsgerichte und der Justiz wieder **einzuschränken oder gar zu unterlaufen**. Im Juli 2023 beschloss beispielsweise die israelische Regierung ein Gesetz, mit welchem dem dortigen Supreme Court untersagt werden sollte, die Angemessenheit von Entscheidungen der Regierung anhand von Maßstäben zu überprüfen, die in Jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelt worden waren.³³ Letztendlich erklärte das oberste israelische Gericht dieses Gesetz Anfang 2024 für verfassungswidrig.³⁴ Ähnliche Entwicklungen lassen sich auch in Europa beobachten. Hierzu bedarf es nur eines Blickes nach Polen und Ungarn. In den Jahren zwischen 2015 bis 2023 ergriff die polnische Regierung mehrere Maßnahmen, die sich gegen die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichtshofs richteten. Neben der Ernennung von regierungstreuen Richtern wurde das Gericht insbesondere durch die Änderung seiner Arbeitsweise in seiner Unabhängigkeit eingeschränkt. Diesbezüglich ist insbesondere die Erhöhung des Entscheidungsquorums auf zwei Drittel oder an die Vorgabe zu erwähnen, dass mindestens 13 der insgesamt 15 Richterinnen und Richtern an jeder Entscheidung mitwirken müssen. Gleiches gilt für die Pflicht, die Verfahren chronologisch nach ihrem Eingang abzuarbeiten.³⁵ Ähnliches ereignete sich auch in Ungarn. Durch eine Absenkung des Renteneintrittsalters und die Erhöhung der Anzahl der Verfassungsrichterinnen und -richter wurden Stellen geschaffen, die wiederum mit Regierungstreuen besetzt wurden.³⁶ Beide Länder wurden mittlerweile für ihre Justizreformen durch den Gerichtshof der Europäischen Union wegen Verletzung der Rechtsstaatlichkeit verurteilt.³⁷

8. RESILIENZ DER JUSTIZ

Diese Entwicklungen zeigen mehr denn je, dass die Unabhängigkeit der Gerichte, insbesondere der Verfassungsgerichte, ein hohes Gut darstellt, welches **resilient auszustalten** ist. Es müssen Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass verfasste Institutionen wie die Justiz personell und prozedural schrittweise so umgebaut werden, dass sie ihre Aufgabe

33 Esser, „Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahu“, Legal Tribune Online, vom 26.07.2023, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

34 Esser, „Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahu“, Legal Tribune Online, vom 26.07.2023, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

35 Kellermann, „Polen - Entmachtung des Verfassungsgerichts?“, Deutschlandfunk, vom 23.12.2015, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/v3mf8sn2>.

36 Steinbeis, „Ungarns neue Verfassung“, Legal Tribune Online, vom 18.04.2011, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/bdzxday2>.

37 Vgl. zu Polen nur: EuGH (Große Kammer), Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter des Obersten Gerichts); EuGH (Große Kammer), Urteil vom 5. Juni 2023, Kommission/Polen, C-204/21 (Disziplinarkammern); vgl. zu Ungarn nur: EuGH (1. Kammer), Urteil vom 6. November 2012, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2012:687 (Herabsetzung des Ruhestandsalters).

– nämlich die wirksame Kontrolle öffentlicher Gewalt – nicht mehr wahrnehmen können.³⁸ Vor diesem Hintergrund ist auch der deutsche Gesetzgeber aktiv geworden. Ende des vergangenen Jahres wurden viele Regelungen, die für das Bundesverfassungsgericht statusprägend sind und bislang lediglich einfachgesetzlich geregelt waren, beispielsweise zur Anzahl der Senate und der Zahl der Richterinnen und Richter, zum Besetzungsverfahren, zur Amtszeit der Richterinnen und Richter, zum Ausschluss einer Wiederwahl sowie zur Arbeitsweise des Gerichts (Geschäftsordnungsautonomie), in das Grundgesetz aufgenommen.³⁹ Folglich bedarf es künftig einer verfassungsändernden Mehrheit, um diese Regelungen zu ändern – also gemäß Art. 79 Abs. 2 GG der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.

9. FAZIT

Den Gerichten, insbesondere den Verfassungsgerichten, kommt bei der Wahrung und Verteidigung einer freiheitlichen und rechtsstaatlichen Demokratie eine nicht zu überschätzende Rolle zu. Sie schützen und stärken die Demokratie, indem sie unabhängig von jeglicher politischen Einflussnahme einen politischen Diskurs ermöglichen, die individuellen Rechte der Bürgerinnen und Bürger garantieren sowie Regierung und Parlament kontrollieren und ihnen Grenzen aufzeigen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass dieses hohe Gut keine Selbstverständlichkeit darstellt. Es bedarf daher Schutzmechanismen, die die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Gerichte auch zukünftig gewährleistet.

38 Vgl. Gärditz, NJW 2024, S. 407 <408>.

39 Vgl. BTDrucks 20/12977, S. 2, 5.

O SISTEMA JUDICIÁRIO E A DEFESA DA DEMOCRACIA E DO ESTADO DE DIREITO¹

Rhona Fetzer

Ministra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A vida em uma democracia está exposta a contendas permanentes – como tivemos de vivenciar intensamente nos últimos anos. Isso não diz respeito apenas ao comportamento nas mídias sociais, cujos usuários caluniam ou despejam discursos inconcebíveis de ódio contra pessoas que defendam um ponto de vista divergente ou pertençam a um outro grupo. Ao contrário, cada vez mais, campanhas de difamação e ataques são lançados contra o próprio Estado liberal-democrático ou contra os seus representantes. Recordemos, por exemplo, a invasão ao Capitólio americano, há mais de quatro anos, ou o ataque de apoiadores do ex-presidente brasileiro Bolsonaro à Praça dos Três Poderes em Brasília, em janeiro de 2023.

Cada vez mais frequentes, contudo, são também distúrbios e ataques no seio das instituições democráticas. Um exemplo extremo ocorreu, há poucos meses, quando, por ocasião de uma disputa orçamentária, o presidente sul-coreano decretou a lei marcial e, a ela associada, uma ordem para impedir uma sessão do Parlamento. Independentemente desse caso extremo, deve suscitar preocupação, de modo geral, a crescente influência, perceptível em muitos países democráticos, exercida por partidos de extrema direita ou populistas de direita que, embora enfatizem freqüentemente, para fora, que respeitam o sistema democrático, reduzem-no, em última instância, à soberania do povo como por eles definido e, assim, à "vontade da maioria", ou melhor, à vontade dos seus apoiadores. O que se pretende, ao contrário, é atribuir ao Estado de Direito e à liberdade na diversidade, que, afinal, caracterizam uma democracia, nenhum ou apenas um grau de importância muito menor. Entretanto, o princípio do Estado de Direito é a rede de segurança de uma democracia. As Cortes são, na verdade, um importante bastião contra ataques à democracia liberal e baseada no Estado de Direito.

¹ Versão revisada da palestra proferida pela ministra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Dra. Rhona Fetzer, em 24.02.2025, em Brasília (Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais), e em 26.02.2025, no Rio de Janeiro (Debates Germano-Brasileiros: Democracia e Poder). Tradução: Kelly Medrado Passos, Embaixada da Alemanha em Brasília.

1. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL DE ELEIÇÕES

Isso fica particularmente evidente na **averiguação judicial da habilitação de candidatos a uma eleição parlamentar ou presidencial e no controle judicial dos processos eleitorais**. Eleições livres, igualitárias e justas são um elemento-chave da democracia. É preciso conceder à minoria de hoje a chance de tornar-se a maioria de amanhã, porém, segundo as regras do jogo do Estado de Direito. Por essa razão, revestem-se de grande importância o acesso de partidos e de candidatos individuais independentes às eleições, assim como as condições sob as quais um pleito é realizado. Em dezembro de 2024, o Tribunal Constitucional da Romênia anulou a eleição presidencial do país apontando uma interferência unilateral exercida pelas mídias sociais. Na República Federal da Alemanha, o Direito Eleitoral e as próprias eleições – neste caso, as eleições para o Parlamento Alemão (*Bundestag*) – também têm sido constantemente objeto de ações constitucionais. Nos últimos dois anos, a Segunda Turma do Tribunal Constitucional Federal não precisou julgar apenas recursos constitucionais/lides entre órgãos estatais e ações de controle de constitucionalidade contra alterações de 2020² e 2023³ na legislação eleitoral. Coube à Segunda Turma apreciar ainda uma série de ações de investigação eleitoral relacionadas às eleições de 2021 para o *Bundestag*. A peculiaridade dessa eleição residiu na quantidade surpreendente de falhas de organização em alguns distritos eleitorais do estado de Berlim. Portanto, no âmbito do processo de investigação eleitoral, o *Bundestag* ordenou a realização de novas eleições em cerca de um sexto dos distritos eleitorais. A oposição exigia uma repetição das eleições em todo o estado de Berlim. Após extensas apurações, o Tribunal Constitucional Federal confirmou, em essência, a decisão do *Bundestag*.

2. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMPRENSA E ASSOCIAÇÃO

A atribuição das Cortes, sobretudo dos tribunais constitucionais, de defender e fortalecer a democracia estende-se muito além da averiguação da legitimidade de eleições. Cabe aos tribunais, **para a garantia do debate político**, impedir restrições ilícitas à liberdade de expressão, de imprensa e de associação. Sem um debate entre pontos de vista diversos, público e fundamentalmente livre, perde-se um aspecto crucial da democracia, a saber, a **participação informada de todos os cidadãos na formação da opinião política**. Esse aspecto subsiste no Parlamento eleito. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o mandato livre dos deputados protege o seu direito de tomar parte, de maneira apropriada, na formação da vontade do Parlamento e das suas comissões. Nesse contexto, deve-se igualmente assegurar que os deputados que não pertençam aos partidos do governo possam exercer a sua oposição de forma efetiva, por exemplo, por meio de discursos com esse fim ou da apresentação de requerimentos e solicitações.

2 Decisão de 29.11.2023 – Processo 2 BvF 1/21, BVerfGE (coletânea de acórdãos do Tribunal Constitucional Federal) v. 168, p. 71-192.

3 Decisão de 30.07.2024 – Processo 2 BvF 1/23, entre outros, **Neue Juristische Wochenschrift** (NJW) 2024, p. 3201 ss., previstas para BVerfGE, v. 169.

3. DEMOCRACIA DEFENSIVA

Todavia, a liberdade de expressão, de imprensa e de associação estabelecida na Grundgesetz (GG), a Lei Fundamental alemã, encontra limites. Ela termina não apenas onde os direitos fundamentais dos outros (em especial, seu direito geral de personalidade) são afetados, mas também quando é usada para combater a **ordem constitucional livre e democrática**. Em razão das experiências históricas com o Unrechtsstaat, o Estado de Injustiça nacional-socialista, os redatores da Lei Fundamental enxergaram a necessidade premente de moldar **defensivamente** a democracia da República Federal da Alemanha. Por isso, a Lei Fundamental prevê medidas de precaução contra a conduta anticonstitucional tanto de indivíduos como de partidos políticos.

Assim, a Lei Fundamental determina (art. 18 GG) que deve **ser destituído dos direitos básicos aquele que abuse dos citados direitos e de outros direitos fundamentais específicos para combater a ordem constitucional livre e democrática, ou seja, a dignidade humana, o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia**. Mas apenas o Tribunal Constitucional Federal pode proferir tal decisão, o que até hoje não aconteceu.

Complementando-o, o art. 21, § 2º GG, prevê que é inconstitucional um partido que **pretenda, por seus objetivos ou pela conduta dos seus adeptos, prejudicar ou abolir a ordem constitucional livre e democrática ou ameaçar a existência da República Federal da Alemanha**. Eis uma decisão que também compete ao Tribunal Constitucional Federal. Nesse contexto, cumpre sempre considerar que a proibição partidária prevista na Constituição é a "arma mais contundente e, além disso, de dois gumes, do Estado democrático de Direito contra os seus inimigos organizados"⁴. Até hoje, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de dois partidos políticos. Em relação ao Partido Nacional Democrático, NPD (renomado recentemente de A Pátria), também julgado constitucional, uma petição fracassou duas vezes. Inicialmente, por problemas processuais e, mais tarde, em 2017, dada a irrelevância do partido⁵, ao qual restavam somente poucos membros e apoiadores. Porém, há cerca de um ano, o Tribunal Constitucional Federal excluiu o NPD (A Pátria) do financiamento estatal por um período de seis anos⁶. Essa possibilidade foi introduzida na Constituição em 2017, em seu art. 21, § 3º. A norma contém os mesmos requisitos para uma proibição partidária, com exceção do critério de potencialidade de um partido. A conduta do partido deve estar direcionada para prejudicar ou abolir a ordem constitucional livre e democrática ou ameaçar a existência da República Federal da Alemanha.

4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIMENSÕES DA PROTEÇÃO

Atribui-se ao Tribunal Constitucional Federal um peso especial com vistas à proteção da democracia e do Estado de Direito, sobretudo, porque ele contribui para que **os direitos**

⁴ Tribunal Constitucional Federal, decisão de 17.01.2017 – Processo 2 BvB 1/13, BVerfGE v. 144, p. 20 <159 nº de margem 405>.

⁵ Decisão de 17.01.2017 – Processo 2 BvB 1/13, BVerfGE v. 144, p. 20-369.

⁶ Decisão de 23.01.2024 – Processo 2 BvB 1/19, BVerfGE v. 168, p. 193-371.

fundamentais se imponham, protegendo, assim, a **liberdade individual das cidadãs e dos cidadãos**. A Lei Fundamental começa com a enumeração dos direitos fundamentais, à frente de todos, a dignidade humana, no art. 1º, § 1º GG. A Constituição garante que todo titular de direitos fundamentais, incluindo as pessoas jurídicas nacionais, possa interpor um **recurso constitucional** no Tribunal Constitucional Federal, que, em princípio, não está vinculado a forma específica alguma, com a alegação de ter sofrido uma violação dos seus direitos fundamentais ou direitos equivalentes por parte do Poder Público. Essa modalidade de ação, perfazendo aproximadamente 90% de todos os processos impetrados na Corte, é responsável pela maior parte do trabalho judicial constitucional – ela é, digamos, a “**rainha dos caminhos que conduzem ao Tribunal Constitucional Federal**”⁷.

Foi exatamente em virtude da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que os direitos fundamentais evoluíram, nas últimas décadas, para se tornar “**garantias poderosas da liberdade individual**”⁸, fornecendo parâmetros abrangentes para a configuração do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais outorgam **ao cidadão direitos de defesa** contra o Estado. A Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal, em sua respeitadíssima “Decisão do Clima”, de 24 de março de 2021⁹, acrescentou à função de defender os direitos à liberdade uma dimensão temporal destinada à proteção de futuras gerações. Em seu recurso constitucional, os requerentes arguíram que a República Federal da Alemanha adotara medidas insuficientes contra as mudanças climáticas. A Primeira Turma decidiu que os direitos fundamentais, como garantia intertemporal de liberdade, também protegem contra uma transferência unilateral, para o futuro, do ônus de redução dos gases de efeito estufa, estabelecido pelo art. 20a da Lei Fundamental como meta de proteção climática, confirmado uma violação de direitos à liberdade por parte do Estado.

Contudo, a fim de validar plenamente as garantias fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal extrai dos direitos fundamentais ainda outros aspectos. Já no chamado Julgamento de Lüth de 1958¹⁰, o Tribunal ressaltou que “nas disposições da Lei Fundamental sobre os direitos fundamentais [...] também (se materializa) uma **ordem objetiva de valores**, que se aplica, como decisão fundamental constitucional, a todas as áreas do Direito”¹¹. Portanto, os direitos fundamentais também se irradiam, principalmente, sobre o Direito Comum (Direito Penal, Direito Civil, Direito Público) e, na interpretação deste, precisam ser considerados pela Justiça Especializada.

Nos últimos anos, adquiriu especial relevância a **dimensão de proteção jurídica** dos direitos fundamentais. Por conseguinte, ao pleitear os seus direitos fundamentais, o cidadão pode obrigar o Estado a adotar medidas protetivas, sob determinadas condições. Em delimitação à dimensão de defesa jurídica, essa hipótese distingue-se pelo fato de

7 Peter Häberle, **Jahrbuch des öffentlichen Rechts** (JöR), Neue Folge, v. 45, 1997, p. 89 <112>.

8 Bumke, C./Voßkuhle, A., **Casebook Verfassungsrecht**, 9. ed., 2023, nº 2.

9 Processo 1 BvR 2556/18, entre outros, BVerfGE v. 157, p. 30-177.

10 Decisão de 15.01.1958 – Processo 1 BvR 400/51, BVerfGE v. 7, p. 198-230.

11 BVerfGE v. 7, p. 198 <Ementa 1>.

que o dano ao bem tutelado como direito fundamental emana da ameaça de terceiros e não pode ser imputado ao Poder Público alemão. Na Decisão do Clima já mencionada, além dos direitos de defesa contra o Estado descritos, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu ainda a existência de um dever de proteção em caso de danos a bens tutelados como direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida e à integridade física, perante reclamantes domiciliados na Alemanha e mesmo perante futuras gerações, mas acabou por negar que houvesse uma violação desse dever¹². No que se refere a reclamantes domiciliados no exterior, a decisão deixou em aberto a questão da existência de um dever de proteção, em razão das possibilidades limitadas de atuação do Estado alemão nesse sentido¹³. Atualmente, a Segunda Turma do Tribunal Constitucional Federal ocupa-se em avaliar se, e em que medida, deveres de tutela podem produzir efeitos até mesmo quando pessoas no Iêmen são mortas por drones americanos, em violação ao Direito Internacional, com o uso de equipamentos instalados em uma base militar americana na Alemanha. A decisão ainda não foi prolatada.

5. DIVISÃO DE PODERES E CONTROLE JUDICIAL DO PODER PÚBLICO

Se existe um dever de proteção, o próximo passo é saber qual o seu teor – ou seja, quais medidas o legislador deve adotar para o cumprimento desses deveres. Como resposta a essa questão, surgem frequentemente soluções diversas. A Lei Fundamental, que distribui o Poder Público em três órgãos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, não atribui ao Judiciário a tarefa de “busca de solução” política, mas, sim, ao Legislativo e ao Executivo. Enquanto, segundo o princípio da divisão dos Poderes, que é imprescindível em um Estado de Direito, compete ao Parlamento democraticamente legitimado a atribuição constitucional de legislar, o Executivo exerce o governo e a administração¹⁴. Os tribunais, de modo geral, e o Tribunal Constitucional Federal, especificamente, devem fiscalizar esses dois Poderes, limitar e moderar o seu poder¹⁵. No que diz respeito a leis do Bundestag Alemão, cabe, porém, exclusivamente ao Tribunal Constitucional Federal a prerrogativa de rejeitá-las.

Nesse âmbito, o Tribunal Constitucional Federal permite ao legislador uma ampla margem de concepção e decisão; a Corte não avalia se as medidas adotadas são razoáveis, condizentes com a sua finalidade ou justas¹⁶. Logo, o Tribunal Constitucional Federal não instaura, de modo algum, uma competência própria em razão da matéria no lugar daquela do legislador nem substitui uma decisão legislativa justificável por uma decisão própria. Cabe unicamente ao legislador decidir como cumprir suas atribuições públicas. O Tribunal Constitucional Federal não é um legislador substituto.

12 BVerfGE v. 157, p. 30 <110 nº 143 ss.>.

13 BVerfGE v. 157, p. 30 <124 nº 173 ss.>.

14 Conf., por exemplo, BVerfGE v. 159, p. 223 <286 nº 140>.

15 BVerfGE v. 159, p. 223 <286 s. 140>.

16 BVerfGE v. 123, p. 1 <20 s.>; 149, 1 <22 nº 46>; 162, 178 <186 nº 19>.

À ampla margem de atuação do legislador faz frente, assim, um controle constitucional apenas comedido. Esse aspecto evidenciou-se também na decisão sobre a Segunda Lei Orçamentária Suplementar de 2021, de 15 de novembro de 2023¹⁷, a qual restringiu significativamente a ação do governo federal alemão, do ponto de vista financeiro, quanto à limitação constitucional de contratação de dívidas – o chamado freio da dívida. Nessa decisão, a Segunda Turma declarou a nulidade da transferência *a posteriori*, após o término do exercício financeiro de 2021, de créditos no valor de sessenta bilhões de euros para um orçamento suplementar, um fundo destinado à proteção climática e à transformação. No ponto de partida, entretanto, a Segunda Turma garantiu ao legislador margens de manobra em relação aos requisitos para uma exceção ao freio da dívida previsto na Constituição, ou seja, em caso de emergência. Ela elucidou que,

em primeiro lugar, [é] da competência do legislador ponderar se, e em que medida, visando a também assegurar a futura preservação das margens de concepção e decisão democráticas, cabem liames em relação ao comportamento dos gastos e, por isso, [...] deve-se admitir uma redução dessas margens no presente¹⁸.

Mesmo quando se trata do cumprimento de deveres públicos de proteção, o Tribunal Constitucional Federal intervém apenas se o legislador tiver claramente infringido o dever de tutela, isto é, se não tiver adotado precauções, se as regulamentações e medidas adotadas forem claramente inapropriadas para alcançar o objetivo de proteção cabível ou estiverem muito aquém do objetivo de proteção¹⁹. Por esse motivo, o recurso constitucional que embasou a Decisão do Clima não logrou êxito no que tange à existência de uma violação do dever de tutela.

6. GARANTIAS PROCESSUAIS NO ESTADO DE DIREITO

O importante papel de oferecer proteção jurídica não cabe, todavia, exclusivamente às Cortes Constitucionais, mas também aos **juízos especializados**. Em um ordenamento de Estado de Direito, que confere ao Estado o monopólio do poder, as cidadãs e os cidadãos dependem de uma **proteção judicial eficaz** para defender e também impor os seus direitos. Em processos cíveis, o Tribunal Constitucional Federal infere um direito à proteção jurídica efetiva do art. 20, § 3º, em combinação com o art. 2º, § 1º, GG. Este assegura a cada indivíduo o “direito de acesso aos tribunais e a uma apreciação de fato e de direito, fundamentalmente abrangente, do objeto do litígio, bem como a uma decisão vinculante proferida pelo magistrado”²⁰. Em relação a atos jurídicos do Poder Público, essa proteção jurídica está até mesmo consignada, no art. 19, § 4º, GG.

¹⁷ Processo 2 BvF 1/22, BVerfGE v. 167, p. 86-163.

¹⁸ Cf. BVerfGE v. 167, p. 86 <134 nº 141>.

¹⁹ Cf. BVerfGE v. 157, p. 30 <114 nº 152>, com referências adicionais.

²⁰ Cf. decisão de 12.02.1992 – Processo 1 BvL 1/89, BVerfGE v. 85, p. 337 <345 s.>; decisão da Segunda Câmara da Primeira Turma de 13.04.2023 – Processo 1 BvR 667/22, nº 15.

O direito de acesso à Justiça encontra uma expressa manifestação constitucional no art. 101, § 1º, e 103, § 1º, GG. A fim de evitar, como era a terrível prática à época do nacional-socialismo, que se exerce a ingerência sobre o teor da decisão com uma escolha direcionada ao caso concreto do magistrado responsável pela decisão, o juiz competente deve ser designado de acordo com **regras gerais de cunho abstrato** (o chamado juiz natural), consoante art. 101, § 1º, 2ª sentença, GG²¹. O direito a uma audiência justa, regulamentado no art. 103, § 1º, GG, facilita às partes processuais a possibilidade de influência nas decisões judiciais na medida em que são informadas e ouvidas antes da sentença e suas alegações têm de ser consideradas e sopesadas²². Porém, isso não significa que os tribunais devam considerar as arguições da respectiva parte como determinantes para a sua decisão. As partes devem ser ouvidas, mas não obedecidas.

7. POSICIONAMENTO E ENTENDIMENTO DA FUNÇÃO PELOS MAGISTRADOS

O posicionamento e o entendimento da sua função pelos **magistrados** estão indissociavelmente ligados à importância da jurisdição no Estado de Direito – quer atuem em juízos especializados, quer em Cortes Constitucionais. Nesse contexto, nas sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo, encontra-se constantemente a seguinte declaração: “justice must not only be done; it must also be seen to be done” (a justiça não deve apenas ser feita, ela também deve ser vista para ser feita)²³. O funcionamento da Justiça pressupõe forçosamente a confiança social por parte dos que buscam o Direito e da opinião pública **na objetividade e neutralidade dos juízos, bem como na personalidade do magistrado**²⁴. Esse bem jurídico valioso só pode ser resguardado pelo exercício imparcial e isento da magistratura. A **autonomia pessoal e objetiva do juiz**, que representa um requisito básico para a sua imparcialidade, está consagrada no art. 97, GG, constituindo, portanto, um cerne institucional do princípio constitucional do Estado de Direito.

Nesse ponto, não se pode ignorar que decisões judiciais, sobretudo aquelas das Cortes Constitucionais, possuem inevitavelmente uma dimensão política²⁵, pois os fatos subjacentes às decisões apresentam relações políticas, e as deliberações – pensemos aqui, por exemplo, na declaração de nulidade de leis ou na violação de deveres de proteção – também podem absolutamente ganhar relevância e alcance no campo político. Isso, no entanto, não pode fazer com que juízes decidam de forma “política” – ou seja, descomprometida com o Direito²⁶. O filósofo Immanuel Kant já havia caracterizado acertadamente a relação entre Direito e política, da seguinte forma: “O Direito jamais deve adaptar-se à política, mas a

²¹ Cf. decisão do Plenário do Tribunal Constitucional Federal de 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, BVerfGE v. 85, p. 333 <327 s.>.

²² Cf. decisão de 08.06.1993 – Processo 1 BvR 878/90, BVerfGE v. 85, p. 28 <35s.>.

²³ TEDH (Câmara), caso De Cubber vs. Bélgica, decisão de 26.10.1984, nº 9186/80, nº 26.

²⁴ Cf. decisão de 14.01.2020 - Processo 2 BvR 1333/17, BVerfGE v. 153, p. 1 <40 nº 91>.

²⁵ Voßkuhle, A. In: Huber/Voßkuhle, **Grundgesetz**, 8. ed., 2024, art. 93, nº 31.

²⁶ Isensee, J. In: Isensee/Kirchhof, **Handbuch des Staatsrechts** XII, 3. ed., 2014, § 268, nº 24.

política deve a todo momento adaptar-se ao Direito"²⁷. A única régua da apreciação do juiz é e continuará sendo o Direito.

A **autonomia da Justiça** também envolve, no entanto, **reivindicar e defender** essa autonomia perante os outros Poderes. Isso se aplica, em especial medida, às Cortes Constitucionais. Assim, em princípio, a posição do Tribunal Constitucional Federal como **órgão constitucional** (e não apenas como um dentre vários tribunais federais) não estava estritamente delimitada. O Tribunal atribuiu-se essa posição, por razões legais, em seu famoso memorando de 27 de junho de 1952²⁸, o qual declara: "O Tribunal Constitucional Federal é, como o supremo guardião da Constituição, ao mesmo tempo um órgão constitucional dotado da máxima autoridade, segundo a letra e o sentido da Lei Fundamental e da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal."

Evolução semelhantes podem ser observadas também em outros países. A Supreme Court dos Estados Unidos já reclamava para si o poder de examinar leis federais em 1803, na decisão Marbury vs. Madison²⁹, e acabou, assim, por introduzir o conceito de jurisdição constitucional. A Corte Constitucional da Bélgica foi instituída inicialmente em 1984, apenas como corte de arbitragem, destinada a deliberar unicamente sobre conflitos de competência. Com o tempo, em primeiro lugar, sua competência de apreciação passou a abranger o princípio da igualdade e a proibição de discriminação, até que o tribunal fosse reestruturado como Corte Constitucional inteiramente apta, com plena competência para julgar o cumprimento dos direitos fundamentais³⁰. Da mesma forma, em 1973, o Supreme Court indiano, em uma decisão inovadora³¹, fortaleceu sua própria posição como guardião da Constituição, atribuindo-se o poder de averiguar alterações constitucionais e de declará-las inconstitucionais³², em caso de violação dos princípios básicos da Constituição – "the basic structure".

Deve ser motivo de preocupação que uma tendência oposta seja constatada nos dias de hoje. Tentativas de **limitar a posição independente** dos tribunais constitucionais e da Justiça, **ou mesmo de miná-la**, são vistas frequentemente em países. Em julho de 2023, por exemplo, o governo israelense aprovou uma lei que permitiria proibir a Suprema Corte do país de revisar a razoabilidade de decisões do governo com base em parâmetros desenvolvidos ao longo de décadas de jurisprudência³³. Por fim, no início de 2024, a Suprema Corte

27 Kant, I. *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, 1797, p. 429, citado por Huber, P., in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, **Handbuch des Verfassungsrechts**, 2021, § 6, nº 6.

28 **Jahrbuch des öffentlichen Rechts** (JöR), Neue Folge, v. 6 <1957>, p. 144.

29 Decisão de 24.02.1803, citações: 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L.Ed. 60 (1803).

30 Suprema Corte da Bélgica, "Vorstellung des Verfassungsgerichtshofs" (apresentação da Suprema Corte), 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckdn87u>, p. 5 s.

31 Supreme Court of India, decisão de 24.04.1973 - Kesavananda Bharati vs. State of Kerala, 1973 Supp. (1) S.C.R. 1.

32 Schusser, Judicial Activism in a Comparative Perspective - The Supreme Court of India vs. the Bundesverfassungsgericht, 2019, p. 74.

33 Esser, E. "Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahu" (Projetos de lei do governo Netanyahu), Legal Tribune Online, de 26.07.2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

de Israel declarou a constitucionalidade dessa norma³⁴. Processos semelhantes também podem ser observados na Europa. Basta olhar para a Polônia e a Hungria. Entre os anos de 2015 e 2023, o governo polonês adotou várias medidas contra a autonomia da Suprema Corte. Além da nomeação de ministros fiéis ao governo, a Corte teve a sua autonomia cerceada por meio da alteração dos seus procedimentos. Neste ponto, é digno de menção, em especial, o aumento do quórum para dois terços ou a exigência da participação de, no mínimo, 13 dos 15 juízes em cada decisão. Da mesma forma, foi instituída a obrigatoriedade de apreciação dos processos em ordem cronológica, a partir da sua entrada³⁵. Algo similar ocorreu também na Hungria. Com a diminuição da idade de aposentadoria e o aumento do número de ministros da Suprema Corte, foram criadas vagas que, por sua vez, foram preenchidas com apoiadores do governo³⁶. Nesse ínterim, o Tribunal de Justiça da União Europeia condenou ambos os países pela violação do Estado de Direito em suas reformas do Judiciário³⁷.

8. RESILIÊNCIA DA JUSTIÇA

Essas tendências evidenciam, mais do que nunca, que a independência dos tribunais, sobretudo dos tribunais constitucionais, representa um bem valioso, que **deve ser moldado para a resiliência**. É necessário adotar providências para evitar que instituições constituídas como a Justiça sofram uma reestruturação gradual dos seus membros e processos, de tal maneira que não possam mais exercer suas atribuições – ou seja, o controle eficaz do Poder Público³⁸. Diante desse cenário, o legislador alemão também agiu. No fim do ano passado, foram consignadas na Constituição diversas disposições decisivas para o status do Tribunal Constitucional Federal, que, até então, eram regulamentadas apenas por lei ordinária; por exemplo, o número de turmas e de ministras e ministros, o processo de nomeação, a duração do mandato dos magistrados, a impossibilidade de reeleição, bem como os procedimentos do Tribunal (autonomia quanto ao regimento interno)³⁹. Por consequência, futuramente, para que essas disposições sejam alteradas, será necessária a maioria prevista para emendas constitucionais – ou seja, a aprovação por dois terços dos membros do Parlamento e dois terços do Conselho Federal (*Bundesrat*), nos termos do art. 79, § 2º, GG.

³⁴ Esser, E. "Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahus" (Projetos de lei do governo Netanyahu), Legal Tribune Online, de 26.07.2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

³⁵ Kellermann, F. "Polen - Entmachtung des Verfassungsgerichts?" (Polônia – Desempoderamento do Tribunal Constitucional?), Deutschlandfunk, de 23.12.2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/v3mf8sn2>.

³⁶ Steinbeis, M. "Ungarns neue Verfassung" (A nova Constituição da Hungria), Legal Tribune Online, de 18.04.2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdzxday2>.

³⁷ Cf. somente sobre a Polônia: Tribunal de Justiça da União Europeia, TJUE (Grande Câmara), decisão de 24.06.2019, Comissão/Polônia, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (diminuição da idade de aposentadoria dos ministros da Suprema Corte); TJUE (Grande Câmara), decisão de 05.06.2023, Comissão/Polônia, C-204/21 (Câmaras Disciplinares); cf. apenas sobre a Hungria: TJUE (Primeira Câmara), decisão de 06.11.2012, Comissão/Hungria, ECLI:EU:C:2012:687 (diminuição da idade de aposentadoria).

³⁸ Cf. Gärditz, K., **Neue Juristische Wochenschrift**, 2024, p. 407 <408>.

³⁹ Cf. BTDrucks 20/12977, p. 2, 5.

9. CONCLUSÃO

Cabe aos tribunais, sobretudo às Cortes Constitucionais, um papel cuja importância para a preservação e defesa de uma democracia liberal e de Estado de Direito dificilmente pode ser superestimada. Eles protegem e fortalecem a democracia ao possibilitar um debate político isento de qualquer influência política, ao garantir os direitos individuais das cidadãs e dos cidadãos, fiscalizar o governo e o Parlamento, mostrando-lhes limites. Ao mesmo tempo, cumpre constatar que esse bem valioso não é algo óbvio. São necessários, portanto, mecanismos preventivos que também assegurem a autonomia e o funcionamento dos tribunais no futuro.