

Tribunal Constitucional Federal Alemão

Volume 1

Leonardo Martins

Tribunal Constitucional Federal Alemão

Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 1:

Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade,
direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade

SÃO PAULO

Konrad-Adenauer Stiftung - KAS – 2016

©2016 by Leonardo Martins.

Capa: Giovanni A. Begossi

Composição: Leonardo Martins

**Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Martins, Leonardo

Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade / Leonardo Martins. – – São Paulo : Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

Bibliografia

ISBN

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Tribunal Constitucional Federal I.
Título

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Tribunal Constitucional Federal : Direitos Fundamentais :
Direito constitucional 342.7

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

A minha esposa,
parceira constante e
minha maior alegria:
Magnae Latitia.

*** Como citar esta obra ou partes dela: v. última página (303.)**

Apresentação

Desde a entrada em vigor da Constituição da República Federal da Alemanha, no ano de 1949, o Tribunal Constitucional Federal é o Tribunal responsável pela interpretação vinculante definitiva dessa Constituição e que, assim, dá a última palavra a respeito de seu conteúdo e alcance. Agora já há mais de 60 anos, como parte do Terceiro Poder, no âmbito do direito do Estado e internacional público, ele fiscaliza o Estado de direito alemão. Representa, na qualidade de um órgão constitucional independente, um contraponto neutro às instâncias políticas. Isso é que atesta, no mais, sua sede em *Karsruhe*, [cidade localizada] bem distante do jogo político em Berlim.

Na História da República Federal, o Tribunal, que também é intitulado guardião da Lei Fundamental [Constituição], frequentemente ocupou-se de temas que tocaram as mentes dos alemães. Ele decidiu questões litigiosas que foram objeto de debates políticos e sociais, tais como demonstram, por exemplo, nos últimos anos, eloquentemente, as decisões a respeito do pacote de socorro à Zona do Euro, do imposto sobre heranças, do arquivamento em estoque de dados pessoais e, em breve, também da desistência do uso da energia nuclear. Suas decisões provam que o direito e o espírito do tempo (*Zeitgeist*) podem ser tão pouco cindidos, quanto o direito e a moral o podem. Seu peculiar e permanentemente desenvolvido entendimento da Constituição e sua interpretação normativa, muitas vezes deveras ampla, fizeram do Tribunal Constitucional Federal uma instituição democrática à parte que goza de uma confiança ímpar do povo.

É claro que, com suas decisões, o Tribunal Constitucional Federal marcou e definiu [ao lado de outras instituições], de maneira permanente, a história da República Federal. Como “último bastião” da proteção de direitos fundamentais na Alemanha, ele preencheu com vida o catálogo de direitos fundamentais alemão que, ao contrário do caso de muitas constituições latino-americanas, é formado por textos bem exíguos. Ele definiu as áreas de proteção daqueles direitos e, em constante jurisprudência, os ampliou, adequando-os – pelo menos em parte – à transformação da sociedade. Inobstante, o Tribunal Constitucional Federal não tem à sua disposição nenhum meio para a execução de suas decisões. Seu “poder” baseia-se, sem exceções, na reputação da instituição e mostra-se na autoridade e força de convencimento de suas decisões. Sem o conhecimento da jurisprudência desse Tribunal que é o mais relevante de todos os tribunais alemães, a dogmática alemã dos direitos fundamentais não poderia ser compreendida. Também não seria compreensível a metodologia de exame de outros muitos tribunais – sem falar naqueles ao nível supranacional – que, ao longo dos anos, nele se orientaram por conta da clareza, racionalidade e lógica de suas decisões. Não apenas para o Tribunal Constitucional Federal, como também para todo órgão judicante que interprete a Constituição – até como parte do autocontrole – poderia ser significativo e muito útil conhecer a jurisprudência de tribunais irmãos e irmãs de outros países, a fim de questionar criticamente suas próprias decisões à luz das experiências compartilhadas.

Também para advogados, o conhecimento não apenas das decisões dos seus próprios tribunais superiores, mas também de outros órgãos judiciais estrangeiros representa, com certeza, um significativo ganho.

O *Programa Estado de Direito América Latina da Fundação Konrad Adenauer* engaja-se na construção desse diálogo há mais de 25 anos. Com esse propósito, o Programa promove, anualmente, um encontro dos presidentes e juizes de todos os tribunais constitucionais e câmaras constitucionais da América Latina a fim de discutir atuais questionamentos jurídicos e político-jurídicos. Dessa maneira, estando sempre presente no encontro um juiz do Tribunal Constitucional Federal, consolidou-se e institucionalizou-se não apenas como um intercâmbio entre os tribunais constitucionais da América Latina, como também entre eles e a Alemanha.

Com a finalidade de possibilitar o estudo das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal no âmbito jurídico latino-americano também àqueles que não dominam a língua alemã, o *Programa Estado de Direito América Latina* introduziu, já no ano de 2003, uma tradução de excertos das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal para o espanhol.¹ Essa publicação encontrou, entre outros, também junto aos tribunais do continente, às faculdades de direito e às instituições governamentais e não governamentais tamanha repercussão, que, em 2009, foi publicada uma atualização dessa tradução com uma mais robusta tiragem impressa.² Por possibilitar, agora também no âmbito jurídico lusófono da América Latina, essencialmente ao público brasileiro, um melhor acesso às decisões do mais importante Tribunal alemão, dedico meu expresso agradecimento ao Sr. Prof. Dr. *Leonardo Martins* que assumiu essa tarefa com muito tempo de trabalho, dedicação e paixão. No começo desse primeiro volume da obra que se dedica à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre a dignidade humana, o direito geral de personalidade, o direito à vida e à integridade física, e o princípio da igualdade, o Prof. *Martins* compôs um importante conjunto de diretrizes orientadoras para todos aqueles que, pela primeira vez, queiram lidar com a jurisprudência e a literatura [doutrina] constitucional alemãs.

Nós acreditamos que podemos com esse importante trabalho apresentar mais uma contribuição ao diálogo entre o sistema jurídico alemão e a América Latina, especialmente o Brasil.

Bogotá, 2 de setembro de 2016

Dr. Marie-Christine Fuchs

¹ **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.** Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung. Programa Estado de Derecho, 2003.

² **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán:** extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung. Programa Estado de Derecho, 2009.

Prefácio

O presente trabalho remonta a uma parceria entre o autor e o Programa “Estado de Direito para América Latina”, da Fundação *Konrad Adenauer*, que já perdura 14 anos. Nos idos de 2003, o então diretor do citado Programa cuja missão é contribuir para o fortalecimento do conceito e das estruturas do Estado de Direito nos países latino-americanos, Dr. iur. *Jan Woischnik*, procurou o autor para traduzir uma compilação de excertos de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, de autoria do constitucionalista Prof. Dr. *Jürgen Schwabe*.

Porém, a tarefa que era para ser de uma simples tradução evoluiu, na fase da execução, para uma compilação de decisões anotadas e enriquecidas com sínteses dos respectivos casos e referências bibliográficas e jurisprudenciais, coordenada pelo autor desta. Intitulada “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, a obra foi publicada em 2005 sob os auspícios da *Fundação Konrad Adenauer*. Rapidamente, tornou-se uma obra de referência sobre a Justiça Constitucional alemã em língua portuguesa. A seleção dos casos e excertos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão foi feita pelo autor da presente. Era, portanto, muito distinta da mencionada versão alemã. Com efeito, a coletânea em português foi, então, totalmente reestruturada, vindo enriquecida com um capítulo de introdução, introduções aos direitos fundamentais em espécie, anotações diversas, sínteses dos casos e referências doutrinárias e jurisprudenciais adicionais.

Há muito esgotada, a edição de 3.000 exemplares foi bem recepcionada pela crítica. Tem sido ainda hoje utilizada como obra de consulta e referência em matéria de direito constitucional alemão com significativa repercussão na doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras da qual o autor muito se orgulha.

O valor de tais compilações de jurisprudência constitucional estrangeira – para além do fato de ser o direito constitucional alemão um dos produtos de exportação dos mais bem sucedidos daquela nação de reconhecida vocação para a exportação – foi assim sintetizado pelo Dr. *Woischnik* em seu prefácio à obra publicada em 2005: “indubitavelmente, a jurisprudência alemã não pode ser aplicada em uma relação 1:1 nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos [...] deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão *sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida*. Não obstante, acredito que, em muitas ocasiões, a jurisprudência alemã, com sua *profundidade dogmática e sua riqueza de detalhes*, possa constituir ao menos um auxílio na interpretação das normas constitucionais estrangeiras” [destaque nosso].

Graças a uma história de 20 anos de intensa dedicação à pesquisa jurídico-constitucional comparada, especialmente à ciência jurídico-constitucional alemã, sem falsa modéstia, o autor da presente reúne as condições ideais para uma transposição intercultural jurídica bem sucedida e idônea ao escopo asseverado por *Woischnik*.

* * *

Reconhecendo-o, há aproximadamente três anos, o então novo diretor do Programa Estado de direito da Fundação Konrad Adenauer, Dr. iur. *Christian Steiner*, convidou o autor para uma reedição da obra. A partir dos profícuos diálogos travados com ele, o autor resolveu propor a realização de um projeto editorial ainda mais ambicioso que o primeiro: oferecer uma coleção constituída de cinco volumes compiladores de decisões restritas à interpretação e à aplicação de normas definidoras de direitos fundamentais da *Grundgesetz* (“Lei Fundamental”), como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha, desde sua promulgação em 1949, sendo-o até hoje após a reunificação alemã havida em 3 de outubro de 1990.

Em sua primeira versão, a obra continha 132 decisões. Cobria, em tese, todo o texto constitucional. Dentre as decisões contempladas, havia algumas relativas a questões de organização do Estado, que são de menor importância para o direito constitucional comparado.

Assim, trata-se de uma completa nova obra que deve até o seu quinto volume contemplar as mais importantes decisões do TCF alemão que tenham interpretado e aplicado os art. 1 – 19, além de alguns “direitos iguais a direitos fundamentais” como são conhecidas as garantias processuais fundamentais encontradas fora do catálogo do Primeiro Título da *Grundgesetz* constituído pelos aludidos art. 1 – 19 GG.

Neste primeiro volume, 15 das 29 decisões são mais recentes; foram prolatadas pelo TCF após 2005. Tais decisões não teriam, portanto, como aparecer na obra publicada naquele ano. De resto, os excertos das 14 outras decisões que não puderam ser deixadas de fora por serem consideradas “clássicas” foram não apenas totalmente revistos como também substancialmente ampliados. Sem exagero, pode ser afirmado que se tem aqui por volta de 80 a 90% de texto inédito em relação àquela primeira obra.

Mantiveram-se, no formato, as introduções aos cinco capítulos distribuídos entre os direitos fundamentais contemplados nesse volume e que lhe dão nome, também substancialmente revistas e ampliadas, além das sínteses das matérias decididas. Ao contrário do que se fez naquela edição, em que o leitor muitas vezes confundia os excertos das decisões do TCF com textos de autoria do organizador, na presente obra, foram destacados tais textos de maneira bem mais clara.³

³ Um panorama geral e diretrizes sobre como citar a presente obra e suas diferentes partes encontra-se na última página do presente volume, p. 303.

* * *

Por sua incansável disposição em uma primeira revisão geral do manuscrito, o autor agradece à MSc. *Carmen Vasconcelos*. Pelo engajado apoio na revisão final do manuscrito, o autor agradece à *Beatriz Almeida*, novamente à MSc. *Carmen Vasconcelos*, ao MSc. *Diogo Caldas* e à *Suzana Côrtes*. Pela configuração da capa e pelo suporte de TI, agradece ao acadêmico de Direito *Giovanni Begossi*, que desenvolveu um primoroso trabalho. Ao acadêmico de Direito *Pedro de Oliveira Alves* e ao mestrando Túlio M. Jales o autor agradece por apoios logísticos. Todos são membros do Grupo de Pesquisa “Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional” que é liderado pelo autor e lotado junto ao PPGD-UFRN. Nesse Grupo de Pesquisa, tem-se um solo muito fértil para produções acadêmicas e editoriais dotadas de muita independência científica. Independência que é imprescindível a qualquer produção acadêmico-científica de excelência e cumpridora de sua função social. O autor agradece também à Coordenadora do nosso PPGD-UFRN, Profa. Dra. *Maria dos Remédios F. Silva*, pelo apoio com a autorização de impressões dos manuscritos em tempos de grande escassez de recursos.

Por fim, à *Fundação Konrad Adenauer*, na pessoa da atual diretora do Programa Estado de Direito, Dra. *Marie-Christine Fuchs*, que propiciou os meios financeiros necessários à presente publicação, meu profundo agradecimento. Sem nossa confiança recíproca e a grande amizade institucional que nos unem, a realização desse projeto, ou melhor, de sua primeira etapa no dia de hoje não teria sido possível.

Natal-RN, 19 de setembro de 2016

Prof. Dr. Leonardo Martins

Sumário

Apresentação	07
Prefácio	09
Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos	15
I. Siglas e abreviações	15
II. Peculiaridades da citação de dispositivos normativos	21
1. Modos de citação de dispositivos normativos constitucionais e legais	21
2. Padrão oficial dos textos normativos.....	21
3. Das siglas classificatórias do tipo de processo.....	22
Introdução geral à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, à obra como um todo e ao uso de seus cinco volumes	23
I. Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: papel na ordem constitucional interna e destaque internacional	23
II. Panorama do conjunto da obra	26
III. Como utilizar a presente obra e extrair o máximo dela	28
1. Procedimento e técnica decisória.....	28
2. Fundamentação colegiada	29
3. Estruturação das decisões	29
Capítulo 1.	
Dignidade humana (Art. 1 I GG)	
Notas introdutórias	35
# 1. BVerfGE 30, 1 (<i>Abhörurteil</i>).....	36
# 2. BVerfGE 125, 175 (<i>Hartz IV</i>)	39
Capítulo 2.	
Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)	
Notas introdutórias	49
# 3. BVerfGE 6, 32 (<i>Elfes</i>)	51
# 4. BVerfGE 65, 1 (<i>Volkzählung</i>).....	55
# 5. BVerfGE 80, 137 (<i>Reiten im Walde</i>)	63
# 6. BVerfGE 90, 145 (<i>Cannabis</i>)	74
# 7. BVerfGE 99, 185 (<i>Scientology</i>)	99
# 8. BVerfGE 119, 1 (<i>Roman Esra</i>).....	106
# 9. BVerfGE 120, 274 (<i>Online-Durchsuchungen</i>)	114
# 10. BVerfGE 124, 43 (<i>Beschlagnahme von Emails</i>)	136
# 11 BVerfGE 125, 260 (<i>Vorratsdatenspeicherung</i>)	140
# 12. BVerfGE 133, 277 (<i>Antiterrordatei</i>).....	152

Capítulo 3.

Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)

Notas introdutórias	175
# 13. BVerfGE 39, 1 (<i>Schwangerschaftsabbruch I</i>).....	176
# 14. BVerfGE 88, 203 (<i>Schwangerschaftsabbruch II</i>).....	181

Capítulo 4.

Direito fundamental à integridade física (Art. 2 II, 2ª variante GG)

Notas introdutórias	197
# 15. BVerfGE 16, 194 (<i>Liquorentnahme</i>)	199
# 16. BVerfGE 53, 30 (<i>Mülheim-Kärlich</i>)	200
# 17. BVerfGE 128, 282 (<i>Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug</i>)	205

Capítulo 5.

Igualdade (Art. 3 GG)

Notas introdutórias	221
# 18. BVerfGE 26, 302 (<i>Einkommensteuergesetz</i>)	223
# 19. BVerfGE 48, 327 (<i>Familiennamen</i>)	224
# 20. BVerfGE 52, 369 (<i>Hausarbeitstag</i>)	227
# 21. BVerfGE 84, 9 (<i>Ehenamen</i>)	230
# 22. BVerfGE 107, 27 (<i>Doppelte Haushaltsführung</i>).....	233
# 23. BVerfGE 111, 176 (<i>Erziehungsgeld an Ausländer</i>)	238
# 24. B VerfGE 116, 243 (<i>Transsexuelle IV</i>).....	244
# 25. B VerfGE 117, 316 (<i>Künstliche Befruchtung für Verheiratete</i>).....	251
# 26. BVerfGE 124,199 (<i>Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft</i>) ..	254
# 27. BVerfGE 131, 239 (<i>Lebenspartnerschaften von Beamten</i>).....	262
# 28. BVerfGE 133, 59 (<i>Sukzessivadoption</i>)	267
# 29. BVerfGE 133, 377 (<i>Ehegattensplitting</i>)	276

Anexo: excertos reunidos da <i>Grundgesetz</i> e legislação ordinária utilizada	291
--	-----

Bibliografia	299
---------------------------	-----

Como citar esta obra ou partes dela	303
---	-----

Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos

I. Siglas e abreviações

a. F.	<i>alte Fassung</i> – redação anterior (revogada)
ABI EG	<i>Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften</i> – Diário Oficial das Comunidades Europeias
ABI EU	<i>Amtsblatt der Europäischen Union</i> – Diário Oficial da União Europeia
A-Drucks.	<i>Ämtliche Drucksachen</i> – Anais da Imprensa Oficial
AEVO	<i>Ausbilder-Eignungsverordnung</i> – Decreto de Capacitação de Formadores de Profissionais
AFG	<i>Arbeitsförderungsgesetz</i> – Lei de Fomento ao Trabalho
AFP	<i>Archiv für Presserecht</i> – Arquivo do Direito de Imprensa (periódico técnico-jurídico)
AktG	<i>Aktiengesetz</i> – Lei das Sociedades Anônimas
AO	<i>Abgabenordnung</i> – Código de Contribuição Tributária
AÖR	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i> – Arquivo do Direito Público (periódico técnico-jurídico)
ApothekenG	<i>Apothekengesetz</i> – Lei de Farmácias
Art.	artigo
Ass.	assinatura
AsylVfG/ AsylVG	<i>Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz)</i> - Lei do Processo de Asilo Político
ATDG	<i>Antiterrordateigesetz</i> – Lei do Arquivo Antiterrorismo
AtomG	<i>Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)</i> – Lei do Uso Pacífico da Energia Nuclear e Proteção contra seus Riscos
ATV	<i>Allgemeine Technische Vertragsbedingungen</i> – Condições Gerais Técnicas do Contrato (de Trabalho)
AusLG	<i>Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz)</i> – Lei da Entrada e Permanência de Estrangeiros no Território Federal (Lei de Estrangeiros)
BAG	<i>Bundesarbeitsgericht</i> – Tribunal Federal do Trabalho
Bay VfGH	<i>Bayerischer Verfassungsgerichtshof</i> – Tribunal Constitucional da Baviera
BayApothekenG	<i>Bayerisches Apothekengesetz</i> – Lei Bávara de Farmácias
BayObLG	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i> – Supremo Tribunal Estadual da Baviera
BayPAG	<i>Bayerisches Polizeiaufgabengesetz</i> – Lei de Missões Policiais Bávara (da Baviera)
BBesG	<i>Bundesbesoldungsgesetz</i> – Lei de Salários Federais (soldo de juízes federais, militares <i>et al.</i>)
BBG	<i>Bundesbeamtengesetz</i> – Lei dos Servidores Públicos Federais
BDSG	<i>Bundesdatenschutzgesetz</i> – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais
BEG	<i>Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz)</i> – Lei federal para a Indenização de Vítimas da Perseguição Nacional-socialista
BERzGG	<i>Bundeserziehungsgeldgesetz</i> – Lei Federal de Bolsa Educação
BetrAVG	<i>Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung</i> – Lei para Melhoria da Previdência Trabalhista
BetrVG	<i>Betriebsverfassungsgesetz</i> – Lei de Constituição Empresarial

Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas. Vol. I * Leonardo Martins

BFH	<i>Bundesfinanzhof</i> – Tribunal Financeiro Federal
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> – Código Civil
BGBI.	<i>Bundesgesetzblätter</i> – Diário (Oficial) das Leis Federais
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> – Corte Federal de Justiça
BGH NJW	<i>Bundesgerichtshof, Neue Juristische Zeitschrift</i> – Corte Federal de Justiça, Nova Revista Jurídica Semanal (Jurisprudência da Corte Federal de Justiça publicada na NJW)
BGHSt.	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> – Decisões da Corte Federal de Justiça em Matéria Criminal
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> – Decisões da Corte Federal de Justiça em Matéria Civil
BNatSchG	<i>Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege</i> – Lei de Proteção da Natureza e da Paisagem
BNDG	<i>Gesetz über den Bundesnachrichtendienst</i> – Lei sobre o Serviço Federal de Informações
BPolG	<i>Bundespolizeigesetz</i> – Lei Federal de Polícia
BRDrucks.	<i>Bundesratsdrucksachen</i> – Registro das Discussões Parlamentares / Anais dos Trabalhos Legislativos do Conselho Federal (<i>mutatis mutandis</i> equivalente Senado Federal brasileiro)
BRK	<i>UN-Behindertenrechtskonvention</i> – Convenção de Pessoas com Deficiência da ONU
BSHG	<i>Bundessozialhilfegesetz</i> – Lei Federal de Ajuda Social
BStatG	<i>Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistikgesetz)</i> – Lei de Estatística para Propósitos Federais (Lei de Estatística Federal)
BTDrucks.	<i>Bundestagesdrucksachen</i> - Registro das Discussões Parlamentares / Anais dos Trabalhos Legislativos da Câmara Federal
BtMG	<i>Betäubungsmittelgesetz</i> – Lei de Entorpecentes
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis – Praxis da Curatela Jurídica (periódico técnico-jurídico)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> - Tribunal Constitucional Federal
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung</i> – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial
BVerfGG	<i>Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)</i> – Lei do Tribunal Constitucional Federal
BVerfGK	<i>Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> – Decisões de câmara do Tribunal Constitucional Federal (composta por três juízes)
BVerfSchG	<i>Bundesverfassungsschutzgesetz</i> – Lei Federal de Proteção da Constituição (Serviço de informações em âmbito nacional, interno)
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> – Corte Federal Administrativa
BVerwGE	<i>Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung</i> – Decisões da Corte Federal Administrativa, coletânea oficial
BVFG	<i>Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)</i> – Lei de Questões de Desterrados e Refugiados
BvR	<i>[Senat der] Bundesverfassungsrichter</i> – [Senado dos] Juizes Constitucionais Federais
BWaldG	<i>Bundeswaldgesetz</i> – Lei Florestal Federal

Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos

c.c.	combinado com
CDU	<i>Christlich Demokratische Union</i> – União Democrático-Cristã (Partido Político)
cf.	confira
CR	<i>Computerrecht</i> – Direito de Informática (periódico técnico-jurídico)
CSU	<i>Christlich Soziale Union</i> – União Social-Cristã (Partido Político)
DRIZ	<i>Deutsche Richterzeitung</i> – Jornal dos Juízes Alemães (periódico técnico-jurídico)
DSchPflG	<i>rheinland-pfälzisches Denkmalschutzpflegegesetz</i> – Lei de Proteção e Manutenção do Patrimônio Arquitetônico Histórico e Cultural de <i>Rheinland-Pfalz</i>
DuD	<i>Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)</i> – Proteção e Segurança de Dados (periódico técnico-jurídico)
DVBl.	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i> – Jornal da Administração Alemã (periódico técnico-jurídico)
e.V.	<i>eingetragener Verein</i> – Associação Registrada (associação sem fins lucrativos)
E.B.	<i>Erstbezug</i> – Primeira Referência (país de origem, processo originário)
EG	<i>Europäische Gemeinschaften</i> – Comunidades Europeias
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> – Lei de Introdução ao Código Civil
EGMR	<i>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte</i> – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
EinzelHG	<i>Einzelhandelsgesetz</i> - Lei do Setor Econômico Varejista
EMRK	<i>Europäische Menschenrechtskonvention</i> - Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia para os Direitos Humanos) de 4 de novembro de 1950
EstG	<i>Einkommensteuergesetz</i> - Lei do Imposto de Renda
EuGH	<i>Europäischer Gerichtshof</i> – Corte Europeia de Justiça
FamFG	<i>Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (“Familienverfahrgesetz”)</i> – Lei sobre o Processo de Direito de Família e Questões da Jurisdição Voluntária (“Lei de Processo Jurídico-Familiar”)
FamRZ	<i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)</i> – Revista para Todo o Direito de Família (periódico técnico-jurídico)
FDP	<i>Freie Demokratische Partei</i> – Partido Democrático Liberal
FKPG	<i>Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms</i> – Lei para a Aplicação do Programa Federal de Consolidação
FPR	<i>Familie, Partnerschaft, Recht (Fachzeitschrift, 1995-2013)</i> – Família, Parceria, Direito (periódico técnico-jurídico, 1995-2013)
G 10	<i>Gesetz zur Beschränkung des Brief, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz)</i> – Lei de Limitação do Sigilo de Correspondência, Postal e Telefônico (Lei para o Art. 10 GG)
GA	<i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Fachzeitschrift)</i> – Arquivo Goltdammer para o Direito Penal (periódico técnico-jurídico)
GewO	<i>Gewerbeordnung</i> - Código do Setor Industrial
GFK	<i>Genfer Flüchtlingskonvention</i> – Convenção relativa ao Status Jurídico dos Refugiados (Convenção de Genebra sobre Refugiados), de 28 de julho de 1951

GG	<i>Grundgesetz</i> – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha)
GmbHG	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz</i> – Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada
GrdstVG	<i>Grundstückverkehrsgesetz</i> - Lei de Alienação Imobiliária
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i> – Direito da Proteção Jurídica Industrial e Autoral
GVBl.	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt</i> – Diário (Oficial) de Leis e Decretos
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i> – Lei de Organização Judiciária
GV. NW/GV.NRW	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen</i> – Diário de Leis e Decretos para o Estado de Nordrhein-Westfalen.
HATG NRW	<i>Nordrhein-westfälisches Hausarbeitstagsgesetz</i> – Lei do Dia do Trabalho Doméstico de Nordrhein-Westfalen
Hdwo	<i>Handwerkordnung</i> - Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício
HRRS	<i>Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Rechtsprechungsammlung)</i> – Jurisprudência dos Tribunais Superiores em Direito Penal (Repositório Jurisprudencial)
IRG	<i>Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen</i> – Lei da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal
JöR	<i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart</i> – Anuário do Direito Público (1º vol., 1907-25 vol., 1938)
JöR N.F.	<i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Neue Fassung</i> – Nova Redação (Coleção) do Anuário do Direito Público
JZ	<i>Juristenzeitung</i> – Jornal dos Juristas (periódico técnico-jurídico quinzenal)
K&R	<i>Kommunikation und Recht</i> – Comunicação e Direito (periódico técnico-jurídico)
KG	<i>Kammergericht</i> –Tribunal de Câmara
KritVj	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i> – Revista Trimestral Crítica para Legislação e Ciência Jurídica (periódico técnico-jurídico)
LG	<i>Landesgericht</i> – Tribunal Estadual de Justiça
LMBG	<i>Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)</i> – Lei de Trânsito de Alimentos, Produtos Tabagísticos, Cosméticos e demais Objetos de Necessidade
LPartG	<i>Lebenspartnerschaftsgesetz</i> – Lei da Parceria Vital
LTDruks.	<i>Landestagesdrucksachen</i> – Anais do Trabalhos Legislativos de Parlamento Estadual
LVG	<i>Landesverwaltungsgericht</i> – Tribunal Estadual Administrativo
MADG	<i>Gesetz über den militärischen Abschirmdienst (“MAD-Gesetz”)</i> – Lei sobre o Serviço de Contraineligência Militar (“Lei MAD”)
MitbestG	<i>Mitbestimmungsgesetz</i> – Lei de Cogestão dos Empregados na Empresa
MVollzG	<i>Maßregelvollzugsgesetz</i> – Lei de Execução do Tratamento Forçado
MVollzG Rh.-Pfalz.	<i>Rheinland-pfälzisches Maßregelvollzugsgesetz</i> – Lei de Execução do Tratamento Forçado de Rheinland-Pfalz
n.F.	<i>Neue Fassung</i> – nova redação

Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos

NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> – Nova Revista Semanal Jurídica (periódico técnico-jurídico semanal)
NJW-RR	<i>NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)</i> – Report de Jurisprudência da NJW (periódico técnico-jurídico)
NRW	<i>Nordrhein-Westfalen (Bundesland)</i> – Estado-membro da federação da RFA
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> – Nova Revista para o Direito Penal (periódico técnico-jurídico)
NStZ-RR	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)</i> – Report de Jurisprudência da NStZ (periódico técnico-jurídico)
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i> – Nova Revista para o Direito Administrativo (periódico técnico-jurídico)
NW	<i>Nordrhein-Westfalen (Bundesland)</i> – Estado-membro da federação da RFA
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i> – Jornal Austríaco dos Juristas (periódico técnico-jurídico)
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> – Tribunal Superior de Justiça Estadual
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
OVG	<i>Oberverwaltungsgericht</i> – Superior Tribunal Administrativo Estadual
p.ex.	por exemplo
p.	página
PatG	<i>Patentgesetz</i> – Lei de Patentes
PBefG	<i>Personenbeförderungsgesetz</i> – Lei do Transporte de Pessoas
Psych.	<i>Psychich</i> – psicológico(a)
PsychKG NRW	<i>nordrhein-westfälisches Psychisch-Kranken-Gesetz</i> – Lei de Doentes Mentais de Nordrhein-Westfalen
R&P	<i>Recht und Psychiatrie (Fachzeitschrift)</i> – Direito e Psiquiatria (periódico técnico-jurídico)
RdA	<i>Recht der Arbeit</i> – Direito do Trabalho (periódico técnico-jurídico)
RGSt	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Entscheidungssammlung)</i> – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Penal (repositório jurisprudencial)
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)</i> – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Civil (repositório jurisprudencial)
RVO	<i>Rechtsverordnung</i> – Decreto
S.	<i>Seite(n); Satz</i> – página(s); período (unidade de dispositivo normativo)
SAMW	<i>Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften</i> – Academia Suíça das Ciências Mediciniais
SFHG	<i>Schwangeren- und Familienhilfegesetz</i> – Lei de Ajuda Familiar e à Gestante
SGB	<i>Sozialgesetzbuch</i> - Código de Direito Social
SO	<i>Sachverständigenordnung</i> - Código dos Peritos
SPD	<i>Sozialdemokratische Partei Deutschlands</i> – Partido Social-Democrata Alemão
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> – Código Penal
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> - Código de Processo Penal
StREG	<i>Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen</i> – Lei de Indenização para Medidas de Persecução Penal

StSenkG	<i>Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz)</i> – Lei de Redução das Alíquotas e da Reforma da Tributação das Empresas (Lei de Redução da Tributação)
StV	<i>Strafverteidiger (Zeitschrift)</i> – Defensor Penal (periódico técnico-jurídico)
StVG	<i>Straßenverkehrsgesetz</i> – Lei de Trânsito Viário
StVK	<i>Strafvollstreckungskammer</i> – Câmara de Execuções Penais
StVollZG	<i>Strafvollzugsgesetz</i> – Lei de Execuções Penais
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TKG	<i>Telekommunikationsgesetz</i> – Lei das Telecomunicações
TSG	<i>Transsexuellengesetz</i> – Lei de Transexuais
UN Doc.	<i>United Nations Document</i> – Documento das Nações Unidas
UrhG	<i>Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)</i> – Lei sobre o Direito Autoral e Direitos de Proteção Relacionados (Lei do Direito Autoral)
VBL	<i>Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder</i> – Instituição de Previdência da União e dos Estados-membros
VBLS	<i>Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder</i> – Regulamento Instituição de Previdência da União e dos Estados-membros
VersG	<i>Versammlungsgesetz</i> – Lei de Reunião
VersR	<i>Versicherungsrecht</i> – Direito da Seguridade
VGH	<i>Verwaltungsgerichtshof</i> – Corte Administrativa (fórum administrativo, primeira instância)
Vol.	volume
VSG	<i>Verfassungsschutzgesetz</i> – Lei de Proteção da Constituição
VSG NRW	<i>Verfassungsschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen</i> – Lei de Proteção da Constituição de Nordrhein-Westfalen
VStG	<i>Vermögenssteuergesetz</i> – Lei do Imposto sobre o Patrimônio
VVDStRL	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i> – Publicações (Anais) da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado
VwGO	<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> – Código da Organização Judiciária Administrativa
WHG	<i>Wasserhaushaltsgesetz</i> – Lei de Gestão de Águas
WissR	<i>Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung - Zeitschrift für Recht und Verwaltung der wissenschaftlichen Hochschulen und der wissenschaftspflegerischen und -fördernden Organisationen und Stiftungen</i> – Direito da Ciência, Administração da Ciência, Fomento da Ciência – Revista de Direito e Administração das Universidades e Organizações e Fundações de Fomento Científico (periódico técnico-jurídico)
WRV	<i>Weimarer Reichsverfassung</i> – Constituição [Real] da República de Weimar
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> - Código de Processo Civil
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i> – Revista para Política Jurídica
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Fachzeitschrift)</i> – Revista para toda a Ciência Jurídico-penal (periódico técnico-jurídico)

II. Peculiaridades da citação de dispositivos normativos

1. Modos de citação de dispositivos normativos constitucionais e legais

Os dispositivos da *Grundgesetz* (A “Lei Fundamental” que representa a Constituição alemã) e das leis citadas na presente obra seguiram o modo de citação usado na literatura jurídica especializada (doutrina) e na jurisprudência alemãs, de acordo com o modelo inerente aos seguintes exemplos:

- **Art. 14 III 2 GG** = Artikel 14, Absatz 3, Satz 2 *Grundgesetz* (ou Art. 14, Abs. 3, Satz 2 GG): artigo 14, parágrafo 3, Período 2 da *Grundgesetz*
- **Art. 5 I 1, 2º subperíodo GG** = Artikel 5, Absatz 1, Satz 1, 2. Halbsatz *Grundgesetz* (ou Art. 5, Abs. 1, Satz 1, 2. HbS. GG): artigo 5, parágrafo 3, Período 2, 2º subperíodo da *Grundgesetz*.⁴
- **Art. 93 I, nº 4a GG** = Artikel 93, Absatz I, Nummer 4a *Grundgesetz* (ou Art. 93, Abs. 1, Nr. 4a GG): artigo 93, parágrafo 1, número 4a da *Grundgesetz*
- **§ 30 II 2 BVerfGG** = § 30, Absatz 2, Satz 2 BVerfGG (ou § 30, Abs. 2, Satz 2 BVerfGG): § 30, parágrafo 2, Período 2 da BVerfGG

2. Padrão oficial dos textos normativos

No corpo dos textos normativos, seguiu-se o padrão oficial, colocando-se, no caso da *Grundgesetz*, após os artigos, os números dos parágrafos entre parêntesis antecedendo aos mesmos e os períodos (unidades normativas autônomas) da mesma forma. Os períodos como unidades normativas autônomas são indicados por números sobrescritos, sendo que, no caso de o parágrafo ter um único período, o algarismo arábico à frente e sobrescrito não deve ser colocado.

Exemplo:

Artigo 1 (Dignidade da pessoa humana)

- (1) ¹ A dignidade da pessoa humana é intocável. ² Observá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais.
- (2) ...

⁴ No Art. 5 I 1 GG, foram outorgados dois direitos fundamentais autônomos. Segundo seu teor: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, **bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral**” (grifo do autor). O direito fundamental à liberdade de informação foi outorgado pelo segundo subperíodo “[...] bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral”, destacado acima em negrito. Os parâmetros são sempre trazidos à pauta da maneira mais precisa possível, tendo em vista, entre outros objetivos, a delimitação entre direitos fundamentais concorrentes, além da correta interpretação e verificação dos limites a cada direito fundamental. Vide a respeito: DIMOULIS e MARTINS (2014: 151 ss. e 171-175).

- (3) Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

O dever específico de observância e proteção da dignidade humana tem fundamento no Art. 1 I 2 GG (ou ainda em alemão é usual a abreviação: Art. 1, Abs. 1, Satz 2 GG), ao passo que o vínculo do Judiciário a todos os direitos fundamentais tem fundamento no Art. 1 III GG (ou Art. 1, Abs. 3 GG).

3. Das siglas classificatórias do tipo de processo

As siglas **1 BvA** até **1 BvT** e **2 BvA** até **2 BvT** designam dados sobre o processo movido junto ao TCF. O número indica qual dos dois Senados do TCF prolatou a decisão e a letra indica o tipo de processo.

Introdução geral à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, à obra como um todo e ao uso de seus cinco volumes

I.

Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão: papel na ordem constitucional interna e destaque internacional⁵

ROMAN HERZOG, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão (a seguir: TCF) e depois Presidente da República Federal da Alemanha, afirmou, no ano de 1993, que “o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da *Grundgesetz* em 1949, por [seus] 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais”.⁶ “Direito constitucional formado por decisões judiciais do tribunal constitucional?”, certamente se perguntaria um crítico leitor. Não seria mais, na Alemanha, a lei a fonte imediata do direito? Teriam os alemães adotado, depois da entrada em vigor da *Grundgesetz*, o sistema de fontes da *common law*?

A afirmação de ROMAN HERZOG só pode ser compreendida em sua plenitude quando se conhece bem o sistema organizacional constitucional da *Grundgesetz* e sua interpretação pelo TCF.

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado. Por isso, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (procedimentos do Controle Concreto ou da Reclamação Constitucional).⁷ Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, em que se adotou o assim denominado “sistema difuso”. No sistema concentrado, todo juiz tem o dever *ex officio* de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada. Contudo, não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF.⁸

Em segundo lugar, ainda que a *Grundgesetz* tenha conferido ao TCF, em seu Art. 92, literalmente *somente* o status de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada – e não por último a sua lei orgânica (§ 1 I BVerfGG) – conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. À ideia de “órgão constitucional” não está somente ligada à existência de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mas de um órgão a eles sobreposto, no que tange à interpretação e aplicação de normas constitucionais. Chegou-se a lhe outorgar até mesmo o polêmico status de “intérprete autêntico” da *Grundgesetz*.⁹

⁵ Reedição revista, atualizada e ampliada de sua última publicação em: MARTINS, Leonardo. Direito processual constitucional alemão. Atlas: São Paulo, 2011, p. 1-6.

⁶ Cf. HERZOG (1993: 435 s.) *apud* SCHLAICH e KORIOTH (2015: 386).

⁷ Vide MARTINS (2011: 18-26; 32-43).

⁸ É que no sistema concentrado distingue-se entre competência de exame e competência de descarte normativa. Apenas a segunda é da competência exclusiva da Corte constitucional, o que especificamente caracteriza um sistema concentrado como tal. A respeito: MARTINS (2011: 18 s.).

⁹ Essa tese, defendida por BÖCKENFÖRDE (1999: 12 s.), que além de reconhecido professor de direito público foi juiz do TCF, concede àquela Corte quase um poder absoluto de conformação do direito

O status de órgão constitucional em si resulta¹⁰ da interpretação sistemática dos dispositivos específicos da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), quais sejam: Art. 92 GG c.c. § 1 I BVerfGG que fazem uma oposição do TCF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (Art. 92 GG) e a “todos os órgãos constitucionais” (§ 1 I BVerfGG). Assim, o TCF não seria tão somente *independente* em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é. Ele teria também autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”.¹¹

Em seu autoentendimento, já firmado em 1952, o TCF seria, “segundo o teor e sentido da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF, também um órgão constitucional, municiado com a mais alta autoridade, chegando a um nível muito diferente de todos os demais tribunais e juízos”.¹² Apesar disso e do tom crítico recorrente na literatura especializada, segundo o qual o tribunal pretenderia realizar sua transmutação de “defensor” para “senhor” da Constituição,¹³ cuja interpretação constitucional teria força vinculante, o TCF continua sendo um tribunal para o qual valem todos os princípios constitucionais processuais, tais como o da persuasão motivada, o da imparcialidade e o da inércia da atividade jurisdicional.¹⁴

Nesse ponto, revelam-se, graças ao caráter *sui generis* do TCF, problemas quanto aos limites formais e principalmente materiais da coisa julgada.¹⁵ Fala-se, também com tom crítico

constitucional e até de participação no processo constituinte (aperfeiçoamento do direito constitucional positivo). Foi refutada mesmo entre aqueles adeptos de um TCF forte em face do legislador. Cf. a respeito: BENDA e KLEIN (2001: 542 ss.). Essa tese tem suas raízes em *Carl Schmitt*. Cf. SCHMITT (1931: 45).

¹⁰ HILLGRUBER e COOS (2004: 4).

¹¹ *Idem*.

¹² Essa passagem, bastante citada na literatura especializada, faz parte da assim chamada *Status-Denkschrift*, uma espécie de “*paper*” publicado pelo TCF no qual ele revela seu referido autoentendimento. Foi publicado na Revista Anuário de Direito Público: JÖR 6 (1957), p. 144 ss. Cf. a respeito: BENDA e KLEIN (2001: 45 s.). Nele, foram ainda elencadas algumas consequências, hoje unanimemente derivadas dos dispositivos legais e constitucionais aplicáveis. Dentre elas: os membros do TCF não são funcionários públicos; para eles não valem, portanto, nem as leis gerais do funcionalismo, nem todos os dispositivos da Lei dos Juízes Alemães; não se submetem ao Ministério da Justiça, sendo nomeados, promovidos e aposentados pelo presidente do TCF. O tribunal tem plena autonomia orçamentária, podendo apresentar suas pretensões diretamente ao Parlamento, a despeito da previsão orçamentária do Governo Federal, etc.

¹³ Cf. a crítica foi feita principalmente por HILLGRUBER e COOS (2004: 5 ss.). No mais, v. também: SCHLAICH e KORIOTH (2015: 21-25), com o sugestivo título de tópico “Órgão constitucional: um título de competência para a superação dos limites da atividade jurisdicional?” (*ibid.*, p. 21).

¹⁴ Alguns autores como SCHLAICH e KORIOTH (2004: 19 s.), enfatizam-no. Outros, como *Häberle* e *Ebsen* (cf. todas as referências em SCHLAICH e KORIOTH (2015: 24 s.)), preferem encarar o TCF como uma espécie de órgão regulador: o TCF transformar-se-ia em um “*medium* de autorregulação social” (*ibid.*, p. 24). Como bem observado por SCHLAICH e KORIOTH (*ibid.*, p. 24 s.), essa interpretação “pluralista” da jurisdição constitucional desconhece e sobrecarrega a própria instituição do TCF. Também a caracterização como “Quarto Poder” deveria ser recusada segundo os citados autores (*ibid.*, p. 23 s.).

¹⁵ Cf. BENDA e KLEIN (2001: 75 ss., 537 ss., 550 ss.).

que o TCF teria a pretensão de ser o “senhor do processo”,¹⁶ ou seja, de livre dispor, com base em seu regimento interno, dos diversos procedimentos. HILLGRUBER e GOOS lembram que, desde a decisão publicada em BVerfGE 60, 175 (213), o TCF intitula a si mesmo senhor do processo “nos limites de vínculos legais”.¹⁷ O problema seria que o TCF avoca para si especificamente a competência de fechar lacunas deixadas pelos dispositivos processuais aplicáveis da *Grundgesetz*, da Lei Orgânica (BVerfGG) e do seu Regimento Interno (GeschO). Ao contrário do que acontece com o direito administrativo a partir do § 173 VwGO, a ZPO [Código de Processo Civil] não tem aplicação subsidiária.¹⁸ Tal problema foi bastante intensificado com a tese da autonomia do direito processual constitucional como um todo, ligada por *Häberle* aos seus conceitos de “Constituição como processo público”, “Constituição do pluralismo” ou até de “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.¹⁹

Muito mais grave do que os eventuais problemas processuais que possam surgir com essas lacunas é a questão do relacionamento do TCF com o legislador. Antes de defini-lo, porém, há de se fixar, já nesse momento, que a tal arcabouço normativo e assunção generosa de competências para a defesa da Constituição, a despeito das críticas jurídicas e político-sociais que não cessam,²⁰ corresponde uma autoridade,²¹ derivada de sua, em geral, clara e consistente jurisprudência. Não raros foram os casos polêmicos, alguns dos quais serão apresentados na presente obra. Não obstante, o TCF pronunciou-se até aqui sobre quase todos os problemas hermenêuticos que surgiram nessas seis décadas e meia de história. E foi principalmente ativo quando a instância política parecia querer “lavar as mãos”, transferindo

¹⁶ HILLGRUBER e COOS (2004: 9 s.), citando expressamente as decisões publicadas em BVerfGE 13, 54 (94); 36, 342 (357) e 60, 175 (213) nas quais a pretensão foi expressa com toda a clareza.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cf. a respeito: BENDA e KLEIN (2001: 75), que trabalham com o conceito de “autonomia processual” do TCF.

¹⁹ Referências em BENDA e KLEIN (2001: 78 s.).

²⁰ Cf., por exemplo, a imediata reação de parlamentares à decisão sobre a execução de mandado de prisão europeu e a conseqüente extradição negada pelo TCF em face do Art. 16 II GG. Cf. BVerfGE 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*) e sobre a grande repercussão na grande imprensa, ao invés de muito, cf. apenas GEBAUER, *Europäischer Haftbefehl verstößt gegen das Grundgesetz*, in: Spiegel Online de 18.07.2005: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/verfassungsgericht-europaeischer-haftbefehl-verstoest-gegen-grundgesetz-a-365623.html> (último acesso: 11.09.2016).

²¹ Vários autores, incluindo os mais críticos, fazem questão de frisar essa autoridade, conquistada junto aos demais órgãos constitucionais, tribunais, cientistas do direito e, principalmente, aos cidadãos. Segundo os mais críticos, como SCHLINK (1989: 161 ss.), os professores de direito público estariam se limitando (o que segundo ele não se deveria saudar) a comentar e a analisar as decisões do TCF, prevendo tendências. Para HILLGRUBER e COOS (2004: 19 s.), a autoridade se baseia na dignidade do tribunal, conseguida graças à sua distância e também ao caráter sigiloso das sessões de julgamento (cf. no texto abaixo, sob II.1). SCHLAICH e KORIOTH (2015: 386) enxergam, pelo contrário, algo bastante positivo nessa autoridade: força normativa da Constituição e efetividade da proteção dos direitos fundamentais, uniformidade da jurisprudência etc. Encerram, porém, sua obra intitulada justamente *Bundesverfassungsgericht* (TCF) citando a ex-presidente *Jutta LIMBACH* (1999: 344) que, ao lado de render homenagens à história de sucesso do tribunal e destacar a relativamente grande confiança dos cidadãos no TCF (popularidade bem acima dos demais órgãos constitucionais), expressou a seguinte preocupação: “Não indica a grande e inabalável confiança na jurisdição constitucional talvez uma desconfiança política em face da democracia?”

questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa.²²

Assim, mesmo em um sistema parlamentarista de governo, como é o alemão, muito se fala no relacionamento entre o legislador e o TCF. Faz-se isso não somente no sentido de se propugnar pela limitação do poder deste (de desconstituição do ato normativo) em face daquele. Leva-se em consideração também a aludida problemática transferência do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do tribunal, como forma de “compensação de déficits de decisões parlamentares pelo TCF”.²³ Em tal contexto, mencionam-se os famigerados riscos do “Estado jurisdicional”²⁴ e da “judicialização da política”.²⁵ Ambos os problemas são, todavia, típicos de sociedades cujos sistemas jurídicos alcançaram tal grau de diferenciação (*Ausdifferenzierung des Rechtssystems*) que a ameaça aqui é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político, e não o contrário, como acontece em boa parte dos Estados contemporâneos.

A consequência é talvez que o TCF tenha de fato avocado muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento da cassação, mas da criação de pautas positivas ou estruturantes²⁶ da atividade legiferante. Nesse caso, o TCF eventualmente extrapola sua função constitucional, nem sempre por ato volitivo seu, mas, pelo contrário, em face das mencionadas expectativas das instâncias político-legislativas.

II. Panorama do conjunto da obra

A obra estruturada em cinco volumes cobre praticamente todo o catálogo dos direitos fundamentais, que foram outorgados, em sua maioria, a toda pessoa humana, e alguns apenas a cidadãos alemães.²⁷

Assim, a distribuição dos capítulos enfocando os direitos fundamentais em espécie pelos cinco volumes é a seguinte:

²² É o que ocorre quando nem a situação, nem a oposição querem assumir o ônus político-eleitoral de uma mudança legislativa impopular, porém necessária, como a legislação do direito de aposentadoria (cf. nota seguinte).

²³ Cf., entre outros, SCHLAICH e KORIOTH (2015: 381 s.). É o que vem se observando nas duas últimas décadas, por exemplo, no caso do direito à aposentadoria em face do controle baseado no parâmetro do Art. 14 I GG.

²⁴ Um Estado em que os rumos sociais são definidos crucialmente pela instância jurídica, devendo a instância política limitar-se a conformar aquilo que foi tradicionalmente, ou com base na autoridade moral (*autoritativ*), estabelecido pela instância jurídica.

²⁵ HILLGRUBER e COOS (2004: 18) vêm a judicialização da política fundada na aludida auto-desautorização do Legislativo em face de decisões políticas problemáticas.

²⁶ Um caso extremo é a segunda decisão sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto. Cf. BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*). Cf. abaixo: **Decisão #14**.

²⁷ “Praticamente todo”, porque foram excluídos direitos fundamentais desinteressantes para uma análise comparativa de direito constitucional em sentido estrito ou relativos a instituições especificamente alemãs, tais como o direito fundamental ao asilo político para estrangeiros ou à organização da educação fundamental e média.

Volume 1 (Art. 1 – 3 GG)

- Capítulo 1. Dignidade Humana (Art. 1 I GG)
- Capítulo 2. Livre Desenvolvimento da Personalidade (Art. 2 I GG)
- Capítulo 3. Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)
- Capítulo 4. Direito fundamental à integridade física (Art. 2 II, 2ª variante GG)
- Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

Volume 2 (Art. 4 I, 5 I e 5 III GG)

- Capítulo 6. Liberdade de consciência e crença (Art. 4 I GG)
- Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)
- Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2º subperíodo GG)
- Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1ª variante GG)
- Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2ª Variante GG)
- Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III GG)
- Capítulo 12. Liberdade científica (Art. 5 III GG)

Volume 3 (Art. 6, 9, 19 IV, 101 I 2 e 103 GG)

- Capítulo 13. Direitos fundamentais ao casamento e à família (Art. 6 I GG)
- Capítulo 14. Liberdade de associação (Art. 9 GG)
- Capítulo 15. Direito à tutela judicial (Art. 19 IV GG)
- Capítulo 16. Direito ao juiz natural (Art. 101 I 2 GG)
- Capítulo 17. Direito à “audiência judicial” – ampla defesa e contraditório (Art. 103 I GG)
- Capítulo 18. *Nulla poena sine lege* (Art. 103 II GG)
- Capítulo 19. *Ne bis in idem* (Art. 103 III GG)

Volume 4 (Art. 8, 10, 11 e 13 GG)

- Capítulo 20. Liberdade de reunião (Art. 8 GG)
- Capítulo 21. Sigilo da correspondência e das comunicações postais e telefônicas (Art. 10 GG)
- Capítulo 22. Liberdade de locomoção (Art. 11 GG)
- Capítulo 23. Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)

Volume 5 (Art. 12, 14 – 16 GG)

- Capítulo 24. Liberdade profissional (Art. 12 GG)
- Capítulo 25. Direito fundamental à propriedade, função social e socialização da propriedade (Art. 14 e 15 GG)
- Capítulo 26. Garantia de não extradição (Art. 16 GG)
- Capítulo 27. Epílogo: O Futuro da Constituição Alemã e da Jurisdição Constitucional Alemã

III. Como utilizar a presente obra e extrair o máximo dela

A fim de maximizar o aproveitamento da presente obra, fazem-se necessários os seguintes esclarecimentos sobre alguns fundamentos da técnica decisória dos órgãos judicantes do TCF alemão e estruturação da fundamentação colegiada de suas decisões.

1. Procedimento e técnica decisória

As decisões prolatadas pelo TCF alemão são todas decisões de única instância e irrecorríveis. Com efeito, no sistema concentrado de controle normativo de constitucionalidade adotado pelo constituinte, o TCF é o único juiz natural para questões constitucionais e respectivas decisões vinculantes. Tem por objeto do exame de constitucionalidade, não apenas a validade de normas em si, principalmente em sede do procedimento de Controle Abstrato. Com efeito, em sede dos procedimentos de Controle Concreto ou de Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial o objeto de controle de constitucionalidade pode ser para além da validade em abstrato de uma norma também sua interpretação e aplicação por órgãos do Executivo e do Judiciário.

Como guardião da *Grundgesetz*, a decisão é tomada por um dos “Senados”, como são chamados os dois principais órgãos judicantes do TCF, ou por câmeras compostas por três juízes, presentes alguns pressupostos.²⁸

O procedimento dos aqui interessantes instrumentos do controle normativo de constitucionalidade desenvolve-se dentro do quadro de um processo objetivo, caracterizado por não haver lide; sem incidência, portanto, dos princípios processuais típicos do processo litigioso.²⁹ O TCF apenas precisa ser provocado por órgão constitucional, juiz de direito ou titular de direito fundamental supostamente violado e decide com base nos parâmetros derivados das normas definidoras de direito fundamental.

Para questões constitucionais mais complexas e que, em tese, impliquem grande repercussão política, o TCF convida os órgãos constitucionais e alguns do Poder Judiciário envolvidos no processo originário (procedimentos do controle concreto e da reclamação constitucional), além de organizações não governamentais, a participarem de uma audiência pública. Contudo, não está vinculado a nenhum pedido ou alegação nela formulados, apenas às normas constitucionais. Na grande maioria das decisões, não ocorre tal audiência.

Para garantia de total independência e autonomia, inclusive em face da opinião pública, as decisões – precipuamente aquelas da competência de um dos Senados, amadurecem a partir de debates e deliberações dos 8 juízes dele integrantes que são realizados a portas cerradas.³⁰ A despeito de qualquer aparência de às vezes aqui e ali afirmado déficit democrático, as decisões com suas fundamentações colegiadas (vide próximo subtópico) são publicadas não apenas na imprensa oficial, como também nos principais periódicos jurídicos.

²⁸ A respeito, vide MARTINS (2011: 107).

²⁹ Cf. MARTINS (2010: 251 ss.).

³⁰ Cf. com mais referências: MARTINS (2011: 5, n. rod. 13) e já acima.

Passam, então, pelo crivo, por vezes muito crítico, da opinião pública jurídica especializada e geral.

2. Fundamentação colegiada

Um aspecto que merece especial destaque é a construção colegiada das fundamentações dos Senados. Sistema oposto ao adotado, por exemplo, no Brasil, com sua escolha pelos votos seriados.³¹

A fundamentação colegiada suscita clareza a respeito dos fundamentos que embasaram a decisão da maioria no Senado. De resto, há oportunidade, não obrigação, de o ou os discordantes apresentarem suas razões de maneira individual ou também colegiada. A dissidência pode recair sobre o dispositivo da decisão ou apenas sobre parte ou totalidade dos fundamentos.

3. Estruturação das decisões

As vantagens de uma decisão colegiada para o papel construtivo do direito constitucional objetivo, aludido por HERZOG conforme citação acima, restam muito claras, quando se procede à análise da estruturação dos fundamentos e sua notória orientação jurídico-dogmática e não teórica ou filosófica.

As razões (*Gründe*), entre nós chamadas muitas vezes de “motivos”, sobretudo quando se trata da importação da figura dos “motivos determinantes” (*tragende Gründe*) são articuladas em partes principais sob as letras do alfabeto em caixa alta.

Em geral, sob “A.” encontram-se a descrição do objeto da decisão e o relatório de todo o procedimento, quando se tratar de Controle Concreto ou Reclamação Constitucional, incluindo as alegações das partes do respectivo processo originário, ou dos órgãos constitucionais e organizações não governamentais ouvidos.

Sob “B.” muito frequentemente é feito o juízo de admissibilidade do procedimento de controle proposto pela pessoa, juiz ou órgão constitucional para tanto, respectivamente, legitimado ou competente.

Sem prejuízo de por vezes avançar para “D.”, “E.” ou até além, sempre que a estruturação da decisão o exigir, é sob “C.” que, em geral, encontram-se os fundamentos de mérito propriamente ditos. Estes são articulados seguindo standards de estrutura desenvolvidos há décadas pela literatura jurídica especializada (“doutrina”) em diálogo constante com a jurisprudência.

A articulação dos fundamentos de mérito será tão mais complexa, podendo chegar ao nível 8, 9 ou até 10 de subtópicos, quanto mais o ensejar a complexidade da matéria decidida.

Como uma forma de facilitar o acesso a, e a compreensão dessa complexa estruturação, primeiro apresenta-se, a seguir, uma tabela contendo as cifras e letras em geral utilizadas para marcar a sistemática da articulação por seus diversos níveis. Em seguida, para ilustrar, com

³¹ Vide a respeito, a conseqüente crítica ao chamado “*seriatum*” de PRESGRAVE (2013: 208 ss., 220), também chamado de “*seriatim*” (vide, por exemplo: JALES, 2016, *passim*).

base na **Decisão #9**. a seguir, buscou-se apresentar títulos para cada cifra e letra que marcam o **sistema escalonado** da estrutura da fundamentação daquela decisão.

A. (Nível 1)							
I. (Nível 2)							
nível 3	nível 4	nível 5	nível 6	nível 7	nível 8	nível 9	nível 10
1.							
	a)						
		aa)					
			(1)				
				(a)			
					(aa)		
						α)	
							αα)
							ββ)
						β)	
					(bb)		
				(b)			
			(1)				
		bb)					
	b)						
2.							
II. (Nível 2)							
B. (Nível 1)							

Decisão #9. BVerfGE 120, 274 (*Online-Durchsuchungen*)

A.

[Objetos do Julgamento / Rel. Completo do Processo Originário / Registro dos Atos no Processo junto ao TCF]³²

³² Caso se trate de um controle normativo abstrato, não haverá obviamente um “processo originário” que componha, ao lado de normas eventualmente impugnadas, o objeto (direto) da decisão. Ocorre que, no contexto do *processo objetivo*, em que não há lide, e que marca todos os procedimentos movidos perante o TCF, inclusive o da Reclamação Constitucional, o TCF ocupa-se apenas e tão somente da validade de atos normativos e da validade de decisões judiciais afirmadamente (por quem legitimado a provocá-lo) violadoras de norma constitucional. No caso das decisões tratadas na presente obra, trata-se das duas espécies de objeto (normas e sua interpretação/aplicação) que representem possíveis violações de direitos fundamentais. Independentemente de qual dos três procedimentos foi suscitado perante o TCF; quais sejam: o Controle Abstrato, o Controle Concreto (Representação Judicial) ou a Reclamação Constitucional (podendo ser esta movida contra Decisão Judicial ou, diretamente, contra Ato Normativo), enfrenta-se sempre a compatibilidade da norma atacada, abstratamente, ou aplicada ou ainda a ser aplicada por juiz ou tribunal instancial e, no caso da Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial,

B.
[Exames Admissibilidade]³³
C.
[Fundamentação de mérito]
I.

Da violação do direito geral da personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG)

1. Da intervenção do § 5 II, nº 1, Período 1, Alternativa 2, VSG no direito fundamental à confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos
 - a) Caráter subsidiário do direito fundamental à confidencialidade e integridade de sistemas técnicos-informáticos
 - b) Riscos ao direito geral de personalidade decorrentes do uso da técnica da informação
 - aa) Relevância da técnica de informação para o desenvolvimento da personalidade
 - bb) Convergência midiática como fator de majoração de risco à personalidade
 - cc) Ameaças à personalidade decorrentes da difusão dos sistemas informáticos
 - (1) Criação de perfis de personalidade de usuários de PCs
 - (2) Comprometimento da autoproteção nas conexões em rede
 - c) Demanda por proteção
 - aa) Direito fundamental do art. 10 I GG (sigilo das comunicações)
 - (1) Área de proteção do Art. 10 I GG
 - (2) Não proteção pelo Art. 10 I GG de dados já transmitidos
 - (3) Não proteção pelo Art. 10 I GG em face da vigilância estatal em rede de computadores
 - (4) Do fechamento das lacunas de proteção pelo Art. 2 I c.c. Art. I GG
 - bb) Direito fundamental do 13 I GC (inviolabilidade do domicílio)
 - cc) Alcance do direito do direito geral de personalidade do Art. 2 I c.c. 1 I GG
 - (1) Da proteção da esfera privada
 - (2) Do direito à autodeterminação informacional

também de sua interpretação e aplicação pelos juízes e tribunais instanciais. Como o TCF é juiz natural da questão constitucional, julgando assim apenas a validade dos referidos atos impugnáveis, ao julgar procedente uma Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial, ele anula a decisão, mas não decide a lide originária. Em todos os casos, o TCF descreve, minuciosamente, todas as fundamentações dos juízes e tribunais, reproduzindo seu teor em discurso indireto e não se valendo de mera reprodução literal. De resto, também sob “A.” aparecem, como já aludido no texto acima, todas as manifestações dos órgãos constitucionais, das pessoas e órgãos envolvidos no processo originário e de demais organizações não governamentais. A respeito, vide MARTINS (2011: 11-26; 32-43). A depender da complexidade da matéria também aqui o texto articula-se por subtópicos que podem avançar até o oitavo ou nono nível. Em todos os casos, a estrutura completa da decisão foi revelada ainda que seus respectivos textos tenham deixado de ser traduzidos. Após cada sequência de tópicos não traduzidos ou apenas textos usou-se a notação “[...]”. No caso da decisão escolhida como aparece no texto abaixo: **I.1. a) - b) aa) - cc), c); 2. a) - c); 3. - 4. [...]; II. 1. a) aa) - bb), b) aa) (1) - (3), bb) - ee); 2. a) aa) - ee), b) aa) - ee); 3. a); b) (...); III. 1. a) aa) - cc), b) aa) (1) - (4), bb) - cc); 2. - 7. [...]; IV. (...).**

³³ De maneira também articulada, dessa vez menos complexa, o julgamento da admissibilidade subdivide-se em: I. 1-2; e II. Sob “II.”, o TCF trouxe a parte não admitida (conhecida) da Reclamação Constitucional.

- (aa) Controle preventivo de uma planejada medida investigativa secreta por uma instância independente e neutra
- (bb) Amplitude da margem de ação regulamentar e reserva de controle judicial
- (3) Descumprimento pela norma impugnada das exigências jurídico-constitucionais
 - (a) Problemas e insuficiências do § 5 II c.c. § 7 I, nº 1 e § 3 I VSG
 - (b) Insuficiência da remissão do § 5 II, nº 11 2 VSG aos pressupostos mais detalhados da Lei do Artigo 10 *Grundgesetz* (G10)
 - (aa) Do § 3 I 1 G10
 - (bb) Insuficiência de controle preventivo de um acesso secreto a um sistema técnico-informático no § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG c.c. Lei G10
- c) Ausência de precauções legais suficientes para proteção do âmbito nuclear da configuração da vida privada
 - aa) Medidas secretas de vigilância e seu dever de poupar o âmbito nuclear intocável da configuração da vida privada decorrente do Art. 1 I GG
 - bb) Necessidade de medidas legais especiais de proteção do âmbito nuclear da configuração da vida
 - cc) Diversidade das exigências constitucionais à configuração da proteção do âmbito nuclear
 - (1) Inexistência de vedação absoluta de levantamento de dados por conta das dificuldades provocadas pela automação em face do risco de atingimento do âmbito nuclear da configuração da vida
 - (2) Projeto de proteção da imperativa proteção constitucional do âmbito nuclear em dois níveis
 - a) Vedação do levantamento de dados relevantes para o âmbito nuclear pela regulamentação legal
 - b) Previsão de normas legais que garantam proteção a posteriori por normas procedimentais idôneas
 - dd) Carência das necessárias normas protetoras do âmbito nuclear pela Lei de Proteção da Constituição (VSG)
- d) Conclusão: nulidade do § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG
- e) Desnecessidade do exame da afirmada violação do Art. 19 I 2 GG

II.

Da violação do sigilo das telecomunicações garantido pelo Art. 10 I GG

1. Caráter de intervenção no sigilo das telecomunicações pela autorização à investigação sigilosa da internet no § 5 II, n. 11, 1, 1ª Alt. VSG
 - a) Área de proteção do Art. 10 I GG: confiança do indivíduo de que sua comunicação à distância não está sendo participada a terceiros
 - b) Não justificacão constitucional da intervençao possibilitada pelo § 5 II, n. 11, 1, 1ª Alt. VSG
 - aa) Descumprimento do mandamento de clareza e taxatividade normativa
 - bb) Incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito
 - cc) Ausência de medidas legislativas preventivas para a proteçao do âmbito nuclear da configuração da vida
2. Descumprimento do mandamento de citaçao [pelo legislador do artigo da *Grundgesetz* em que ele interviria] do Art. 19 I 2 GG
3. Conseqüência da nulidade § 5 II, n. 11, 1, 1ª Alt. VSG por choque contra o Art. 10 I e o Art. 19 I 2 GG
4. Da nulidade do dispositivo não decorre vedação absoluta de medidas de investigação da internet não interventoras em direito fundamental
 - a) Não intervençao de medidas no direito fundamental à confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos
 - b) Em regra caráter não interventivo no direito à autodeterminaçao informacional
 - aa) Mero acesso a informaçoes de acesso público na internet não vedado ao Estado
 - bb) Limites para não caracterizaçao de intervençao por medidas estatais: não abuso que atinja a confiança do atingido como bem jurídico digno de proteçao constitucional

III.

Desnecessidade do exame dos §§ 5 III e 17 VSG em face da declaraçao de nulidade de todo o § 5 II, n. 11 VSG

IV.

Compatibilidade do § 5a I VSG com a *Grundgesetz*

1. Intervençao no direito geral de personalidade em sua acepçao de direito à autodeterminaçao sobre dados pessoais pelo levantamento de conteúdos e movimentaçoes de contas de E-mail na internet prevista no § 5a I VSG
2. Justificacão constitucional da intervençao no § 5a I VSG por observância do princípio da proporcionalidade
 - a) Propósito legítimo do § 5a I c.c. § 3 I, n. 1 VSG
 - b) Observância da proporcionalidade em sentido estrito

- aa)** Intensidade da intervenção no direito fundamental aumentada pelo carácter sigiloso do levantamento dos dados
- bb)** Importância dos interesses públicos perseguidos pelo § 5a I VSG
 - (1)** Pressupostos típico-normativos da lei para tomada de ciência pelo órgão estatal levam em consideração o significado da intervenção para o atingido: ameaça qualificada
 - (2)** Proteção por garantias processuais idôneas

V.

Das custas processuais

(ass.) Papier; Hohmann-Dennhardt; Hoffmann-Riem; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Kirchhof

Capítulo 1.

Dignidade humana (Art. 1 I GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Art. 1 (Dignidade humana)

(1) ¹A dignidade da pessoa humana é intocável. ²Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

(2)...

(3)...

A *Grundgesetz* declara, em seu Art. 1 I 1, a dignidade humana como “intocável” ou “intangível”. Logo em seguida, em seu Art. 1 I 2, ordena a todos os poderes estatais constituídos observá-la e protegê-la.

O dever de observância é próprio de todos os direitos fundamentais como direitos de resistência contra intervenções estatais: o Estado observará a liberdade ou direito individual, na medida em que *omitir* quaisquer ações que inflijam às pessoas, seus titulares universais, afetações de sua respectiva dignidade humana. Por sua vez, o dever de proteção diz respeito a mandamento de ação direcionado ao Estado, i.e., a todos os seus órgãos, a começar pelos órgãos do Poder Legislativo, de perpetrar ações preventivas e repressivas contra agressões da dignidade da pessoa humana provenientes de particulares.

Se, por um lado, os dois referidos mandamentos relativos à dignidade humana são claros, sendo seus efeitos imediatamente aferíveis do contundentemente inequívoco teor do segundo período do primeiro parágrafo do Art. 1 GG (Art. 1 I 2 GG), com seus conjugados verbos “observar” e “proteger”, difícil é a tarefa de proceder à sua definição. Não existe unanimidade na literatura especializada alemã. Muitos são os pontos de ênfase e formas de tratamento da matéria. Os muitos comentários à *Grundgesetz* (obras de referência muito consultadas por pesquisadores e operadores do direito constitucional alemão) dedicam ao Art. 1 I GG muitas páginas. Majoritária tem sido a defesa de uma “definição negativa”, centrada na verificação da afetação da dignidade por razoável evidência corroborada casuisticamente na jurisprudência do TCF, e não em sua ontologia: uma definição, portanto, que parte da intervenção ou violação da dignidade humana (visto que uma intervenção não pode ser por

excelência justificada, uma vez que a outorga do Art. 1 I GG é ilimitada). Por isso, a preocupação dogmática volta-se toda para a verificação do momento em que se possa dizer que a dignidade humana foi inequivocamente atingida. Para tanto, a definição de sua área de proteção adquire, paradoxalmente, ainda que casuística, especial relevância, pois nenhuma intervenção poderá ser justificada, conforme aludido.

Outra tese bastante recorrente na literatura especializada é que *boa parte* (alguns poucos autores afirmam erroneamente que todos) dos direitos fundamentais de liberdade pelo menos (e cada vez mais os prestacionais também) teriam um lastro na garantia da dignidade humana. Dentre tais direitos fundamentais de liberdade com fulcro mais direto na dignidade humana, destaque-se, em primeiro lugar, o Art. 2 I GG (livre desenvolvimento da personalidade) que abrange os direitos gerais da personalidade, funcionando como *lex generalis* em face de garantias mais específicas dos Art. 3 ss. GG, tais como a garantia da inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I GG); do sigilo telefônico (Art. 10 I GG); e da incolumidade física ou mesmo da liberdade de locomoção contra os seus mais diversos cerceamentos, incluindo os legais (Art. 2 II c.c. Art. 104 I 1 GG).

As decisões abaixo escolhidas trataram respectivamente de concretizações da dignidade humana, primeiro, no contexto do Art. 10 I GG (**Decisão 01**), em sua clássica e principal acepção de resistência à intervenção estatal; e, segundo, da garantia do chamado mínimo existencial, na sua acepção prestacional (**Decisão 02**). Trata-se de apenas dois dos diversos contextos em face dos quais o TCF concretizou a dignidade humana.

1. BVerfGE 30, 1 (*Abhörurteil*)

Controle Abstrato / Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 15.12.1970

MATÉRIA

O governo do Estado de *Hessen* ensejou, junto ao TCF, o controle abstrato da 17ª Emenda Constitucional que inseriu um novo dispositivo ao Art. 10 GG: o Art. 10 II 2 GG. Trata-se de uma reserva legal que possibilitou ao legislador infraconstitucional, inclusive por lei material, ou seja, ato normativo da Administração como decreto e regulamentos, limitar o sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação tutelado pelo Art. 10 I GG. Em suma, a **decisão**, prolatada após uma audiência (e, por isso, por *Urteil*), questionava a constitucionalidade, entre outros, da **escuta telefônica** (*Abhörurteil*).

O Controle Abstrato tinha por objeto também alguns dispositivos como o § 9 V da lei conhecida como “G 10” (Lei para a Limitação do Sigilo da Correspondência, Postal e da Telecomunicação), promulgada a 13.08.1968 com lastro na nova reserva legal do Art. 10 II 2 GG. Paralelamente, um grupo de promotores e advogados ajuizou Reclamações Constitucionais questionando diretamente a constitucionalidade da emenda e de vários dispositivos da G 10.

À exceção de um aspecto do § 5 V da G 10 que permitia a exclusão da notificação do atingido por medidas de vigilância quando a notificação, no caso concreto, pudesse ser efetivada sem ameaçar o propósito da limitação, o Tribunal Constitucional Federal, com cinco votos a três (v. trecho dos votos vencidos reproduzidos abaixo), julgou improcedentes tanto o

pedido implícito no Controle Abstrato, quanto as Reclamações Constitucionais ajuizadas diretamente contra os aludidos dispositivos da G 10, conseqüentemente declarando constitucionais todas as normas impugnadas.

A interpretação do conceito de dignidade humana da *Grundgesetz* foi decisiva para que a decisão não tenha sido unânime. O pedido implícito (ou explícito) será sempre o da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo cuja constitucionalidade se está exatamente questionando por existirem “dúvidas” (*Zweifel*). A dúvida a respeito da constitucionalidade dos dispositivos impugnados da G 10 em face do Art. 1 I GG suscitada pelo referido membro da federação foi formalmente resolvida com a declaração da constitucionalidade da lei. Contudo, não se resolveu definitivamente e abstratamente do problema da definição e alcance jurídico-dogmático do Art. 1 I GG, o que restou nítido com ausência da unanimidade e subsequente publicação da opinião dissidente de três dos oito magistrados julgadores.

EMENTAS

1. – 5. [...].

6. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa.

7. – 8. [...].

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 15 de dezembro de 1970 após audiência de 07 de julho de 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 e 308/69 –
[...]

RAZÕES

A. I. – V. [...]

B. I. – II. [...]

C. I.

O julgamento sobre a compatibilidade do Art. 10 II 2 GG que fora inserido por Emenda Constitucional com o Art. 79 III GG pressupõe a interpretação de ambas as normas.

1. Da interpretação do Art. 10 II 2 GG resulta o seguinte:

a) – b) [...].

2. Da interpretação do Art. 79 III GG resulta o seguinte:

a) – b) [...].

c) No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana firmado no Art. 1 GG, o qual segundo o Art. 79 III GG não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar quais as condições que devam estar presentes para que se possa concluir que a dignidade humana foi violada.

Evidentemente, não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente, a pessoa é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter [a várias restrições] em detrimento de seus interesses. Somente desse dado [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao

contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana, o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos]; ou haver, no caso concreto, um desrespeito arbitrário à sua dignidade.

O tratamento da pessoa pelo poder público que cumpre a lei deve ser, tendo em vista verificar-se se a dignidade humana foi atingida, expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua [mera] existência como pessoa; configurando, portanto, nesse sentido, “um tratamento desrespeitoso”.

II.

[...]

D.

[...]

E.

Esta decisão foi prolatada com cinco votos a três.

(*ass.*) *Seuffert; Dr. Leibholz; Geller; Dr. v. Schlabrendorff; Dr. Rupp; Dr. Geiger; Dr. Kutscher; Dr. Rinck.*

Opinião divergente dos juízes Geller, Dr. v. Schlabrendorff e Dr. Rupp

[...]

1. a) – c) [...].

2. a) [...].

b) [...]. É preciso agora distanciar-se, ao se responder à pergunta sobre o significado de “dignidade humana”, do entendimento patético da palavra, ou seja, daquele entendimento que se dá, exclusivamente, em seu sentido superior; partindo-se do pressuposto de que a dignidade humana só é atingida quando “o tratamento da pessoa pelo poder público que cumpre a lei deve ser, tendo em vista verificar-se se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua [mera] existência como pessoa; configurando, portanto, nesse sentido, ser ‘um tratamento desrespeitoso’”. Contudo, se trilhado esse caminho, reduz-se o Art. 79 III GG a uma proibição da reintrodução, por exemplo, da tortura, do pelourinho e dos métodos do 3º Reich. Uma restrição desse tipo não considera a concepção e o espírito da *Grundgesetz*. Todo o poder de Estado tem de observar e proteger a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ela não pode ser tratada de forma “impessoal”, como um objeto, nem mesmo quando isso acontece, não por desrespeito ao valor da pessoa, mas com “boa intenção”. [...].

[...].

c) [...].

3. – 4. [...].

(*ass.*) *Geller, Dr. v. Schlabrendorff, Dr. Rupp*

2. BVerfGE 125, 175 (Hartz IV)

Controle Normativo Concreto; 09.02.2010

MATÉRIA

A decisão é denominada **Hartz IV** em alusão ao líder da comissão elaboradora do Projeto-Lei de prestações sociais destinadas a desempregados, o empresário e membro da direção da Volkswagen S.A., Peter Hartz. Os trabalhos da referida comissão levaram à promulgação da “Quarta Lei de Prestações Modernas de Serviços no Mercado de Trabalho”. A expressão “Hartz IV” acabou se tornando, na sociedade alemã, uma referência (por vezes, até com certa conotação pejorativa) a situações individuais de vulnerabilidade socioeconômica, sendo, por outro lado, alvo de críticas contundentes dirigidas a uma suposta desconstrução do Estado social alemão.

O TCF admitiu a julgamento de mérito algumas Representações Judiciais conjuntamente, de autoria de órgãos da jurisdição especial administrativo-social. Foram admitidas porque cumpriram seus dois pressupostos processuais essenciais que são: a convicção judicial, devidamente demonstrada nas Representações, a respeito da inconstitucionalidade de dispositivos de lei federal pós-constitucional; e a relação de prejudicialidade entre o esclarecimento da constitucionalidade das normas questionadas e a resolução da lide originária da competência dos referidos órgãos da jurisdição administrativo-social (na estrutura da decisão avaliados sob os tópicos **B.I.** e **II.** cujos excertos não foram trazidos abaixo).

No mérito, o TCF ocupou-se (razões da decisão, sob “**C.**”) de avaliar se a convicção judicial era enfim procedente. As normas cujas constitucionalidades haviam sido impugnadas pelos juízes da jurisdição especial administrativo-social eram normas derogadoras de normas pertinentes ao Segundo Livro, do Código Social. Em especial, tratava-se de normas garantidoras de prestações estatais no âmbito do mercado de trabalho, precipuamente para a situação de desemprego. Tais normas, medidas com base em parâmetro normativo constitucional, notadamente com base no direito fundamental à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano do Art. 1 I GG c.c. o princípio do Estado social, do Art. 20 I GG, tiveram sua inconstitucionalidade afirmada pelos órgãos judiciais em suas respectivas proposituras de controle normativo concreto, confirmada pelo Primeiro Senado do TCF.

Em sua fundamentação, o Primeiro Senado do TCF, sustentou, em suma, que o mínimo existencial condigno ao ser humano deriva-se do Art. 1 I GG c.c. o princípio orgânico-estatal do Estado social com lastro no Art. 20 I GG, fazendo referência ao até então tímido desenvolvimento dessa figura na jurisprudência do próprio TCF. Enquanto o Art. 1 I GG asseguraria uma pretensão jurídico-subjetiva, o Art. 20 I GG determinaria objetivamente ao legislador a consecução dos pressupostos organizacionais e materiais para que o mínimo existencial fosse assegurado a todos (objetivamente, i.e., independentemente de quaisquer reivindicações por parte de titulares de direitos fundamentais). Quão elevada deveria ser a suposta fronteira do mínimo existencial, isso cairia na esfera de competência exclusiva do legislador (margem discricionária legislativa).

Não obstante o reconhecimento da competência original e da margem discricionária legislativas, no que tange à determinação da fronteira do chamado mínimo existencial, o

Primeiro Senado do TCF desenvolveu na decisão em pauta uma série de balizas e requisitos que o levaram a considerar a garantia violada pela lei derogadora do Código Social, Livro II (SGB II). Primeiro, o mínimo existencial careceria de constantes concretizações e atualizações legislativas. Nesse ponto, uma omissão legislativa poderia representar a violação de um direito fundamental prestacional (*status positivus*). O legislador deveria orientar as prestações pelo respectivo estágio do desenvolvimento da comunidade e presentes condições vitais. Segundo, a despeito de não poderem ter sido verificadas violações evidentes do mínimo existencial nas quantias asseguradas ao trabalhador desempregado, seria ônus do legislador revelar de maneira claramente inteligível os procedimentos de cálculo. Também deveria ter mais bem definido os métodos de cálculos das prestações episódicas extraordinárias que em regra vão além das prestações ordinárias regulamentares. Tais ônus não teriam sido cumpridos pelo legislador, o que configurou a específica incompatibilidade com a dimensão prestacional das normas constitucionais do Art. 1 I c.c. Art. 20 I GG.

EMENTAS

1. O direito fundamental à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano do Art. 1 I GG combinado com o princípio do Estado social do Art. 20 I GG assegura a cada necessitado de ajuda os pressupostos materiais que sejam indispensáveis à sua existência física e a um montante mínimo de participação na vida social, cultural e política.
2. Esse direito fundamental do Art. 1 I GG tem, em sua qualidade de direito de garantia em conexão com o Art. 20 I GG, ao lado de uma pretensão de eficácia absoluta decorrente do Art. 1 I GG à observância da dignidade de cada indivíduo, um significado autônomo. Ele é, em suma, indisponível e precisa ser cumprido. Carece, no entanto, de concretização e constante atualização por intermédio do legislador, que deve orientar as prestações a serem feitas pelo respectivo estágio de desenvolvimento da comunidade político-social e das condições vitais existentes. Ao legislador cabe uma margem [discricionária] conformadora.
3. Para a investigação do conteúdo da pretensão, o legislador deve medir todos os gastos necessários à existência em um procedimento transparente e objetivo, assim como compreensível, com base em números confiáveis e conclusivos procedimentos de cálculo.
4. O legislador pode cobrir as necessidades típicas para assegurar o mínimo existencial condigno ao ser humano por intermédio de uma quantia fixa mensal. Precisa, entretanto, além disso, para cobrir uma incontornável, corrente e não apenas episódica necessidade especial, admitir uma pretensão à prestação complementar.

Decisão (*Urteil*)

Do Primeiro Senado de 9 de fevereiro de 2010 com base na audiência de instrução e julgamento do dia 20 de outubro de 2009

– 1 BvL 1, 3, 4/09 –

no processo do exame constitucional: I. se o § 20 I até III e § 28 I 3, nº 1 do Segundo Livro do Código Social (SGB II), na redação dada pelo Art. 1 da Quarta Lei de Prestações Modernas de Serviços no Mercado de Trabalho, de 24 de dezembro de 2003 (BGBl. I, p. 2954, 2955), é compatível com a *Grundgesetz*, sobretudo com o Art. 1 I, Art. 3 I, Art. 6 I e II, assim como com

Capítulo 1. Dignidade humana (Art. 1 I GG)

- o Art. 20 I e III GG – Decisão de Suspensão e Representação do Tribunal Estadual Social de Hessen – L 6 AS 336/07 – 1 BvL 1/09 –, II. se [...]
- Decisão de Suspensão e Representação do Tribunal Estadual Social de Hessen, de 27 de janeiro de 2009 – B 14/11b AS 9/07 R – 1 BvL 4/09 –

Dispositivo da Decisão

1. O § 20, Parágrafo 2, 1º Subperíodo e 3, Período 1; § 28, Parágrafo 1, Período 3, nº 1, 1ª Alternativa, respectivamente combinados com o § 20, Parágrafo 1, do Código Social, Segundo Livro, na redação dada pela Quarta Lei de Prestações Modernas de Serviço no Mercado de Trabalho, de 24 de dezembro de 2003 (BGBl. I, p. 2954); § 20, Parágrafo 2, Período 1 e Parágrafo 3, do Código Social, Segundo Livro, na redação da Lei de Derrogação do Segundo Livro do Código Social e Outras Leis, de 24 de março de 2006 (BGBl. I, p. 558), [...] são incompatíveis com o Art. 1, Parágrafo 1, da *Grundgesetz* combinado com o princípio do Estado social, do Art. 20, Parágrafo 1, da *Grundgesetz*.
2. Até a nova regulamentação, a qual o legislador tem de aprovar no máximo até 31 de dezembro de 2010, essas normas continuam aplicáveis.
3. O legislador deve prever, na nova regulamentação, uma pretensão a prestações para assegurar [o atendimento a] uma necessidade especial incontornável, corrente, não apenas episódica para aqueles sujeitos de direito prestacional em conformidade ao § 7, do Código Social, Segundo Livro. Tal necessidade não foi contemplada até hoje nas prestações previstas nos §§ 20 ss., do Código Social, Segundo Livro, mas que, no entanto, devem ser, obrigatoriamente, cobertas para se assegurar um mínimo existencial condigno ao ser humano. Ordena-se até a nova regulamentação pelo legislador que esse direito possa ser reclamado [judicialmente], de acordo com as razões [“motivos determinantes”] da decisão, diretamente com fulcro no Art. 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz* combinado com o Art. 20, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, com ônus para a União.

RAZÕES

A.

(...)

- I. 1. – 2. a) – c), 3 a) – b), 4. a) – b) e 5.; II. 1. a) – b), 2. a) – e) aa) – cc); III. 1. – 2.; IV. 1. a) – b), 2. a) – b), 3. a) – b); V. 1. a) – b) aa) – bb), 2. – 5.; VI. (...)

B.

As Representações Judiciais são admitidas a julgamento.

I.

1. a) aa) – cc), b) aa) – bb), 2. (...)

II.

1. – 2. (...).

C.

O § 20 II 1º Subperíodo, III 1 SGB II a.F. [na redação antiga, alterada] e § 28 I 3, nº 1, 1. Alt. SGB II a.F. [na redação antiga, alterada], respectivamente em conexão com o § 20 I SGB II a.F. [na redação antiga, alterada] são incompatíveis com o direito fundamental à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano do Art. 1 GG c.c. o princípio do Estado social do Art. 20 I GG.

I.

1. O direito fundamental à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano decorre do Art. 1 I GG c.c. o princípio do Estado social do Art. 20 I GG (cf. BVerfGE 40, 121 [133]; 45, 187 [228]; 82, 60 [85]; 113, 88 [108 s.]; 123, 267 [362 s.]). O Art. 1 I GG fundamenta essa pretensão jurídica. O mandamento do Estado Social do Art. 20 I GG, por sua vez, incumbe o legislador de assegurar a todos um mínimo existencial condigno ao ser humano, embora caiba ao legislador uma margem conformadora junto a inevitáveis avaliações que estão ligadas à fixação da altura do mínimo existencial (cf. BVerfGE 35, 202 [236]; 45, 376 [387]; 100, 271 [284]). Esse direito fundamental do Art. 1 I GG tem, ao lado da pretensão de eficácia absoluta do Art. 1 I GG de observância da dignidade de cada indivíduo, como direito de garantia em sua conexão com o Art. 20 I GG, um significado autônomo. Ele é essencialmente indisponível e precisa ser cumprido. Carece, no entanto, da concretização e constante atualização por intermédio do legislador, que deve orientar as prestações a serem feitas pelo respectivo estágio do desenvolvimento da comunidade político-social e pelas condições vitais existentes. Cabe a ele [junto ao cumprimento de tal tarefa] uma margem conformadora.

a) Art. 1 I GG declara como intocável a dignidade da pessoa e obriga todo poder estatal a observá-la e a protegê-la (cf. BVerfGE 1, 97 [104]; 115, 118 [152]). Como direito fundamental, a norma não é apenas direito de resistência [*Abwehrrecht*] contra intervenções do Estado. O Estado tem de proteger a dignidade humana também positivamente (cf. BVerfGE 107, 275 [284]; 109, 279 [310]). Se faltarem a uma pessoa os meios materiais necessários à garantia de uma condigna existência humana, porque ela não consegue obtê-los nem por sua atividade profissional, nem por seu próprio patrimônio, nem por doações de terceiros, [então] o Estado é obrigado, no quadro de sua missão de proteção da dignidade humana e em cumprimento de seu mandato de proteção da dignidade humana, a tomar medidas para que seus pressupostos sejam disponibilizados aos necessitados de ajuda. Esse dever objetivo, decorrente do Art. 1 I GG, corresponde a uma pretensão jurídica à prestação do titular de direito fundamental, uma vez que o direito fundamental protege a dignidade de cada pessoa individual (cf. BVerfGE 87, 209 [228]), sendo que essa dignidade, em tais situações, pode ser assegurada apenas por intermédio de apoio material.

b) A pretensão jurídico-prestacional constitucional imediata à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano alcança somente aqueles meios que sejam absolutamente indispensáveis à manutenção de uma existência humana digna. Ela assegura o mínimo existencial completo mediante uma garantia jusfundamental uniforme que abranja tanto a existência física da pessoa; isto é, alimentação, vestuário, orçamento doméstico, habitação, calefação, higiene e saúde (cf. BVerfGE 120, 125 [155 s.]); quanto também a segurança da possibilidade de cuidar de relações interpessoais e de um montante mínimo de participação na vida social, cultural e política, pois o ser humano como pessoa existe necessariamente em contextos sociais (cf. BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [319]; também: BVerwGE 87, 212 [214]).

c) A garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano precisa ser assegurada por meio de uma pretensão jurídica [necessariamente] definida em lei. Isso é o que o conteúdo de proteção do Art. 1 I GG já exige imediatamente. Um necessitado de ajuda não pode ficar dependente de prestações espontâneas do Estado ou de terceiros cujas realizações não sejam garantidas por meio de um direito subjetivo do necessitado de ajuda. A garantia constitucional de um mínimo existencial condigno ao ser humano tem de ocorrer mediante uma lei

parlamentar que contenha uma pretensão jurídica concreta à prestação do cidadão em face do ente estatal prestacional responsável. Isso encontra seu alicerce também em outros princípios constitucionais. Já a partir do princípio do Estado de direito e do princípio democrático resulta o dever do legislador de ele mesmo criar as regras imprescindíveis para a realização do direito fundamental (cf. BVerfGE 108, 282 [311] com mais referências). Isso vale especialmente quando e na medida em que se trata de assegurar a dignidade humana e a [própria] existência humana (cf. BVerfGE 33, 303 [337]; 40, 237 [249]). No mais, a margem conformadora do Parlamento de fulcro constitucional apenas pode ser configurada e concretizada no quadro de uma lei (cf. BVerfGE 59, 231 [263]). Por fim, constituição de pretensões à prestação pecuniária acarreta também efeitos financeiros vultosos para os orçamentos públicos. Tais decisões são reservadas apenas ao legislador. Para tanto, não basta a lei orçamentária, porque o cidadão não pode dela derivar pretensões jurídicas imediatas (cf. BVerfGE 38, 121 [126]). A pretensão prestacional legal tem de ser de tal modo configurada a cobrir sempre a demanda existencial necessária de cada titular de direito fundamental individualmente considerado (cf. BVerfGE 87, 153 [172]; 91, 93 [112]; 99, 246 [261]; 120, 125 [155 e 166]). Se o legislador não cumprir, suficientemente, seu dever constitucional de determinar o mínimo existencial, então o direito ordinário, no bojo de sua configuração deficitária, será inconstitucional.

d) A pretensão jurídica prestacional decorrente do Art. 1 I GG é, fundamentalmente, ordenada pela Constituição (cf. BVerfGE 107, 275 [284]). Todavia, a abrangência dessa pretensão jurídica não pode, em vista dos tipos de demanda e dos meios para eles necessários, ser derivada diretamente da Constituição (cf. BVerfGE 91, 93 [111 s.]). Ela depende das concepções sociais a respeito do que seja imprescindível a uma existência digna do ser humano, da concreta situação de vida dos necessitados de ajuda, assim como dos respectivos recursos econômicos e técnicos disponíveis, devendo ser, portanto, concretamente definida pelo legislador (cf. BVerfGE 115, 118 [153]). O mandamento do Estado social do Art. 20 I GG força o legislador a compreender a realidade social de maneira realista e atual em vista da garantia do mínimo existencial condigno ao ser humano que se apresenta, por exemplo, em uma sociedade informacional tecnicizada de maneira diferente do que antigamente. Os juízos de valor necessários, nesse contexto, cabem ao legislador parlamentar. Cabe a ele concretizar a pretensão jurídica prestacional em hipótese normativa e consequência jurídica. Se ele assegurará o mínimo existencial mediante prestações pecuniárias, materiais ou de serviço, isso caberá [somente] a ele decidir. Cabe a ele, no mais, uma margem de conformação na determinação do conteúdo das prestações para assegurar o mínimo existencial. Essa margem conformadora compreende a avaliação das relações fáticas, bem como a classificação da demanda necessária, sendo, de resto, de extensão diferenciada: ela será menor, se o legislador a concretizar para a garantia do necessário à existência física da pessoa; e será maior, quando se tratar do tipo e conteúdo da possibilidade de participação na vida social.

e) Para a concretização da pretensão jurídica, o legislador tem de medir todos os gastos necessários à existência de maneira correta, em um processo transparente e racional de acordo com a demanda fática, isto é, orientado pela realidade (cf. BVerfGE 66, 214 [223]; 68, 143 [153]; 82, 60 [88]; 99, 246 [260]; 112, 268 [280]; 120, 125 [155]). Para tanto, ele deve, primeiro, investigar os tipos de demanda, assim como os custos a serem despendidos; e, com essa base, fixar a altura da demanda total. Para isso, a *Grundgesetz* não lhe prescreve um [só]

método determinado (assim como no caso dos deveres estatais de proteção, cf. BVerfGE 46, 160 [164]; 96, 56 [64]; 115, 118 [160]); ao contrário ele mesmo pode escolhê-lo, no quadro da idoneidade e racionalidade. Divergências em relação ao método [uma vez] escolhido carecem, entretanto, de justificação objetiva.

f) A conclusão a que se chega dessa maneira deve ser, no mais, periodicamente revisada e mais desenvolvida, porque a demanda vital elementar de uma pessoa só pode ser satisfeita, em princípio, no instante em que ela existir (cf. BVerfGK 5, 237 [241]). Por isso, o legislador tem de criar mecanismos, reagir rapidamente a mudanças das condições econômicas, como, por exemplo, subida de preços ou aumentos de impostos de consumidores para, em qualquer tempo, assegurar o cumprimento da demanda atual, precipuamente quando ele prescrever uma quantia fixa, como no caso do § 20 II SGB II.

2. a) À margem de conformação do legislador no cálculo do mínimo existencial corresponde um controle comedido da regulamentação legal infraconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal. Uma vez que a própria *Grundgesetz* não permite uma quantificação do exame da pretensão jurídica, o controle material – em relação à conclusão – se restringe a verificar se as prestações são, evidentemente, insuficientes [ou não] (cf. BVerfGE 82, 60 [91 s.]).

b) Dentro da abrangência material sobre a qual recai esse controle de evidência, o direito fundamental à garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano não pode disponibilizar [ao intérprete] dados quantificadores. Porém ele não exige um controle dos fundamentos e do método do cálculo da prestação no sentido de se perscrutar se tais fundamentos e métodos são condizentes com o objetivo do direito fundamental. Também por isso, a proteção de direito fundamental estende-se ao **procedimento** para a investigação do mínimo existencial, porque um controle do **resultado**, com base no parâmetro desse direito fundamental, somente é possível de maneira restrita. Para se garantir uma compreensibilidade do conteúdo das prestações de ajuda legais, assim como de seu controle judicial que seja adequada ao significado do direito fundamental, as fixações das prestações precisam ser justificadas sustentavelmente com base em números confiáveis e procedimentos de cálculo conclusivos.

c) Por isso, o Tribunal Constitucional Federal avalia se o legislador compreendeu e descreveu o objetivo de assegurar uma existência humana digna, de um modo considerado adequado ao Art. 1 I GG em conexão com o Art. 20 I GG; se ele, no quadro de sua margem conformadora, escolheu um **procedimento de cálculo** que seja, em princípio, idôneo para a mensuração do mínimo existencial; se ele investigou os fatos necessários, substancialmente de maneira completa e correta; e, por fim, se ele se movimentou, em todos os passos do cálculo, com um compreensível aparato de cálculo, dentro do procedimento escolhido e de seus princípios estruturais no âmbito do defensável.

d) A fim de viabilizar esse controle judicial constitucional [pelo TCF] recai sobre o legislador a **obrigação de revelar** os métodos utilizados e passos de cálculo no processo legislativo para a fixação, de maneira compreensível, do mínimo existencial. Se ele não a cumprir suficientemente, o resultado do mínimo existencial já não estará mais, por causa dessa insuficiência, em consonância com o Art. 1 I GG c.c. Art. 20 I GG.

3. Outros direitos fundamentais, tais como, por exemplo, o Art. 3 I GG ou o Art. 6 I GG, não podem fixar outros parâmetros para o cálculo do mínimo existencial no direito social. Decisivo,

Capítulo 1. Dignidade humana (Art. 1 I GG)

do ponto de vista constitucional, é tão somente que, para cada pessoa individual carecedora de ajuda, o mínimo existencial seja suficientemente compreendido pelo Art. 1 I GG c.c. Art. 20 I GG; o recurso a outros direitos fundamentais não se faz aqui necessário.

II.

Segundo esses princípios, as normas apresentadas [ao exame de constitucionalidade] não atendem às prescrições do Art. 1 I c.c. Art. 20 I GG. O legislador, em geral, até definiu corretamente o objetivo de garantir um mínimo existencial condigno ao ser humano por intermédio da prestação de regulamentação para a garantia do sustento vital segundo o Código Social, Livro Segundo (1.). Não se pode verificar que a quantia total das prestações fixadas no § 20 II, 1º Subperíodo e III 1 SGB II a.F., assim como no § 28 I 3, nº 1, 1ª Alt. SGB II a.F. para a garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano seja evidentemente insuficiente (2.). Em princípio, o legislador também encontrou um procedimento idôneo de cálculo para a mensuração do mínimo existencial para a prestação regulamentar básica segundo o § 20 II, 1º Subperíodo SGB II a.F. (3.). Todavia, ele o abandonou em vários aspectos na mensuração da prestação regulamentar de 345 Euros, sem o substituir por outros reconhecíveis e sustentáveis critérios (4.). Isso leva também à inconstitucionalidade das prestações derivadas de acordo com o § 20 III 1 SGB II a.F. (5.) e de acordo com o § 28 I 3, nº 1, 1ª Alt. SGB II a.F.; o último está, de resto, comprometido por uma total ausência de investigação, tendo em vista as necessidades específicas dos filhos (6.).

1. Com as prestações para a garantia do sustento vital como parte constituinte da garantia básica regulamentada no Código Social, Segundo Livro, àqueles que procuram emprego, o legislador criou, de acordo com as prescrições materiais do Art. 1 I c.c. Art. 20 I GG, um sistema subsidiário de segurança social do mínimo existencial que, em consonância com a direção de seus objetivos, deve levar em consideração todas as situações de necessidade que precisem ser cobertas para a garantia de uma existência digna ao ser humano.

a) A prestação [ordinária] regulamentar para a garantia do sustento vital serve, segundo a definição encontrada no § 20 I 1 SGB II a.F. e no § 20 I SGB II n.F., tanto para se assegurar o lado material do mínimo existencial, como também para cobrir seu lado social, pois a prestação regulamentar abrange, em extensão defensável, também as relações [do titular do direito fundamental] com o [seu] entorno e uma participação na vida cultural. Outras situações de demanda abrangidas pela garantia constitucional do mínimo existencial são contempladas no Código Social, Segundo Livro, por intermédio de mais pretensões jurídicas e prestações [asseguradas] a par da prestação [ordinária] regulamentar. A segurança contra os riscos de doença e necessidade de cuidados é garantida pela inclusão de seguro desemprego II – e de beneficiários de bolsa social no seguro saúde e previdenciário legal, segundo o § 5 I, nº 2a e § 10 SGB V, § 20 I 2, nº 2a e § 25 SGB XI e pelas prestações ao seguro saúde e previdência e privado optativo, segundo o § 26 SGB II. Demandas extras especiais são cobertas em parte pelo § 21 SGB II. O § 22 I SGB II assegura a assunção de custos módicos de habitação e calefação de acordo com a necessidade individual.

b) O § 20 I 1 SGB II a.F., com o qual o § 28 I 3, nº 1 SGB II a.F. com a referência no § 28 I 2 SGB II a.F. ao § 19 1, nº 1 SGB II a.F. ("Prestações para garantia do sustento vital") se relaciona, abrange, em princípio, também todas as situações de necessidades existenciais de filhos. A falta de uma regra correspondente ao § 27 II SGB XII, segundo a qual o sustento vital necessário no caso de crianças e adolescentes também abranja a sua necessidade especial,

sobretudo aquela que advém de seu desenvolvimento e crescimento, não significa que as situações de necessidade existenciais específicas das crianças não devam ser consideradas no Código Social, Segundo Livro. Pelo contrário, também a demanda específica de crianças pode ser, em geral, subsumida sob a lista [encontrada] no § 20 I 1 SGB II a.F., precipuamente sob o aspecto parcial das “demandas da vida cotidiana”.

c) Em princípio, não pode ser impugnado constitucionalmente que o Código Social, Segundo Livro, passou a cobrir uma demanda episódica que surja apenas em lapsos temporais irregulares, como, por exemplo, para a aquisição de roupa de inverno, por intermédio de prestações regulares mensais, na expectativa de que o necessitado de ajuda retenha essa participação aumentada para a necessidade aleatoriamente ocorrente. O legislador tentou evitar uma subcobertura inconstitucional de [tais] necessidade[s] episódica[s] com o § 23 I SGB II. De acordo com ele [i.e., com o dispositivo citado], os necessitados de ajuda podem receber um empréstimo, quando uma necessidade episódica de ocorrência impresumível e inesperada não puder ser coberta com os recursos economizados. O empréstimo é amortizado nos meses seguintes mediante retenção pelo ente segurador de 10% da prestação [ordinária] regulamentar. Essa diminuição provisória da prestação regulamentar não deve ser impugnada, tendo em vista a concepção do legislador sobre a economia [pelo necessitado].

2. As vigentes prestações regulamentares do processo originário de arredondados 345, 311 e 207 Euros não podem ser reconhecidas como evidentemente insuficientes para a garantia de um mínimo existencial condigno ao ser humano.

a) Em relação à quantia da prestação [ordinária] regulamentar de 345 euros segundo o § 20 II 1º Subperíodo SGB II a.F. não pode ser verificada uma evidente ultrapassagem do limite mínimo, porque a prestação regulamentar é suficiente pelo menos para a garantia do lado físico-material do mínimo existencial e a margem de conformação do legislador junto ao lado social do mínimo existencial é mais extensa. Assim, um estudo da Associação Alemã para a Previdência Pública e Privada chegou à conclusão de que as quantias do § 2 II, do Decreto do Valor de Benefício para “alimentos, bebidas e produtos do tabaco”, assim como para “prestações de serviço de hospedagem, idas a restaurantes” podem cobrir, completamente, a alimentação de alguém solitário (cf. suas Recomendações para Garantia de Despesas Médicas na Ajuda Social, 3ª ed., sob III 2 [Atualizado em: 1º de outubro de 2008]). A exclusão de uma evidente ultrapassagem de limite mínimo encontra certa confirmação no fato de a quantia da prestação regulamentar de 345 euros aproximar-se dos valores da Lei Federal de Ajuda Social que, por décadas, não foram impugnados pela jurisdição administrativo-social. Também a elevação das prestações mensais para a cobertura de uma necessidade episódica liga-se às relações fáticas que haviam se desenvolvido sob a vigência da Lei Federal de Ajuda Social. Segundo o Quarto Relatório do Mínimo Existencial do Governo Federal, de 30 de novembro de 2001, devia ser fixado, para as ajudas episódicas a pessoas solitárias, em média 16% de seu valor médio (cf. BTDrucks. 14/7765, p. 2); no caso da quantia máxima do valor do benefício à época, resultava em 48 euros arredondados. Esse princípio e o resultado encontrado dessa forma não podem ser julgados como evidentemente errados.

O fato de o legislador ter fixado outras quantias em outros âmbitos jurídicos, por exemplo, junto aos limites de renda no direito de ajuda em custas processuais ou no caso de limites a impenhorabilidade, não fundamenta dúvidas significativas à justeza da soma de 345 euros à necessidade. O legislador pode chegar, em outros âmbitos, a avaliações diversas

Capítulo 1. Dignidade humana (Art. 1 I GG)

segundo a respectiva *ratio legis* e, no caso, também ir além do que ele está obrigado, por força constitucional, a disponibilizar àqueles que não consigam garantir o próprio sustento por seus próprios meios. Portanto, com base em outros âmbitos jurídicos, não se pode tirar conclusões a respeito da necessária altura do valor das prestações para se assegurar um mínimo existencial condigno ao ser humano.

b) Isso vale também para a quantia que deriva do § 20 III 1 SGB II a.F. de 311 euros para parceiros adultos de uma união carente. O legislador podia ter partido do fato de que se economiza por intermédio de economias comuns e que, por isso, dois parceiros conviventes têm uma necessidade financeira mínima que fica abaixo do dobro da necessidade de alguém que tem um orçamento individual (cf. BVerfGK 8, 338 [342]). Porque, com base na vida comum, pode-se supor que ambos os parceiros retiram o sustento de uma só fonte, não se pode impugnar que o legislador traga, como princípio para ambos os parceiros, uma necessidade igualmente alta. Uma divisão igualitária da necessidade comum diminuída leva, em todo caso, o art. 3 II GG em consideração, diferentemente do princípio da chefia do orçamento doméstico, antigamente praticado no direito da ajuda social.

c) Igualmente, não pode ser verificado que a vigente quantia de 207 euros para se assegurar um mínimo existencial condigno ao ser humano para filhos até o término do 14º ano de vida seja claramente insuficiente.

aa) – bb) (...).

3. a) aa) – bb), b) aa) – cc) (...)

4. a) aa) – cc), b) aa) – bb); 5. – 6. a) aa) – dd), b) [...]

III. 1. a) – b), 2. a) – b); IV. 1. – 2. a) – b) [...]

1., 2. a) – b), 3. – 4. a) – b), 5. [...]

D. – I.

II.

[...]

Papier; Hohmann-Dennhardt; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Kirchhof; Masing.

Capítulo 2.

Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 2 (Livre Desenvolvimento da Personalidade, direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa)

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2)...

O Art. 2 I GG tem uma importância prática ímpar. Seu sempre destacado caráter subsidiário em face das outorgas específicas não afasta seu significado. Pelo contrário: como último limite à ação estatal cerceadora da liberdade individual, ele precisou ser dogmática e minuciosamente concretizado. Também aqui o TCF não foi omissivo, mas, pelo contrário, em um número de decisões muito relevantes que chega à casa de dezenas, concretizou vários de seus aspectos, chegando a criar verdadeiros “direitos” a partir de suas respectivas derivações do conceito de livre desenvolvimento encontrado no Art. 2 I GG. Este foi o caso do direito à autodeterminação sobre informações (ou dados) pessoais (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*), na decisão *Volkszählung* (BVerfGE 65, 1 – cf. abaixo: **decisão 4.**); e do direito à confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos, na decisão *Online-Durchsuchungen* (BVerfGE 120, 274 – cf. abaixo: **decisão 9.**).

Tradicionalmente, o conceito de livre desenvolvimento da personalidade é, a despeito das várias críticas a ela endereçadas, explicado pela teoria do núcleo da personalidade (*Persönlichkeitskerntheorie*), defendida, sobretudo, por *Peters*³⁴ desde o início da década de 1960. Segundo essa teoria, haveria camadas ou esferas da personalidade que mereceriam proteção diferenciada, sendo que a esfera íntima deveria ser mais protegida que, entre outras subdivisões, a esfera privada e a social. Essa teoria foi sempre bastante questionada, por ser impossível determinar, cientificamente, as fronteiras entre as referidas esferas e em face da sua incontrolável relatividade.

³⁴ Cf. PETERS (1953: 669).

O TCF não descartou totalmente a teoria do núcleo da personalidade. Pelo contrário, ela sempre ecoa de maneira mais ou menos retórica – sobretudo quando se aplica o Art. 2 I em conjunto com o Art. 1 I GG. Porém, o TCF vai muito além disso, entendendo que a outorga constitui-se, em verdade, de dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade que, por sua vez, tem diversas concretizações; e a liberdade geral de ação. Esta última foi fundamentada dogmaticamente na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32, abaixo: **decisão 3.**). O TCF vale-se da gênese do dispositivo constitucional para fundamentar esse conteúdo da área de proteção do direito fundamental do art. 2 I GG. Hoje, boa parte da literatura especializada segue essa dicotomia proposta na jurisprudência do TCF. Os críticos apontam para os riscos de uma tutela sem contornos, consubstanciada nessa acepção do Art. 2 I GG como direito geral de ação. Momento alto dessa crítica foi alcançado também na própria jurisprudência do TCF com um dos votos dissidentes mais célebres de toda a história do TCF: trata-se do voto dissidente do Juiz *Dieter Grimm*, na decisão *Reiten im Walde* (BVerfGE 80, 137 [164 ss.] – abaixo: **decisão 5.**). Sem romper totalmente com a tradição fundada na decisão *Elfes*, chamou a atenção para o fato de que nem toda ação humana goza da proteção do Art. 2 I GG na acepção de liberdade geral de ação. Caso contrário, as consequências dogmáticas poderiam ser desastrosas (cf. síntese da matéria da **decisão 5.**).

Quando o TCF, acompanhado da literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes *modos de desenvolvimento* do titular do direito. De tais modos fazem parte, sobretudo, a autodeterminação, a autopreservação e a autoexposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito.³⁵ Assim, ele poderá querer determinar, autonomamente, o seu próprio destino (*autodeterminação*), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual, etc. No mais, poderá querer se apartar do mundo externo (*autoconservação*), por exemplo, pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal (essa protegida, porém, por garantia específica – Art. 10 I GG) etc. De resto, preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (*autoexposição*), o que se dará pelo exercício de acepções do direito geral de personalidade como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal etc.

Especial destaque na dogmática geral do Art. 2 I GG é seu papel diferenciado junto à lida com concorrências com outros direitos fundamentais. A depender da configuração concreta do aspecto da personalidade atingido, em não sendo tal aspecto especificamente contemplado por um dos direitos especiais de liberdade, com suas áreas de proteção bem ou, pelo menos, mais bem definidas do que a do art. 2 I GG, caberá a ele um papel subsidiário muito relevante. Tão relevante que possibilitou ao TCF derivar novos direitos fundamentais por seu teor não expressamente previsto no catálogo, como os dois direitos fundamentais já referidos acima, introdutoriamente (cf. novamente, a seguir: **decisão 4** e **decisão 9.**). A prevalência da regra específica segundo a máxima *lex specialis derogat legi generali*, também utilizada para a solução de concorrências aparentes de direitos fundamentais e escolha do parâmetro para o controle de constitucionalidade de atos emanados de quaisquer dos três

³⁵ Cf. PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN e POSCHER (2015: 98-101).

poderes estatais constituídos não pode servir à relativização do central papel dessa “regra genérica”.

Tanto o direito geral de ação, quanto o direito geral de personalidade, estão submetidos, segundo o teor do Art. 2 I 2º subperíodo GG, ao chamado trio de limites (*Schrankentrias*). Esse trio é composto pelos direitos de outrem, a lei moral e o mais importante deles, uma vez que segundo a própria jurisprudência do TCF abrange os demais: a ordem constitucional. Essa redução do trio à ordem constitucional tal qual perpetrada pelo TCF sempre sofreu críticas da literatura especializada. A mais eloquente delas foi a crítica de autoria de *Dieter Suhr* em sua célebre monografia “*Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen*” (“O desenvolvimento da pessoa por intermédio das pessoas”), publicada em 1976, em que o autor fundamenta o caráter autônomo dos limites da lei moral e, principalmente, dos direitos de outrem.³⁶

As decisões abaixo selecionadas têm, como problema central, ora a definição pormenorizada de aspectos anteriormente ainda não trabalhados da área de proteção do direito fundamental (principalmente: **decisões 9. e 11.**), ora a ocupação intensa da dogmática dos limites, ou seja, da concretização do limite da ordem constitucional: além de *Elfes*, também as **decisões 8., 10., 12.** e, sobretudo, a **decisão 6.** – BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*). No caso dessa última decisão, mesmo sem reconhecer segundo uma expressa passagem nas “razões”, um direito ao entorpecimento (o que seria um aspecto da área de proteção), o TCF trabalha, implicitamente, com a ideia de intervenção no direito geral de personalidade, na acepção de autodeterminação. Reconhecendo, então sim, uma intervenção estatal na área de proteção do Art. 2 I GG, enfrenta o mérito do limite do direito fundamental à autodeterminação derivado do Art. 2 I GG e consequente análise da proporcionalidade de sua imposição.

3. BVerfGE 6, 32 (*Elfes*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 16.01.1957

MATÉRIA

O reclamante, *W. Elfes*, fora um político atuante nos âmbitos municipal e estadual em *Nordrhein-Westfalen* desde os anos 1930. Nos anos 1950, foi um dos líderes do partido político “União dos Alemães” que combatia as políticas de reunificação com a antiga República Democrática Alemã e de defesa do Governo Federal. Tais teses críticas foram por ele diversas vezes defendidas, tanto dentro como fora da Alemanha.

O reclamante teve seu requerimento de prorrogação da validade de seu passaporte denegada pela autoridade competente que se valeu, em sua decisão administrativa, de um dispositivo da Lei de Passaportes. A lei em tela prescrevia a denegação do referido pedido toda vez que isso fosse necessário em face de uma ameaça à segurança ou a interesse relevante da República Federal da Alemanha ou de um Estado-membro da federação. Após

³⁶ Cf. SUHR (1976) e o debate minucioso com sua teoria dos direitos fundamentais que, originalmente, parte do Art. 2 I GG, em MARTINS (2012, p. 34-41).

trilhar e esgotar a via jurisdicional administrativa, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional contra a decisão (*Urteil*) de última instância do Tribunal Federal Administrativo.

O TCF julgou improcedente a Reclamação Constitucional, porque, primeiro, negou que a área de proteção do Art. 11 GG tivesse sido atingida. Esse dispositivo constitucional garante a livre circulação; porém, apenas no sentido de livre circulação e fixação de domicílio em território nacional, não garantindo a possibilidade de se locomover para além das fronteiras do território nacional. Assim, restou como parâmetro do controle somente o Art. 2 I GG que tutela, subsidiariamente, os direitos gerais da personalidade e a liberdade geral da ação. Em segundo lugar, o TCF considerou o dispositivo aplicado pelos tribunais administrativos como sendo parte da ordem constitucional, tratando-se segundo o Art. 2 I GG de um dos limites legítimos impostos à liberdade, no caso em princípio protegida, de sair do território nacional.

EMENTAS

1. O Art. 11 GG não se refere à liberdade de saída do país.
2. A liberdade de saída do país está garantida, como resultado da liberdade geral de ação, pelo Art. 2 I GG, dentro dos limites da ordem constitucional.
3. A ordem constitucional, nos termos do Art. 2 I GG, é a ordem jurídica constitucional, isto é, a totalidade de normas que se encontram, formal e materialmente, em conformidade com a Constituição.
4. Qualquer um pode, por meio de Reclamação Constitucional, alegar que uma norma jurídica que limite sua liberdade de ação não integre a ordem constitucional.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado, de 16 de janeiro de 1957

– 1 BvR 253/56 – no processo da Reclamação Constitucional de *Wilhelm Elfes* [...] contra a decisão (*Urteil*) do Tribunal Administrativo Federal de 22 de fevereiro de 1956

– I C 41.55 –

Dispositivo da Decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES

I.

[...].

Quando o reclamante, no ano de 1953, requereu a renovação de seu passaporte junto à repartição pública competente para [outorga de] passaportes de *Mönchengladbach*, essa lhe foi negada em 6 de junho de 1953, sem maior fundamentação, [limitando-se a autoridade] a indicar o § 7 I a da Lei de Passaportes, de 4 de março de 1952 (BGBl. I, p. 290). [...].

[...].

II.

A Reclamação Constitucional ajuizada, tempestiva e formalmente em ordem, é improcedente.

1. [...].

[...].

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

Tendo em vista esse contexto, o Tribunal Constitucional Federal não pode se convencer do fato de que, em razão da sistemática, é imperioso – consoante defendido na literatura especializada – incluir o direito de livre saída do país na liberdade de circulação [e de fixação de domicílio dentro do território nacional] garantida pelo Art. 11 GG. Porém, não falta à liberdade de saída do país, como resultado da liberdade geral de ação, uma proteção adequada de direito fundamental (Art. 2 I GG).

2. O Tribunal Constitucional Federal, em sua decisão de 20 de julho de 1954 (BVerfGE 4, 7 [15 s.]), deixou em aberto se a liberdade de ação deveria ser entendida sob o conceito do livre desenvolvimento da personalidade no seu sentido mais amplo existente, ou se o Art. 2 I GG se limitaria à proteção de um mínimo dessa liberdade de ação, sem a qual o ser humano não poderia desenvolver sua existência como pessoa intelectual e moral.

a) A *Grundgesetz* não pode ter querido com o “livre desenvolvimento da personalidade” proteger apenas o desenvolvimento dentro do núcleo essencial da personalidade que perfaz a essência do ser humano como personalidade intelecto-moral.

Com efeito, não seria compreensível de que modo o desenvolvimento dentro desse âmbito central poderia atingir os costumes, o direito de terceiros ou até mesmo a ordem constitucional de uma democracia livre. Justamente essas limitações impostas ao indivíduo como membro da comunidade mostram que a *Grundgesetz*, em seu Art. 2 I, pensa na liberdade de ação em sentido amplo.

Contudo, a formulação solene do Art. 2 I GG foi o ensejo para analisá-lo especialmente à luz do Art. 1 GG e dali derivar que ele, entre outros, destina-se a cunhar a imagem [na acepção de conceito] de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz*. Com isso, porém, não se diz nada além de que o Art. 1 GG faz parte na realidade dos princípios básicos constitucionais que, assim como todas as demais disposições da *Grundgesetz*, também dominam o Art. 2 I GG. Do ponto de vista jurídico, é um direito fundamental individualizado que garante a liberdade geral de ação. Não foram considerações jurídicas, mas sim motivos linguísticos que levaram o legislador a substituir a versão original “cada um pode fazer e deixar de fazer o que quiser” pela versão atual (cf. *Mangoldt*, Conselho Parlamentar, 42ª Sessão da Comissão Principal, p. 533).³⁷ Aparentemente, o que contribuiu para a teoria de que o Art. 2 I GG quis proteger apenas um núcleo essencial da personalidade foi o fato de ser mencionada, na segunda parte do período, também a ordem constitucional como limite para o desenvolvimento da personalidade do cidadão. No propósito de interpretar esse conceito que aparece também em outro ponto da *Grundgesetz* sempre da mesma maneira, resolveu-se, finalmente, adotar, no caso da ordem constitucional, um conceito mais estrito do que o dado à ordem jurídica constitucional. Com isso, viram-se forçados, em contrapartida, à conclusão de que somente um núcleo essencial da personalidade, e não a liberdade de ação humana, deveria ser protegido constitucionalmente.

Ao lado da liberdade geral de ação garantida pelo Art. 2 I GG, a *Grundgesetz* protegeu, por meio de disposições especiais de direito fundamental, a liberdade de ação em determinados setores da vida que, pela experiência histórica, estão especialmente expostos à intervenção do poder público. Junto àqueles referidos setores da vida, a Constituição

³⁷ O Conselho Parlamentar (*Parlamentarischer Rat*) é o nome dado Conselho responsável pela fase mais relevante do processo constituinte que de maneira bem sucedida levaria à promulgação da *Grundgesetz*.

delimitou, por meio de reservas legais escalonadas, até que ponto pode ocorrer uma intervenção no respectivo âmbito de direito fundamental. Nos casos em que os âmbitos especiais da vida não forem protegidos pelos direitos fundamentais [específicos], o indivíduo poderá valer-se, no caso de intervenção do poder público em sua liberdade, [da proteção] do Art. 2 I GG. Aqui não é necessária uma reserva legal, porque o conjunto das possibilidades de intervenção estatal resulta, automaticamente, da restrição do livre desenvolvimento da personalidade pela ordem constitucional.

b) Se, como demonstrado acima, sob **2 a)**, com o livre desenvolvimento da personalidade garante-se, no Art. 2 I GG, a liberdade geral de ação que, contanto que não viole direito de terceiros ou se choque contra a lei moral (*Sittengesetz*), está vinculada somente à ordem constitucional, pode-se entender sob esse conceito de ordem constitucional apenas uma ordem jurídica geral, a qual respeite as normas constitucionais materiais e formais, sendo, portanto, uma ordem jurídica constitucional. Nesse sentido, o Superior Tribunal Administrativo de *Münster*, no processo originário, também caracteriza a ordem constitucional como sendo a “ordem jurídica conforme a Constituição”, a “ordem jurídica estabelecida conforme a Constituição e a que se mantém no âmbito da Constituição”.

[...].

c) Na literatura jurídica especializada [doutrina], frequentemente objeta-se que, seguindo tal entendimento, o direito fundamental do Art. 2 I GG “esvaziar-se-ia”, já que é colocado sob a reserva legal geral. Ignora-se, porém, nesse ponto, que o Poder Legislativo, segundo a *Grundgesetz*, está submetido a limites mais severos do que estava sob a vigência da Constituição de 1919 [da República de *Weimar*]. Na época, não apenas diversos direitos fundamentais estavam realmente “esvaziados” pela reserva legal geral, à qual qualquer lei constitucionalmente promulgada correspondia; [como também] o legislador podia superar em qualquer momento, também no caso concreto e por meio de uma lei promulgada pela maioria necessária para a emenda constitucional, qualquer limitação constitucional que se lhe opusesse. Por sua vez, a *Grundgesetz* estabeleceu uma ordem axiológica que limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado (BVerfGE 2, 1 [12 ss.]; 5, 85 [204 ss.]). Os princípios superiores dessa ordem de valores são protegidos contra emendas constitucionais (Art. 1, 20, 79 III GG). Rompimentos com a Constituição não são [mais] possíveis; a jurisdição constitucional fiscaliza a subordinação do legislador aos parâmetros constitucionais. Assim, as leis não são “constitucionais” somente por terem sido produzidas formalmente de acordo com a ordem constitucional. Elas têm de estar, materialmente, de acordo com os valores básicos superiores da ordem democrática livre, mais do que da ordem constitucional de valores, bem como corresponder aos princípios constitucionais elementares não escritos e às decisões básicas da *Grundgesetz*, especialmente ao princípio do Estado de direito e do Estado social. Sobretudo, as leis não podem, por isso, ferir a dignidade humana que é o valor maior da *Grundgesetz*, mas também não podem restringir a liberdade humana intelectual, política e econômica de forma a atingir tais liberdades em seu conteúdo essencial (Art. 19 II, Art. 1 III, Art. 2 I GG). Daí resulta que ao cidadão está constitucionalmente reservada uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um último âmbito intangível de liberdade humana que não se submete à ação do poder público como um todo. Uma lei que intervesse no aludido último

âmbito nunca poderia ser elemento da “ordem constitucional”; teria de ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional Federal.

Disso resulta que uma norma jurídica [pode] limita[r] efetivamente o âmbito da capacidade de ação geral do cidadão somente quando tiver atendido a todas essas exigências, e também [destarte] tiver se tornado elemento da “ordem constitucional”. Processualmente, isso significa: qualquer um pode, por meio da Reclamação Constitucional, alegar que uma lei que limite sua liberdade geral de ação não faz parte da ordem constitucional, porque estaria se chocando contra certas disposições constitucionais (na forma ou conteúdo) ou princípios constitucionais gerais. Em sendo assim, [também] seu direito fundamental previsto no Art. 2 I GG restaria violado.

3. – 5. [...].

4. BVerfGE 65, 1 (*Volkszählung*)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 15.12.1983

MATÉRIA

Por meio da **Lei do Censo** (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, promulgada em 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), ordenou-se o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho, para fins estatísticos. O objetivo declarado da lei era reunir, por meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios.

O último censo havia acontecido em 1970. A Lei do Censo de 1983 listava os dados que deveriam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.

Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei mediante a alegação de que ela teria violado diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG).

O TCF considerou presentes as condições processuais das Reclamações Constitucionais (julgadas conjuntamente), pois os reclamantes teriam sido atingidos, em grande parte, de modo próprio, direto e atual. O pressuposto “ser diretamente atingido” foi, no entanto, relativizado: embora o ato executório fosse o levantamento do dado em si, quando este ocorresse, a potencial violação, nesse caso, transformar-se-ia em uma lesão irreversível por excelência, como costuma ocorrer em contextos de levantamento e administração de dados pessoais como o ocorrido no presente caso.

No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os

dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa.

EMENTAS

1. Tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade previsto no Art. 2 I GG c.c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.
2. As restrições desse direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade.
3. No que tange às exigências constitucionais para essas restrições, deve-se distinguir entre dados pessoais que são levantados e manipulados individualmente, não anonimamente, e aqueles que são destinados a objetivos estatísticos. No levantamento de dados para propósitos estatísticos, não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta de propósito dos dados. Mas, dentro do sistema de informação, devem existir respectivas barreiras para compensação, em contraposição ao levantamento e manipulação da informação.
4. O programa de levantamento de dados da Lei de Recenseamento de 1983 (§ 2 I a VII, §§ 3 a 5) não leva a um registro e a uma catalogação da personalidade incompatíveis com a dignidade humana; ele atende também aos princípios da clareza normativa e da proporcionalidade. Contudo, são necessárias, para a garantia do direito à autodeterminação sobre informação, medidas adicionais processuais em prol da realização e organização da pesquisa.
5. A regulamentação sobre comunicação prevista no § 9 I a III da Lei do Recenseamento de 1983 (entre outro, atualização do registro de moradores) infringe o direito geral de personalidade. A comunicação dos dados para fins científicos (§ 9 IV da Lei do Recenseamento de 1983) é compatível com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado, de 15 de dezembro de 1983

após audiência de 18 e 19 de outubro de 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 –
[...]

Dispositivo da Decisão

1. Os § 2 I a VII e §§ 3 a 5 da Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983), de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), são compatíveis com a *Grundgesetz*, mas o legislador deve providenciar uma regulamentação complementar sobre a organização e procedimento do recenseamento.
2. O § 9 I a III da Lei de Recenseamento de 1983 é incompatível com o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, e, assim, é nulo.

3. Os direitos fundamentais dos reclamantes, decorrentes dos Art. 2 I e Art. 1 I GG, foram violados pela Lei do Recenseamento de 1983 em seus números 1 e 2. De resto, as Reclamações Constitucionais são improcedentes.

4. A República Federal da Alemanha deve reembolsar aos reclamantes as despesas necessárias.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais voltam-se, diretamente, contra a Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Local de Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983), de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369) – VZG 1983 – [...].

I. – IV. [...]

B.

I. – II. [...]

C.

As Reclamações Constitucionais são, em sua parte admitida, parcialmente procedentes.

I.

[...]

II.

O parâmetro do exame é, em primeira linha, o direito geral de personalidade protegido pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

1. a) No centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação como membro de uma sociedade livre. À sua proteção serve – além de garantias especiais de liberdade – o direito geral de personalidade protegido pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Este ganha importância principalmente em vista do desenvolvimento moderno e das novas ameaças à personalidade humana, associadas àquele desenvolvimento (BVerfGE 54, 148 [153]). As concretizações feitas até hoje pela jurisprudência não circunscrevem o conteúdo do direito de personalidade de forma taxativa. Abrange, como já indicado na decisão BVerfGE 54, 148 [155], desenvolvendo decisões anteriores (como: BVerfGE 27, 1 [6] *Mikrozensus* = “microcenso”; 27, 344 [350 s.] – *Scheidungsakten* = “autos do processo de divórcio”; 32, 373 [379] – *Arztkartei* = “ficha médica”; 35, 202 [220] – *Lebach*; 44, 353 [372 s.] – *Suchtkrankenberatungsstelle* = “Centro de Orientação para Viciados”), também o poder do indivíduo, decorrente da ideia de autodeterminação, de decidir, em princípio por si próprio, quando e dentro de que limites fatos pessoais serão revelados (também: BVerfGE 56, 37 [41 ss.] – *Selbstbeziehung* = “autoacusação”; 63, 131 [142 s.] – *Gegendarstellung* = “direito de resposta”).

Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo porque em processos decisórios não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostas manualmente. Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas em qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinadas, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros

bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação –, que ao indivíduo seja garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar, com suficiente segurança, quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser substancialmente inibido em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente nas quais cidadãos não soubessem mais quem, o quê, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito à autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção por tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembleia ou em uma iniciativa popular possa ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas [futuros], possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art. 8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.

Daí resulta: o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Essa proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar, em princípio [só] ele mesmo, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

b) Esse direito à “autodeterminação sobre a informação” não é garantido ilimitadamente. O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre “seus” dados; ele é muito mais uma personalidade em desenvolvimento, dependente da comunicação, dentro da comunidade social. A informação, também quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado, exclusivamente, ao indivíduo atingido [por causa da demanda de informações do Estado ou de terceiros]. A *Grundgesetz*, como frisado várias vezes na jurisprudência do TCF, decidiu o conflito indivíduo – comunidade, orientada pela vinculação à coletividade da pessoa e sua participação interdependente na [mesma] coletividade (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 s.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). Por isso, em princípio o indivíduo tem de aceitar limitações de seu direito à autodeterminação sobre a informação em favor do interesse geral predominante.

Essas limitações necessitam, nos termos do Art. 2 I GG – como se reconheceu acertadamente no § 6 I da Lei Federal de Estatística –, de base legal constitucional, da qual

resultam, de forma clara e reconhecível para o cidadão, os pressupostos e a extensão das limitações, e que atenda ao princípio da clareza normativa do Estado de direito (BVerfGE 45, 400 [420], com amplas referências bibliográficas). Além disso, o legislador deve observar em sua regulamentação o princípio da proporcionalidade. Esse princípio, que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, os quais, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, tão somente podem ser limitados pelo poder público, quando isso for imprescindível para a proteção de interesses públicos (BVerfGE 19, 342 [348]; jurisprudência consolidada). Em face dos já expostos riscos criados pelo uso do processamento eletrônico de dados, o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito de personalidade (cf. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

2. As Reclamações Constitucionais não ensejam uma discussão exaustiva sobre o direito à autodeterminação sobre a informação. Deve-se decidir apenas sobre o alcance desse direito em relação àquelas intervenções nas quais o Estado exige a informação de dados pessoais do cidadão. Nesse mister, não se pode apenas condicionar o tipo de dados [que podem ser levantados, transmitidos etc.]. Decisivas são sua utilidade e possibilidade de uso. Essas dependem, por um lado, da finalidade a que serve a estatística e, por outro lado, das possibilidades de ligação e processamento próprias da tecnologia de informação. Com isso, um dado em si insignificante pode adquirir um novo valor: desse modo, não existem mais dados “insignificantes” no contexto do processamento eletrônico de dados.

O fato de informações dizerem respeito a processos íntimos não decide, por si só, se elas são sensíveis ou não. Muito mais necessário é o conhecimento do contexto de utilização, para que se constate a importância do dado em termos de direito da personalidade: só quando existe clareza sobre a finalidade para a qual os dados são solicitados e quais são as possibilidades de uso e ligação [destes com outros] que existam, pode-se saber se a restrição do direito à autodeterminação da informação (no caso) é admissível. Deve-se distinguir entre dados referentes à pessoa que são levantados e manipulados de forma individualizada e não anônima (v. item “a”, abaixo), e aqueles que são destinados a fins estatísticos (v. item “b”, abaixo).

a) Até o presente momento reconhece-se que o levantamento obrigatório de dados relativos à pessoa não é admissível de forma irrestrita, especialmente quando tais dados tiverem de ser utilizados para a função administrativa (p.ex., para tributação ou concessão de benefícios sociais). Dessa maneira, o legislador já previu diversas medidas para a proteção do atingido que apontam para a direção do cumprimento dos preceitos constitucionais (cf., p.ex., as normas das leis de proteção de dados federais e estaduais: §§ 30, 31 AO (Código Tributário); § 35 do Primeiro Livro do Código Social – SGB I, c.c. §§ 67 a 86 SGB X).

Em que medida o direito à autodeterminação sobre a informação conjuntamente com o princípio da proporcionalidade e com o dever de criar medidas processuais de proteção exigirá do legislador, com fundamento constitucional, a regulamentação, vai depender do tipo, do alcance e dos possíveis usos dos dados pesquisados, assim como do perigo de seu abuso (BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61]). O interesse comum preponderante existirá, geralmente, apenas nos dados com significado social, excluindo-se informações íntimas inexigíveis e autoacusações. Segundo o estágio alcançado até aqui pelo conhecimento científico e pela experiência empírica, parecem significativas, sobretudo, as seguintes medidas:

A obrigação de fornecer dados pessoais pressupõe que o legislador defina a finalidade de uso por área e de forma precisa, e que os dados sejam adequados e necessários em face dessa finalidade. Com isso, não seria compatível a armazenagem de dados reunidos, não anônimos, para fins indeterminados ou ainda indetermináveis. Todas as autoridades que reúnam dados pessoais para cumprir suas tarefas, devem se restringir ao mínimo indispensável para alcançar seu objetivo definido.

O uso dos dados está restrito à finalidade prevista em lei. Já tendo em vista os perigos do processamento eletrônico de dados, é necessária uma proteção – que não pode ser enfraquecida pela cooperação administrativa [*amtshilfefest*] – contra o afastamento do propósito inicial de levantamento de dados, mediante proibição de transmissão e de utilização. Outras medidas processuais essenciais de proteção são os deveres de esclarecimento, informação e apagamento dos dados.

A participação de independentes comissionados com a proteção de dados [*Datenschutzbeauftragte*] é de vital importância para uma proteção eficiente do direito à autodeterminação sobre a informação. Isso por causa da falta de transparência para o cidadão na armazenagem e uso dos dados, no contexto do processamento eletrônico de dados, e também visando à proteção legal antecipada por meio de medidas tempestivas eficazes.

b) O levantamento e manipulação de dados para fins estatísticos apresentam particularidades que não podem ser desconsideradas na avaliação constitucional.

aa) A estatística tem papel importante para a política governamental que está vinculada aos princípios e diretrizes da *Grundgesetz*. Se o desenvolvimento socioeconômico não deve ser aceito como destino imutável, mas entendido como uma tarefa permanente, é necessária uma informação abrangente, contínua e constantemente atualizada sobre os contextos econômico, ecológico e social. Somente com o conhecimento dos dados relevantes e a possibilidade de se utilizar para a estatística as informações por eles transmitidas, com a ajuda das chances que o processamento eletrônico de dados oferece, é que se cria a base de ação indispensável para uma política estatal orientada pelo princípio do Estado social (BVerfGE 27, 1 [9]).

No levantamento de dados para fins estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta dos dados à finalidade. Segundo a essência da estatística, os dados devem ser utilizados para as tarefas mais diversas, não determináveis de antemão; conseqüentemente, existe também uma necessidade de armazenagem de dados. O mandamento de uma descrição concreta de finalidade e a proibição estrita da reunião de dados pessoais para efeito de [criação e manutenção de] bancos de dados só pode valer para levantamento de dados para fins não estatísticos; porém, não para um recenseamento que deva fornecer uma base segura de dados para outras pesquisas estatísticas e para o processo político de planejamento mediante constatação confiável do número e da estrutura social da população. O recenseamento deve representar levantamento e manipulação [de dados] com múltiplas finalidades, [deve viabilizar], portanto, reunião e armazenagem de dados, para que o Estado possa enfrentar, estando para tanto preparado, o desenvolvimento da sociedade industrial. Também as proibições de transmissão e uso de dados preparados estatisticamente seriam contrárias à sua finalidade.

bb) Se a diversidade das possibilidades de uso e associação de dados não é determinável antecipadamente, pela natureza da estatística, são necessários limites compensatórios no levantamento e no uso da informação dentro do sistema de informação.

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

É necessário criar condições de manipulação claramente definidas que garantam que o indivíduo não se torne um simples objeto de informação, no contexto de um levantamento e manipulação automáticos dos dados relativos à sua pessoa. Ambas as coisas, a falta de vinculação a um propósito definido, reconhecível e compreensível em qualquer momento, e o uso multifuncional dos dados fortalecem as tendências que devem ser identificadas e restringidas pelas leis de proteção aos dados, as quais concretizam o direito garantido constitucionalmente à autodeterminação sobre a informação. Justamente porque faltam, desde o início, limites relativos à definição de propósitos quanto ao volume de dados, os recenseamentos tendencialmente já trazem consigo o perigo – destacado na decisão do microcenso (BVerfGE 27, 1 [6]) – de um registro e catalogação dos cidadãos [que possam ser consideradas] hostis à proteção de sua personalidade. Por isso, devem ser feitas exigências [procedimentais] – em prol da proteção do direito da personalidade do cidadão obrigado a fornecer informações – no levantamento e processamento de dados para fins estatísticos.

Sem prejuízo do caráter multifuncional do levantamento e processamento dos dados para fins estatísticos, é pressuposto que eles aconteçam apenas como ajuda na realização de tarefas públicas. Também não é todo dado que pode ser exigido nesse contexto. Mesmo no levantamento de dados individuais que serão utilizados para fins estatísticos, o legislador deve examinar, ao ordenar o dever de informação, se eles podem causar para o cidadão o perigo da discriminação social (p.ex. como viciado em drogas, com antecedentes criminais, doente mental, antissocial) e se o objetivo da pesquisa não pode ser alcançado também com uma averiguação anônima. Isso poderia ser o caso na hipótese legal do levantamento de dados previsto pelo § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983, segundo o qual o recenseamento de população e de profissão no âmbito de instituições penais constata a condição de preso ou de funcionário ou de parentesco de funcionário. Essa pesquisa deve fornecer referências sobre a ocupação das instituições (BTDrucks. 9/451, p. 9). Tal objetivo pode ser alcançado – abstraindo-se o perigo de discriminação social – também sem referências pessoais. Basta que o diretor da instituição seja obrigado a comunicar no dia do recenseamento o número de pessoas que possuam as características enumeradas no § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983, sem qualquer referência à pessoa individual. Um levantamento de dados pessoais do conjunto de fatos do § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983 já seria, por isso, uma violação do direito de personalidade protegido pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

Para garantir o direito à autodeterminação sobre a informação, são necessárias precauções especiais quanto à realização e organização do levantamento e processamento de dados, já que as informações durante a fase do levantamento de dados – e em parte também durante o arquivamento – ainda são individualizáveis; simultaneamente, são necessárias regras de eliminação para aquelas informações que forem exigidas como informações auxiliares (dados de identificação) e que possibilitariam, facilmente, uma quebra do anonimato, como nome, endereço, número de identificação e lista do recenseamento (cf. também o § 7 I da Lei Federal de Estatística). De especial importância para os levantamentos estatísticos são as eficazes regras de bloqueio em face do mundo exterior. Para a proteção do direito à autodeterminação sobre a informação é imprescindível a manutenção em sigilo absoluto dos dados individuais obtidos para fins estatísticos – e já desde o processo de levantamento – enquanto existir uma referência pessoal ou esta puder ser produzida (segredo

estatístico); o mesmo vale para a obrigação de tornar, o mais cedo possível, anônimos (de fato) os dados, associada a precauções contra a quebra do anonimato.

Enquanto a estatística estiver revelando referências pessoais ainda que por um tempo limitado, só sua separação mediante o anonimato dos dados e sua manutenção em sigilo, a ser legalmente garantida e exigida pelo direito à autodeterminação sobre a informação, autoriza o acesso dos órgãos públicos às informações necessárias para as tarefas de planejamento. Apenas estando presente essa condição é possível – e pode-se esperar do cidadão – que as informações dele coercitivamente exigidas sejam por ele entregues. Se dados pessoais que foram levantados para fins estatísticos pudessem ser transmitidos a terceiros contra a vontade ou sem conhecimento do atingido, isso não apenas limitaria de forma inadmissível o direito constitucionalmente garantido à autodeterminação sobre a informação, mas também ameaçaria a estatística oficial prevista e, com isso, protegida pela própria *Grundgesetz* em seu Art. 73 XI. Para que a estatística oficial cumpra seu papel, é necessário o maior grau possível de exatidão e veracidade dos dados coletados. Esse objetivo somente será atingido se for criada no cidadão, que é obrigado a fornecer informações, a confiança necessária na proteção de seus dados coletados para fins estatísticos, sem a qual não se pode contar com sua prontidão em fornecer dados verdadeiros (correta a fundamentação do Governo Federal sobre o projeto da Lei do Recenseamento de 1950, cf. BTDrucks. 1/1982, p. 20, sobre o § 10). Uma ação governamental que não se esforçasse pela formação de tal confiança por meio da transparência do processo de processamento de dados e de sua estrita proteção levaria, em longo prazo, à decrescente prontidão para cooperação, porque surgiria a desconfiança [sobre o modo de processamento e o próprio destino dos dados]. Como a coerção do Estado só pode ser eficaz de forma limitada, a ação estatal que ignore os interesses do cidadão parecerá eventualmente vantajosa somente em curto prazo; em longo prazo, levará a uma redução do volume e da exatidão das informações (BTDrucks. 1/1982, *op. cit.*). Como a crescente complexidade meio social (*Umwelt*) tão característica das sociedades altamente industrializadas só pode ser decifrada e processada para fins públicos com a ajuda de uma estatística confiável, colocar a estatística oficial em risco significa enfraquecer um importante pressuposto de política social [“política pública”]. Se a tarefa do Estado de “planejamento” só pode ser garantida por meio da proteção da estatística, o princípio de se garantir o quanto antes sigilo e anonimato dos dados é exigido não apenas para proteção do direito individual à autodeterminação sobre a informação, mas também é constitutivo para a própria estatística.

cc) Se as exigências supradiscutidas forem levadas em consideração de forma eficaz segundo o estágio atual do reconhecimento científico e da experiência empírica, o levantamento de dados para fins exclusivamente estatísticos não será problemático do ponto de vista constitucional. Não pode ser aferido um prejuízo do direito de personalidade dos cidadãos, quando os dados pesquisados forem colocados à disposição de outras repartições públicas ou de terceiros pelos órgãos responsáveis pelas estatísticas após serem tornados anônimos ou depois de seu processamento estatístico (cf. § 11 V e VI BStatG – Lei Federal da Estatística).

Uma eventual transmissão (entrega) dos dados que não sejam anônimos nem tenham sido processados estatisticamente – portanto, que sejam ainda pessoais – encerra problemas especiais. Os levantamentos de dados para fins estatísticos abrangem também dados individualizados de cada cidadão que não sejam necessários para os fins estatísticos e que – disso devendo poder partir o cidadão questionado – sirvam apenas como auxiliares no

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

processo de pesquisa. Todos esses dados podem até ser transmitidos a terceiros por força de expressa autorização legal se e na medida em que isso aconteça para o processamento estatístico por parte de outras autoridades, e para que as medidas prescritas em prol da proteção do direito de personalidade, principalmente, o sigilo estatístico e o princípio do anonimato sejam, tão logo possível, garantidas de maneira confiável, tanto na organização e procedimento quanto nos órgãos estatísticos federais e estaduais. A transmissão a terceiros dos dados levantados para fins estatísticos, não anônimos nem processados estatisticamente para fins de execução administrativa, pode, ao contrário, intervir de forma inadmissível no direito à autodeterminação sobre a informação.

III. – VI. [...]

(ass.) Dr. Benda; Dr. Simon; Dr. Hesse; Dr. Katzenstein; Dr. Niemeyer; Dr. Heußner; Niedermaier; Dr. Henschel.

5. BVerfGE 80, 137 (*Reiten im Walde*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial / Reclamação Judicial contra Ato Normativo; 06.06.1989

MATÉRIA

O § 14 BWaldG (Lei Florestal Federal) permitia a todos a entrada em florestas e parques florestais para o propósito de lazer e descanso. A **cavalgada em florestas** (*Reiten im Walde*) em parques florestais é segundo o § 14 I 2 BWaldG permitida, todavia, somente em ruas e caminhos para tanto reservados. A regulamentação suplementar foi confiada aos Estados-membros (§ 14 II 1 BWaldG) que podiam, atendidos determinados pressupostos, limitar a entrada e uso dos parques florestais.

O Estado-membro *Nordrhein-Westfalen* criou, entre outras, por meio do § 50 II 1 da sua Lei de Paisagem (*Landschaftsgesetz*), de 26 de junho de 1980 praticamente reproduzindo o teor da referida lei federal, uma regra segundo a qual a cavalgada em florestas só é permitida em ruas e caminhos privados caracterizados como caminhos para cavalgada de acordo com o código de trânsito.

O reclamante requereu junto aos tribunais administrativos, dentre outros, uma declaração para poder usar os caminhos questionados em certa área florestal, sem precisar observar a lei estadual. Não obteve êxito. Esgotadas as instâncias administrativas ordinárias, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional contra as decisões denegatórias e, indiretamente, também contra o § 50 II 1 da Lei de Paisagem, alegando violação de sua liberdade geral de ação com fulcro no Art. 2 I GG. Esta foi admitida, mas julgada improcedente pela maioria do Primeiro Senado que considerou justificada a intervenção legislativa na liberdade geral de ação. A uma ampla tutela da liberdade geral de ação que englobe qualquer comportamento individual não tutelado pelos direitos fundamentais especiais (Art. 2 II ss. GG), corresponde um limite também bastante prodigioso da ordem constitucional. A maioria do Senado manteve-se supostamente (o que foi questionado também pela opinião divergente do juiz *Dieter Grimm*, cf. a seguir) na tradição iniciada pela decisão *Elfes*, da década de 1950 (cf. já acima, **decisão 3.**), segundo a qual todo e qualquer aspecto da liberdade individual não contemplado por um direito fundamental específico sê-lo-ia pela liberdade geral de ação derivada do Art. 2 I GG.

O Juiz *Dieter Grimm*, em um dos votos dissidentes mais famosos da jurisprudência do TCF (reproduzido abaixo em sua íntegra), propugnou – ainda que não explicitamente – pela não admissão da presente Reclamação Constitucional. Para ele, o Art. 2 I GG não protegeria qualquer comportamento, mas somente aqueles que tenham tal relevância para o desenvolvimento da personalidade similar à relevância dos comportamentos tutelados pelos direitos fundamentais específicos dos Art. 2 II ss. GG. Contra a objeção da dificuldade em se estabelecer a fronteira da área de proteção, ele argumenta que essa dificuldade existe em face de todos os direitos fundamentais, como, sobretudo, em face da liberdade artística do Art. 5 III GG. O TCF já teria uma louvável tendência à generosidade quanto à ampliação da área de proteção dos direitos especiais. Entre os dois extremos da liberdade geral de ação, no sentido supradefinido, e o direito da personalidade como núcleo essencial para o desenvolvimento do indivíduo e a concretização da dignidade humana, o TCF já teria, segundo Grimm, criado várias figuras dogmáticas e direitos (derivados do Art. 2 I GG). Figuras dogmáticas e direitos esses que corresponderiam ao legítimo conteúdo autônomo subsidiário do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. *Grimm* também chama a atenção para uma extrapolação processual perigosa que a falta de contorno da área de proteção da liberdade geral de ação pode causar: a transmutação da Reclamação Constitucional em controle normativo abstrato suscitado pelo indivíduo.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 6 de junho de 1989

– 1 BvR 921/85 –

[...]

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à regulamentação estadual da cavalgada em florestas em *Nordrhein-Westfallen*.

I.

1. O livre acesso à floresta da população em busca de lazer foi regulamentado juridicamente apenas após a Segunda Guerra Mundial. A legislação anterior a 1949 continha, assim como as leis florestais estaduais anteriores, regras expressas sobre o acesso à floresta e ao campo – principalmente também sobre a cavalgada na floresta – apenas na forma de normas proibitivas. Assim, o § 368 IX StGB ameaçava com sanções penais, até sua revogação pela Lei de Introdução ao Código Penal [StGB], de 2 de março de 1974 (BGBl. I, p. 469), dentre outros, aquele que, sem autorização, “andar, dirigir, cavalgar ou conduzir gado por reserva florestal protegida por cerca ou cuja entrada é sinalizada por sinais de aviso ou por caminho particular”. Em emenda expressa, o § 8 I da Lei Florestal Prussiana (na versão da publicação em 21 de janeiro de 1926 – PrGS, p. 83) pune, genericamente, a cavalgada não autorizada em propriedades particulares. Uma norma federal positiva sobre o acesso à floresta foi estatuída, pela primeira vez, no § 14 da Lei Florestal Federal (BWaldG), de 2 de maio de 1975 (BGBl. I, p. 1037), com o seguinte teor:

§ 14 – Entrada na floresta

(1) A entrada na floresta com o objetivo de lazer é permitida. Andar de bicicleta, dirigir cadeiras de rodas e cavalgar na floresta são permitidos apenas em ruas e trilhas. Tal utilização acontece por conta e risco próprios.

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

(2) Os Estados legislarão sobre os casos específicos. Eles podem restringir a entrada na floresta por motivo relevante, principalmente para fins de proteção florestal, exploração de floresta e caça, proteção dos visitantes da floresta, ou para evitar danos significativos ou manutenção de outros interesses de proteção por parte do proprietário da floresta, e equiparar total ou parcialmente outras formas de uso para a entrada na floresta.

Essa disposição encontra-se no segundo capítulo da lei que leva o título “Conservação da Floresta” e, segundo o § 5 introdutório, só contém normas gerais para a legislação estadual. Nos termos do segundo período desse dispositivo, os Estados deveriam promulgar normas correspondentes às disposições desse capítulo ou adaptar normas existentes no prazo de dois anos após a entrada em vigor da Lei Florestal Federal.

O § 27 da Lei Federal de Proteção à Natureza (BNatSchG), de 20 de dezembro de 1976 (BGBl. I, p. 3574), oferece uma regulamentação básica semelhante para as ruas e trilhas no campo (cf. § 4 BNatSchG), sendo que a cavalgada não é expressamente citada.

2. Mesmo antes da regulamentação federal, alguns legisladores estaduais haviam se ocupado da matéria. O desenvolvimento do direito estadual de *Nordrhein-Westfalen* – aqui questionado – teve o seguinte rumo: Inicialmente, continuava em vigor em grande parte do Estado a Lei Prussiana sobre Florestas e Campos que foi substituída pela Lei de Proteção a Campos e Florestas de *Nordrhein-Westfalen*, de 25 de junho de 1962 (GVBl., p. 357). Essa lei classificou como contravenção, em seu § 24 IV, a cavalgada “fora das trilhas” não autorizadas em uma propriedade com floresta ou campo.

A Lei Florestal Estadual de 29 de julho de 1969 (GVBl., p. 588) trouxe uma regulamentação mais abrangente sobre o acesso à floresta pela qual a entrada em floresta com a finalidade de descanso, por conta e risco próprios, foi expressamente permitida (§ 3 da lei), mas ao mesmo tempo a cavalgada, caso não existisse uma “autorização especial”, foi proibida de forma geral e (punida) com multa (§ 4 e § 68 I 1).

Essa regra foi substituída pelo § 36 da Lei Paisagem, de 18 de janeiro de 1975 (GVBl., p. 190; a seguir LG 1975). Segundo ele, a cavalgada com a finalidade de descanso na paisagem livre e na floresta, basicamente em ruas e trilhas e só nelas, era permitida (§ 36 I 1 e 2), contanto que os proprietários ou outras pessoas autorizadas, nos termos do § 38 da lei, não bloqueassem o caminho após autorização prévia da autoridade florestal inferior. Por outro lado, em regiões específicas determinadas por portaria da autoridade florestal inferior, a cavalgada era permitida quando houvesse uma autorização especial ou quando as trilhas e demais áreas fossem destinadas especificamente para tal.

A previsão normativa aqui introduzida para a cavalgada em trilhas em florestas particulares foi restringida pelo Art. 2 II (a) a (c) da Lei de Alteração da Lei Florestal Estadual de 11 de março de 1980 (GVBl., p. 214), de 1º de janeiro de 1981. A nova regulamentação criada com os §§ 36 a 36b da Lei de Paisagem foi assumida na promulgação da nova versão da Lei de Paisagem de 26 de junho de 1980 (GVBl., p. 374; a seguir LG 1980) sem modificações como §§ 50 a 52. As normas, essenciais para o processo da Reclamação Constitucional, dos §§ 50, 51 LG 1980, têm o seguinte teor (considerando alteração do § 51 II 2 pela lei de 19 de março de 1985 (GVBl., p. 261)):

§ 50 – Cavalgar na paisagem livre e na floresta

(1) A cavalgada na paisagem livre é permitida em ruas e trilhas particulares, além do uso comum das áreas públicas de trânsito.

(2) A cavalgada na floresta é permitida nas ruas e trilhas particulares (caminhos para cavalgada) caracterizadas pelos regulamentos da ordem de trânsito como trilhas para cavalgada. As trilhas e atalhos para caminhada caracterizados segundo esta lei, assim como trilhas para esporte e treino, não podem ser caracterizados como trilhas para cavalgada. Os distritos e as cidades autônomas podem permitir exceções ao 1º período [do presente parágrafo: § 50 II 1], com o consentimento da autoridade florestal inferior e após audiência com os municípios em questão, bem como determinar que, em regiões com baixa incidência de cavalgadas regulares, pode-se dispensar a sinalização dos trilhos para cavalgada. Nessas regiões, a cavalgada é permitida em todas as ruas e caminhos particulares, exceto caminhos e trilhas nos termos do 2º período [do presente parágrafo: § 50 II 2]. A autorização deve ser comunicada no órgão oficial de publicações da região ou da cidade autônoma.

(3) As normas relativas ao direito viário e de trânsito continuam em vigor.

(4) a (5)...

(6) A autorização prevista nos parágrafo 1 e 2 pode ser usada apenas com finalidade de lazer. O uso ocorre por conta e risco próprios.

(7) As autoridades paisagísticas devem providenciar, juntamente com as autoridades florestais, os municípios, os proprietários de florestas e as associações de hipismo, uma rede de trilhas suficiente e adequada para a cavalgada. Os proprietários de terrenos e os usufrutuários devem tolerar a sinalização dos caminhos para cavalgada.

§ 51 - Sinalização de cavalos, taxa de cavalgada

(1) Quem cavalga, nos termos do § 50 I ou II, deve apresentar um sinal preso ao cavalo.

(2) Os sinais mencionados no parágrafo 1º [o supra § 51 I] só podem ser fornecidos mediante pagamento de uma taxa. A taxa é vinculada à finalidade de instalação e manutenção de trilhas para cavalgada, assim como indenizações nos termos do § 53 III; ela será recolhida pelas autoridades florestais superiores.

Conforme o § 70 I, nº 7 e 8 LG 1980, na redação dada pela lei de 6 de novembro de 1984 (GVBl., p. 663), os não cumprimentos das restrições de cavalgada do § 50 I e II e da obrigação de sinalização do § 51 I LG 1980 são passíveis de multa.

II. – IV.

[...]

B.

A Reclamação Constitucional é admitida somente em parte.

1. – 5. [...].

C.

Na parte em que a Reclamação Constitucional é admitida, ela é julgada improcedente.

I.

O reclamante não foi atingido em seu direito fundamental previsto no Art. 2 I GG pelas decisões questionadas, nem pelo dispositivo do § 50 I 1 LG 1980.

1. a) Conforme os princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o Art. 2 I GG garante a liberdade geral de ação em sentido amplo (jurisprudência consolidada desde BVerfGE 6, 32 [36]; mais recentemente: BVerfGE 74, 129 [151]; 75, 108 [154 ss.]). Não está protegida apenas uma área delimitada do desenvolvimento da personalidade, mas qualquer forma de ação humana, sem considerar que peso a atividade tenha para o desenvolvimento da personalidade (cf., por exemplo, decisão da Comissão de Exame Prévio em BVerfGE 54, 143 [146] – *Taubenfüttern* = alimentação de pombos). Exceto pela proteção absoluta de um núcleo essencial da vida privada, que não está submetido ao poder público (BVerfGE 6, 32 [41]), a liberdade geral de ação está garantida, porém, apenas nos limites do 2º Período do Art. 2 I GG e, com isso, encontra-se sob a reserva da ordem constitucional (BVerfGE 6, 32 [37 ss.]; 74, 129 [152]). Se um ato do poder público que atinja a liberdade de ação, basear-se em uma norma jurídica, esta poderá ser objeto de controle por

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

meio de Reclamação Constitucional em face do Art. 2 I GG, [controle que se ocupará em esclarecer] se essa norma faz parte da ordem constitucional, isto é, se está formal e materialmente de acordo com as normas constitucionais (jurisprudência consolidada desde BVerfGE 6, 32).

A norma não deve ser materialmente analisada somente em relação ao Art. 2 I GG, mas deve ser examinada quanto à sua constitucionalidade de forma geral. Nesse ponto, deve-se, principalmente, perscrutar se a regulamentação atende às normas de competência da Constituição (BVerfGE 11, 105 [110]; 29, 402 [408]; 75, 108 [146, 149]). Em se tratando de uma norma de direito estadual, deve-se examinar, além das questões de competência com respeito ao Art. 31 GG, também, no que tange ao seu conteúdo, se a norma de direito estadual é compatível com o direito federal (promulgado, por sua vez, em consonância com as regras de competência legislativa), assim como com o direito básico federal (BVerfGE 51, 77 [89 s., 95, 96]; cf. também BVerfGE 7, 111 [118, 119]).

No aspecto material, o princípio da proporcionalidade fornece o parâmetro pelo qual a liberdade geral de ação pode ser restringida (BVerfGE 17, 306 [314]; 55, 159 [165]; 75, 108 [154 s.]). Caso uma autorização existente seja posteriormente revogada, deve ser mantida a proteção da confiança jurídica [*Vertrauensschutz*] ordenada pelo princípio do Estado de direito (BVerfGE 74, 129 [152]). No mais, devem ser atendidos os requisitos que derivam do princípio da reserva legal (BVerfGE 49, 89 [126 s.]) (cf. ainda também BVerfGE 6, 32 [42]; 20, 150 [157 s.]).

b) Contra a jurisprudência apresentada do Tribunal Constitucional Federal ainda são, até hoje, apresentadas objeções na literatura especializada (cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., nºs. à margem 426ss.; fontes doutrinárias anteriores e mais abrangentes em: Scholz, *AÖR* 100 (1975), p. 80ss.). Elas se dirigem, principalmente, contra a inclusão irrestrita de qualquer forma de atividade humana na área de proteção do direito fundamental, o que levaria, em comparação com as demais áreas protegidas pelos direitos fundamentais, a uma proteção “exagerada do ponto de vista do sistema axiológico” (v. Scholz, *op. cit.*, p. 82 ss., com amplas referências bibliográficas), mas, por outro lado, esvaziaria a proteção dos direitos fundamentais por meio da ampla possibilidade de restrição ligada à ampliação da área de proteção (Hesse, *op. cit.*, nº à margem 426). A limitação recomendada da área de proteção do Art. 2 I GG poderia ganhar importância no presente caso, uma vez que é incerto se à cavalgada em caminhos particulares em florestas poderia ser atribuído [o caráter de] um desenvolvimento da personalidade compreendido em seu sentido estrito.

Divergindo da jurisprudência dominante até hoje, porém, uma restrição da área de proteção do Art. 2 I GG não é justificada. A ela se contraporiam não apenas a gênese da norma de direito fundamental (BVerfGE 6, 32 [39 s.]). A proteção abrangente da liberdade de ação humana cumpre, além dos direitos de liberdade mencionados, também uma valiosa função na garantia de liberdade, pois, apesar das amplas possibilidades de restrição, o direito fundamental garante, segundo os parâmetros expostos, uma proteção de peso substancial. Qualquer tentativa de restrição mediante um juízo de valor da área de proteção levaria a uma perda da área de liberdade para o cidadão que, já por isso, não pode ser considerada ordenada, uma vez que outros direitos fundamentais têm uma área de proteção mais estreita e qualitativamente destacada. Para tal tentativa, não são visíveis outros motivos imperativos. Uma restrição, por exemplo, à garantia de uma esfera de vida mais estreita, pessoal, embora

não restrita a um desenvolvimento puramente intelectual e moral, ou por critérios semelhantes, traria consigo, além disso, difíceis problemas de definição e, de fato, praticamente sem soluções satisfatórias.

2. O cavalgar, como forma de ocupação da ação humana, encontra-se na área de proteção do Art. 2 I GG, mas não pertence ao núcleo essencial da vida privada. Por isso, essa atividade não está livre, em princípio, das restrições legais. A norma do § 50 II 1 LG 1980 que fora indiretamente impugnada restringe de forma constitucional a autorização para cavalgar na floresta.

A prescrição legal, como norma de direito estadual, não se opõe às normas federais do § 14 BWaldG, assim como do § 27 BNatSchG.

a) Na decisão dessa questão, o Tribunal Constitucional Federal não se limita a examinar a interpretação de normas federais pelos tribunais especializados no processo originário segundo os princípios que foram desenvolvidos para o controle de constitucionalidade da aplicação de direito ordinário em decisões judiciais (cf. BVerfGE 18, 85 [92 ss.]). Esses princípios fariam com que o exame da validade da norma estadual, que deve ocorrer de forma indireta na decisão, pudesse ser feito apenas em parte: se, em outro caso, um tribunal especializado interpretasse a norma federal de outra forma, o que não lhe poderia ser proibido – conquanto o Tribunal Constitucional Federal não tenha ele mesmo decidido sobre a interpretação – a norma estadual teria de ser novamente avaliada, possivelmente com outro resultado. Isso, mesmo indiretamente, não seria compatível com o sentido do controle normativo. A decisão sobre se a norma estadual é válida ou não deve ser definitiva; com isso, o parâmetro de exame – aqui, portanto, o conteúdo da regulamentação federal – deve restar definido. Nesse sentido, o próprio Tribunal Constitucional Federal sempre interpretou as normas federais, no contexto do Art. 100 I 2 (2ª alternativa) GG, no exame do direito estadual, usando como parâmetro o direito federal (BVerfGE 25, 142 [149 ss.]; 66, 270 [282 ss.]; 66, 291 [307 ss.]). Não é visível um motivo objetivo para proceder de outra forma no controle incidental de constitucionalidade.

Também no processo de Reclamação Constitucional a norma do direito federal deve ser interpretada pelo próprio Tribunal Constitucional Federal para averiguação do parâmetro de exame, caso deva ser examinada, indiretamente, a compatibilidade de uma norma estadual com uma norma federal (BVerfGE 51, 77 [90 ss., especialmente: p. 92]).

b) A partir do teor do § 14 BWaldG poderia ser entendido, portanto, que a entrada na floresta deveria ser permitida, em princípio, pelo parágrafo 1º, 1º período, dessa norma [§ 14 I 1 BWaldG], e aos Estados deveria ser apenas permitido estabelecer restrições a esse princípio por motivo relevante. Com respeito ao cavalgar, deveria valer o mesmo quando fosse tratado como um subcaso da norma geral. Mas, mesmo se o cavalgar fosse encarado como “outra forma de uso”, nos termos do § 14 II 2 BWaldG, o resultado, em princípio, não mudaria. A “equiparação” de outras formas de uso, conforme § 14 II 2 BWaldG, referir-se-ia tanto à permissão básica como à autorização excepcional dos Estados. Ela não poderia significar, logicamente, que as normas relativas a todos os tipos de uso teriam de ser totalmente congruentes se outras formas de uso fossem incluídas. Mas, pela sistemática normativa, as normas sobre a entrada e aquelas sobre outras formas de uso teriam de ser correspondentes umas com as outras.

Tal interpretação do § 14 BWaldG, que segundo a redação da norma não é imperativa, não é, contudo, possível, considerando-se o caráter jurídico geral da norma e sua gênese.

aa) – cc) [...].

c) [...].

3. O dispositivo do § 50 II 1 LG 1980 satisfaz os parâmetros que resultam diretamente da Constituição para as limitações da liberdade geral de ação segundo o Art. 2 I GG.

a) A norma questionada atende ao princípio da proporcionalidade.

Ela é estruturada com uma separação contínua do “trânsito de lazer” na floresta, de tal forma que são destinadas trilhas separadas para os cavaleiros, de um lado; e para os demais cidadãos em busca de lazer (sobretudo pedestres e ciclistas), de outro lado. Como o Governo Estadual justificou, o legislador quis evitar, sobretudo, os perigos e outros prejuízos que resultem para caminhantes em busca de lazer [decorrentes] de um [possível] encontro com cavalos. E [quis evitar tanto] aqueles [perigos] que decorram do revolvimento do solo da floresta provocado pela cavalgada. Com isso, o legislador perseguiu um propósito que não é somente constitucionalmente legítimo na qualidade de escopo ligado ao bem comum, como também cuja justificação pode ser derivada diretamente do Art. 2 I GG. Tendo tentado com a separação de cavaleiros e outros cidadãos em busca de lazer organizar diversas formas de atividade da liberdade geral de ação, ele se dedicou a uma tarefa que está disposta na própria norma de direito fundamental, e que está prevista no Art. 2 I GG com a referência ao direito de outrem. Não pode ser constatado que o legislador tenha partido de diagnósticos claramente equivocados ao perseguir esse objetivo. Ele pôde basear-se nas experiências acumuladas durante a vigência da norma anterior. O governo estadual explicou, nesse sentido, que os encontros com cavalos provocam, em muitas pessoas que buscam descanso, uma sensação de ameaça, e que podem ocorrer situações sérias de perigo para pedestres causadas por cavaleiros, principalmente em trilhas mais estreitas nas florestas. Finalmente, o próprio reclamante admite isso quando supõe colisões de interesses entre cavaleiros e outras pessoas nas proximidades de regiões industriais densamente povoadas. De qualquer forma, sua afirmação de que ver cavalos em movimento na natureza seria uma alegria para a maioria das pessoas em busca de lazer não pode valer para um encontro em um espaço estreito.

A regulamentação é claramente adequada a atingir o pretendido propósito de proteção. Pelo fato de os cavaleiros terem trilhas específicas para seu uso evita-se, em princípio, o uso comum de trilhas na floresta por caminhantes e cavaleiros, bem como os perigos e incompatibilidades daí decorrentes.

A separação do trânsito equino e do “trânsito de lazer” na floresta também atende ao mandamento da necessidade. O Tribunal Constitucional Federal pode se limitar a examinar as alternativas discutidas nos círculos especializados e as apresentadas pelo reclamante para constatar se poderiam atender ao propósito almejado sob uma forma mais simples, de igual eficácia, contudo que notadamente limitasse menos os direitos fundamentais (BVerfGE 77, 84 [109]). Não foi sugerida pelo reclamante, e nem ficou visível, nenhuma outra medida mais amena pela qual ambos os objetivos perseguidos (proteção do caminhante frente ao perigo animal e manutenção de uma trilha em condições adequadas para a caminhada) pudessem ser atingidos de maneira comparavelmente eficaz.

Finalmente, a norma é proporcional em sentido estrito. Também nesse contexto é de especial importância que ambos os grupos – caminhantes e cavaleiros –, cujos interesses de

utilização a lei quer equilibrar, possam se remeter, igualmente, ao Art. 2 I GG. Ao separar o trânsito de lazer, o legislador teve de ordenar as reivindicações concorrentes de uso da rede existente de trilhas de uma maneira que fizesse justiça aos interesses das partes. Não há o que se objetar por ele ter procedido a essa separação, isolando as trilhas para cavalgar da totalidade das trilhas particulares na floresta existentes, e não o contrário, isolando trilhas especiais para a caminhada. Não se pode ver aqui uma falha na tarefa de equiparação justa de direitos por parte do legislador, em face de o número de cavaleiros ser menor do que o de caminhantes, assim como em face do desgaste mais intenso do solo causado pelos primeiros. Isso deve ser levado em consideração, uma vez que as autoridades paisagísticas receberam o encargo expresso, pelo § 50 VII LG 1980, de providenciar uma rede suficiente e adequada de caminhos para cavalgada.

b) – c) [...].

II.

[...]

(ass.) Herzog; Niemeyer; Henschel; Seidl; Grimm; Söllner; Dieterich

**Opinião divergente do juiz Grimm sobre a decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal, de 6 de junho de 1989
– 1 BvR 921/85 –**

O ato de cavalgar na floresta não goza de uma proteção de direito fundamental. Os direitos fundamentais distinguem-se do grande número dos demais direitos pelo fato de protegerem a integridade, a autonomia e a comunicação do indivíduo em suas relações básicas. Justamente devido a essa fundamental importância do objeto protegido para uma ordem baseada na dignidade humana, eles se destacam da totalidade dos direitos e são dotados constitucionalmente de garantias maiores frente ao poder público, especialmente com efeito vinculante para o legislador. Nesse sentido, podem variar as opiniões, conforme as circunstâncias históricas, sobre aquilo que merece a proteção mais intensa de direitos fundamentais. Porém, o sentido dos direitos fundamentais não é, nem histórica, nem funcionalmente falando, colocar todo e qualquer comportamento humano possível sob sua proteção especial.

Tal proteção de direito fundamental sem lacunas também não é conseguida por intermédio do Art. 2 I GG. O Art. 2 I GG não protege a liberdade individual para se fazer e deixar de fazer o que bem entender, mas o livre desenvolvimento da personalidade. É verdade que, assim, esse direito fundamental tem uma área de proteção ampla, mas não ilimitada. Ao contrário, o comportamento humano, que em face da falta de garantias especiais de direitos fundamentais quer se valer da proteção do Art. 2 I GG, deve ter uma relevância maior para o desenvolvimento da personalidade, uma relevância semelhante a do [respectivo] bem jurídico protegido pelos demais direitos fundamentais. Onde faltar essa relevância, faltarão também o motivo para a proteção especial oferecida justamente pelos direitos fundamentais, sendo suficiente a proteção das normas e remédios jurídicos do direito infraconstitucional.

Da gênese da Constituição não se depreende, ao contrário da posição geralmente defendida, que, no caso do Art. 2 I GG, a intenção teria sido outra. É verdade que a comissão de redação do Conselho Parlamentar [Parlamentarischer Rat] propôs a seguinte redação, baseada na formulação do Projeto de *Herrenchiemsee*: “Todos têm a liberdade de fazer e deixar de fazer o que bem entenderem, [desde que] não firam o direito de outrem e não

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

infrinjam a ordem constitucional ou a lei moral”.³⁸ Contudo, justamente esta fórmula não se tornou direito constitucional, mas – abandonando a liberdade de ação não especificada – a redação da comissão principal na qual o comportamento não especificado do indivíduo foi substituído pelo “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, uma vez que segundo a opinião da maioria a formulação da [anterior] Comissão de Redação não expressava adequadamente, do ponto de vista linguístico, o que se queria proteger (cf. JöR N.F. vol. 1, p. 55 ss.; Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, 1976, p. 51 ss.).

Se o Tribunal Constitucional Federal transformou novamente esse direito em autorização para se fazer e deixar de fazer o que bem se entender na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32), parecem ter sido dois os motivos decisivos: por um lado, o fato de que se tratava de decidir sobre um direito à liberdade não insignificante, direito esse que não podia ser associado a nenhum direito fundamental específico, especialmente não ao Art. 11 GG, mas que, se fosse o caso, gozava de proteção de direito fundamental apenas como parte do desenvolvimento de personalidade. De outro lado, o fato de o tribunal, ao interpretar o Art. 2 I GG, ver-se diante da alternativa de entender como livre desenvolvimento da personalidade ou “a liberdade de ação humana em seu sentido mais amplo possível” ou “a proteção de um mínimo grau dessa liberdade de ação..., sem o qual o ser humano não consegue, absolutamente, desenvolver sua essência como pessoa intelecto-moral” (BVerfGE, *op.cit.*, p. 36).

No entanto, as possibilidades de interpretação não se restringem a essas alternativas. Com a rejeição justificada da chamada teoria do núcleo da personalidade que, em sua época, foi defendida, sobretudo, por *Peters* (FS *Laun*, 1953, p. 669) e que aproximava bastante a área de proteção do Art. 2 I GG à do Art. 1 I GG, a decisão ainda não foi tomada em favor [do reconhecimento] da liberdade geral de ação. Abre-se entre o núcleo intangível da personalidade, de um lado; e a liberdade geral de ação, de outro; uma zona de ações livres que não contam com a proteção de direitos fundamentais específicos, mas que são igualmente de considerável importância para o desenvolvimento da personalidade. Aqui o Art. 2 I GG encontra o campo de aplicação que lhe é próprio (veja Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., nº à margem 428).

A própria decisão *Elfes* fornece uma evidência para tanto. Para o tribunal, importou menos a fundamentação da liberdade geral de ação do que a derivação de um direito concreto de liberdade, a saber: liberdade de viagem ao exterior, para a qual a liberdade geral de ação configurava apenas o necessariamente presente elemento de fundamentação. Dando prosseguimento a essa jurisprudência, o tribunal preencheu o Art. 2 I GG mais e mais com uma série de garantias concretas de liberdade que geralmente não foram mais atribuídas à liberdade geral de ação, mas incorporadas independentemente disso, apelando-se ao Art. 1 I GG. No caso, trata-se, sobretudo, do direito geral de personalidade com seus diversos âmbitos de garantia (BVerfGE 54, 148 [154], com ampla referência bibliográfica, assim como a visão geral de Jarras, *NJW* 1989, p. 857). Trata-se, no mais, dentro da evolução do direito de personalidade, do direito à autodeterminação na informação [sobre dados pessoais] (BVerfGE 65, 1) e, recentemente, do direito ao conhecimento da própria origem (BVerfGE 79, 256).

Para embasar essas posições de direito fundamental concretas, derivadas do Art. 2 I GG, o Tribunal Constitucional Federal sempre se baseou em sua relevância para o

³⁸ Cf. nota anterior e referência à fonte a seguir no próprio texto original da decisão*.

desenvolvimento da personalidade (cf. Scholz, *AöR* 100, p. 80 [265]). Dessa maneira, ele também conseguiu acompanhar as novas ameaças ao desenvolvimento da personalidade que exsurgem, especialmente, do progresso técnico-científico. O Art. 2 I GG mostra-se aqui, em sua formulação não específica, como um direito fundamental bastante aberto à adaptação da proteção da personalidade a condições variáveis e, portanto, pode preencher lacunas impossíveis de serem preenchidas pelos direitos especiais de liberdade (BVerfGE 54, 148 [153]). Assim, o Art. 2 I GG pode ser encarado de fato como “direito fundamental subsidiário” [*Auffanggrundrecht*], mas não como direito fundamental subsidiário que protege qualquer ação humana pensável que já não seja protegida por um direito fundamental especial, mas sim como um direito fundamental subsidiário para a proteção de “elementos constitutivos da personalidade” (BVerfGE, *op. cit.*) que não tenham sido protegidos por direitos especiais de liberdade.

Além desses direitos concretos da personalidade, o Tribunal Constitucional Federal manteve, contudo, a liberdade geral de ação como bem a ser protegido mediante o Art. 2 I GG, sem esclarecer que se trata de dois fios bem diferentes de um único direito fundamental. Desses dois, no entanto, apenas o fio concreto do direito de personalidade merece a denominação de direito fundamental. Por sua vez, a liberdade geral de ação, ao contrário, não é passível de proteção específica de direito fundamental (cf. Schmidt, *AöR* 106, p. 497). Se qualquer comportamento gozar da proteção de direito fundamental, sem, por isso, poder ser permitido irrestritamente, a garantia geral de liberdade se transforma no direito de não ser impedido ilegalmente pelo Estado na execução da própria vontade. Mas nessa característica, o Art. 2 I GG subjetiva o princípio de Estado de direito garantido apenas objetivamente pela *Grundgesetz*, e se torna, na verdade, a liberdade geral contra intervenção.

As consequências desse entendimento do direito fundamental estão, sobretudo, no campo processual constitucional. Se o Art. 2 I GG garante a liberdade geral de ação dentro da ordem constitucional, a Reclamação Constitucional baseada nesse direito fundamental amplia-se, com tendência para o controle normativo geral. Desde a decisão *Elfes*, o Tribunal Constitucional Federal considera toda norma jurídica compatível com a Constituição parte da ordem constitucional na acepção do Art. 2 I GG (BVerfGE 6, 32 [37 ss.]). Por essa razão, nos casos de intervenção na liberdade geral de ação, a norma base tem de ser globalmente aferida com a Constituição, portanto, incluindo os dispositivos referentes às metas estabelecidas de Estado, os demais direitos fundamentais e todas as regulamentações de competência e procedimento.

Tal amplitude de controle até já acompanha todas as Reclamações Constitucionais admitidas, pois o indivíduo precisa tolerar apenas aquelas intervenções nos direitos fundamentais com base legal, e como base de intervenção suficiente vale apenas a lei que está de acordo com a Constituição formal e materialmente. Porém, as Reclamações Constitucionais fora do Art. 2 I GG só podem ser interpostas em âmbitos delineados, tematicamente definidos e abranger em regra apenas leis que tenham efeito justamente sobre o direito fundamental atingido. Um direito fundamental para qualquer tipo de comportamento, irrestrito em sua área de proteção, suspende essa restrição e deixa que o interesse próprio de agir [*Selbstbetroffenheit*] do reclamante, em razão de um ato estatal que o onere, seja suficiente para ensejar por meio da Reclamação Constitucional o pleno controle normativo.

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

Por isso, essa banalização dos direitos fundamentais, não prevista pela *Grundgesetz*, e a extrapolação do recurso constitucional a ela associada deveriam ser revistas. Isso parece ser tão mais fácil quando se pensa que o Art. 2 I GG já vem sendo enriquecido com uma série de garantias concretas de liberdade e permanece aberto para necessárias garantias adicionais de liberdade. Por outro lado, não se precisam temer as perdas de liberdade, tal qual o faz o [Primeiro] Senado [do TCF], pois a liberdade geral de ação existe apenas dentro da ordem constitucional e não poderá ampliar o espaço livre do indivíduo para além da medida legal em âmbitos de ação que não sejam de peso para o desenvolvimento da personalidade. Para o reclamante que afirma uma violação do Art. 2 I GG surge, portanto, somente um ônus de fundamentação no sentido de demonstrar que foi cerceado não em um comportamento qualquer, mas em um comportamento justamente relevante para a personalidade.

Naturalmente, a averiguação da fronteira entre ações livres que sejam relevantes para o desenvolvimento da personalidade e aquelas que não o sejam adquire importância decisiva. Porém, o fato de que uma desistência da proteção de direito fundamental da liberdade geral de ação torna necessária tal fixação de limites não constitui ainda uma objeção contra a revisão da especificação do Art. 2 I GG. Pois fixações de limites são necessárias na área de proteção de todo direito fundamental e podem eventualmente provocar dificuldades consideráveis, como mostra, entre outras, a garantia da liberdade artística no Art. 5 III GG. Se, justamente visando essas dificuldades e o interesse de uma proteção eficaz de direito fundamental, a definição da área de proteção é tratada com tamanha generosidade na jurisprudência constitucional, nada se opõe a que se faça o mesmo com o Art. 2 I GG. Mas não existe razão aqui para abandoná-la totalmente.

Os pontos de referência para a fixação de limites resultam, sobretudo, dos chamados direitos de liberdade. Os bens protegidos que são abrangidos pelo Art. 2 I GG devem ser equiparados aos objetos protegidos a que se referem aqueles direitos de liberdade quanto à sua importância para a liberdade pessoal. Substancialmente, tratar-se-á sempre de âmbitos da vida ou formas de comportamento cujo controle arbitrário pelo Estado ameaçaria a autonomia individual e, com isso, favoreceria um sistema que não poderia mais entender-se como baseado no respeito à dignidade humana. Uma enumeração taxativa não é possível, graças à mudança das condições para o desenvolvimento da personalidade (BVerfGE 54, 148 [153]). Que, no entanto, não se podem estabelecer exigências inexecutáveis, o Tribunal Constitucional Federal já mostrou com as concretizações do Art. 2 I GG realizadas até agora. Outras reivindicações de liberdade a serem enquadradas na proteção do Art. 2 I GG devem ser aferidas com esse padrão de fundamentação.

A cavalgada na floresta não atende a essas exigências, tampouco, como, p.ex., a alimentação de pombos em áreas públicas (nesse sentido, todavia: BVerfGE 54, 143). Não resta dúvida de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não deve cessar no âmbito do lazer, pois encontra aqui uma possibilidade de concretização cada vez mais importante em face da redução do tempo de trabalho na semana e na vida e ao paralelo prolongamento do tempo [da expectativa] de vida. Com isso, porém, não é qualquer modalidade associada a esse âmbito da vida que se encontra sob a proteção de direito fundamental. O desenvolvimento da personalidade individual não depende da possibilidade de cavalgar na floresta. Por isso, a Reclamação Constitucional deve ser julgada improcedente, não porque os §§ 50 e 51 da Lei Estadual de Paisagem de *Nordrhein-Westfalen*, contra os

quais ela se dirige, sejam compatíveis com o Art. 2 I GG, mas porque eles nem sequer atingem a área de proteção deste direito fundamental.

(*ass.*) Grimm

6. BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*)

Controle Concreto / Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 09.03.1994

MATÉRIA

Nessa decisão, o TCF julgou conjuntamente várias Representações Judiciais (Controle Normativo Concreto) e uma Reclamação Constitucional que questionavam, basicamente, a constitucionalidade da tipificação penal, entre outros, da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *cannabis sativa L* do § 29 I, nº 5 BtMG (Lei de Entorpecentes).

Os tribunais representantes e os reclamantes alegaram violações, principalmente, do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG, mas também do Art. 3 I GG (igualdade: por causa da legalidade de outras substâncias que segundo seu entendimento seriam tão ou até mais nocivas à saúde pública, tais como a nicotina e o álcool) e até mesmo do Art. 2 II 1 GG (integridade física – cf. abaixo, na fundamentação da decisão).

O TCF julgou presentes as condições processuais da maioria das Representações Judiciais e da Reclamação Constitucional para então, no mérito, confirmar a constitucionalidade dos dispositivos questionados pelas referidas Representações Judiciais e julgar improcedente a Reclamação Constitucional.

O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria, de maneira definitiva; ou seja, depois de interpretado e aplicado o limite da ordem jurídica constitucionalmente compatível previsto no próprio Art. 2 I *in fine* GG, o direito ao entorpecimento ou o direito de “ficar em êxtase” (*Recht auf Rausch*). Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, o que o TCF parece aceitar apenas em tese e concessivamente, a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez que fora considerada proporcional em sentido estrito (cf. sob tópico “C. I.” das razões da decisão).

Com veemência, o TCF rejeitou a tese defendida por alguns tribunais que ofereceram as Representações, segundo a qual a proibição significaria uma intervenção no Art. 2 II 1 GG (integridade física) c.c. Art. 1 I 2 GG (dever estatal de tutela), porque a proibição faria – no entendimento daqueles tribunais que propuseram o controle normativo concreto – com que os potenciais usuários da droga considerada mais leve passassem a consumir outras drogas legais como o álcool: “O dever estatal de tutela restaria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de *cannabis* não fosse criminalizada, [só] porque outras drogas não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam [...] causar maiores danos à saúde” (sob “C. II.”).

Finalmente, o TCF não viu uma violação do mandamento de igualdade do Art. 3 I GG, porque a indústria, o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Primeiro, porque junto à seleção de fatos aos quais o

legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele teria, segundo o TCF, uma ampla margem discricionária, valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional. Em segundo lugar, e como consequência do primeiro fundamento, o preceito da igualdade não ordenaria a proibição ou permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade. A “lista positiva” do Anexo à Lei poderia ser, em qualquer momento, complementada, assim como exceções poderiam ser previstas. Como critério para a introdução de substâncias na lista, o legislador poderia, entre outros, partir do significado cultural da substância em pauta.

A comparação com a nicotina já seria inapropriada, assim julgou o TCF, pelo simples fato de a nicotina não entorpecer (não levar ao “*Rausch*”, i.e., àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial) como o faria o princípio ativo THC da planta *cannabis sativa L.* Por sua vez, a comparação com o álcool, uma droga que, como se sabe, altera a percepção sensorial, sendo que um elevado estado de embriaguez pode ser considerado muito mais intrépido (comprometendo, por exemplo, totalmente a capacidade motora e, conseqüentemente, também a capacidade para direção de automóveis) do que o estado de entorpecimento alcançado pelo uso de *cannabis*, foi refutada pelo TCF com o seguinte problemático argumento: o álcool gozaria de uma longa tradição no círculo cultural europeu, seria usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho. Ao contrário disso, a *cannabis* seria, por sua vez, usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “*Rausch*”. No caso do uso do álcool, como seu efeito inebriante é conhecido, sendo seu consumo submetido a maior “controle social”, a ameaça à coletividade que dele partiria seria menor. No mais, de qualquer sorte, em face da tradição apontada, nem o legislador alemão, nem o europeu poderiam proibir de forma eficaz a relação com o álcool (C. III.).

Todavia, a decisão não foi unânime. Dois juízes divergiram da maioria no Segundo Senado. A primeira opinião divergente, da juíza *Graßhof*, foi relativa tão somente à parte da fundamentação (cf. abaixo) e não à conclusão.

Já a segunda opinião vencida, do Juiz *Simon*, divergiu mesmo da conclusão da maioria no Senado. Considerou que o dispositivo penal da Lei de Entorpecentes já quando previsto (ato normativo em si); e, depois, também quando aplicado, interpretado e executado em face da relação com *cannabis sativa L.* em pequenas quantidades violaria o direito fundamental derivado do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG. Em três passos, o Juiz *Simon* discutiu, criticamente, os fundamentos da maioria no Segundo Senado, alegando, em primeiro lugar, tratar-se de uma intervenção de grande intensidade (I.), para, em um segundo momento, demonstrar que a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito) não fora respeitada (II.) e, finalmente (III.), que esse desrespeito não pôde ser excluído com as chamadas cláusulas de privilégio (desistência da persecução penal, desistência da aplicação da pena ou trancamento da ação).

EMENTAS

1. a) Para o envolvimento com drogas valem os limites do Art. 2 I GG. Não existe um “direito ao êxtase”, o qual não esteja sujeito a essas restrições.

b) Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes que preveem sanção penal para o envolvimento com produtos de *cannabis* devem ser medidos, no que tange à proibição sujeita

à punição, com base no parâmetro do Art. 2 I GG e, no que tange à ameaça de privação de liberdade [aplicação da pena privativa de liberdade], com base no parâmetro do Art. 2 II 2 GG.

2. a) Na apreciação requerida pelo princípio da proporcionalidade da adequação e da necessidade do meio selecionado para o alcance do propósito almejado, bem como na avaliação e prognóstico dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, a serem feitos nesse contexto, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, que pode ser revista pelo Tribunal Constitucional Federal somente em extensão limitada.

b) Em uma ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como a urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito). Do exame com base nesse parâmetro, pode resultar que um meio, em si adequado e necessário para a proteção de bens jurídicos, não possa ser empregado quando os prejuízos infligidos aos direitos fundamentais do atingido notoriamente superarem o aumento da proteção dos bens jurídicos [ao qual o meio empregado deve servir], de modo que a utilização do meio de proteção apresente-se como inapropriada [*“unangemessen”*: inconveniente, desproporcional em sentido estrito].

3. Quando os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes prescrevem sanções penais a formas de conduta que antecedam, exclusivamente, o consumo próprio ocasional, em pequenas quantidades, de produtos de *cannabis* que não estiverem ligados à colocação de terceiros em risco, não infringem a proibição de excesso, porque o legislador possibilita aos órgãos da persecução penal, mediante desistência da aplicação da pena (cf. § 29 V BtMG – Lei de Entorpecentes), ou da persecução processual penal (cf. §§ 153 ss. StPO – Código de Processo Penal; § 31a BtMG) que levem em conta um [eventual] menor grau individual de antijuridicidade [potencial ofensivo] e culpabilidade da ação delituosa. Nesses casos, os órgãos da persecução penal estatal devem, em princípio, em observância ao mandamento de proibição de excesso, abster-se da persecução dos delitos definidos no § 31 a BtMG.

4. O princípio da igualdade não ordena a indistinta proibição ou permissão de todas as drogas que sejam igualmente nocivas, potencialmente. O legislador pode, sem infringir a Constituição, regulamentar de maneira diferente o envolvimento com produtos de *cannabis*, de um lado, e com álcool ou nicotina, de outro.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 9 de março de 1994

– 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92 –

[...]

Dispositivo da decisão:

1. A Representação do Tribunal de *Frankfurt am Main*, de 19 de outubro de 1992, não é admitida [não é conhecida], na parte em que submete ao exame de constitucionalidade o quadro penal do § 29 III 1 e 2, nº 4 da Lei de Entorpecentes, na versão vigente até 21 de setembro de 1992, assim como do § 30 I, nº 4 da Lei de Entorpecentes.

2. O § 29 I 1, nº 1 da Lei de Entorpecentes, de 28 de julho de 1981 (Diário de Leis Federais I, p. 681, 1187), na extensão em que comina com pena a atividade comercial, assim como a importação, a entrega e a aquisição de produtos de *cannabis* sem permissão; o § 29 I 1, nº 3 da Lei de Entorpecentes, na extensão em que comina com pena a posse de produtos de *cannabis*;

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

O § 29 I 1, nº 5 da Lei de Entorpecentes, na extensão em que comina o transporte proibido de produtos de *cannabis*;

O § 29 III 1 e 2, nº 4 da Lei de Entorpecentes em sua versão vigente até 21 de Setembro de 1992, assim como o § 30 I, nº 4 da Lei de Entorpecentes, na extensão em que as normas que digam respeito à atividade comercial e à importação de produtos de *cannabis*, e que sejam objeto de uma Representação Judicial admitida [conhecida], são compatíveis com a *Grundgesetz*.

3. As Reclamações Constitucionais são improcedentes.

RAZÕES

A.

Os processos interligados submetidos à decisão conjunta referem-se à questão [de se perscrutar] se os dispositivos penais previstos na Lei de Entorpecentes são compatíveis com a *Grundgesetz* na medida em que preveem penas para diferentes formas de envolvimento ilícito com produtos de *cannabis*.

I.; II. 1.– 7.; III. 1. – 4. [...].

B.

I. 1. – 3.; II. [...]

C.

Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes apresentados para o exame de constitucionalidade, na extensão em que sejam objeto de uma Representação Judicial admitida [porque presentes as suas condições e pressupostos processuais], são compatíveis com a *Grundgesetz*. A punibilidade do envolvimento ilícito com produtos de *cannabis*, principalmente o haxixe, não infringe nem o Art. 2 II 1 GG, nem o Art. 3 I GG; e, em princípio, também não o Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

1. Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes que prevejam sanção penal para o envolvimento com produtos de *cannabis* podem ser medidos, no que tange à proibição sujeita à punição, com base no parâmetro do Art. 2 I GG; e, no que tange à ameaça de privação de liberdade [aplicação da pena privativa de liberdade], com base no parâmetro do Art. 2 II 2 GG.

O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semiperíodo do Art. 2 I GG, encontrando-se, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]). Sob ordem constitucional devem ser entendidas todas as normas jurídicas que estão formal e materialmente em harmonia com a Constituição (BVerfGE 6, 32 ss.; jurisprudência consolidada). As limitações da liberdade geral de ação com base em tais normas não ferem o Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 34, 369 [378 s.]; 55, 144 [148]). Com isso, não existe um “direito ao êxtase” que não esteja submetido a essas restrições.

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação possa ser restringida (cf. BVerfGE 75, 108 [154 s.]; 80, 137 [153]). Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal que, como sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo a respeito de uma determinada ação do cidadão (cf. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]).

Se houver previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilitará uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa que a *Grundgesetz* caracteriza como “inviolável” é um bem jurídico tão elevado, que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também possam ser cogitadas, presentes determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior (cf. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 ss.]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]), elas serão, em geral, somente permitidas se a proteção de outrem ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restrinja o direito fundamental deve ser adequada e necessária ao alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173, 176]). Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, bem como na avaliação e no prognóstico a serem feitos, nesse contexto, dos perigos que ameacem o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal poderá revisar – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

Além disso, em uma ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). A medida não deve, portanto, onerá-los excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa que tem a sua base no Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 45, 187 [228]) e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar em uma proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados (cf. BVerfGE 54, 100 [108]; jurisprudência consolidada).

Em princípio, é tarefa do legislador a de determinar, de maneira vinculante, o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, a mais sensata ou a mais justa. Tem apenas de zelar para que o dispositivo penal esteja, materialmente, em sintonia com as determinações da

Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 80, 244 [255] com outras referências).

2. a) Com a atual Lei de Entorpecentes vigente, assim como o fez com suas precursoras, o legislador persegue a finalidade de proteger a saúde humana, tanto a do indivíduo como a da população em sua totalidade, dos perigos oriundos dos entorpecentes e defender a população, sobretudo a juvenil, da dependência dos entorpecentes (cf. os motivos do Anteprojeto do Governo [Federal] para uma Lei de Entorpecentes, de 1971: BRDrucks. 665/770 [novo], p. 2, e o Anteprojeto da Lei de Entorpecentes, de 1981: BTDrucks. 8/3551, p. 23 s.).

A essa determinação de objetivo também servem as penas da Lei de Entorpecentes. Para o alcance desse propósito, o legislador não só prevê pena para formas de conduta que são diretamente prejudiciais à saúde dos indivíduos. Pelo contrário, trata-se da conformação do convívio social de forma a deixá-lo livre dos efeitos socialmente danosos da relação com drogas, como inclusive daqueles que partam da assim chamada “droga leve” *cannabis*: por meio dela, principalmente jovens são introduzidos nas substâncias entorpecentes. Sua familiarização com as substâncias entorpecentes é fomentada. A consolidação da personalidade dos jovens e adolescentes pode restar comprometida.

Essa determinação de objetivo foi atualmente significativamente ampliada. [...].

Com essa determinação de objetivo, a Lei de Entorpecentes serve a interesses da comunidade que têm vigência perante a Constituição.

b) Segundo a avaliação do legislador, os riscos à saúde que se originam a partir do consumo dos produtos de *cannabis* são consideráveis. Nesse sentido, segundo o anteprojeto do Governo da Lei de Entorpecentes (cf. BRDrucks. 665/70 [novo], p. 5 ss.): [...].

Essa avaliação se encontra também na base [exposição de motivos] do Anteprojeto apresentado pelo Governo da hoje vigente Lei de Entorpecentes de 1981 (cf. BTDrucks. 8/3551, p. 24):

“Os riscos para a saúde no consumo de produtos de cannabis sempre foram enfatizados pela ciência; no mínimo, não se pode comprovar a ausência de nocividade. Também nos grêmios das Nações Unidas que se ocuparam de questões de substâncias viciantes, vê-se, com muito dilatada maioria, a periculosidade à saúde do abuso de cannabis como presente (assim por último o Relatório Anual da Secretaria de Controle Internacional de Substância Viciantes, do ano de 1978)”.

c) A avaliação original do legislador dos perigos à saúde é, hodiernamente, polêmica. Entretanto, também a hipótese da falta de periculosidade no consumo dos produtos de *cannabis* que norteia as Representações Judiciais [e que ensejou o controle concreto] é insegura.

c 1) [...].

c 2) O estágio atual do reconhecimento científico sobre os efeitos do consumo de *cannabis* é descrito na literatura como segue (cf. a respeito: Geschwinde, *Rauschdrogen*, 2. Aufl. 1990, p. 6 ss.; Quensel in: Scheerer/Vogt [Org.], *Drogen und Drogenpolitik*, 1989, p. 379 ss.; Körner, *BtMG*, 3a. ed., Anexo C 1; Täschner, *Das Cannabisproblem*, 3a. ed. 1986, p. 110 ss.; *Stellungnahme des Bundesgesundheitsamts zu den Auswirkungen des Haschischgenusses im Verfahren 2 BvL 43/92*):

(1) Embora o uso de *cannabis* como droga estupefaciente seja há muito conhecido, os produtos de *cannabis*, em primeira linha, Marijuana, só começaram a ser introduzidos nos

círculos juvenis no início dos anos 1960 no arrimo do Movimento “Flower-Power”. Desde 1967/68, a droga do cânhamo encontrou também na Europa um círculo correspondente de usuários. Desde aproximadamente 20 anos, o consumo de produtos de *cannabis* na República Federal da Alemanha, visto como um todo, aparentemente, não se modificou, enquanto que o uso de assim chamadas drogas pesadas cresce (cf. Geschwinde, *op. cit.*, p. 14, nº à margem 51).

(2) As estimativas sobre o número atual de consumidores na Alemanha variou segundo Geschwinde (*op. cit.* p. 14, nº à margem 52) entre 800.000 e dois milhões; segundo Körner (*BtMG*, Introdução, nº à margem 9) entre três até quatro milhões. No entanto, trata-se, predominantemente, de consumidores ocasionais. Em um levantamento representativo de dados do Ministério Federal da Saúde do ano de 1990, 56,7% dos consumidores ouvidos declararam a frequência [de consumo] de uma até cinco vezes no último ano (cf. o Anexo 3 do Parecer do Ministério Federal da Saúde, no Processo 2 BvL 43/92).

(3) Principal princípio ativo da resina da planta do cânhamo é o delta 9-Tetrahydrocannabinol (THC). Desde sua primeira síntese (1964/65), ele tem sido utilizado na maioria das vezes, solitariamente, em experimentos laboratoriais como princípio ativo; todavia, na *cannabis* natural este é completado por uma variedade de outras substâncias ativas e de odor que também influenciam no modo de seu efeito (cf. a respeito Geschwinde, *op. cit.*, p. 17ss., nº à margem 60 a 76; Täschner, *op. cit.*, p. 59 ss.).

A concentração do princípio ativo que pode ser muito variada de acordo com a origem e forma de produção fica, no caso da erva da *cannabis* (Marijuana) de qualidade ruim, abaixo de 2%; de qualidade média, entre 2 e 4%; e, no caso de boa qualidade, [alcança] 5% ou mais; no caso da resina da *cannabis* (haxixe) de qualidade ruim, [a concentração] fica abaixo de 5%; de qualidade média fica entre 5 e 8%; e sobe, no caso de boa qualidade, para até 10% ou mais; o óleo de haxixe extraído tem um conteúdo de substância ativa de abaixo de 15% (qualidade ruim) até 70% (muito boa qualidade; cf. Körner, *op. cit.*, Anexo C 1, p. 1066).

(4) Os produtos de *cannabis* são costumeiramente fumados misturados com tabaco. Paralelamente, *cannabis* pode ser bebida como “chá” ou dissolvida em chá, como tempero na comida ou como [bolo] assado. Enquanto o efeito no uso oral começa por volta de uma hora após [o consumo], ele começa, ao fumar, dentro de minutos e alcança o máximo dentro de 15 minutos. Entre 30 e 60 minutos depois de fumar o efeito começa a diminuir e, depois de aproximadamente 3 horas, já está praticamente encerrado. No uso oral, ele pode ao contrário durar até 12 horas. O efeito de *cannabis* é, além da dose consumida, ainda mais dependente do estado psíquico (*Set*) e dos fatores do entorno social (*Setting*) do que ocorre no caso de outras substâncias psicotrópicas (cf. Geschwinde, *op. cit.*, p. 28 s., nota à margem, nº 102 até 105; Quensel, *op. cit.*, p. 381; Täschner, *op. cit.*, p. 110).

(5) Os efeitos físicos e psíquicos concretos tanto do consumo único como do consumo continuado são descritos, em parte, de formas diversas entre si (cf. a respeito Geschwinde, *op. cit.*, p. 21 ss.; Binder, *Haschisch und Marihuana*, in: *Deutsches Ärzteblatt* 1981, p. 117 ss.; Täschner, *op. cit.*, p. 117 ss.; Quensel, *op. cit.*, p. 380 ss.; Parecer da Secretaria Federal de Saúde no Processo 2 BvL 43/92). Isso tem como consequência que também a avaliação dos perigos que ameaçam o indivíduo e a comunidade pelo consumo de *cannabis* tem conclusão variada (cf. a respeito Täschner, *op. cit.*, p. 241 ss., de um lado; Quensel, *op. cit.*, p. 386 ss., de

outro lado; uma posição intermediária defendem: Geschwinde, *op. cit.*, p. 41 ss., e o *Parecer da Secretaria Federal de Saúde*).

Amplio consenso existe em torno do fato de que o consumo de produtos de *cannabis* não causa dependência física (cf. Körner, *op. cit.*, Anexo C, nota 46 g; Eberth/Müller, *Betäubungsmittelrecht*, 1982, § 1 Nota à margem 27; Geschwinde, *op. cit.*, p. 41, nota à margem 156) e – exceto no caso de consumo crônico de altas doses – também não provocam a formação de tolerância (cf. Körner, *op. cit.*; Geschwinde, *op. cit.*; Secretaria Federal de Saúde, *op. cit.*, p. 13; opinião contrária: Täschner, *op. cit.*, p. 147 ss.). Também os danos imediatos à saúde são considerados, no consumo moderado, pequenos (cf. Geschwinde, *op. cit.*, p. 4, nota à margem; Täschner, *op. cit.*, p. 143 ss.; Secretaria Federal da Saúde, *op. cit.*, p. 10, 14 ss.). Por outro lado, a possibilidade de uma dependência psíquica praticamente não é contestada (cf. Täschner, *op. cit.*, p. 147 ss.; Körner, *op. cit.*; Secretaria Federal da Saúde, *op. cit.*; Geschwinde, *op. cit.*, p. 42, nota à margem 157 [para uma minoria de consumidores de *cannabis*, no caso de um grande e muito prolongado abuso]); porém o potencial de dependência dos produtos de *cannabis* é avaliado como muito pequeno (cf. Täschner, NSTZ 1993, p. 322 [323]). A isso corresponde o grande número de discretos consumidores de ocasião, assim como o consumidor que se restringe ao consumo de haxixe. No mais, relata-se que o consumo em longo prazo de produtos de *cannabis* poderia provocar alterações comportamentais, tais como letargia, indiferença, sentimentos de medo, perda da realidade e depressões (cf. Körner, *op. cit.*; Täschner, *op. cit.*; de modo mais reservado: *op. cit.*, p. 42 ss.; Secretaria Federal de Saúde, *op. cit.*) e isso poderia justamente atrapalhar, determinantemente, o desenvolvimento da personalidade de jovens. Polêmica é, por sua vez, a provocação da chamada síndrome da desmotivação, um estado de espírito caracterizado pela apatia, passividade e euforia. A discussão gira em torno da questão [de perscrutar] se o consumo de produtos de *cannabis* provoca a síndrome da desmotivação (nesse sentido: Täschner, *op. cit.*, p. 154 ss.) ou se o consumo representa só a consequência de uma atitude vital já antes existente (nesse sentido: Quensel, *op. cit.*, p. 387; mais reservado: Geschwinde, *op. cit.*, p. 42 ss., nºs. à margem 158 até 164; Secretaria Federal da Saúde, *op. cit.*, p. 17 s.). No entanto, amplo consenso existe a respeito do fato de a síndrome da desmotivação só poder surgir [em tese] com um uso permanente de produtos de *cannabis* em doses elevadas.

Preponderantemente rejeitada é a concepção, segundo a qual *cannabis* teria uma “função de demarcação de passo” para drogas mais pesadas, quando, com isso, queira-se descrever uma propriedade bioquímica dos produtos da *cannabis* (cf. Körner, *op. cit.*, Anexo C 1, nº à margem 46 m; Geschwinde, *op. cit.*, p. 44 s., nº à margem 166; Quensel, *op. cit.*, p. 391; Secretaria Federal de Saúde, *op. cit.*, p. 22 ss.). Isso corresponde à conclusão do levantamento representativo de dados de 1990 (Anexo 3 do Parecer do Governo Federal no Processo 2 BvL 43/92, p. 15), segundo o qual apenas 2,5% dos consumidores de haxixe fizeram uso também de outras drogas proibidas pela Lei de Entorpecentes. Com isso, não se exclui a possibilidade de que haja em um número não mais precisamente determinável de casos de consumo de *cannabis* um efeito de “baldeação” para drogas pesadas. Não obstante, isso é devido menos ao fato de se acostumar ao entorpecimento [com *cannabis*] do que ao mercado de drogas – o consumidor de *cannabis* consegue o haxixe, em regra, por intermédio do traficante que também comercializa drogas pesadas (assim, em sede de conclusão, também o Parecer da Secretaria Federal de Saúde, *op. cit.*, p. 22, *in fine*).

Finalmente, é indiscutível que um êxtase agudo com *cannabis* prejudica a capacidade de dirigir (cf. *Kreuzer*, NStZ 1993, p. 209 ss.; *Maatz / Mille*, DRiZ 1993, p. 15 ss.; BVerfGE 89, 69 [77 ss.]).

3. Embora, sob o ponto de vista atual, os riscos à saúde advindos dos produtos de *cannabis* apresentem-se como menores do que o legislador presumiu por ocasião da promulgação da lei, continuam existindo também segundo o atual estágio de conhecimento perigos e riscos não desconsideráveis, de tal modo que a concepção geral da lei em relação aos produtos de *cannabis* continua tendo vigência diante da Constituição. Isso resulta das posições das autoridades especializadas da Secretaria da Saúde e da Polícia Criminal Federal (*BKA - Bundeskriminalamt*) colhidas pelo Senado, bem como da respectiva literatura, avaliada pelo Senado – que vai além das Representações Judiciais em pauta. A concepção legal é no sentido de submeter a um controle estatal abrangente toda a relação com os produtos de *cannabis*, à exceção do próprio consumo, por causa dos perigos advindos da droga para o indivíduo e para a coletividade, prevendo, em prol da imposição desse controle, penas sem lacunas para a relação não autorizada com produtos de *cannabis*. Com esse conteúdo, os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes são adequados para restringir o alastramento da droga na sociedade e, com isso, diminuir os perigos dela provenientes. Os dispositivos penais são, portanto, adequados para fomentar, em geral, o cumprimento do propósito da lei.

4. A avaliação do legislador – que a partir do ensejo das diversas modificações da Lei de Entorpecentes e da ratificação do Tratado sobre Substâncias Tóxicas de 1988 foi repetidamente reexaminada e consolidada – segundo a qual as proibições sancionadas criminalmente do relacionamento ilícito com produtos de *cannabis* seriam necessárias ao alcance dos objetivos da lei também não pode ser contestada sob o ponto de vista de sua constitucionalidade. Também com base no atual estágio do conhecimento, como se pode deduzir das fontes supramencionadas (sob o item 3.), a concepção do legislador, segundo a qual não teria à sua disposição, para o alcance dos objetivos legais, nenhum outro meio igualmente eficaz, mas menos interventivo que a previsão da pena, é defensável. Contra isso não é possível objetar que a proibição de *cannabis* não pôde, até então, alcançar completamente os objetivos legais e que uma liberação do produto *cannabis* cumpriria melhor essa finalidade, como meio mais brando. A discussão político-criminal sobre se uma redução do consumo de *cannabis* possa ser mais bem alcançada por meio do efeito geral preventivo do direito penal ou, ao contrário, pela liberação de *cannabis* e uma por essa via esperada separação dos mercados de drogas, ainda não foi concluída. Não existem conhecimentos cientificamente fundamentados que falem, necessariamente, a favor de um ou de outro caminho. Os tratados internacionais que a República Federal da Alemanha passou a integrar propugnam, no combate ao abuso de drogas e ao trânsito ilícito com as mesmas, cada vez mais pela utilização de meios penais. Se, observando-se esse desenvolvimento jurídico internacional, haveria êxito no sentido de provocar uma separação dos mercados de drogas no âmbito nacional, ou se, pelo contrário, a República Federal da Alemanha transformar-se-ia em um novo entreposto comercial internacional de drogas, resta, no mínimo, em aberto. Igualmente incerto é se, com a exclusão do “sabor do proibido”, ou com as medidas de esclarecimento sobre os perigos do consumo de *cannabis*, seria provocada a diminuição de seu uso. Se o legislador, nesse contexto, pautar-se na interpretação de que a proibição geral de *cannabis* sancionada criminalmente teria o condão de afastar um número maior de

consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais bem adequada para a proteção dos bens jurídicos, isso deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei (cf. BVerfGE 77, 84 [106]). É certo que surgem, sob pressupostos especiais, casos imagináveis nos quais reconhecimentos criminológicos consolidados requeiram, no âmbito do controle de normas, maior atenção, na medida em que sejam aptos a obrigar o legislador a enfrentar uma questão com um determinado tratamento, o qual deva ser regulamentado segundo a Constituição ou [pelo menos] a excluir a regulamentação criada como possível solução (cf. BVerfGE 50, 205 [212 s.]). Porém, os resultados da polêmica sobre uma proibição sancionada criminalmente de qualquer relação com *cannabis* não revelam tal grau de certeza.

5. Para o julgamento do questionamento se os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes apresentados para o exame de constitucionalidade, no que tange à relação com produtos de *cannabis*, infringem a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido estrito), deve ser distinguido entre a proibição em geral da relação com produtos de *cannabis* e sua oponibilidade pela previsão de sanção penal para os mais diversos tipos de choques contra a proibição. O plano geral do legislador de proibir de forma abrangente a relação com produtos de *cannabis* – salvo exceções muito restritas –, não infringe, por si, a proibição de excesso. Ele é justificado pelos fins almejados de proteção da população – sobretudo da juventude – em face dos perigos à saúde oriundos da droga, bem como do risco de dependência psíquica e, por isso, pelo propósito de enfrentar, sobretudo, as organizações criminosas que dominam o mercado da droga e suas influências maléficas em geral. A esses importantes interesses da sociedade não se contrapõem interesses de igual importância na liberação da relação com a droga.

Isso valerá também, em princípio, quando o legislador for utilizar o meio da sanção penal para impor a proibição. Nas infrações cometidas em face da proibição da relação com produtos de *cannabis*, não se trata apenas de uma desobediência em face de normas administrativas e, assim, de uma típica antijuridicidade administrativa: pelo contrário, muitos interesses coletivos que o legislador tem como finalidade proteger são ameaçados por tais infrações. Por isso, baseia-se em considerações claras e razoáveis a avaliação do legislador, uma vez em que tais infrações [segundo ele] merecem e precisam ser sancionadas criminalmente.

Também pelo fato de o legislador ter levado para o âmbito dos riscos abstratos a proteção dos chamados bens comunitários (cf. acima: **2.a**) contra um risco concreto ou até mesmo contra uma violação, em princípio não se pode lembrar-se de nada [questionável] do ponto de vista constitucional. Os tipos normativos da relação ilícita com produtos de *cannabis* fazem a proteção estender-se, abrangentemente, sobre todos os modos de comportamento que, em geral, forem idôneos a causar os perigos descritos. Isso é justificado a partir de razões de prevenção geral.

Faz parte, todavia, da natureza de uma tão abrangentemente concebida proteção penal que os tipos penais encerrem modos de atuação que mostrem significativas diferenças em face do tipo e da medida de intensidade do risco dos bens jurídicos protegidos e em face do conteúdo de culpa e antijuridicidade individuais. O risco para os bens comunitários protegidos pode, de acordo com as características e efeitos da droga, da respectiva quantidade no caso

concreto, do tipo de cada violação que vem à pauta, assim como da observância de outros fatores relevantes em termos de perigo, atingir uma intensidade tão ínfima que os aspectos de prevenção geral, os quais justificam a cominação de pena criminal perdem importância. A pena poderia então, tendo em vista os direitos de liberdade do atingido e sob observância da culpa individual do agente e dos objetivos específico-preventivos de política criminal, especificamente, representar uma sanção exagerada e, por isso, inconstitucional.

O exame dessa questão não é despidendo só porque a ideia geral do legislador de ameaçar a relação ilícita com produtos de *cannabis* de maneira abrangente com sanção penal deva ser compreendida como correspondendo a um meio adequado e necessário à imposição da desejada proteção dos bens jurídicos. O terceiro degrau do exame de proporcionalidade tem, pelo contrário, justamente o sentido de submeter as medidas, reconhecidas como adequadas e necessárias, a um controle contrário, [e assim] à verificação se os meios utilizados, sob observância das restrições que deles partem para o atingido, ainda se encontram em uma adequada relação para com a proteção de bens jurídicos por eles perpetrada. O exame com base no parâmetro da proibição de excesso pode levar ao resultado de que um meio em si adequado e necessário da proteção de bens jurídicos não possa ser aplicado, porque as afetações dos direitos fundamentais do atingido que dele partam pesem claramente mais do que o acréscimo em proteção de bens jurídicos, de tal sorte que a utilização do meio de proteção apareça como inadequado. Disso resulta que, presentes certos pressupostos, a proteção desejada em si tenha de ser, de modo legítimo, deixada para trás quando o meio utilizado levar a uma afetação inadequada dos direitos dos atingidos.

a) A ameaça de pena do § 29 I 1, nº 1 BtMG para a comercialização de produtos de *cannabis* não se choca, segundo tais preceitos, contra a proibição de excesso.

A comercialização fundamenta, como prática imediatamente orientada ao consumo do § 29 I BtMG, original e tipicamente um risco a bens jurídicos de terceiros; e, já por isso, representa a forma mais intensa de risco da relação ilícita com entorpecentes. O comércio desperta e alimenta a procura por produtos de *cannabis*, explora as fraquezas e dependência de outros e leva a uma disseminação descontrolada da droga também em círculos de pessoas especialmente vulneráveis. No mais, ele está, em grande parte, nas mãos do crime organizado internacional. Em face disso, não apenas a proibição da comercialização revela-se proporcional em sentido estrito, como também a cominação penal que a acompanha.

b) Para a entrega gratuita de produtos de *cannabis* cominada com pena pelo § 29 I 1, nº 1 BtMG que não sirva à comercialização vale, em sede de conclusão, o mesmo. Também a entrega leva a uma difusão continuada de produtos de *cannabis* e produz, com isso, um risco a bens jurídicos de terceiros. Mesmo que a periculosidade dessa forma de atuação até possa ser avaliada como claramente menor do que aquela da comercialização, pois os casos de dação gratuita de produtos de *cannabis* têm um significado menor já do ponto de vista numérico, o legislador pode partir de um potencial de risco também dessa forma de atuação. A entrega gratuita da droga ocorre não raramente em um círculo social no qual se encontrem pessoas especialmente vulneráveis como, por exemplo, jovens ou pessoas psicologicamente frágeis ou consumidores contumazes da droga. A entrega da droga abre, em tais casos, uma experiência comunitária pela qual são seduzidas aquelas pessoas ao consumo de drogas que, até então, não eram pertencentes ao círculo dos consumidores ou pela qual as dependências psíquicas da droga [já] existentes podem ser consolidadas. Com vistas a isso, a cominação de sanção

penal para a entrega de produtos de *cannabis* a terceiros é justificada por meio do interesse público na obstacularização de uma difusão descontrolada da droga e mantém-se, em face daquelas pessoas por ela atingidas, dentro dos limites de uma sanção adequada e imponível, principalmente porque se pode levar suficientemente em consideração o peso variado de cada ação em geral por intermédio do quadro penal bem expandido do § 29 I BtMG. Além disso, existem as possibilidades jurídico-processuais de se desistir da persecução penal nos casos de culpa exígua e de falta de um interesse público (cf. §§ 153, 153a StPO).

c) Também a previsão de pena existente no § 29 I, nº 1 BtMG (Lei de Entorpecentes) para a aquisição ilícita de produtos de *cannabis*, bem como a previsão de pena normatizada no § 29 I, nº 3 para o porte ilegal dessa droga, não ferem a proibição de excesso constitucionalmente prescrita.

c 1) Não apenas o comércio de produtos de *cannabis* e sua entrega gratuita constituem, devido à respectiva entrega da droga, sempre um perigo abstrato [infligido] a terceiros. Também a aquisição e a posse ilícitas põem em risco bens jurídicos alheios, já na medida em que abram a possibilidade de uma entrega incontrolada da droga a terceiros. O perigo de tal entrega persiste mesmo quando a aquisição ou a posse da droga, segundo a concepção do autor do delito, somente devam atender ao consumo próprio. Junta-se a isso o fato de que, exatamente na aquisição com a finalidade de consumo próprio, a procura pela droga realiza aquilo que constitui, do lado da procura, o mercado ilegal da mesma. Em face das estimativas sobre o número atual de consumidores, que se movimenta entre 800.000 e 4 milhões de pessoas, a maioria composta justamente de consumidores ocasionais (vide acima, sob o item **2.c)c2**), isso não pode ser considerado insignificante. Sob os aspectos de prevenção geral é, portanto, justificado pela proibição de excesso do direito constitucional prever sanção penal também para a aquisição e a posse ilícitas de produtos de *cannabis* para o próprio consumo, como antijuridicidade digna e carecedora de ser sancionada penalmente.

No entanto, exatamente nesses casos a intensidade da ameaça a bens jurídicos que parta de uma ação e da culpa individuais pode ser pequena. Isso vale, sobretudo, quando os produtos de *cannabis* forem adquiridos e possuídos somente em pequenas quantidades para o consumo próprio. Esses casos constituem uma parcela não pequena das ações puníveis pela Lei de Entorpecentes [...].

Se a aquisição ou a posse de produtos de *cannabis* limitarem-se a pequenas quantidades para ocasional consumo próprio, o perigo concreto de entrega da droga a terceiros, em geral, não é muito elevado. Proporcionalmente pequeno é, em regra geral, o interesse público em uma punição. A imposição da sanção criminal contra quem experimenta e contra consumidores ocasionais de pequenas quantidades de produtos de *cannabis* pode, em seus efeitos sobre o infrator individualizado, levar a resultados inadequados e, pelo aspecto da prevenção especial, ainda mais desvantajosos, como um indesejado desvio para o mundo das drogas e para uma correspondente solidariedade com ele.

c 2) Também em se considerando tais constelações casuísticas, a previsão de uma sanção penal geral – baseada na prevenção geral – para a aquisição e a posse ilícitas de produtos de *cannabis*, não infringe, por sua vez, a proibição de excesso do direito constitucional. Essa, o legislador cumpriu pelo fato de que possibilitou aos órgãos da persecução penal, mediante desistência da aplicação da pena ou da persecução processual penal, levarem em conta um [eventual] menor grau individual de antijuridicidade (potencial ofensivo) e culpabilidade da

ação delituosa. Ao lado das normas gerais dos §§ 153, 153a StPO que permitem um arquivamento do processo no caso de culpa exígua e da falta de um interesse público na persecução penal devem ser mencionados aqui também, sobretudo, o § 29 V e agora também o § 31a BtMG.

Segundo o § 29 V BtMG, o Tribunal poderá deixar de aplicar uma penalidade prevista no § 29 I BtMG se o agente plantar, produzir, importar, exportar, transportar, adquirir ou conseguir por outro modo ou possuir o entorpecente tão somente para o consumo próprio em pequena quantidade. A aplicação dessa norma será então plausível, sobretudo, quando alguém que só quer provar ou [no caso de] um consumidor ocasional conseguir ou possuir uma pequena quantidade de produtos de *cannabis* que são, em comparação com outros conhecidos entorpecentes, menos perigosos, exclusivamente para o consumo próprio, não causando, destarte, riscos a terceiros. Para os órgãos da persecução penal, ele ganha em significado prático, porque o § 153b StPO, em estando presentes as condições do § 29 V BtMG, possibilita um arquivamento do processo até o começo da audiência principal.

No mais, o novo § 31a BtMG, especificamente desde 16 de setembro de 1992, possibilita um descarte da persecução penal para os casos do § 29 V BtMG se a culpa do agente tiver de ser considerada como exígua e não existir nenhum interesse público na persecução penal. O § 31a BtMG diferencia-se da possibilidade de arquivamento segundo o § 153b StPO c.c. § 29 V BtMG pelo fato de ele pressupor, expressamente, uma culpa exígua do agente, assim como a falta de um interesse público na persecução penal. Ao contrário, os elementos típicos da relação com produtos de *cannabis* estarão, em regra, presentes no caso de consumo próprio ocasional sem risco a terceiro e os órgãos de persecução penal – principalmente os Ministérios Públicos que até a proposição da denúncia têm de decidir solitariamente – então segundo a proibição de excesso têm de desistir da persecução dos crimes tipificados no § 31a BtMG. Se a ação [ilícita] causar, pelo contrário, um risco a terceiro, porque elas ocorreram, por exemplo, em escolas, albergues da juventude, casernas ou instituições similares ou porque elas foram cometidas por um educador, por um professor ou algum funcionário público responsável pela execução da Lei de Entorpecentes e derem ensejo à imitação, então podem estar presentes uma culpa maior e um interesse público na persecução penal.

Não obstante, por se tratar, no caso do § 31a BtMG, assim como nos casos dos §§ 153 ss. StPO, de decisões vinculadas juridicamente (opinião dominante, cf. Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO*, 41. ed., § 152 notas à margem 7 a 9; Schoreit in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 3. ed., § 152 notas à margem 23 a 25) seria preocupante se fosse mantida, depois da entrada em vigor do § 31a BtMG, uma prática de arquivamento tão intensamente diferente nos vários Estados-membros da Federação como fora verificada no já mencionado Relatório do Governo Federal para os anos 1985 a 1987 (cf. BTDrucks. 11/4329, p. 15, 21, 22, 26); especialmente, no caso da mensuração da quantidade exígua para a qual a jurisprudência em relação ao § 29 V BtMG já tem princípios (cf. Körner, *BtMG*, 3. ed., § 29 V BtMG notas à margem 806, 807), assim como no caso do julgamento de reincidentes (cf. aqui Körner, § 29 BtMG, nota à margem 811) são constados diferentes formas de aplicação. A norma do § 31a BtMG autoriza ao Ministério Público, em larga medida, arquivar processos de investigação sem a participação do tribunal; ela abre, com isso, ao mesmo tempo a possibilidade de dirigir a prática de arquivamento dos Ministérios Públicos por intermédio de normas administrativas. Os Estados-membros têm, nesse ponto, a obrigação de providenciar uma prática de

arquivamento dos Ministérios Públicos que seja uniforme em sua essência (cf. também BVerfGE 11, 6 [18]; 76, 1 [77]), principalmente porque se trata de uma persecução penal especialmente onerosa para o indivíduo. Uma execução uniforme em sua essência não seria mais garantida se os órgãos nos Estados-membros prescrevessem ou vedassem mediante ordens gerais a persecução de determinados modos de agir segundo atributos geral-abstratos.

Reconhecimentos concretos sobre a aplicação do § 31a BtMG que indicassem uma permanente aplicação diversa também dessa norma nos Estados-membros não estão presentes no momento. O legislador pode aguardar para constatar se o novo tipo criado no § 31a BtMG especialmente concebido para os ilícitos de consumidores na legislação dos entorpecentes levará a uma aplicação normativa neste âmbito jurídico igual em sua essência; ou se mais concretizações legais das condições para o arquivamento serão necessárias.

c 3) A decisão do legislador de diferenciar um diminuto conteúdo antijurídico e culpável de determinados atos, preponderantemente por uma limitação do caráter imperativo da persecução, não pode ser contestada constitucionalmente. Para o legislador, oferecem-se dois caminhos, atendendo à proibição de excesso, para considerar um pequeno conteúdo antijurídico e culpável de determinados grupos de casos: ele pode – por exemplo, por meio de tipos penais de privilégio [aproximadamente: causas excludentes de ilicitude] – restringir o campo de aplicação da pena ou possibilitar sanções especiais para casos de crimes de bagatela (solução jurídico-material). Mas, ele pode, também, limitar e afrouxar o caráter imperativo da persecução (solução processual). A constitucionalmente ordenada proibição de excesso admite, em princípio, ambas as soluções (cf. BVerfGE 50, 205 [213 ss.]). A solução processual também não se choca contra os princípios constitucionais que se derivam do Art. 103 II GG. De maneira evidente, a proibição de retroatividade para normas que positivem sanções penais ou que as intensifiquem não foi tangenciada. O princípio da legalidade da punibilidade foi cumprido; os limites do comportamento punível foram pela lei determinados e, da mesma maneira, como as restrições da cogência da [sua] persecução. Nisso não interfere o fato de a aplicação jurídica caber, no caso concreto, aos órgãos de persecução penal. No mais, também o princípio da [necessidade de] taxatividade da norma penal pode ser observado desde que presente o pressuposto de o indivíduo poder, com suficiente clareza, depreender da lei mediante quais pressupostos ele comete o ilícito penal, assim como com que pena ele pode contar. Esses pressupostos estão aqui presentes.

d) A punibilidade da importação ilícita de produtos de *cannabis* segundo o § 29 I 1, nº 1 BtMG não é problemática sob o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito. Não pode ser questionado constitucionalmente o fato de o legislador sustentar-se aqui em um interesse político-criminal e de política de saúde pública prevalecente, que [faz com que] drogas ilegais não devam poder ser trazidas ao território do Estado nacional e que ele enxergue, no fato de o comércio internacional de entorpecentes, [que é] especialmente perigoso para os bens jurídicos, o especial conteúdo antijurídico da importação ilícita; e, por isso, [considere] que esse trânsito com entorpecentes, que extrapole fronteiras, pertença às suas típicas formas de existência [do comércio internacional de entorpecentes]. Todo Estado que, como a República Federal da Alemanha, aderir ao Tratado para Combate do Comércio de Entorpecentes precisa buscar, com especial intensidade, cumprir suas obrigações com a repressão justamente do trânsito ilegal transfronteiriço e, assim, demonstrar a necessária solidariedade para com o combate eficaz do mercado internacional de drogas. Para quando se tratar de importação de

pequenas quantidades de produtos de *cannabis* para consumo próprio, cite-se o que fora acima (I.5.C.) já referido.

e) O mesmo vale, em sede de conclusão, para a ameaça de pena contra o transporte proibido de entorpecentes no § 29 I 1, nº 5 BtMG. Embora o transporte proibido de entorpecentes afete os interesses de bem estar comunitário com extensão menor do que a importação proibida, também aqui o legítimo interesse estatal em um controle eficaz do trânsito internacional de drogas, em relação ao qual a República Federal da Alemanha, no interesse de um efetivo combate solidário do tráfico internacional de drogas, obrigou-se juridico-internacionalmente, justifica a ameaça de pena em face do princípio da proporcionalidade. Também nesse ponto, as normas da Lei de Entorpecentes oferecem possibilidades suficientes de se levar em consideração, no caso concreto, um conteúdo ínfimo de culpa e antijuridicidade.

f) Por fim, também são compatíveis com a proibição de excesso as normas do § 29 III 1 e 2, nº 4 BtMG na versão vigente até 21 de setembro de 1992, quando se referem à comercialização de produtos de *cannabis* em quantidades não pequenas, assim como a norma do § 30 I, nº 4 BtMG, quando ela se refere à importação de produtos de *cannabis* em quantidades não pequenas.

Como já acima apresentado, a cominação de pena do § 29 I 1, nº 1 BtMG é compatível com o Art. 2 I e Art. 2 II GG quando ela se refere à comercialização com produtos de *cannabis*. Com base nisso, não se pode censurar constitucionalmente que a lei, no § 29 III 1 BtMG, tenha enxergado no comércio ilícito com produtos de *cannabis* em quantidade não pequena no sentido do [antigo, derogado] § 29 III 2, nº 4 BtMG a.F., em regra, um caso especialmente grave da comercialização ilícita de entorpecentes e tenha cominado esse caso especialmente grave com uma pena privativa de liberdade de, no mínimo, um ano. Uma vez em que da comercialização de uma quantidade maior de produtos de *cannabis* parta também maiores perigos para os bens jurídicos protegidos pela lei de entorpecentes, o legislador pode reagir a isso com a ameaça de uma pena mínima mais elevada. Nesse contexto, não se faz necessário um debate com a questão [de pesquisar] se a jurisprudência dos tribunais superiores fixou a fronteira da não pequena quantidade de produtos de *cannabis* com o conteúdo de substância ativa de 7,5 gramas de THC, de maneira a não existir dúvidas constitucionais contra a adequação da pena mínima cominada no § 29 III 1 BtMG. Isso porque essa fixação não é conteúdo da própria lei, mas um resultado de sua interpretação pelos [juízos e] tribunais penais. Caso essa interpretação com vistas à mínima pena cominada for [considerada] incompatível com o princípio da proporcionalidade, nenhum tribunal penal é impedido de interpretar e aplicar essa norma conforme a Constituição. De resto, o quadro penal em si do § 29 III 1 BtMG não é objeto de uma Representação [Judicial] admitida.

Com base em correspondentes considerações também não se choca contra o princípio da proporcionalidade o tipo penal qualificado do § 30 I, nº 4 BtMG quando ele se refere à importação de produtos de *cannabis* em quantidades não pequenas. Também nesse caso, os perigos provenientes de quantidades maiores justificam a criação de um tipo de crime qualificado com uma pena mais elevada. Para a interpretação do conceito de quantidade não pequena vale aqui o mesmo que para o [derrogado] § 29 III 2, nº 4 BtMG a.F. De resto, também aqui o quadro penal em si não foi, de maneira admitida [por não estarem presentes

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

seus pressupostos e condições processuais], apresentado para o exame de constitucionalidade.

6. Com a Lei de Alteração da Lei de Entorpecentes de 1992, o legislador deu passos para uma “reforma da atual, preponderantemente repressiva, legislação para o abuso de entorpecentes pela retirada da persecução penal de consumidores dependentes” (BTDrucks. 12/934, p. 1) e, correspondentemente, diferenciou, na persecução penal, de maneira mais intensa, entre traficantes e consumidores. Em face da discussão político-criminal e científica aberta sobre o consumo de *cannabis*, sobre os perigos decorrentes do consumo de *cannabis* e do caminho correto de se combatê-los (cf. supra: **I.2.c) e 4.**), o legislador deve observar e avaliar os efeitos do direito vigente mediante consideração das experiências do exterior (cf. BVerfGE 50, 290 [335]; 56, 54 [78]; 65, 1 [55 s.]; 88, 203 [309 s.]). No caso, ele deverá, sobretudo, avaliar se e em que medida a liberação de *cannabis* pode levar a uma separação dos mercados de drogas e, com isso, pode contribuir para a limitação do consumo de entorpecentes como um todo ou se, ao contrário, apenas o contra-ataque garantido penalmente ao mercado de drogas como um todo e à criminalidade organizada por ele responsável promete ser suficientemente bem sucedido.

II.

A punibilidade da relação ilícita com produtos de *cannabis* não viola o Art. 2 II 1 GG.

As exposições com as quais se [tenta] fundamenta[r], nas Representações Judiciais, uma violação dessa norma constitucional desconhecem, já em tese, a área de proteção do direito fundamental [trazido à tela].

O Art. 2 II 1 GG protege o indivíduo contra intervenções estatais em sua vida e em sua integridade física. Além disso, ele, em combinação com o Art. 1 I 2 GG, obriga o Estado a posicionar-se como protetor e incentivador desses bens jurídicos; isto é, a protegê-los de intervenções ilegais advindas de terceiros [particulares] (cf. BVerfGE 39, 1 [42]; 88, 203 [251]; jurisprudência consolidada).

Uma vez que a proibição do tráfico de produtos de *cannabis* não obriga ninguém a recorrer a outros entorpecentes que não estão sujeitos à Lei de Entorpecentes, como, por exemplo, ao álcool, não há uma intervenção estatal nos bens jurídicos protegidos pelo Art. 2 II 1 GG. A decisão de prejudicar a própria saúde pelo abuso de tais entorpecentes disponíveis no mercado faz parte, pelo contrário, do âmbito de responsabilidade dos próprios consumidores. O dever estatal de tutela seria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de *cannabis* não fosse criminalizada, porque outras substâncias não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam, circunstancialmente, causar maiores danos à saúde.

III.

A colocação dos produtos de *cannabis* no Anexo 1 do § 1 BtMG, com a consequência de que o trânsito ilícito com essas substâncias está sujeito às suas prescrições penais, não infringe o Art. 3 I GG, porque para o álcool e a nicotina tem vigência outra regulamentação.

1. O princípio da igualdade proíbe tratar de maneira diferenciada os essencialmente iguais e determina que os essencialmente desiguais sejam tratados de maneira diferenciada, conforme as suas particularidades. Nesse caso, cabe fundamentalmente ao legislador a seleção dos fatos para os quais ele liga a mesma consequência jurídica, que ele, portanto, queira considerar como iguais no sentido jurídico. O legislador, contudo, deve fazer uma seleção racional (cf.

BVerfGE 53, 313 [329]). O que será, no contexto da aplicação do princípio da igualdade, defensável racional ou irracionalmente, não é possível determinar-se de uma maneira geral e abstrata, mas tão somente e sempre com base na particularidade da área concreta que deva ser regulamentada (cf. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; jurisprudência consolidada).

Para a área em pauta do direito penal de entorpecentes, o legislador pôde afirmar, sem infringir a Constituição, se existem – para a regulamentação diferenciada, de um lado em face da relação com produtos de *cannabis*; e, de outro, com o álcool e a nicotina – motivos de tal natureza e de tal peso que possam justificar as diferentes consequências jurídicas para os atingidos.

2. O princípio da igualdade não ordena a indistinta proibição ou permissão de todas as drogas que sejam, potencialmente, nocivas por igual. A Lei de Entorpecentes segue, por motivos de segurança jurídica, o princípio da assim chamada lista positiva, isto é, todas as substâncias e preparados proibidos pela Lei de Entorpecentes são listados um a um em forma de anexo à lei. A Lei de Entorpecentes prevê, no seu § 1 II e III, um processo para complementar a lista positiva da lei sob os pressupostos legais jurídicos mais proximamente detalhados; ou, também, para permitir exceções à proibição geral. Nesse contexto, não é obrigatório que o risco de danos à saúde constitua o único critério para a inclusão na lista positiva. Ao lado dos diferenciados efeitos das substâncias, o legislador também pode considerar, por exemplo, suas diversas possibilidades de utilização (imagine-se o abuso dos mais diferentes produtos químicos como colas, solventes, gasolina, como “substâncias de inalação”), o significado das diferentes aplicações para o convívio social, as possibilidades jurídicas e fáticas de se enfrentar o abuso com expectativa de sucesso, bem como as possibilidades e os requisitos de um trabalho conjunto internacional no controle e no combate às drogas e às organizações criminosas que as comercializem. Disto já resta claro que o princípio da igualdade não prescreve que todas as drogas devam ser liberadas, do mesmo modo, para a circulação em geral, [só] porque outras substâncias prejudiciais à saúde são permitidas.

No que tange à comparação entre os produtos de *cannabis* e a nicotina, existe um motivo suficiente para o tratamento diferenciado, já pelo fato de que a nicotina não é entorpecente.

Para o tratamento diferenciado entre os produtos de *cannabis* e o álcool, existem igualmente motivos de peso. Com efeito, é reconhecido que o abuso do álcool traz consigo perigos tanto para o indivíduo como também para a sociedade, perigos estes que se equiparam ou até mesmo superam os provenientes do consumo dos produtos de *cannabis*. Por outro lado, deve-se considerar que o álcool possui inúmeras possibilidades de utilização, diante das quais não existe nada comparável nos elementos extasiantes e produtos da planta *cannabis*. Substâncias com teor alcoólico servem como alimento e estimulante [fonte de prazer]: na forma de vinho, elas também são empregadas em rituais religiosos. Em todos os casos, domina um emprego de álcool que não leva aos estados de êxtase: seu efeito de embriaguez é, em geral, conhecido e evitado, na sua maioria, por um controle social. Ao contrário, no consumo de produtos de *cannabis*, o alcance de um efeito de êxtase encontra-se, tipicamente, em primeiro plano.

Mais ainda: o legislador se vê diante da situação de que ele não pode impedir a apreciação do álcool devido aos costumes de consumo tradicionais da Alemanha e do círculo

cultural europeu. Por causa disso, o Art. 3 I GG não ordena que se abduca da proibição da droga *cannabis*.

IV.

[...]

V.

[...]

(*ass.*) Mahrenholz; Böckenförde; Klein; Graßhof; Kruis; Kirchof; Winter; Sommer.

**Opinião divergente da Juíza Graßhof sobre a decisão (Beschluss)
do Segundo Senado de 9 de março de 1994**

– 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92 –

À conclusão anuo, porém não a todas as partes da fundamentação. O exame dos dispositivos penais com base no parâmetro da proporcionalidade impõe aqui, em parte, outras exigências (I.). Tendo em vista que não é pacífico, no Senado, sob quais pressupostos o legislador estaria obrigado constitucionalmente a prever privilégios [excludentes de ilicitude] em sede de direito penal material, no caso de tipos penais muito abrangentes de um delito de ameaça abstrata, a concepção da maioria do Senado teria de, nesse ponto, ser mais claramente apresentada. A maioria do Senado também não discorre suficientemente sobre a função e o conteúdo de censura de delitos de ameaça abstrata (II.). Para a aplicação desses parâmetros, isso também tem seus efeitos sobre o exame de constitucionalidade dos dispositivos penais da Lei de Entorpecentes (III.).

I.

[...]

1. – 3. [...].

II.

1. – 3. a) - b) aa) – bb), 4. [...].

III.

1. a) – c) aa) – bb), d) [...].

(*ass.*) Graßhof

**Opinião divergente do Juiz Sommer sobre a decisão (Beschluss)
do Segundo Senado de 9 de março de 1994**

– 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/1992, 2 BvR 2031/1992 –

Eu não posso concordar com a decisão do Senado, no que tange ao item 2 do seu dispositivo, em sua plenitude. A previsão de pena do § 29 I, nº 1, 3 e 5 da Lei de Entorpecentes (BtMG) contra importação, transporte, aquisição e posse de produtos de *cannabis* (sobretudo haxixe), também em pequenas quantidades para o consumo próprio, viola o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, ambos combinados com o princípio da proporcionalidade. Já a previsão de pena como intervenção em direito fundamental – ao lado de sua aplicação e execução – tem um peso especial (I.). Os dispositivos da Lei de Entorpecentes, na extensão supra caracterizada, hoje já não passam mais, ao contrário da opinião do Senado, pelo crivo do parâmetro da proporcionalidade em sentido estrito (II.). A violação da proibição de excesso não pode ser excluída, [só] porque, segundo prescrito nos dispositivos dos §§ 29 V e 31a BtMG, pode-se

desistir da [aplicação] da pena ou da persecução processual penal, ou porque a ação penal pode ser suspensa.

I.

O direito penal deve proteger as bases de uma ordenada vida em comunidade. Ele é utilizado como "ultima ratio" dessa proteção quando um determinado comportamento, para além de sua proibição, for, de modo especial, nocivo à sociedade e intolerável em face de uma ordenada vida conjunta das pessoas, sendo, por isso, sua repressão especialmente urgente (cf. BVerfGE 88, 203 [257 s.]). Sob a vigência da ordem liberal da *Grundgesetz*, o direito penal do Estado de direito é, destarte, necessariamente "fragmentado" (cf. Adolf Arndt, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*. Discurso comemorativo no 47ª Conferência Jurídica Alemã, 1968, Relatório da Sessão J, p. 8 e 23).

A previsão [legislativa = cominação], a aplicação e a execução de uma pena como sanção de especial severidade (cf. BVerfGE 22, 49 [79]; 45, 272 [289]) expressam a acusação de que o agente teria violado "valores elementares da vida comunitária". Normas penais dirigem-se por intermédio de uma sentença ético-social condenatória nelas contida sobre um determinado comportamento ao cidadão em seu ser-pessoa, em sua honra; elas revelam, por isso, também uma proximidade com a dignidade da pessoa (Art. 1 I GG) (cf. a respeito: Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*. in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, *Die Grundrechte*. vol. 3, 2ª subvol., 1959, p. 909 [931]). Tendo em vista esse princípio paradigmático, concordo com o Senado em sede de conclusão.

Em face desse contexto, o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a avaliação [da constitucionalidade] adquire um significado mais elevado. Especialmente, deve ser, em cada caso, questionado se a ameaça de sanção criminal em face dos direitos fundamentais ora atingidos de maneira especial [intensa] representa uma sanção exagerada (princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou proibição de excesso). Na ponderação geral exigida segundo aquele, devem ser levados em consideração, de um lado, o grau de valor do bem jurídico a cuja proteção o legislador se volta, o tamanho do dano iminente a esse bem jurídico, o grau da probabilidade da ocorrência do dano, assim como a eventual pressão de tempo e do problema para o legislador; por outro lado, devem ser considerados o peso da intervenção, sua extensão, assim como a "proximidade" do comportamento incriminado ao dano a ser impedido. O último aspecto mencionado adquirirá especial relevância toda vez que o legislador pré-posicionar a punibilidade no âmbito de riscos "abstratos"; a constitucionalmente ordenada proibição de excesso em sua função de assegurar a liberdade pode, principalmente aqui, – como também o Senado reconhece em princípio (Decisão, **C.I.5.**) – exigir reduções de um máximo intencionado de proteção a bens jurídicos por meio de cominações penais.

II.

Sob o aspecto da proibição de excesso, não mais me parece defensável que, além de uma ampla proibição jurídico-administrativa – se o caso, também acompanhada com multa – da livre relação com produtos de *cannabis*, também a importação, transporte, aquisição e posse de tais produtos sejam criminalizados, quando se tratar de determinadas pequenas quantidades para o consumo próprio.

1. Essa que, segundo meu entendimento, é uma verificação cogente não ultrapassa os limites da competência de exame do Tribunal Constitucional Federal.

O Tribunal Constitucional Federal até parte, em jurisprudência pacificada, do dado da existência de uma área limítrofe entre o delito criminal e o direito de ilícito administrativo (*Ordnungsrecht*); que, no contexto, só existem diferenças graduais entre as mencionadas formas de apresentação do delito; e que, coerentemente, é assunto do legislador traçar a exata linha fronteira em cada caso. O Tribunal Constitucional Federal fiscaliza, nesse quesito, apenas se a decisão do legislador encontra-se em consonância com a ordem axiológica constitucional e, também, se corresponde a princípios constitucionais não escritos e a decisões fundamentais da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 80, 182 [185 s.]). A tais princípios constitucionais pertence a proibição de excesso (cf. BVerfGE 51, 60 [75]). O exame com base nesse parâmetro que encerra em si os aspectos da proporcionalidade e exigibilidade obriga, como controle normativo do Tribunal Constitucional Federal, necessariamente, a uma decisão autônoma e axiológica; essa pode, presentes específicos pressupostos, levar à conclusão de que a utilização do direito penal contra um determinado comportamento – medido junto ao conteúdo antijurídico e à possível imputação de culpa – levaria a uma afetação inadequada dos direitos dos atingidos e que, por isso, precisa deixar de ser utilizado (cf. a respeito: BVerfGE 50, 205 [212 s.]).

2. a) O legislador pretende com as normas penais da Lei de Entorpecentes, ao lado das quais aparecem [outros] tipos penais autônomos por causa de ações praticadas em um estado de entorpecimento (cf., por exemplo: §§ 315c I, nº 1, Letra a; 316; 323a StGB), proteger cada pessoa, especialmente as pessoas jovens, contra graves danos à saúde provenientes do vício em entorpecentes. Também [pretende] proteger sua família contra os abalos provenientes do vício em entorpecentes de um de seus membros e poupar a comunidade do preço a pagar, que lhe seria exigido por uma onda, descontroladamente crescente, de entorpecentes (cf. fundamentação do Projeto do Governo para a Lei de Entorpecentes – BtMG de 18 de dezembro de 1970, BRDrucks. 665/70 [novo], p. 2; cf. também § 1 II 1, nº 1 e 3 BtMG). O legislador partiu, no caso de produtos de *cannabis*, de um potencial triplo de risco: ainda que o uso contumaz de *cannabis* não levasse [o usuário] à dependência física, os efeitos colaterais danosos do consumo seriam, todavia, tão não esclarecidos, que uma liberação [do uso dos produtos da *cannabis*] não poderia mais ser [considerada uma atitude] responsável. O uso permanente poderia levar a mudanças no estado de consciência e à dependência psicológica. Por fim, dever-se-ia partir, com grande probabilidade de uma ocorrência de fato, de uma “função marca-passo” da droga (cf. fundamentação do Projeto do Governo para a Lei de Entorpecentes - BtMG de 18 de dezembro de 1970, *op. cit.*, p. 5 s.).

Segundo as verificações do Senado (cf. Decisão, **C.I.2.c** e **3.**), essa avaliação de risco é hoje polêmica: os riscos derivados dos produtos de *cannabis* para os bens jurídicos protegidos pela Lei de Entorpecentes apresentam-se como menores do que o legislador considerou quando da promulgação da Lei. Os danos diretos à saúde no caso de consumo moderado deveriam ser mesmo considerados menores. Enquanto a [possibilidade da ocorrência de] dependência física tem sido amplamente negada, a possibilidade de uma leve dependência psíquica é quase nada polêmica; outrossim, o potencial viciante dos produtos de *cannabis* seria classificado como muito pequeno. A tese da “função marca-passo” restaria, hoje, preponderantemente refutada. Permaneceria, essencialmente, a possibilidade de se causar a chamada “síndrome de falta de motivação” [*amotivationales Syndrom*], como componente de acompanhamento do consumo permanente por jovens e adultos psicologicamente já

onerados, assim como do consumo permanente de grandes quantidades, embora nesse ponto a questão da causalidade pela droga *cannabis* não teria sido [ainda] resolvida.

b) Segundo meu entendimento, a avaliação do risco proveniente [do uso] dos produtos de *cannabis* feita pelo legislador, que sabidamente somente se submete a um controle judicial-constitucional limitado (cf. BVerfGE 88, 203 [262 s.]), não pode por mais tempo permanecer inalterada tendo em vista o estágio atual do conhecimento científico. O legislador que se submete à obrigação de observar, avaliar e corrigir (cf. BVerfGE 65, 1 [55 s.]; 88, 203 [309 s.]) tem de, já no presente, fazer correções – especificamente nos tipos penais materiais apresentados para a avaliação jurídico-constitucional, a fim de afastar um choque contra a proibição de excesso; uma mera observação daqui para frente e avaliação no futuro (cf. Decisão, **C.I.6.**) não são suficientes (veja abaixo: **b4.1**). Em todo caso, o Senado somente poderia ter verificado, segundo minha convicção, a compatibilidade constitucional das normas penais na extensão por mim introdutoriamente identificada com lastro em uma base fática mais ampla, mais atual e, com isso, também mais convincente (veja abaixo: **b4.2**).

b1) Do lado do agente potencial, é necessário, primeiro, proceder à ponderação à luz da proibição de excesso a especial intensidade da intervenção em direito fundamental que já se encontra implícita na ameaça de pena estatal. (cf. acima: **I.**). De resto, deve-se diferenciar entre as várias formas de relação com *cannabis*, na extensão em que elas forem objeto do processo:

Como consequência da entrega a terceiro de *cannabis* (comércio, entrega), consumidores imputáveis não podem sofrer riscos em sua total abrangência. Sem dúvida, a lei prevê pena para a entrega a todos os consumidores. A extensão desse tipo penal como “delito de risco abstrato” [“*abstraktes Gefährdungsdelikt*”] pode ser, por sua vez, explicada com o raciocínio de que já a abertura de um mercado não controlável deixa a droga acessível também àquelas pessoas, junto às quais não se pode esperar um consumo autorresponsável.

Quando a Lei de Entorpecentes prevê pena para formas de relação com *cannabis* que não sejam, desde o início, pautadas pelo lucro (aqui: importação, transporte, aquisição, posse), a razão da pena também na visão do Senado (cf. Decisão, **C.I.5.c.1**) – e também em consideração a grupos de risco – não está no eventual autorrisco dos consumidores. [A verificação da presença de] Um risco de terceiros como consequência – indireta – desse tipo de comportamento o Senado apoia (cf. Decisão, *ibid.*), essencialmente, em dois raciocínios: importação, transporte, aquisição e posse poderiam ser compreendidos como pré-estágios da entrega a terceiros, razão pela qual tais comportamentos estariam sempre ligados ao risco (abstrato) do comércio em si perigoso ou da entrega a terceiros; por outro lado, poder-se-ia, no caso, enxergar uma participação no mercado internacional de drogas que também constituiria os riscos dele provenientes. Ambas as construções de raciocínio juntam aos tipos penais da entrega a terceiros, configurados como delitos de risco abstrato, mais um degrau do risco abstrato (cf. Michael Köhler, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, ZStW 104 [1992], p. 3 ss. [39]).

Por fim, o Senado considera como uma possível contribuição ao risco do pequeno consumidor que o tipo e o modo do consumo poderiam ser aptos a induzir jovens ao consumo da droga (cf. Decisão, **C.I.5.c.2**). Atrás desse raciocínio só pode estar – porque o consumo em si de produtos de *cannabis* não é cominado – o aspecto de mais um (terceiro) degrau do risco abstrato.

b2) Se o consumo de *cannabis* é causador, como efeito colateral, do consumo permanente dos possíveis comprometimentos da saúde mental de grupos de risco (síndrome da falta de motivação), não é sabido. Todavia, parece ser a penalização da entrega da droga diretamente a jovens livre de questionamentos (cf. Art. 6 II 2 GG).

Entretanto, de resto, questionável poderia ser sob o aspecto da responsabilidade do indivíduo por um (incerto) perigo que a punibilidade da entrega a terceiros já seja ligada a um comportamento de entrega a terceiros que não é mais bem qualificado. Ensejo para dúvidas revelam pelo menos a penalização da *importação*, do *transporte*, da *aquisição* e da *posse* [dest. no original] de produtos de *cannabis*: Nesse caso, não é apenas incerto quais seriam os perigos que derivariam [de tais condutas tipificadas]. Mais do que isso, tais agentes encontram-se a mais de um degrau complementar distante de um (possível) perigo; a hipótese de um risco abstrato – digno de ser cominado penalmente – pauta-se na hipótese genérica de que a droga seria entregue [a terceiros]. A essa hipótese e à presunção de um perigo que se constrói sobre ela, contrapõem-se questionamentos especialmente graves, quando se trata de pequenas quantidades da droga direcionadas ao consumo próprio. Porque a Lei de Entorpecentes não comina o consumo em si com pena, algo semelhante vale também para a tese do Senado de que os riscos enxergados pelo legislador poderiam se realizar na via da sedução da juventude ao consumo de drogas também por intermédio do tipo e do modo do consumo.

b3) Sem a presença de um perigo da relação com produtos de *cannabis* para a saúde – incluindo a saúde psíquica – e para o desenvolvimento da personalidade livre de estorvos de jovens já estaria faltando uma base jurídico-constitucional sólida para uma proibição da relação. Por isso, em minha opinião, também a referência a efeitos sociais negativos de um mercado de drogas, configurado pela criminalidade como consequência da proibição, não pode – autonomamente – justificar ameaças de sanções penais contra as formas em pauta, exclusivamente orientadas ao consumo, da relação com produtos de *cannabis* no quadro da Lei de Entorpecentes.

b4) A verificação da inconstitucionalidade parcial das normas do § 29 I 1, nº 1, 3 e 5 BtMG pressupõe que a intervenção nos direitos dos atingidos esteja, inequivocamente, em desproporção em relação à extensão do perigo a ser combatido e, por isso, mostre-se indefensável. As preocupações ocorrentes no quadro do controle de constitucionalidade precisam alcançar, portanto, um peso especial.

(1) A fronteira do defensável foi, no meu entender, ultrapassada nos casos da importação, transporte, aquisição e posse de pequenas quantidades de produtos de *cannabis* para o consumo próprio.

Essa acusação não pode ser apresentada ao legislador do ano de 1971. Naquele momento, a pressão do problema e a pressão cronológica, assim como a situação insegura do conhecimento [científico disponível] (cf. BRDrucks. 665/70 [novo], p. 1 até 8) justificavam a proibição acompanhada de sanção penal à relação com produtos de *cannabis* na extensão completa.

O legislador pode, no entanto, – aspecto do qual, em princípio, também o Senado parte (cf. Decisão, C.I.6.) – com base em fatores modificados, ser obrigado à avaliação e ao aperfeiçoamento *a posteriori* de uma regulamentação que fora originalmente [considerada] compatível com a Constituição (cf. BVerfGE 65, 1 [56]). Será então, entre outros, esse o caso

quando uma avaliação inquestionável quanto à sua constitucionalidade no momento da promulgação da lei revelar-se, em momento futuro, como total ou parcialmente improcedente (cf. BVerfGE 88, 203 [310]).

Depois de passados mais de vinte anos, a cominação genérica do § 29 I 1, nº 1, 3 e 5 BtMG não pode mais ser aceita com base na apresentada insegura apreciação de risco, principalmente porque também as relações contextuais de eficácia entre a difusão de um mercado ilegal de drogas com sua criminalidade afim, de providência e de consequência e a criminalização da relação exclusivamente orientada ao consumo de produtos de *cannabis* em pequenas quantidades parecem, cada vez mais, menos esclarecidas.

Em última instância, é decisivo para que eu considere a fronteira do defensável [como tendo sido] já hoje ultrapassada, na extensão descrita, sob o aspecto da proibição de excesso – ao lado da intensidade diminuta do perigo verificável e da configuração das questionáveis variantes do tipo normativo-penal como delitos de risco abstrato “de segundo e terceiro graus” – o alcance do efeito da penalização questionável perante o pano de fundo fático modificado: o Senado parte de um número de até quatro milhões de consumidores de *cannabis* na República Federal da Alemanha, dos quais, no entanto, mais da metade (56,7 %) indicou a frequência do consumo [como sendo] de 1 até 5 vezes por ano (Decisão, C.I.2.c.2.2). Correspondentemente a isso, ele fala de um alto número de discretos consumidores de ocasião (Decisão, C.I.2.c.2.5). Constatações no sentido de que uma parcela considerável desses consumidores ocasionais disponibilizaria *cannabis* aos grupos de risco não se apresentam no horizonte.

Assim, em última instância, com a ameaça de pena contra os descritos modos de comportamento que em relação ao consumo próprio foram pré-posicionados [pelo legislador] os atingidos [destinatários das sanções penais e titulares dos direitos fundamentais] estão sendo responsabilizados por supostas tendências danosas e pelo comportamento criminoso de terceiros. Enquanto a criminalização for, para além disso, fundamentada com uma desejada extinção do mercado, eles acabam sendo obrigados [a respeitar a norma penal] para um objetivo superior. A conexão da ameaça de pena a um comportamento de periculosidade extremamente reduzida, apenas indireta, aproxima-a, assim, de um mero meio para [o alcance de] um propósito; mas isso faz com que a ameaça de pena não pareça mais compatível com a pretensão ao respeito e ao valor protegidos constitucionalmente (cf. BVerfGE 28, 386 [391]; 45, 187 [228]; 50, 205 [215]).

(2) Algo diferente apenas poderia valer se se pudesse, com base em um esclarecimento amplo da matéria, chegar a uma apreciação mais confiável do perigo. Quando, há anos, insistentemente, – como no caso de uma criminalização ampla da relação com produtos de *cannabis* – e de várias partes [da sociedade civil] dúvidas [questionamentos] de vulto são direcionadas à regulamentação a que se chegou um dia, então o legislador apenas estará cumprindo sua obrigação de observar, avaliar e aperfeiçoar, quando ele conseguir chegar a um diagnóstico autônomo a respeito da permanência [atualidade] das bases empíricas de sua ponderação [feita quando da promulgação da lei], com fulcro em fontes confiáveis. O Senado não demonstrou, com [eventuais] exposições mais minuciosas do legislador que e como ele poderia cumprir essa obrigação, tendo em vista a extensão aqui polêmica da ameaça de pena. Tampouco o próprio Senado procedeu a um levantamento de provas, algo como por intermédio da busca por correspondentes pareceres de especialistas (cf. BVerfGE 6, 389 [398

ss.)), para respaldar sua decisão também nesse quesito da base empírica suficientemente ampla e atual.

c) Também não vejo, em consideração às obrigações internacionais [derivadas de tratados internacionais] da República Federal da Alemanha, nenhum ensejo para desistir do meu entendimento.

Uma violação da *Grundgesetz* não perde seu objeto, porque ela repousa sobre uma obrigação internacional da República Federal da Alemanha (cf. BVerfGE 45, 83 [96]). Pode restar em aberto, em face de uma tendência simpática ao direito internacional público da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 45, 83 [97]), com que peso tal obrigação poderia entrar na ponderação ensejada pela proibição de excesso, pois à parcial descriminalização considerada por mim como ordenada [constitucionalmente] não se contrapõem os tratados internacionais em pauta.

c1) Em parte, já não se pode, ou pelo menos não com clareza suficiente, deles depreender uma obrigação da República Federal da Alemanha de cominar penalmente a relação com pequenas quantidades de produtos de *cannabis* para o consumo próprio. Os dispositivos penais do “Tratado Uniforme, de 30 de março de 1961, sobre Substâncias Viciantes” (BGBl. 1973, II, p. 1353) obrigam os Estados-partes tão somente a medidas *necessárias* [dest. no original] (“mesures necessaires”) para cominar a relação proibida e dolosa com substâncias viciantes (Art. 36 I; cf. de resto: Art. 2 V, b e Art. 4). Na aqui derivada margem discricionária [do legislador nacional] para o caso da posse de drogas para o consumo pessoal (cf. também Alfons Noll, *Drug abuse and penal provisions of the international drug control treaties*, in: Bulletin on Narcotics, XXIX [nº 4/1977], 41 [44 s.]), também o “Protocolo de 25 de março de 1972 para a Derrogação do Tratado Uniforme de 1961 sobre Substâncias Viciantes” (BGBl. 1975, II, p. 2) não alterou nada. O Tratado Schengen, de 19 de junho de 1990, sobre a gradual extinção dos controles nas fronteiras comuns (BGBl. 1993, II, p. 1010) obriga os Estados-Partes a reprimirem a relação dos produtos de *cannabis* do *lado da oferta* [dest. no original] (“entrega”) também com meios jurídico-penais (Art. 71 I e II); em face da contenção da *procura* [dest. no original] não permitida, as medidas necessárias são deixadas à responsabilidade dos Estados-Partes (Art. 71 V).

c2) Por sua vez, o “Tratado de 21 de fevereiro de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas” (BGBl. 1976, II, p. 1477) exige que qualquer uso de produtos de *cannabis*, exceto para propósitos medicinais ou científicos, seja proibido (Art. 5 I e Art. 7) e que qualquer desrespeito à proibição seja tratado criminalmente (Art. 22 I a). Uma determinação expressa de penalização de comportamento de consumidores encontra-se, pela primeira vez, no Art. 3 II do “Tratado das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1988, contra o trânsito não permitido com Substâncias Viciantes e Psicotrópicas (Tratado de Substâncias Viciantes)” (BGBl. 1993, II, p. 1137).

No mais, o último tratado mencionado submete, entretanto, a obrigação de penalizar a posse e aquisição de substâncias viciantes à reserva dos princípios constitucionais dos Estados-Partes (Art. 22 do Tratado sobre Substâncias Psicotrópicas; Art. 3 II do Tratado de Substâncias Viciantes). O Tratado de Substâncias Viciantes contém, no mais, a reserva das linhas fundamentais da ordem jurídica dos Estados-Partes. Aqui o Governo Federal apresentou uma declaração de interpretação que garante, segundo seu entendimento, que à ratificação não se pode contrapor eventuais reflexões “sobre o ‘se’ da penalização no âmbito delitual inferior”

(Protocolo da 76ª Seção da Comissão de Direito da 12ª Câmara Federal, em 12 de maio de 1993, p. 46 s.). De resto, o Art. 3 do Tratado de Substâncias Viciantes, segundo seu parágrafo 11, não tangencia o princípio de que está reservada ao direito interno de um Estado-Parte a definição das ações criminosas, sobre as quais o dispositivo [trazido à pauta] se baseia, e dos respectivos motivos [legislativos] que excluem uma punibilidade. Podem ser, nesse sentido, consideradas como “descrições da ação criminosa” e dos “motivos, que excluem uma punibilidade” que, de igual maneira, foram contempladas pelo Tratado de Substâncias Viciantes de 1988 e por minha objeção constitucional ao nível do direito penal material. Assim, poderia ser prevista, nos casos em apreço, uma cogente causa excludente da punibilidade (cf. § 29 V BtMG, na versão da proposta de emenda da Bancada do SPD, de 12 de maio de 1993, BTDrucks. 12/4913). A punibilidade poderia também se dar na forma de uma condição objetiva da punibilidade da ultrapassagem de uma quantidade mínima (assim o "Projeto de Lei para Mudança da Lei de Entorpecentes do Estado-membro de *Rheinland-Pfalz*", de 21 de janeiro de 1993, BRDrucks. 58/93).

III.

O Senado considera necessárias as restrições à aquisição e à posse de pequenas quantidades de produtos de *cannabis* para propósitos de consumo próprio. As dúvidas que se seguem, baseadas no aspecto da proibição de excesso, não se encontram para mim afastadas por meio da indicação das normas dos §§ 153 ss. StPO, 29 V e 31a BtMG.

1. Contra a “solução processual” do Senado advoga – ao lado do problema também demonstrado na Decisão (C.I.5.c.2) de uma grande variação da prática de arquivamento de Estado-membro para Estado-membro – o Art. 103 II GG.

Segundo ele [o citado dispositivo constitucional], o legislador é obrigado a descrever os pressupostos da punibilidade de modo tão concreto, de tal sorte que o alcance e o âmbito da aplicação dos tipos normativos penais possam ser reconhecidos.

Essa obrigação serve não somente à proteção dos destinatários normativos. Ao contrário, deve também restar assegurado que o próprio legislador decida sobre a punibilidade de um determinado comportamento. Se essa decisão for deixada ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário, isso seria incompatível com o princípio constitucional segundo o qual a decisão sobre a limitação de direitos fundamentais ou sobre os pressupostos de tal limitação cabe ao legislador e não aos demais poderes estatais (cf. BVerfGE 47, 109 [120]; 75, 329 [341]; 87, 363 [391], jurispr. pacífica).

Esse princípio até não se opõe à admissibilidade de normas que, no caso concreto, suavizem a obrigatoriedade da persecução penal (§ 152 II StPO) (cf. Hans Faller, *Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß*, in: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, 1971, p. 69 ss. [80]). Todavia, se aos órgãos públicos da persecução penal for confiada uma parcimônia que leve a uma correção de um tipo normativo composto muito largamente com os meios do direito processual, eles não estão mais decidindo apenas sobre a indicação e a oportunidade da persecução penal no caso concreto, mas fixando, eles próprios, o que deve ser visto como punível [e o que não]. Portanto, eu vejo que o limite imposto pelo Art. 103 II GG, em seu significado como expressão específica da reserva parlamentar, a tal instrumentalização de cominações penais fixadas legalmente mediante restrição do princípio da legalidade processual penal, foi ultrapassado.

Quando o comportamento punível é composto de modo mais extenso do que ele deveria ou poderia ser perseguido [processualmente], a prática da [não] perseguição penal poderia, além disso, passar a impressão de que o legislador, com sua condenação [ao comportamento cominado], não está falando sério completamente. Quando o direito penal é utilizado desse modo apenas como uma solução “simbólica”, existe o perigo de que a sua força de determinação também desapareça lá onde ela for realmente necessária (cf. Wolfgang Frisch, *An den Grenzen des Strafrechts*, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, p. 69 ss. [95 s.]).

2. A referência do Senado a normas que possibilitam ao Ministério Público e ao Tribunal a dispensa da perseguição penal e o arquivamento do processo ou a dispensa de pena, também não leva suficientemente em consideração o fato de não serem, de modo especial, carecedores de justificação perante os direitos de liberdade apenas a aplicação e a execução de pena estatal. Já a caracterização de um comportamento como punível e também a abertura de um processo de investigação são relevantes para o direito fundamental. Cada norma penal confia à polícia (§ 163 I StPO), ao Ministério Público e ao juiz um poder sobre o destino de outrem, mesmo que, ao final, não se chegue a uma denúncia ou a uma condenação. Já a penalização de um comportamento como tal cria sofrimento “por meio da obscura área das chantagens com ela imbricadas e humilhações humanas; mediante as críticas zonas marginais que cada delito alberga; mediante as consequências legais e extralegais da reação jurídico-penal para o acusado” (Ernst- Walter Hanack, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, Parecer para a 47ª Conferência Jurídica Alemã, 1968, A 35). O atingido não pode impor pelo vigente direito processual penal o arquivamento de um processo de investigação com [a impetração de] remédios jurídico-processuais de acordo com a proibição de excesso, [o que foi] considerado como indicado constitucionalmente para a proteção de seus direitos fundamentais também pelo Senado em determinados casos. Também por essa razão, o direito penal material deve fixar o que é digno de ser punido e o que não o é.

(ass.) Sommer.

7. BVerfGE 99, 185 (Scientology)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 10.11.1998

MATÉRIA

O reclamante que, no passado, fora filiado à *Scientology Church*, uma agremiação ou seita religiosa que, principalmente em meados da década de 1990, causou bastante polêmica na Alemanha, voltou-se judicialmente contra afirmações segundo as quais ele ainda seria ligado à seita, sendo, inclusive, um líder e sacerdote dela. Entre outras coisas, a opinião pública dominante acusava a *Scientology Church* de ter pretensões políticas totalitárias e de alienar seus membros com um conhecimento pseudocientífico. A motivação do reclamante de querer ver imposta judicialmente essa pretensão era não somente de natureza pessoal, mas econômica e profissional, visto que, como artista plástico, perdera bastante reputação e, mais concretamente falando, perdera até mesmo contratos com essa ligação incômoda.

Sua ação cominatória que pretendia fixar a obrigação de não fazer (abstenção de uma afirmação) dos réus foi julgada improcedente pelos tribunais ordinários, que consideraram a afirmação protegida pelo direito fundamental do Art. 5 I 1 GG, o qual tutela a liberdade de expressão do pensamento.

Na Reclamação Judicial ajuizada contra a decisão de última instância prolatada pelo Superior Tribunal Estadual de *Hessen*, arguiu o reclamante uma violação de seu direito geral de personalidade protegido pelo Art. 2 I GG. Após fazer uma ampla discussão com sua própria e extensa jurisprudência sobre a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da proteção da personalidade, revisitando seus critérios, o TCF adicionou um importante elemento à área de proteção do Art. 2 I GG, consubstanciado na ementa 1 abaixo, e um critério sintetizado pela ementa 2 também abaixo transcrita na sua tradução para o vernáculo.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional, porque considerou o cerceamento da liberdade de expressão como coberto pelo limite do Art. 5 II GG cujo conteúdo, no caso, é o direito geral da personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

EMENTAS

1. O direito geral da personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) protege o indivíduo também contra a falsa atribuição de filiação a associações ou grupos, se essa atribuição tiver importância para a personalidade e sua imagem pública.
2. É incompatível com o direito geral de personalidade que àquele atingido e prejudicado pela afirmação de fatos seja negada a possibilidade de provar a falsidade da afirmação em processo judicial, sob a alegação de que o declarante teria apresentado, no processo, fatos comprobatórios de sua afirmação.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de novembro de 1998

– 1 BvR 1531/96 –

[...]

Dispositivo da decisão

A decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt/Main*, de 20 de junho de 1996 – 16 U 163/95 – fere o direito fundamental do reclamante previsto no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, ao julgar improcedente seu pedido. Suspende-se a decisão nessa extensão, inclusive seu dispositivo sobre as custas processuais. Retornem-se os autos ao Superior Tribunal Estadual. O Estado de *Hessen* deve indenizar ao reclamante as custas com o processo de Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional dirige-se contra o julgamento de improcedência de uma ação cível cujo pedido fora a abstenção de expressões prejudiciais à reputação.

I.

1. O reclamante, um conhecido artista austríaco que vive na Alemanha, ocupava-se, desde 1972, com os textos e ensinamentos da *Scientology* e também frequentava cursos oferecidos pela organização. Desde 1975, foi chamado em diversas revistas de cientólogo ou de associado de alguma forma com a *Scientology*.
[...].

2.-3. [...]

II.

Por meio de sua Reclamação Constitucional, o reclamante afirma a violação de seu direito geral de personalidade previsto pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Ele não seria *cientólogo*, nunca teria se formado sacerdote, nunca teria assumido tal função, e também nunca teria se denominado como tal. No artigo da [publicado na revista] "*Celebrity*", edição 262, tratar-se-ia não de uma entrevista, mas de propaganda. Ele não teria sido entrevistado para esse artigo, nem teria autorizado sua publicação. Embora tivesse se ocupado dos livros da *Scientology* nos anos 1970 e 1980 por interesse geral em questões transcendentais e frequentado os cursos por ela oferecidos, havia posteriormente perdido o interesse e se dedicado a outros assuntos. Depois de 1992, ele teria se distanciado da *Scientology* e se voltado judicialmente contra a afirmação de que seria um cientólogo.

A decisão do tribunal de apelação teria o efeito de permitir que fatos incorretos sobre ele pudessem ser divulgados. Isso seria equivalente a uma proibição de exercer a profissão e realizar exposições, pois não estaria mais recebendo quase nenhum convite na Alemanha por causa das imputações. [...]. De resto, teria o reclamante tomado todas as devidas providências contra as notícias, exigindo declarações corretivas da Igreja *Scientology* na Alemanha que as recebera; mais do que isso não poderia ser exigido dele.

III.

[...]

B.

A Reclamação Constitucional é procedente. A decisão em questão fere o direito geral de personalidade do reclamante previsto no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, por ter julgado improcedente o pedido de sua ação. Na verdade, a Reclamação Constitucional dirige-se contra a decisão em seu todo. Entretanto, a decisão não onera o reclamante em toda a sua extensão. Como também sua Reclamação Constitucional não contém, em relação a esse mister, argumentações, seu pedido deve ser interpretado de tal sorte a se restringir às partes da sentença que [de fato] o onerem (cf. BVerfGE 1, 14 [39]; 7, 99 [105 ss.]; 68, 1 [68]).

I.

O reclamante é atingido pela decisão impugnada em seu direito geral de personalidade.

1. O direito geral de personalidade estende sua proteção também em face de atribuições de filiação a grupos, caso estas sejam significativas para a personalidade, prejudicando sua imagem junto à opinião pública.

O direito fundamental protege elementos da personalidade que não são objeto de garantias especiais de liberdade, mas que não são menos importantes para a personalidade em seu significado constitutivo (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; jurisprudência consolidada). É nesse contexto que está inserida também a reputação social do indivíduo. Por essa razão, o direito geral da personalidade abrange a proteção contra declarações que sirvam para denegrir a imagem de uma pessoa junto à opinião pública. Tais declarações ameaçam o livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo Art. 2 I GG, porque podem diminuir o prestígio do indivíduo, enfraquecer seus contatos sociais e, conseqüentemente, destruir sua autoestima. Porém, a proteção desse direito fundamental não tem o condão de conceder ao indivíduo o direito de ser apresentado publicamente como ele mesmo se vê ou como gostaria de ser visto pelos outros. De qualquer modo, ele é protegido contra [aquelas] representações

falsas ou distorcidas de sua pessoa que não sejam de todo modo insignificantes para o desenvolvimento da sua personalidade (cf. BVerfGE 97, 125 [148 s.]; 97, 391 [403]).

A filiação a certos grupos ou organizações encerra, normalmente, tal importância para a personalidade. Quando alguém faz parte deles por nascimento ou socialização, eles têm geralmente influência formadora de identidade na pessoa. Mas se a pessoa filiou-se por livre e espontânea vontade, isso revela, em regra, um alto grau de identificação com seus objetivos e formas de comportamento, podendo assumir força definidora da personalidade. O indivíduo é identificado em seu meio, em maior ou menor grau, pelas organizações ou grupos aos quais pertence. Seu prestígio não depende apenas de suas características e desempenho individuais, mas também do prestígio dos grupos aos quais pertence (cf. BVerfGE 93, 266 [299]). Isso vale especialmente para aqueles grupos ou associações que se definam como religiosos ou ideológicos e, mais ainda, se estes não forem grupos religiosos ou ideológicos tradicionais, mas ocuparem uma posição de minoria, sendo vistos na sociedade de forma crítica ou até mesmo rejeitados.

2. A decisão atacada fere o direito fundamental do reclamante previsto pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

A proteção do direito fundamental contra afirmações prejudiciais não tem, com efeito, eficácia direta em face de terceiros. Também o direito geral da personalidade tem eficácia direta apenas em face do Estado. Mas este tem o dever básico relativo aos direitos fundamentais de proteção do indivíduo diante de ameaças contra a personalidade provenientes de terceiros (cf. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]). Quando os tribunais aplicam normas que sirvam a essa proteção, eles têm de observar os parâmetros decorrentes dos direitos fundamentais. Se eles os desconsiderarem, então ocorrerá, segundo a jurisprudência consolidada do TCF, não apenas uma violação do direito constitucional objetivo, mas uma violação dos direitos fundamentais subjetivos do indivíduo (cf. BVerfGE 7, 198 [206 s.]).

As decisões judiciais que permitiram declarações sobre a personalidade, contra as quais o reclamante se defendeu com a justificativa de tais afirmações serem falsas, atingem, portanto, o direito geral de personalidade. Esse é o caso ocorrido na rejeição do pedido do reclamante para [que o Judiciário determinasse] a abstenção de declarações segundo as quais seria membro do grupo da *Scientology*, que teria se autodenominado sacerdote daquela comunidade e que seria também sacerdote. A estreita ligação com a *Scientology* a ele atribuída pode influenciar negativamente a imagem que a sociedade dele tem. Isso vale, sobretudo, no caso em pauta, por ser justamente essa organização bastante polêmica junto à sociedade e por ter sido, por várias vezes, objeto de advertências do poder público e de artigos críticos na imprensa. Não se pode negar que a afirmação, segundo a qual o reclamante seria um líder cientólogo, dificulta sua atividade artística, porque um prejuízo causado à sua reputação pode ter consequências negativas junto a contratos ou compras.

II.

A decisão atacada viola o direito geral de personalidade.

1. Este não é, porém, garantido sem reserva. Segundo o Art. 2 I GG, ele é limitado pela ordem constitucional, inclusive pelos direitos de outrem. Desses direitos faz parte também a liberdade de expressão do pensamento, garantida a todos pelo Art. 5 I GG. Da mesma forma como o direito geral da personalidade, porém, a liberdade de expressão não é garantida sem

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

reserva. Ela encontra seus limites no Art. 5 II GG, dentre outros, nas leis gerais e no direito à honra pessoal. Como fundamento de direito civil para o pedido de omissão de declarações são considerados os §§ 1004 I, 823 II BGB c.c. § 186 StGB nos quais o Superior Tribunal Estadual se baseou para sua decisão. Em contrapartida, os interesses da liberdade de expressão são determinados, sobretudo, no § 193 StGB (cf. BVerfGE 12, 113 [125 s.]; 93 266 [290 s.]), que afasta uma condenação [exclui a ilicitude] por declarações ofensivas à honra, quando estas representarem interesses justificados (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*), o que – por intermédio do § 823 II BGB, em todo caso em conformidade com seu conceito jurídico – é aplicado também no direito civil.

A interpretação e aplicação dessas normas são tarefas dos tribunais competentes. Mas eles devem levar em consideração, em sua interpretação, os direitos fundamentais atingidos, a fim de que seu conteúdo axiológico seja mantido também na etapa de aplicação do direito (cf. BVerfGE 7, 198 [205 ss.]). Isso exige, normalmente, uma ponderação entre, de um lado, a gravidade do prejuízo à personalidade causado pela declaração e, de outro lado, as perdas sofridas pela liberdade de expressão devido à omissão da declaração; essa ponderação deve ser feita no contexto dos elementos típicos de direito infraconstitucional a serem interpretados, e deve considerar as circunstâncias especiais do caso.

O resultado dessa ponderação não pode ser definido de antemão, de forma geral e abstrata, devido à variação das circunstâncias de cada caso. No decorrer do tempo, porém, formaram-se, na jurisprudência, algumas regras de prevalência. Assim, no caso de juízos de valor [expressão do pensamento ou opinião], a proteção da personalidade prevalece normalmente sobre a liberdade de expressão do pensamento, quando a expressão configurar um ataque à dignidade humana, uma crítica degradante [*Schmähkritik*] ou uma ofensa formal [*Formalbeleidigung* = conduta típica do crime de injúria] (cf. BVerfGE 93, 266 [293 s.]). No caso de afirmações de fatos, a ponderação depende da veracidade de seu conteúdo. As declarações verdadeiras devem ser, em regra, toleradas, mesmo que sejam prejudiciais ao indivíduo atingido, enquanto as falsas não (cf. BVerfGE 97, 391 [403]).

Essa fórmula, porém, carece de diferenciação. Também no caso de afirmações verdadeiras, os interesses da personalidade podem, excepcionalmente, prevalecer e colocar a liberdade de expressão do pensamento em segundo plano. É esse especialmente o caso quando as declarações atingirem as esferas íntima, privada ou confidencial e não puderem ser justificadas com base no legítimo interesse de informação da opinião pública (cf. BVerfGE 34, 269 [281 ss.]; 66, 116 [139]), ou quando ameacem causar um dano à personalidade que seja desproporcional ao interesse na divulgação da verdade (cf. BVerfGE 35, 202 [232]; 97, 391 [403 ss.]).

Por outro lado, não há, em regra, motivo que justifique a divulgação de falsas afirmações de fato. Isso não significa que falsas afirmações de fato sejam excluídas a priori da área de proteção da liberdade de expressão. Embora o TCF tenha constatado que a informação incorreta não é um bem jurídico a ser protegido, sob a ótica da liberdade de expressão (cf. BVerfGE 54, 208 [219]), fora da área de proteção do Art. 5 I GG estão apenas afirmações intencionalmente incorretas e aquelas cuja inverdade seja patente já no momento da declaração. Todas as demais afirmações de fatos [que, em regra, têm relação com opiniões, oferecendo o “substrato” delas] gozam da proteção de direito fundamental, mesmo quando se revelarem posteriormente incorretas (cf. BVerfGE 61, 1 [8]; 90, 1 [15]; 90, 241 [254]).

A veracidade pesa na ponderação (cf. BVerfGE 94, 1 [8]). Em princípio, a liberdade de expressão do pensamento cede lugar ao direito da personalidade no caso de afirmações de fato incorretas. Deve-se considerar, no entanto, que a verdade é, no momento da declaração, geralmente incerta, e se revela somente ao cabo e como resultado de um processo de discussão, ou também de uma ação judicial (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Se, tendo em vista essa circunstância, a declaração posteriormente reconhecida como falsa pudesse ser sempre passível de sanções, poder-se-ia temer que o processo de comunicação acabasse sendo prejudicado, uma vez que apenas verdades irrefutáveis poderiam ser afirmadas sem risco [para aqueles que a expressam]. A isso estaria associado um efeito de desencorajamento do uso dos direitos fundamentais, que deve ser evitado por razões da [efetiva proteção da] liberdade de expressão (cf. BVerfGE 43, 130 [136]).

A jurisprudência dos tribunais civis tentou produzir, por essa razão, um equilíbrio entre as exigências da liberdade de expressão e os interesses da proteção à personalidade, impondo àquele que faz afirmações prejudiciais sobre outrem os deveres de cuidado [*Sorgfaltspflichten*] que se direcionem, em cada caso, segundo as possibilidades de esclarecimento, e que, para os meios de comunicação, sejam mais severos do que para as pessoas privadas (cf. BGH, NJW 1966, p. 2010 [2011]; NJW 1987, p. 2225 [2226]). Sob o aspecto constitucional, não existem objeções contra o desenvolvimento de tais deveres (cf. BVerfGE 12, 113 [130]). Ao contrário, eles podem ser vistos como expressão do dever de tutela [*Schutzpflicht*] decorrente do direito geral de personalidade. No que tange à Constituição, trata-se somente de não supervalorizar o dever de verdade para não limitar o livre processo da comunicação querido pelo Art. 5 I GG (cf. BVerfGE 54, 208 [219 s.]; 61, 1 [8]; 85, 1 [15, 17]).

A ponderação depende do respeito a esses deveres de cuidado. No caso de afirmações completamente infundadas ou inventadas, a liberdade de expressão do pensamento não pode reprimir o direito de personalidade. De resto, depende da extensão dos deveres de cuidado, desenvolvidos em harmonia com as exigências dos direitos fundamentais. Se tais exigências forem respeitadas, mas posteriormente for constatada a inverdade da afirmação, esta deve ser considerada, para efeitos legais, no momento em que foi feita [quando ainda não havia a consciência, por parte daquele que se expressa, a respeito da inverdade de sua afirmação], de forma a não se cogitar qualquer penalidade, nem retratação, nem indenização. Por outro lado, não existe interesse legítimo em se manter a afirmação após a constatação de sua inverdade (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Em havendo o perigo de ser mantida a declaração a despeito da constatação de sua inverdade (o assim denominado perigo [proveniente] da primeira prática [*Erstbegehungsgefahr*], cf. BGH, NJW 1986, p. 2503 [2505]), o declarante pode ser consequentemente condenado à abstenção [de futuras declarações no mesmo sentido]. Se o prejuízo do indivíduo atingido pela declaração persistir, este pode exigir uma retificação (cf. BVerfGE 97, 125 [149]).

Além disso, como a averiguação da verdade de afirmações de fato é, geralmente, muito difícil, os tribunais civis impuseram àquele que se manifesta prejudicando um terceiro também um ônus ampliado de demonstração [*erweiterte Darlegungslast*] que o obriga a fornecer provas de sua declaração (cf. BGH, NJW 1974, p. 1710 [1711]). Esse ônus de demonstração forma o equivalente processual da regra jurídica material de que a proteção da liberdade de expressão tem de ceder lugar à proteção da personalidade nos casos de afirmações

infundadas. Se o autor da afirmação não tiver condições de fundamentar sua afirmação com provas, ela é tratada como não verdadeira.

Por outro lado, sob o aspecto jurídico-constitucional também não há o que se objetar, desde que as exigências do ônus de demonstrar não sejam exageradas ao ponto de onerar demais a liberdade de expressão. Esse exagero foi censurado pelo TCF no caso dos acionistas críticos da Bayer (BVerfGE 85, 1), ao qual o Superior Tribunal Estadual referiu-se na decisão impugnada. Quando pessoas físicas fazem afirmações de fato não embasadas em sua própria experiência, basta, em regra, para se cumprir o ônus da demonstração, o recurso a artigos publicados na imprensa não contestados e adequados à fundamentação da afirmação, já que, de outra sorte, artigos da imprensa que contenham declarações prejudiciais sobre pessoas não poderiam ser praticamente nunca aproveitados, apesar de seu caráter formador de opinião pública na troca interindividual de ideias (cf. BVerfGE 85, 1 [221]).

O cumprimento do ônus da demonstração não torna, porém, dispensável a averiguação da verdade. É necessário diferenciar graus de demonstração e de prova. Uma afirmação apoiada em fatos também pode ser falsa. Por isso, o direito geral de personalidade exige que ao indivíduo prejudicado pela afirmação não seja negada, devido ao recurso do cumprimento do ônus de demonstração, a possibilidade de fazer ver corroborada judicialmente a inverdade da afirmação prejudicial. Só quando ele, de sua parte, não oferecer nenhuma evidência que se contraponha às provas, é que se pode tomar a afirmação como verdadeira. De resto, deve-se esclarecer a veracidade se existirem os pressupostos processuais para tanto.

Isso também vale quando o fato afirmado fora conhecido a partir de artigos da imprensa. Na decisão Bayer o resultado não é diferente. A decisão judicial lá impugnada foi suspensa pelo TCF, muito mais porque o tribunal havia dilatado as exigências sobre o ônus da demonstração, violando o Art. 5 I GG, e, por isso, equiparando, sem mais, os fatos afirmados aos fatos não verdadeiros. Disso, porém, não resulta que a verdade ou a inverdade seja insignificante e que o autor, em uma ação cominatória [com pedido de abstenção: *Unterlassungsbegehren*], não possa mais de sua parte demonstrar a incorreção dos artigos da imprensa, e, eventualmente, colocá-los à prova.

2. O Superior Tribunal Estadual não atendeu a essas exigências do direito geral de personalidade.

a) [...].

Principalmente em face do seu distanciamento, o Superior Tribunal Estadual deveria ter levado em consideração que a mudança de convicção ideológica e reorientação também são expressões da personalidade individual. Nesse caso, o indivíduo pode exigir que terceiros respeitem seu autoentendimento, modificado após um distanciamento sério e público de uma organização, com a qual teve ligação, e que afirmem sua filiação tão somente no passado. Uma vez que a expressão impugnada foi formulada no tempo verbal presente, o distanciamento afirmado [pelo reclamante] tem em face da manutenção da expressão o mesmo papel que a questão de saber se a autodenominação é correta no passado [formulada do tempo verbal passado].

b) – c) [...].

3. [...].

(*ass.*) Papier; Grimm; Kühling; Jaeger; Haas; Hömig; Steiner.

8. BVerfGE 119, 1 (*Roman Esra*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 13.06.2007

MATÉRIA

O romance intitulado “Esra” (**Roman Esra**), do escritor e colunista alemão *Maxin Biller*, publicado pela editora Kiepenheuer und Witsch, em *Köln* (Colônia), no ano de 2003, pertence ao subgênero literário dos chamados “romances com chave” (proveniente do bastante difundido termo francês *roman à clef*; do alemão *Schlüsselroman*). Característica central de tal subgênero literário que inspira sua alcunha é que pessoas, situações ou até acontecimentos reais são apresentados de maneira codificada, não revelando ao leitor médio, pelo menos não de maneira imediata, as fontes de inspiração do enredo ou os modelos reais das personagens, principalmente das protagonistas.

No caso de “Esra”, a própria classificação como “romance com chave” foi colocada em cheque, principalmente pelas pessoas que inspiraram o romance, e que ajuizaram a ação cominatória que levaria à condenação do autor e da sua editora. Condenação que configura o objeto da reclamação constitucional ajuizada perante o TCF. A fonte da lide judicial deveu-se ao fato de o romance ter tido nítidos contornos autobiográficos: o autor inspirou-se em sua malsucedida história de amor com a protagonista que aparece como uma mulher dominadora e alcoólatra. Detalhes íntimos do relacionamento codificado foram estilizados artisticamente para contar a estória complicada de amor entre as personagens Adam, de origem judaica, e Esra, de origem turca. Outros detalhes acabavam por revelar a identidade do modelo real da protagonista “Esra”, pois se tratava de pessoa relativamente conhecida do grande público por ser uma atriz, ainda que de pouco expressão; e, não por último, em razão dos traços reconhecidamente autobiográficos do romance. Marcante fora a exposição do ódio de Adam por sua sogra que, como era de se esperar de qualquer pessoa objeto ou vítima de ódio, não fora apresentada de maneira positiva no romance.

A ação cominatória movida pela referida atriz e sua mãe em face do reclamante e da editora foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de München, tendo sido o recurso de apelação contra a sentença condenatória não provido pelo Tribunal Superior Estadual de München. Da mesma forma, a Corte Federal de Justiça negou provimento ao recurso de revisão movido pelos réus da ação em primeira instância.

O TCF julgou, por maioria de 5 votos a 3, a reclamação constitucional movida contra todas as decisões judiciais instanciais apenas parcialmente procedente, na extensão em que proibia a difusão do romance a partir do pedido de uma das autoras, da mãe da atriz que inspirou a protagonista. Na prática, inviabilizou a circulação do romance. Os votos discordantes da Juíza *Hohmann-Dennhardt* e do Juiz *Gaier*, conjuntamente, e do Juiz *Hoffmann-Riem*, em separado, contestaram veementemente a decisão do Primeiro Senado que eles, todavia, também assinaram por dever de ofício. Em suma, consideraram que a inspiração do artista pela realidade não foi suficientemente apreciada como pertinente à área de proteção de um direito fundamental outorgado sem limites expressos pela *Grundgesetz*.

A maioria do Senado que levou à redação das razões em parte a seguir traduzidas partiu de uma ponderação entre, de um lado, o direito fundamental à personalidade tendo em vista a reconhecibilidade; e, de outro lado, a liberdade artística que encontra seus limites naquele.

A decisão afasta-se um pouco da linha instaurada pela decisão *Mephisto*, na medida em que aprofunda a dicotomia interativa entre ficção vs. realidade, afirmando uma presunção de ficção permitida, mas segundo as opiniões discordantes não logrou fazê-lo de maneira sempre consistente.

A decisão encontrou grande repercussão na grande imprensa, dividindo as opiniões.

EMENTAS

1. Junto à proibição judicial de um romance como intervenção especialmente grave na liberdade artística, o Tribunal Constitucional Federal avalia a compatibilidade das decisões impugnadas com a garantia constitucional da liberdade artística, com base nos fatores concretos da presente matéria.
2. A liberdade artística exige para a obra literária que se identifica como romance uma análise especificamente artística. Disso resulta, principalmente, uma presunção de caráter ficcional de um texto literário.
3. A liberdade artística abarca o direito de utilização de exemplos (pessoas) da realidade social.
4. Entre a medida na qual o autor constrói uma realidade estética apartada da realidade, e a intensidade da violação do direito de personalidade existe uma relação de efeito recíproco. Quão mais intensamente corresponderem cópia e original, mais relevante é a afetação do direito de personalidade. Quanto mais a representação artística tocar em dimensões do direito de personalidade que forem especialmente protegidas, mais intensa precisa ser a ficcionalização para que se possa excluir a presença de uma violação do direito de personalidade.

Decisão (*Beschluss*)

No processo da Reclamação Constitucional da V. GmbH, representada por [...] – contra: a) a decisão da Corte Federal de Justiça, de 21 de junho de 2005 – VI ZR 122/04 –, b) A decisão final do Tribunal Superior Estadual de München, de 6 de abril de 2004 – 18 U 4890/03 –, c) a decisão final do Tribunal Estadual de München I, de 15 de outubro de 2003 – 9 O 11360/03 –

Dispositivo da Decisão

1. a) a decisão da Corte Federal de Justiça, de 21 de junho de 2005 – VI ZR 122/04 –, b) a decisão final do Tribunal Superior Estadual de München de 06 de abril de 2004 – 18 U 4890/03 –, c) a decisão final do Tribunal Estadual de München I, de 15 de outubro de 2003 – 9 O 11360/03 – violam o direito fundamental da reclamante decorrente do Art. 5 III 1 da *Grundgesetz*, na extensão em que as decisões, em face da autora 2, deferiram o pedido de proibir à reclamante, sob pena de multa, a publicação do livro "Esra", na sua versão de 18 de agosto de 2003, segundo o termo de assunção de obrigação de pagamento de custos (*Verpflichtungserklärung*), ou de permitir que terceiro o publique, de enviá-lo ou deixar que o envie, de difundi-lo ou deixar que o difunda, e para tanto fazer publicidade ou deixar que se faça publicidade. De resto, a Reclamação Constitucional é improcedente.
2. Suspende-se a decisão da Corte Federal de Justiça, de 21 de junho de 2005 – VI ZR 122/03, na extensão da violação de direito fundamental verificada sob o número 1 [supra]. Nessa extensão [da verificada inconstitucionalidade], devolva-se a matéria à Corte Federal de Justiça [para nova decisão].

3. O Estado-membro Livre de Bayern e a República Federal da Alemanha devem ressarcir à reclamante, respectivamente, um quarto das custas necessárias surgidas no processo de reclamação constitucional.

RAZÕES

A. – I. 1. – 2.; II. 1. – 2. a) – b); 3. – 5.

B. – I. 1. – 3.; II. 1. – 4. (...).

C.

A Reclamação Constitucional é parcialmente procedente. As decisões impugnadas violam o direito fundamental da reclamante decorrente do Art. 5 III 1 GG, na extensão em que eles deferem à autora 2 o pedido de condenação a um não fazer [ação cominatória por ela movida].

I.

As decisões impugnadas com a Reclamação Constitucional intervêm no direito fundamental à liberdade artística da reclamante decorrente do Art. 5 III 1 GG.

1. Independentemente da dificuldade, repetidamente destacada pelo Tribunal Constitucional Federal, de se definir, conclusivamente, o conceito de arte (cf. BVerfGE 30, 173 [188 s.]; 67, 213 [224 ss.]), o romance “Esra” representa, segundo a correta compreensão das decisões impugnadas, uma obra de arte, ou seja, uma conformação criativa livre na qual impressões, experiências e vivências do artista mediante o veículo de uma determinada linguagem formal – no caso, do romance – são trazidas à apreciação [do público em geral] (cf. BVerfGE 30, 173 [188 s.]; 67, 213 [226]; 75, 369 [377]). Também se o objeto da lide que levou à presente Reclamação Constitucional for a dimensão pela qual o autor descreve em sua obra pessoas existentes, está clara, em todo caso, a pretensão do autor de tratar artisticamente essa realidade.

Justamente por causa da ligação, frequentemente indissolúvel, de alusões à realidade com suas formas artísticas, no âmbito da forma artística do romance, e da autobiografia em forma artística, da reportagem e de outras formas de expressão (Sátira, Drama-documentário, *Faction*³⁹), não é possível, com a ajuda de uma rígida linha limitrofe, distinguir entre arte e não arte pela medida na qual a alienação artística [do original ou pessoa real] deu certo.

2. Como todos os direitos de liberdade, a liberdade artística volta-se, em primeira linha, contra o Estado. Já a positivação expressa da liberdade da arte na Constituição de Weimar (Art. 141, 1: “A arte, a ciência e seu ensino são livres”) foi uma reação ao combate estatal contra novos desenvolvimentos artísticos (cf. Kitzinger, in: Nipperdey. *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, Art. 142, 1 WRV, p. 455 ss.). Depois da perseguição em massa de artistas no nacional-socialismo, a retomada da liberdade artística como direito fundamental autônomo, na *Grundgesetz*, restou totalmente pacífica. (cf. Matz, in: *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, JÖR n.F., Band 1 [1951], p. 89 ss.).

O direito fundamental é, entretanto, ao mesmo tempo, uma decisão objetiva em prol da liberdade da arte, que também deve ser observada na relação de particulares entre si,

³⁹ Segundo o dicionário Duden trata-se de um gênero literário ou cinematográfico em que fatos reais são estilizados artisticamente (n. do org.). Com efeito, a morfologia do vocábulo em alemão parece sugerir um composto entre “fatos” (*Fakten*) e “ficção” (*Fiktion*).

principalmente se, em razão da avocação de direitos particulares, obras artísticas devam ser proibidas por intermédio de tribunais estatais [isto é, se o pedido formulado em ações cominatórias perseguir o propósito de fazer proibir obras artísticas, n. do org.] (cf. BVerfGE 30, 173 [187ss.]; 36, 321 [331]).

3. A garantia refere-se de igual modo ao “âmbito da [produção da] obra” (“*Werkbereich*”) e ao “âmbito do efeito [da obra]” (“*Wirkbereich*”) de criação artística. Não apenas a atuação artística (“*Werkbereich*”), mas, além disso, também a apresentação e difusão da obra de arte são materialmente necessárias para o encontro [do expectador] com a obra, como um processo igualmente artístico. Esse “âmbito do efeito [da obra]” (“*Wirkbereich*”) é o chão sobre o qual a garantia do Art. 5 III 1 GG até hoje desenvolveu, sobretudo, sua eficácia (cf. BVerfGE 30, 173 [189]; 36, 321 [331]; 67, 213 [224]; 81, 278 [292]).

4. Esse direito fundamental pode ser avocado, no mais, pela reclamante na qualidade de editora. O Art. 5 III 1 GG garante a liberdade da atuação no âmbito artístico de maneira abrangente. Quando para a produção das relações entre o artista e o público for necessário um meio de comunicação social, também serão protegidas as pessoas que se ocuparem de tais atuações divulgadoras (cf. BVerfGE 30, 173 [191]; 36, 321 [331]; 77, 240 [251, 254]; 81, 278 [292]; 82, 1 [6]).

5. De resto, quando as partes em uma lide civil, em que se trate de conflito entre liberdade artística e direito de personalidade, litiguem por posições protegidas por direito fundamental, trata-se de uma lide entre particulares, para cuja resolução, em primeira linha, os tribunais cíveis são competentes. Isso vale, sobretudo, em face daquelas verificações fáticas que sejam significativas para a prova de uma violação de direito de personalidade. A proibição de um romance representa, entretanto, uma intervenção especialmente grave na liberdade artística. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal não pode restringir seu exame a verificar se as decisões atacadas se baseiem em uma compreensão, em tese, equivocada do significado do Art. 5 III 1 GG, precipuamente do alcance conteudístico de sua área de proteção. Ao contrário, o Tribunal Constitucional Federal precisa avaliar a compatibilidade das decisões atacadas com a garantia constitucional da liberdade artística com base nos fatores concretos do presente caso (cf. voto dissidente de *Stein*, BVerfGE 30, 173 [201 s.]).

II.

A intervenção no direito fundamental à liberdade artística, efetuada por intermédio da proibição do romance, é apenas parcialmente justificada.

1. A liberdade artística não é acompanhada de uma reserva legal explícita. Todavia, ela não é garantida sem limites, mas encontra seus limites, diretamente, em outras normas da Constituição, as quais protejam um bem jurídico igualmente essencial na ordem constitucional da *Grundgesetz*.

Justamente quando se entende o conceito de arte em seu sentido amplo no interesse da proteção da autodeterminação artística; e não se tenta, desde o início, excluir da proteção de direito fundamental da liberdade artística, com apoio de um conceito estrito de arte, [aquelas] formas de expressão artística que entrem em conflito com direitos de terceiros (assim na tendência: BVerfG, Decisão da Comissão de Exame Preliminar, de 19 de março de 1984 – 2 BvR 1/84 –, NJW 1984, p. 1293 [1294] – “*Sprayer von Zürich*”); e quando se inclui não apenas o âmbito da arte, como também o âmbito do efeito, na proteção; então precisa ser assegurado que pessoas que forem atingidas por artistas em seus direitos possam também defendê-los e

obtenham, por tais direitos, uma proteção efetiva também mediante observância da liberdade artística. Nessa situação, os tribunais estatais estão obrigados ao respeito dos direitos fundamentais de ambas as partes, de modo igual. Intervenções na liberdade artística que sejam consequências de ações privadas não se apresentam como uma censura artística estatal, mas devem ser examinadas quanto à sua observância, de igual modo, dos direitos fundamentais dos artistas e dos [direitos fundamentais] atingidos pela obra artística.

Isso vale, nominalmente, para o direito de personalidade protegido pelo Art. 2 I GG c.c. Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 67, 213 [228]). A esse foi dado um grau hierárquico especialmente elevado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. É o que vale, especialmente, para seu núcleo de dignidade humana (cf. BVerfGE 75, 369 [380]; 80, 367 [373 s.]). O direito de personalidade completa os direitos de liberdade normatizados na *Grundgesetz* e garante a esfera pessoal mais restrita [esfera privada] e a manutenção de suas condições básicas (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 114, 339 [346]). Assim, ele também vem à pauta como limite de apresentações artísticas.

O conteúdo desse direito não é, geral e conclusivamente, definido. Aos conteúdos reconhecidos pertencem o direito de disposição sobre a apresentação da própria pessoa, o reconhecimento social, bem como a honra pessoal (cf. BVerfGE 54, 148 [153 s.]; 99, 185 [193]; 114, 339 [346]). Uma garantia essencial é a proteção contra expressões que sejam aptas a causar o efeito de atingir negativamente a reputação da pessoa, principalmente sua imagem pública. O direito fundamental de personalidade protege a pessoa, especialmente, contra representações que adulterem ou desfigurem sua imagem, as quais não sejam totalmente destituídas de significado relevante para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 97, 125 [148 s.]; 99, 185 [193 s.]; 114, 339 [346]).

A proteção do direito de personalidade abrange também as relações de pais com seus filhos. Os filhos carecem de uma proteção especial, porque eles precisarão ainda [estão em processo de] se desenvolver até se tornarem pessoas autorresponsáveis (cf. BVerfGE 24, 119 [144]; 57, 361 [382 s.]). A área na qual as crianças possam se sentir livres da observação pública e se desenvolver precisa, por isso, ser mais abrangentemente protegida do que aquela [mesma área, no caso] de pessoas adultas. Para o desenvolvimento da personalidade infantil, são responsáveis, em primeira linha, os pais. Na medida em que a educação dependa de relações não perturbadas com os filhos, a especial proteção de direito fundamental dos filhos não se efetiva somente como modo reflexivo em benefício do pai e da mãe (cf. também BVerfGE 76, 1 [44 s.]; 80, 81 [91 s.]). Pelo contrário, em princípio faz parte da área de proteção do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG também a dedicação familiar [dos pais] para com os filhos. O conteúdo protegido do direito geral de personalidade recebe, então, um reforço por intermédio do Art. 6 I e II GG (cf. BVerfGE 101, 361 [385 s.]).

2. As autoras do processo originário tiveram seus direitos de personalidade atingidos.

a) O pressuposto disso é que elas são reconhecíveis como modelos originais das personagens do romance, sem que essa reconhecibilidade, por si só, já signifique uma violação de direito de personalidade.

As decisões impugnadas partem da convicção de serem as requerentes reconhecíveis como modelos originais das personagens do romance, *Esra* e *Lale*. Essa apreciação e as verificações [probatórias, resultado da instrução] que a embasaram não podem ser censuradas do ponto de vista constitucional. Sobretudo o parâmetro aplicado pela Corte

Federal de Justiça de uma reconhecibilidade por um maior ou menor círculo de conhecidos é correto também do ponto de vista do direito constitucional. Quando o Tribunal Constitucional Federal alemão, em sua Decisão *Mephisto*, naquela época, aceitou o parâmetro fixado pelos tribunais cíveis, segundo o qual um círculo não irrelevante de leitores facilmente reconheceria, na personagem do romance *Hendrik Höfgen*, o falecido ator *Gustaf Gründgens*, porque se tratava, no caso de *Gründgens*, de uma pessoa pública contemporânea [*Person der Zeitgeschichte*] e a lembrança dele ainda estava muito vívida no público (cf. BVerfGE 30, 173 [196]), isso restou fundamentado na configuração do caso àquela época e não definiu uma condição necessária para a reconhecibilidade constitucionalmente relevante de personagens de romance. Caso contrário, a proteção do direito de personalidade em face de obras artísticas limitar-se-ia a celebridades, apesar de poder ser justamente a reconhecibilidade de uma pessoa por seu círculo de conhecidos mais próximos especialmente negativa para ela (em um caso envolvendo direito de imprensa, cf. BVerfG, Decisão da 1ª. Câmara do Primeiro Senado de 14 de julho de 2004 – 1 BvR 263/03 –, NJW 2004, p. 3619 [3620]).

De outro lado, não basta a função de modelo original de uma pessoa real para uma personagem de romance, que somente pode ser provada com a aparição de outros indícios, para fundamentar a reconhecibilidade no sentido em pauta. Porque artistas encontram sua inspiração frequentemente na realidade, em muitos casos um crítico literário ou cientista literário [acadêmico] que pesquise cuidadosamente será capaz de decifrar os modelos originais de personagens de romance ou os fatos reais que embasaram um romance. A liberdade da arte seria restringida demais se uma possibilidade desse tipo de se decifrar, por si só, já levasse à aceitação [da presença] de uma reconhecibilidade da pessoa que serve como modelo original. A identificação da pessoa tem de, ao contrário, impor-se pelo menos para o leitor que conheça os fatos. Isso pressupõe, em regra, uma grande cumulação de características identificadoras.

No caso em tela, a reconhecibilidade das requerentes foi, segundo esse critério, verificada de maneira correta pelos tribunais. No caso da versão original do romance, isso não é questionável, já por causa da identificação inequívoca da requerente por meio dos prêmios que lhe foram outorgados (outorga do Prêmio Federal de Cinema a uma turca de 17 anos, que representa o papel de uma moça turca, que se apaixona por um jovem rapaz alemão, assim como a outorga do Prêmio Nobel Alternativo à sua mãe por causa de seu engajamento contra a mineração de ouro em *Zyanid*, na Turquia). Os tribunais partem, no entanto, de maneira defensável, do fato de também a renomeação dos prêmios na versão final do romance juntada ao processo não ter afastado a identificação. [Conclusão a que se chega] por causa da presente – assim como antes – mantida proximidade dos fatos (motivo da outorga do prêmio, alusão ao prêmio Nobel), ligada a outros numerosos dados, os quais foram elencados principalmente na decisão do Superior Tribunal Estadual. Pelo contrário, [a referida identificação] impõe-se, formalmente, pela conexão e somatória de numerosas circunstâncias. A verificação dos fatos, dos quais possa ser extraída a reconhecibilidade de pessoas atingidas, é assunto, em primeira linha, dos tribunais instanciais.

b) As requerentes também não foram atingidas de modo tão leve a ponto de seu direito de personalidade ter de ser, já de plano, preterido em face da liberdade artística. Às personagens do romance cujos modelos originais de maneira reconhecível são elas, são atribuídas ações e

qualidades que, se o leitor as puder relacionar às requerentes, tornam-se aptas a afetar, de maneira considerável, seu direito de personalidade.

3. No entanto, por sua vez, a liberdade artística traça limites ao direito de personalidade. Isso vale na relação entre liberdade artística e direito de personalidade, também porque a imposição desse direito em face da liberdade artística é apta, de modo mais forte do que no caso de outros direitos privados afirmados em face da liberdade artística (cf. sobre o direito de propriedade: BVerfG, Decisão da Comissão de Exame Preliminar de 19. de março 1984 – 2 BvR 1/84 –, NJW 1984, p. 1293), a nela colocar limites materiais. Existe, sobretudo, o perigo de, mediante menção ao direito de personalidade, impedir a crítica pública e a discussão de temas importantes para a opinião pública e para a sociedade (cf. voto dissidente de Stein, BVerfGE 30, 200 [206 s.]).

Para determinar esses limites no caso concreto, não basta ser verificada, no processo judicial, sem consideração da liberdade artística, uma afetação do direito de personalidade. Se tiver sido verificado, no caso litigioso, que, no exercício da liberdade artística por meio de uma atuação literária, foi atingido o direito de personalidade de terceiro, deve-se, na decisão sobre a pretensão jurídica de abstenção deduzida na lide cível [pedido de condenação a um não fazer, na ação cominatória], levar em adequada consideração a liberdade artística. Carece, por isso, de um esclarecimento se essa afetação é de tal sorte grave, que a liberdade da arte deva ser preterida. Uma afetação ínfima ou a simples possibilidade de uma afetação grave não bastam aqui tendo em vista o elevado significado da liberdade artística. Caso, entretanto, uma afetação grave no direito de personalidade for indubitavelmente verificada, então ela também não poderá ser justificada por meio da liberdade artística (cf. BVerfGE 67, 213 [228]).

A gravidade da afetação do direito de personalidade depende, no caso, tanto da intensidade com que o artista leva o leitor a pensar que o conteúdo de sua obra tem relação com pessoas reais, assim como da intensidade da afetação do direito de personalidade, caso o leitor faça essa relação.

a) Pertencem aos aspectos específicos das formas artísticas narrativas, tais como o romance, que elas, frequentemente – quando não em regra –, conectam-se à realidade, mas o artista, no caso, cria uma nova realidade estética. Isso exige uma apreciação especificamente artística a respeito da relação com a realidade trazida ao leitor, tal qual perpetrada pelo romance no respectivo contexto narrativo, a fim de se poder, sobre essa base, avaliar a gravidade da afetação do direito geral de personalidade.

Uma obra de arte busca uma “realidade mais real”, tornada independente em face da realidade “real” [dos fatos]. Busca uma realidade na qual a realidade real seja experimentada sobre o nível estético, de maneira mais consciente, em uma nova relação com o indivíduo. Por isso, a representação artística não pode ser medida com o parâmetro do mundo da realidade, mas apenas com um parâmetro estético, especificamente artístico (cf. voto dissidente de Stein, BVerfGE 30, 200 [204]). Isso significa que a situação de tensão entre proteção da personalidade e liberdade artística não pode se basear tão somente nos efeitos de uma obra de arte no ambiente social, fora do ambiente artístico, mas também precisa levar em consideração os aspectos especificamente artísticos. A decisão sobre se uma violação de direito de personalidade está presente só pode, assim, ser tomada mediante ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto. No caso, deve ser observado se e em que medida a cópia aparece de tal modo independente em relação ao modelo original, mediante a

configuração artística da matéria e sua classificação e subclassificação no organismo completo da obra de arte, a ponto de o individual, o íntimo-pessoal ser objetivado em prol do genérico, do esboço da “personagem” (cf. BVerfGE 30, 173 [195]).

A garantia da liberdade artística exige que o leitor de uma obra literária seja considerado maduro, de tal sorte a distinguir isso de uma expressão de opinião, e [a diferenciar] entre a descrição de dados reais e uma narrativa ficcional. Uma obra literária que se identifique como romance deve ser, portanto, vista como uma ficção, que não levante uma pretensão de facticidade [verdade]. Sem uma presunção em prol da ficcionalidade de um texto literário, ignorar-se-iam as peculiaridades de um romance como obra artística e, com isso, as exigências da liberdade artística. De início, essa presunção vale também quando, por detrás das personagens do romance, puderem ser reconhecidas pessoas reais como [sendo seus] modelos originais. Porque a liberdade artística engloba, na realidade vital, tal uso de modelos originais, não pode haver um direito à própria imagem de vida (*Lebensbild*) entendida como paralelo ao direito à própria imagem se isso for compreendido como direito a não se tornar modelo de uma personagem de romance. Contudo, precisa se tratar de fato, no caso da publicação em pauta, de literatura, que reconhecivelmente não cria para o leitor a pretensão de facticidade. Um mero relatório material etiquetado erroneamente como romance não entraria na proteção de uma apreciação especificamente artística.

Quão mais fortemente o autor de uma personagem de romance se soltar de seu modelo original e se tornar uma personagem artística independente (“alheia” [i.e., tornando o modelo original irreconhecível] cf. BVerfGE 30, 173 [195]); mais uma apreciação, especificamente artística, virá ao seu encontro, beneficiando-o. Contudo, não se trata, no caso de tais ficcionalizações, necessariamente de um total afastamento da reconhecibilidade, mas de deixar claro ao leitor que ele não deve partir da facticidade do [que foi] narrado. Mesmo que uma obra de arte produza, ao lado de sua realidade estética, efeitos no mundo real [dos fatos] (*Realien*): se fosse obrigatório, entretanto, por causa desse efeito duplo, em sede de uma ponderação de direitos fundamentais, sempre e tão somente se basear nesses possíveis efeitos sobre o mundo real [dos fatos], então a liberdade artística não poderia nunca ser imposta nos casos em que o romance tangenciasse a esfera da personalidade de outras pessoas. O contrário seria o caso quando alguém retivesse nos olhos apenas a realidade estética. Então, o direito de personalidade nunca poderia ser imposto contra a liberdade artística. Uma solução só pode ser encontrada em uma ponderação que leve em conta ambos os direitos fundamentais.

b) Para uma ponderação, é decisivo verificar com que intensidade o direito de personalidade foi atingido.

O conteúdo desse direito não é definido de maneira geral e conclusiva. Suas particulares características têm, inobstante o significado em tese do direito fundamental, peso diversificado como potencial limite da liberdade artística.

O Tribunal Constitucional Federal em sua jurisprudência pacífica considera que uma área nuclear da configuração privada da vida é protegida como absolutamente intocável por causa de sua especial proximidade à dignidade humana (cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350 s.]; 32, 373 [378 s.]; 34, 238 [245]; 35, 35 [39]; 38, 312 [320]; 54, 143 [146]; 65, 1 [46]; 80, 367 [373 s.]; 89, 69 [82 s.]; 109, 279 [313]). Em relação a essa área nuclear absolutamente protegida – à qual também fazem parte, principalmente, as formas de expressão da

sexualidade (cf. BVerfGE 109, 279 [313]) – a esfera privada é secundária em termos de intensidade de proteção (cf. BVerfGE 32, 373 [379 ss.]; 35, 35 [39]; 35, 202 [220 s.]; 80, 367 [374 s.]).

As diversas dimensões do direito de personalidade não podem ser entendidas no sentido de uma ordem de degraus esquemáticos [rígidos], mas como indícios da intensidade da afetação por meio da obra literária.

c) Entre a medida na qual o autor cria uma realidade estética distinta da realidade e a intensidade da violação do direito de personalidade existe uma relação de efeito recíproco. Quão mais intensamente cópia e modelo original corresponderem, mais grave é a afetação do direito de personalidade. Quanto mais a representação artística tangenciar as dimensões especialmente protegidas do direito de personalidade, mais forte tem de ser a ficcionalização para se excluir a possibilidade da violação de direito de personalidade.

4. Segundo tais parâmetros, os tribunais observaram, no presente caso, as exigências da liberdade da arte apenas parcialmente. Eles julgaram as ações de ambas as autoras totalmente procedentes, embora elas apresentem inequívocas diferenças em face da ponderação entre a liberdade da arte e o direito de personalidade.

a) – b) aa) – cc), c) (...).

III. – IV. (...)

V.

(...)

A decisão foi tomada por cinco votos a três.

(*ass.*) Papier; Steiner; Hohmann-Dennhardt; Hoffmann-Riem; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier

Opinião dissidente da Juíza Hohmann-Dennhardt e do Juiz Gaier a respeito da decisão (Beschluss) do Primeiro Senado de 13 de junho de 2007 – 1 BvR 1783/05 –

[...]

I. 1. – 2.; II. 1. – 3.; III. [...]

(*ass.*) Hohmann-Dennhardt, Gaier

Opinião dissidente do Juiz Hoffmann-Riem a respeito da decisão (Beschluss) do Primeiro Senado de 13 de junho de 2007 – 1 BvR 1783/05 –

[...]

1. a) – d); 2. a) – c); 3. a) – d) [...].

(*ass.*) Hoffmann-Riem

9. BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchungen)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 27.02.2008

MATÉRIA

Devidamente provocado por Reclamações Constitucionais movidas diretamente contra Ato Normativo, especificamente, contra vários dispositivos de uma lei estadual (de *Nordhein-Westfalen*) que criavam competências e atribuições autorizadas de **buscas e apreensões de dados coletados “online”** (“*Online-Durchsuchungen*”), isto é, no ambiente da rede internacional de computadores (www ou internet) pelo órgão da Administração Pública responsável pela assim chamada “Proteção da Constituição”, o TCF chegou à presente decisão.

O referido órgão administrativo que reúne sigilosamente informações sobre grupos extremistas, os quais representem concreta ameaça à ordem constitucional vigente, mais conhecido na discussão brasileira como “serviço de inteligência”, passou a gozar de competências especiais. Tais competências foram consideradas pelos reclamantes como violadoras de seu direito fundamental de personalidade com fulcro no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG e o direito fundamental concorrente do sigilo da comunicação à distância, do art. 10 I GG. Este último que já, há muito, tem seus limites constitucionais autorizados por reserva legal e disciplinados pelo legislador federal em uma lei intitulada justamente de “Lei do Art. 10 I Grundgesetz” (G 10).

A lei impugnada pelas reclamações movidas por pessoas físicas que puderam expor com plausibilidade suficiente que seriam potencialmente atingidas pela lei, define, em seu §3º, seu propósito da lei, o seguinte teor:

§ 3 Das Tarefas

(1) Tarefa da Secretaria de Proteção da Constituição é proceder à coleta e à avaliação de informações, especialmente de dados relativos à pessoa ou à matéria, notícias e documentos sobre

- 1. Planos direcionados contra a ordem democrática liberal fundamental ou contra a existência ou segurança da União, ou de um Estado-membro, ou que tenham por objetivo atingir ilegalmente o exercício de uma função dos órgãos constitucionais da União ou de um Estado-membro ou de suas partes constitutivas;*
- 2. Atividades referentes a serviços de inteligência ou ameaçadoras da segurança em prol de um poder estrangeiro;*
- 3. Planos que, mediante aplicação de violência ou ações de preparação para ela, impliquem ameaça aos interesses internacionais da República Federal da Alemanha;*
- 4. Planos e atividades que se voltem contra a ideia do entendimento entre os povos (Artigo 9, Parágrafo 2 da Grundgesetz) ou contra a convivência pacífica dos povos, no âmbito territorial de vigência da Grundgesetz, desde que presentes elementos de indícios fáticos [suficientes] a [embasarem] a suspeita de tais planos e atividades.*

A principal norma, especialmente impugnada em face dos referidos direitos fundamentais, levando à sentença de inconstitucionalidade pelo TCF, foi a seguinte:

§ 5 Competências

(1) [...].

(2) A Secretaria de Proteção da Constituição pode aplicar, segundo os termos do § 7, os seguintes meios de inteligência para consecução de informações:

[...].

- 11. Observação secreta e outras investigações da internet, como especialmente a participação escondida em suas instituições de comunicação e busca delas; assim como o acesso secreto de sistemas técnico-informáticos também com a utilização de meios técnicos. Quando tais medidas representarem uma intervenção no sigilo da correspondência, postal e telefônico e, em face do tipo e importância, forem equivalentes àquela, ela [a intervenção] somente será permitida sob os pressupostos da Lei do Artigo 10 Grundgesetz;*

A presente decisão do TCF passou a ser conhecida como mais uma decisão fundamental em que o TCF derivou do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, a exemplo do que fizera no ano de 1983 com a decisão *Volkszählung*, um direito fundamental autônomo: o *direito fundamental à confiabilidade e integridade de sistemas técnico-informáticos* ou apenas: *direito fundamental à liberdade de internet* (com caráter de *status negativus* ou *status libertatis*, mas não prestacional).

EMENTAS

1. O direito geral de personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) abrange o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos.
2. A infiltração secreta em um sistema técnico-informático, por meio do qual o uso do sistema possa ser vigiado e seus veículos de arquivamento [*drivers*, “mídias”] possam ser lidos, é admissível constitucionalmente apenas se existirem indícios fáticos de um perigo concreto para um bem jurídico muito importante. Muito importantes [nesse sentido] são corpo, vida e liberdade [locomoção] da pessoa ou tais bens da coletividade cujas ameaças de lesão [tiverem o condão de] atingir a existência do Estado ou as bases da existência da humanidade. A medida pode, então, já ser justificada, se se verificar, [mesmo que] ainda sem suficiente probabilidade que o perigo se realizará no futuro próximo, desde que determinados fatos indiquem, no caso concreto, um perigo partindo de determinadas pessoas para o bem jurídico muito importante.
3. A infiltração secreta em um sistema técnico-informático deve ser, em princípio, colocada sob a reserva de ordem judicial. A lei que autoriza tal intervenção precisa conter precauções a fim de proteger o âmbito nuclear da configuração da vida privada.
4. Quando uma autorização se limitar a uma medida estatal, por intermédio da qual os conteúdos e contextos da telecomunicação em curso na rede de computadores são levantados, ou dados a eles relativos são avaliados, deve ser a intervenção medida com base no Art. 10 I GG.
5. No caso de o Estado conseguir conhecimento sobre conteúdos da comunicação por internet em razão da via técnica para tanto prevista, nisso apenas estará implícita uma intervenção no Art. 10 I GG se o órgão estatal não for autorizado pelos partícipes da comunicação à tomada de conhecimento.
6. Quando o Estado tomar ciência de conteúdos de comunicação de acesso público na internet ou quando fizer parte nos processos comunicativos de acesso público, em princípio, ele não intervém em direito fundamental.

Decisão [*Urteil*]

Do Primeiro Senado, de 27 de fevereiro de 2008, com base na audiência de 10 de outubro de 2007 – 1 BvR 370, 595/07 –

No processo da Reclamação Constitucional [...] – contra o § 5 II, nº 11 c.c. § 7 I, § 5 III, § 5a I e § 13 VSG NRW, na redação dada pela Lei de Derrogação da Lei de Proteção Constitucional em *Nordrhein-Westfalen*, de 20 de dezembro de 2006 (GV. NW 2006, p. 620) – 1 BvR 370/07 –, 2. a) do Sr. B., b) do Sr. Dr. R., c) do Sr. S. [...] – contra o § 5 II, nº 11, § 5 III, § 7 II, § 8 IV 2 combinado com os §§ 10, 11 e § 17 I VSG NRW, na redação da Lei de Derrogação da Lei de Proteção da Constituição em *Nordrhein-Westfalen*, de 20 de dezembro de 2006 (GV. NW 2006, p. 620) – 1 BvR 595/07 –.

Dispositivo:

1. O § 5 II, nº 11 da Lei de Proteção da Constituição em *Nordrhein-Westfalen*, de 20 de dezembro de 2006 (Diário Oficial de Leis e Decretos para o Estado de *Nordrhein-Westfalen*, página 620) é incompatível com o Artigo 2, Parágrafo 1, em combinação com o Artigo 1,

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

Parágrafo 1; Artigo 10, Parágrafo 1 e Artigo, 19 Parágrafo 1, Período 2 da *Grundgesetz* e [por isso] nulo.

2. Com isso, ficam prejudicadas as impugnações levantadas pelos reclamantes contra o § 5, Parágrafo 3 e § 17 da Lei de Proteção da Constituição em *Nordrhein-Westfalen*.

3. A Reclamação Constitucional do Reclamante 1b é indeferida na extensão em que se dirige contra o § 5a, Parágrafo 1 da Lei de Proteção da Constituição em *Nordrhein-Westfalen*.

4. De resto, as Reclamações Constitucionais não são admitidas.

5. O Estado *Nordrhein-Westfalen* deve ressarcir aos reclamantes três quartos de suas custas processuais necessárias.

Razões

A.

Objeto das Reclamações Constitucionais são as normas da Lei de Proteção da Constituição de *Nordrhein-Westfalen* (a seguir: VSG) que, de um lado, regulamentam competências dos órgãos de proteção da Constituição para levantamento de vários dados, precipuamente de sistemas técnico-informáticos; e, de outro, normatizam a lida com os dados levantados.

I. 1. a) - c) aa) - bb), d) e); 2. - 7.; II. 1. - 5.; III. 1. - 8. (...)

IV.

(...)

B.

As Reclamações Constitucionais são apenas parcialmente admitidas a julgamento.

I.

Na extensão em que as Reclamações Constitucionais impugnam o § 5 II, nº 11 VSG, não existem dúvidas quanto à sua admissibilidade.

II.

Em face das objeções de inconstitucionalidade do § 5 III VSG apresentadas por todos os reclamantes, as Reclamações Constitucionais são tão somente admissíveis quando se tratar da notificação decorrente de uma medida prevista pelo § 5 II, nº 11 VSG. De resto, a fundamentação das Reclamações Constitucionais não atende aos requisitos do § 23 I 2, § 92 BVerfGG. Segundo eles [os dispositivos ora trazidos à pauta], uma Reclamação Constitucional tem de ser substancialmente fundamentada. O reclamante tem de esclarecer com quais mandamentos constitucionais a medida impugnada colide. Além disso, ele precisa demonstrar de que maneira ela violou os direitos fundamentais afirmados (cf. BVerfGE 99, 84 [87]; 108, 370 [386]).

Isso falta aqui na medida em que os reclamantes genericamente impugnaram o fato de a regulamentação da notificação decorrente de medidas do serviço estatal de Inteligência no sentido do § 5 II VSG não teria satisfeito as exigências constitucionais. (...).

III. - VII. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são, na extensão de sua admissibilidade, amplamente procedentes. O § 5 II, nº 11 VSG é, em sua lá apresentada segunda alternativa, inconstitucional e nulo (I). O mesmo vale para a primeira alternativa dessa norma (II). Como consequência da nulidade, restam resolvidas as impugnações direcionadas contra o § 5 III e o § 17 VSG (III). Todavia, contra o § 5a I VSG não existem dúvidas quanto à constitucionalidade (IV).

I.

O § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG que normatiza o acesso confidencial a sistemas técnico-informáticos, viola o direito geral de personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) em sua especial marca como direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos.

Essa marca do direito geral de personalidade protege contra intervenções em sistemas técnico-informáticos, desde que a proteção não seja garantida por intermédio de outros direitos fundamentais, tais como, precipuamente, pelo Art. 10 ou Art. 13 GG, assim como pelo direito à autodeterminação informacional (1). No presente caso, não são as intervenções justificadas constitucionalmente: o § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG não satisfaz o mandamento da clareza normativa (2 a), as exigências do princípio da proporcionalidade não são cumpridas (2 b) e a norma não contém suficientes precauções para a proteção do âmbito nuclear da configuração da vida privada (2 c). A norma impugnada é nula (2 d). Um exame complementar com base em outros direitos fundamentais não é necessário (2 e).

1. O § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG autoriza intervenções no direito geral de personalidade na sua marca especial como direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos; ela [a aludida marca do direito fundamental do Art. 2 I GG] acrescenta-se a outras concretizações desse direito fundamental, como ao direito à autodeterminação informacional, assim como às garantias de liberdade do Art. 10 e do Art. 13 GG, quando essas não garantirem proteção ou [garantirem somente] uma proteção insuficiente.

a) O direito geral de personalidade garante elementos da personalidade que não são objeto das garantias especiais de liberdade da *Grundgesetz*, em relação aos quais, todavia, em seu significado constitutivo para a personalidade, não ficam para trás (cf. BVerfGE 99, 185 [193]; 114, 339 [346]). Tal garantia – que feche lacunas – é especialmente necessária para se enfrentar novos tipos de perigos que possam aparecer no bojo do progresso técnico-científico e das transformações das relações da vida em sociedade (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 65, 1 [41]; 118, 168 [183]). A correlação de um concreto desejo de proteção jurídica aos vários aspectos do direito de personalidade orienta-se, sobretudo, pelo tipo da ameaça à personalidade (cf. BVerfGE 101, 361 [380]; 106, 28 [39]).

b) O uso da técnica da informação adquiriu um significado antes inimaginável para a personalidade e para o desenvolvimento do indivíduo. A moderna técnica da informação abre ao indivíduo novas possibilidades, mas também lança novos tipos de perigos para a personalidade.

aa) O desenvolvimento mais recente da técnica da informação levou a sistemas técnico-informáticos que estão em toda parte e cujo uso adquiriu um significado central para a gestão da vida de muitos cidadãos.

Isso vale, em primeiro lugar, para os computadores pessoais, dos quais já dispõe uma clara maioria dos lares na República Federal [da Alemanha]. (cf. Secretaria Federal de Estatística, *Statistisches Jahrbuch* 2007, p. 113). A capacidade de desempenho de tais computadores subiu tanto quanto a capacidade de seu processador e os muitos veículos de arquivamento a eles ligados [“mídias”]. Os computadores pessoais hodiernos podem ser utilizados para um grande número de diferentes propósitos, como, por exemplo, para a abrangente administração e arquivamento de assuntos pessoais e negociais, como biblioteca

digital ou de diversas formas como aparelho de entretenimento. Correspondentemente, cresceu muito o significado dos computadores pessoais.

A relevância da técnica da informação para a configuração da vida do indivíduo não se limita à maior difusão e capacidade de desempenho de computadores pessoais. A par disso, muitos objetos, com os quais grande parte da população lida cotidianamente, contêm componentes técnico-informáticos. É o que ocorre, por exemplo, cada vez mais com os aparelhos de telefonia ou aparelhos eletrônicos encontrados em residências ou automóveis.

bb) A capacidade de sistemas técnico-informáticos e seu significado para o desenvolvimento da personalidade crescem ainda mais quando tais sistemas são conectados entre si. Principalmente em razão do aumento do uso da internet por parte de grandes parcelas da população, isso se torna mais e mais normal.

Uma conexão de sistemas técnico-informáticos possibilita, em geral, a distribuição de tarefas por esse sistema e o aumento o desempenho dos cálculos como um todo. Destarte, podem ser examinados, por exemplo, os dados enviados por indivíduos aos sistemas conectados e estes serem programados para certas reações. Desse modo, pode ser ao mesmo tempo expandida a abrangência da função de cada sistema.

Especialmente a internet, sendo um feixe complexo de redes de computadores, não apenas abre ao usuário de um computador conectado à rede uma quantidade praticamente incomensurável de informações que [já] estejam disponibilizadas por outras redes de computadores para serem consultadas. Ela também disponibiliza ao usuário muitos novos tipos de serviços de comunicação, a partir dos quais ele consiga construir e, ativamente, cuidar de vínculos sociais. No mais, os efeitos da convergência técnica podem levar, em larga medida, à transposição de formas tradicionais da comunicação à distância para a internet (cf., por exemplo, no campo da telefonia: Katko, CR 2005, p. 189).

cc) A crescente difusão dos sistemas técnico-informáticos em rede cria para o indivíduo, ao lado de novas possibilidades do desenvolvimento da personalidade, também novas ameaças à personalidade.

(1) Tais ameaças já resultam do fato de que sistemas técnico-informáticos complexos como, por exemplo, no caso de um computador pessoal abrem um amplo leque de possibilidades de uso, que estão todos relacionados com a produção, processamento e arquivamento de dados. No caso, não se trata apenas de dados que o usuário do computador conscientemente cria e arquiva. No quadro do processamento dos dados, os sistemas técnico-informáticos produzem, autonomamente, muitos outros dados que podem ser examinados, tendo em vista [avaliar] seu comportamento e suas características, da mesma forma como acontece com os dados arquivados pelo usuário. Na consequência, pode ser encontrada nos discos rígidos e em outros veículos de arquivamento [“mídias”] uma grande quantidade de dados relacionados a situações pessoais, os contatos sociais e as atividades exercidas pelo usuário. Quando esses dados são levantados e examinados por terceiros, isso pode viabilizar amplas conclusões a respeito da personalidade do usuário, incluindo até a criação de um perfil [completo do usuário] (para os riscos à personalidade decorrentes de tais consequências, cf. BVerfGE 65, 1 [42]).

(2) No caso de um sistema em rede, especialmente no caso de um sistema conectado à internet, esses perigos são aprofundados em vários aspectos. Primeiro, a ampliação das possibilidades de uso ligada à conexão em rede leva a que, na comparação com um sistema

não conectado, uma quantidade e variedade de dados ainda maiores sejam criados, processados e armazenados. No caso, trata-se de conteúdos de informação, assim como de dados com relação à comunicação em rede. Por intermédio do armazenamento e avaliação de tais dados sobre o comportamento do usuário na rede, podem ser conseguidos conhecimentos muito amplos sobre a personalidade do usuário.

Antes de tudo, porém, a conexão dos sistemas abre a terceiros uma possibilidade de acesso técnico que pode ser utilizada para espionar e manipular os dados existentes no sistema. Em parte, o indivíduo nem pode perceber tais acessos; em todo, caso pode se defender somente de maneira limitada. Sistemas técnico-informáticos já atingiram um tamanho grau de complexidade de tal sorte que uma eficaz autoproteção social ou técnica pode revelar grandes dificuldades, sobrecarregando [intelectualmente] pelo menos o usuário médio. Uma autoproteção técnica pode, no mais, implicar um elevado custo ou comprometimentos da função do sistema protegido. Muitas possibilidades de autoproteção – como, por exemplo, o trancamento ou ocultação de dados sensíveis – tornam-se, de resto, amplamente sem efeito quando terceiros conseguem realizar a infiltração no sistema no qual os dados tenham sido arquivados. Por fim, em face da velocidade do desenvolvimento técnico-informático, não se pode confiavelmente prognosticar quais as possibilidades de se autoprotger tecnicamente restarão no futuro ao usuário.

c) Do significado do uso de sistemas técnico-informáticos para o desenvolvimento da personalidade e dos perigos para a personalidade que sejam ligados a esse uso decorre uma acentuada necessidade de proteção de direito fundamental. O indivíduo precisa que o Estado observe, com vistas ao desenvolvimento desimpedido da personalidade, algumas justas expectativas dirigidas à integridade e à confidencialidade de tais tipos de sistemas. As garantias de direitos fundamentais do Art. 10 e do Art. 13 GG, assim como as configurações do direito geral de personalidade, tais quais desenvolvidas até hoje na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não dispensam uma suficiente consideração da necessidade de proteção surgida a partir do desenvolvimento da técnica informática.

aa) A garantia do sigilo das telecomunicações protege a transmissão não corpórea de informações a destinatários individuais com ajuda do tráfego telecomunicacional (cf. BVerfGE 67, 157 [172]; 106, 28 [35s.]); não, todavia, a confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos.

(1) A proteção do Art. 10 I GG compreende a telecomunicação, pouco importando qual o tipo de transmissão (cabo, difusão, transmissão analógica ou digital) e quais as formas de expressão (oral, imagem, sons, símbolos ou demais dados) são usados (cf. BVerfGE 106, 28 [36]; 115, 166 [182]). A área de proteção do sigilo das comunicações telefônicas estende-se, nesse sentido, aos serviços de comunicação da internet (em relação a e-mails, cf. BVerfGE 113, 348 [383]). No mais, não são protegidos apenas os conteúdos da telecomunicação contra uma tomada de conhecimento, mas também suas circunstâncias. A elas pertencem especialmente se, quando e quão frequentemente ocorreu ou tenha sido tentado o trânsito telecomunicativo entre quais pessoas ou instituições de telecomunicação. (cf. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312s.]). O sigilo das telecomunicações enfrenta, nesse quadro, velhas assim como novas ameaças à personalidade que resultam do papel de destaque que tem a técnica informática para o desenvolvimento do indivíduo.

Quando uma autorização restringir-se a uma medida estatal, por intermédio da qual os conteúdos e circunstâncias da telecomunicação em curso na rede de computadores forem levantados ou os dados com ela relacionados sejam avaliados, a intervenção deve ser medida, exclusivamente, junto ao Art. 10 I GG. A área de proteção desse direito fundamental é atingida, independentemente de a medida recair tecnicamente sobre o caminho da transmissão ou sobre o aparelho receptivo final (cf. BVerfGE 106, 28 [37s.]; 115, 166 [186s.]). Isso vale, em princípio, mesmo se o aparelho de recepção final for um sistema técnico-informático complexo e conectado em rede cuja utilização para a telecomunicação representar apenas um entre vários tipos de uso [possível].

(2) A proteção de direito fundamental do Art. 10 I GG não se estende, no entanto, aos conteúdos e circunstâncias da telecomunicação armazenados depois de encerrado o processo de comunicação, na esfera de domínio de um dos participantes da comunicação, desde que este possa tomar medidas próprias de proteção contra os acessos despercebidos de dados. Nesse caso, em face de tais dados não subsistem os perigos específicos da comunicação à distância, as quais devem ser resistidas por intermédio do sigilo das telecomunicações (cf. BVerfGE 115, 166 [183ss.]).

(3) A proteção efetivada por meio do sigilo das telecomunicações igualmente não existe quando um órgão estatal vigiar o uso de um sistema técnico-informático em si ou quando investigar os veículos de dados [“mídias”] do sistema. Tendo em vista o registro dos conteúdos ou circunstâncias de fora da telecomunicação em curso, não estará presente uma intervenção no Art. 10 I GG, mesmo se, para a transmissão dos dados levantados à repartição pública examinadora, tiver sido usada uma conexão telecomunicacional, como é o caso, por exemplo, do acesso online de dados armazenados (cf. Germann, *Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet*, 2000, p. 497; Rux, JZ 2007, p. 285 [292]).

(4) Se o acesso secreto a um sistema técnico-informático servir ao levantamento de dados, também quando o Art. 10 I GG não proteger ante a um acesso, resta uma lacuna de proteção que deve ser fechada por intermédio do direito geral de personalidade em sua marca como proteção da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos.

Caso um complexo sistema informático seja tecnicamente infiltrado com o propósito da vigilância da telecomunicação (“vigilância telecomunicacional de fontes”), tirar-se-á, com a infiltração, o decisivo obstáculo à espionagem geral do sistema. A ameaça a isso relacionada vai muito além do que uma mera vigilância de um processo de comunicação em curso. Especialmente, pode-se se chegar à tomada de ciência sobre dados arquivados no computador pessoal que não guardem relação ao uso comunicativo. Registrados podem ser, por exemplo, o comportamento junto à operação de um computador pessoal para propósitos próprios, a frequência das conexões com determinados serviços, sobretudo também o conteúdo de dados arquivados, ou – caso o sistema técnico-informático dirija também aparelhos no lar – o comportamento na própria residência.

De resto, segundo informação dada por peritos ouvidos na audiência, pode ocorrer de, em seguida à infiltração, serem levantados dados sem relação com a telecomunicação em curso, mesmo que isso não seja intencionado. Na sequência, existe para o atingido – diferentemente do que, em regra, ocorre na vigilância telecomunicativa tradicional baseada em uma ligação – sempre o risco de que, além dos conteúdos e circunstâncias da telecomunicação, outras informações relevantes para a personalidade sejam levantadas. As

ameaças destarte efetivadas não podem ser ou não ser suficientemente enfrentadas pelo Art. 10 I GG.

O Art. 10 I GG será, ao contrário, o único parâmetro jusfundamental para o exame de uma autorização para uma "vigilância telecomunicativa de fontes" quando a vigilância restringir-se, exclusivamente, a dados de um processo telecomunicativo em curso. Isso precisa ser assegurado por meio de precauções técnicas e respaldos jurídicos.

bb) Também a inviolabilidade do domicílio garantida pelo Art. 13 I GG outorga ao indivíduo, com vistas à sua dignidade humana, assim como no interesse do desenvolvimento de sua personalidade, um âmbito vital elementar no qual se pode intervir apenas se presentes os pressupostos especiais do Art. 13 II ao VII GG; deixa, todavia, lacunas de proteção em face de acessos a sistemas técnico-informáticos.

O bem protegido desse direito fundamental é a esfera espacial na qual se desenvolve a vida privada (cf. BVerfGE 89, 1 [12]; 103, 142 [150s.]). Além de residências privadas, fazem parte também salas de empresas e de negócios da área de proteção do Art. 13 GG (cf. BVerfGE 32, 54 [69ss.]; 44, 353 [371]; 76, 83 [88]; 96, 44 [51]). No caso, a proteção de direito fundamental não se esgota na resistência a uma entrada corpórea na residência. Como intervenção no Art. 13 GG, devem ser vistas também aquelas medidas pelas quais os órgãos estatais, com o uso de ferramentas especiais, conseguem uma visão de acontecimentos no interior da residência que foram excluídos da percepção natural [por aqueles que se encontrem] fora da área protegida. A tais ferramentas pertencem não apenas a vigilância acústica ou visual (cf. BVerfGE 109, 279 [309, 327]), como também, igualmente, a tomada de medida de irradiação eletromagnética, com a qual o uso de um sistema técnico-informático na residência possa ser monitorado. Isso pode atingir também um sistema que opere *offline*.

No mais, pode ter de ser uma medida estatal que tenha relação com o acesso secreto a um sistema técnico-informático avaliada com base Art. 13 I GG, por exemplo, se e quando funcionários do órgão investigativo penetrarem em um espaço protegido como domicílio, para lá manipularem fisicamente um sistema técnico-informático. Outro caso de aplicação do Art. 13 I GG é a infiltração de sistema técnico-informático que se encontre no domicílio para, com ajuda dele, monitorar determinados acontecimentos dentro do domicílio, caso em que, por exemplo, se faça uso de aparelhos periféricos ligados ao sistema tais como um microfone ou uma câmera.

Contudo, o Art. 13 I GG não disponibiliza ao indivíduo uma proteção geral, independente das modalidades de acesso contra a infiltração de seu sistema técnico-informático, também quando esse sistema se encontrar no domicílio (cf., por exemplo: Beulke/Meininghaus, StV 2007, p. 63 [64]; Gercke, CR 2007, p. 245 [250]; Schlegel, GA 2007, p. 648 [654ss.]; opinião contrária, por exemplo: Buermeyer, HRRS 2007, p. 392 [395ss.]; Rux, JZ 2007, p. 285 [292ss.]; Schaar/Landwehr, K&R 2007, p. 202 [204]). Isso porque a intervenção pode se dar independentemente da localização, de tal sorte que a proteção relacionada ao espaço não consegue oferecer resistência à ameaça específica ao sistema técnico-informático. Quando a infiltração explorar a ligação do computador atingido com uma rede de computadores, ela deixa intocada a esfera privada espacial assegurada pela delimitação [física] do domicílio. A localização do sistema torna-se, em muitos casos, desimportante para as medidas investigativas e, frequentemente, nem mesmo reconhecível para o órgão [estatal

investigativo]. Isso vale principalmente para os sistemas técnico-informáticos móveis, tais como *laptops*, *personal digital assistants* (PDAs) ou celulares.

Além disso, o Art. 13 I GG não protege contra o levantamento de dados possibilitado pela infiltração do sistema que se encontrarem no disco rígido ou em um veículo de arquivamento de um sistema técnico-informático que esteja em uma residência (cf. para a relação concomitante entre busca no domicílio e apreensão: BVerfGE 113, 29 [45]).

cc) Também os conteúdos do direito geral de personalidade até então reconhecidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, especialmente as garantias da proteção da esfera privada e do direito à autodeterminação informacional, não bastam para cobrir a carência especial de proteção do usuário de um sistema técnico-informático em extensão suficiente.

(1) Em sua marca como proteção da esfera privada, o direito geral de personalidade garante ao indivíduo um âmbito espacial e tematicamente determinado que deve permanecer, em princípio, livre do olhar indesejado (cf. BVerfGE 27, 344 [350 ss.]; 44, 353 [372 s.]; 90, 255 [260]; 101, 361 [382 s.]). A necessidade de proteção do usuário de um sistema técnico-informático não se restringe, todavia, apenas a dados que sejam classificados em sua esfera privada. Tal classificação depende, no mais, frequentemente, do contexto no qual os dados se originaram e no qual sejam conectados a outros dados. Junto ao dado em si não pode ser enxergado qual o significado ele tenha para o atingido e quais significados ele possa ganhar na sua alocação em outros contextos. Isso implica que, com a infiltração do sistema, não apenas dados necessariamente privados serão registrados, como também será possibilitado o acesso a todos os dados, de tal sorte que se possa chegar a uma imagem completa do usuário do sistema.

(2) O direito à autodeterminação informacional vai além da proteção da esfera privada. Ele dá ao particular o poder de decidir, em princípio ele mesmo, sobre a entrega e uso de seus dados pessoais (cf. BVerfGE 65, 1 [43]; 84, 192 [194]). Ele acompanha e expande a proteção jusfundamental da liberdade comportamental e da privacidade, na medida em que ele a garante já a partir da fase da ameaça à personalidade. Tal situação de risco pode ocorrer já antes de surgirem ameaças concretas a bens jurídicos de monta, principalmente se as informações relativas à pessoa puderem ser usadas e conectadas, de tal tipo e modo que o atingido não possa nem enxergá-las, nem impedi-las. O alcance da proteção do direito à autodeterminação informacional não se restringe, nesse caso, às informações que, já em razão de seu tipo, sejam sensíveis e que, por isso, sejam protegidas por direito fundamental. Também a lida com dados relativos à pessoa que em si tenham um reduzido conteúdo informativo, podem, a depender do objetivo do acesso e das possibilidades de operação e conexão, ter efeitos relevantes do ponto de vista da tutela de direito fundamental sobre a privacidade e a liberdade comportamental do atingido (cf. BVerfGE 118, 168 [184 s.]).

As ameaças à personalidade a serem combatidas com o direito à autodeterminação informacional resultam de diversas possibilidades do Estado e, se for o caso, também de agentes privados (cf. BVerfG, Decisão da 1ª. Câmara do Primeiro Senado, de 23 de outubro de 2006 – 1 BvR 2027/02 –, JZ 2007, p. 576) para o levantamento, operacionalização e utilização de dados relativos à pessoa. Sobretudo por meio do processamento eletrônico de dados, podem ser geradas a partir de tais informações mais informações e, assim, chegar-se a conclusões, as quais podem tanto atingir os interesses de guarda de sigilo protegidos do

atingido, quanto trazer consigo intervenções em sua liberdade comportamental (cf. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 s.]; 115, 320 [342]; 118, 168 [184 s.]).

Contudo, o direito à autodeterminação informacional não leva totalmente em consideração as ameaças à personalidade que resultem do fato de o indivíduo, para o desenvolvimento de sua personalidade, ser dependente do uso de sistemas técnico-informáticos, e, no caso, confiar ao sistema seus dados pessoais, ou já por conta do seu uso, inevitavelmente, os entrega. Um terceiro que tenha acesso a tal sistema pode conseguir um banco de dados potencialmente muito grande e revelador, sem mais depender de outras medidas de levantamento e processamento de dados. Em sua importância para a personalidade do atingido, tal acesso vai muito além de levantamentos de dados pontuais, frente aos quais o direito à autodeterminação informacional protege.

d) Quando não existir uma proteção suficiente em face de ameaças à personalidade decorrentes de o indivíduo ser dependente da utilização de sistemas técnico-informáticos para o desenvolvimento de sua personalidade, o direito geral de personalidade, em sua função de fechar lacunas, levará em consideração a demanda de proteção para além de suas marcas até hoje reconhecidas, na medida em que ele garantir a integridade e confidencialidade de sistemas técnico-informáticos.

Esse direito embasa, ao mesmo tempo, o direito à autodeterminação informacional sobre o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG; ele protege o âmbito da vida pessoal e privada do titular do direito fundamental em face de acesso estatal no âmbito da técnica da informação, também na medida em que o sistema técnico-informático seja acessado como um todo, e não sejam apenas processos particulares de comunicação ou dados armazenados.

aa) Não obstante, nem todo sistema técnico-informático que produza, operacionalize e armazene dados relativos à pessoa demanda a proteção especial por meio de uma garantia própria com natureza de direito de personalidade. Quando tal sistema, conforme sua construção técnica, contiver tão somente dados com relação pontual a um determinado âmbito de vida do atingido – por exemplo, equipamentos operacionais do rol de ferramentas técnicas da casa não conectados eletronicamente –, não se diferencia, qualitativamente, um acesso estatal a um banco de dados existente de outros levantamentos de dados. Em tal caso, a proteção mediante o direito à autodeterminação informacional basta para proteger os legítimos interesses de sigilo do atingido.

O direito fundamental à garantia da integridade e da confidencialidade de sistemas técnico-informáticos deve ser, ao contrário, aplicado quando a autorização de intervenção registrar sistemas que possam, solitariamente ou em suas conexões técnicas, conter dados relativos à pessoa do atingido em uma quantidade e em uma diversidade [tal] que um acesso ao sistema possibilite um olhar interior sobre partes essenciais da configuração da vida de uma pessoa ou até mesmo receber uma imagem reveladora da personalidade. Tal possibilidade existe, por exemplo, no caso de acesso a computador pessoal, pouco importando se é instalado em lugar fixo ou operado movelmente. Não apenas no caso da utilização para propósitos particulares, mas também no caso da utilização comercial, o comportamento do usuário pode normalmente revelar características pessoais ou predileções. A proteção específica de direito fundamental alcança, no mais, por exemplo, aqueles telefones móveis ou agendas eletrônicas que disponham de um grande leque de funções e que possam registrar e armazenar dados relativos à pessoa de diversos tipos.

bb) Protegido pelo direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos é, em primeiro lugar, o interesse do usuário de que os dados levantados, processados e armazenados por um sistema técnico-informático compreendidos na área de proteção permaneçam sigilosos. Uma intervenção nesse direito fundamental deve ser, no mais, então reconhecida, quando a integridade do sistema técnico-informático for atingida, na medida em que se terá acesso ao sistema, de tal sorte a que suas produções, funções e conteúdos armazenados possam ser utilizados por terceiros; então [nesse caso], é retirado o obstáculo técnico decisivo para uma espionagem, vigilância ou manipulação do sistema.

(1) O direito geral de personalidade, na sua aqui tratada configuração, protege especialmente contra um acesso secreto pelo qual possam ser espionados, totalmente ou em partes substanciais, dados existentes no sistema. A proteção do direito fundamental abrange tanto os dados mantidos no disco rígido quanto aqueles que tenham sido arquivados, de maneira temporária ou permanente, em veículos de armazenamento do sistema. O direito fundamental protege também contra levantamentos de dados com meios que, mesmo sendo tecnicamente independentes dos processos de operação dos dados do sistema técnico-informático atingido, tenham como objeto esses processos de operacionalização de dados. É o caso, por exemplo, da aplicação dos assim chamados *hardware-keylogger* ou da mensuração de irradiação eletromagnética de monitores ou teclados.

(2) A proteção de direito fundamental da expectativa de confidencialidade e integridade existe, independentemente de ser o acesso ao sistema técnico-informático fácil ou só com considerável custo de tempo. Todavia, uma expectativa de confidencialidade e integridade a ser reconhecida jusfundamentalmente somente estará presente se o atingido usar o sistema técnico-informático como seu próprio e, por isso, possa, de acordo com as circunstâncias, partir do reconhecimento de que ele sozinho, ou junto com outras pessoas autorizadas ao uso, por determinação própria, disponha do sistema técnico-informático. Se o uso do próprio sistema técnico-informático ocorrer por intermédio de outro sistema técnico-informático que se encontre no poder de disposição de outrem, a proteção do usuário alcançará também aquele.

2. O direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos não é ilimitado. Intervenções podem ser justificadas tanto para propósitos preventivos quanto também para a persecução penal. O indivíduo precisa aceitar tão somente aquelas restrições que se basearem em um fundamento legal compatível com a Constituição. Tendo em vista a autorização, a ser ora examinada, do Órgão de Proteção da Constituição para tomar medidas preventivas, falta o aludido fundamento.

a) A norma impugnada não atende ao mandamento da clareza e taxatividade normativa.

aa) O mandamento da taxatividade normativa encontra, também em face do direito geral de personalidade em suas variadas marcas, seu fundamento no princípio do Estado de direito (Art. 20, Art. 28 I GG; cf. BVerfGE 110, 33 [53, 57, 70]; 112, 284 [301]; 113, 348 [375]; 115, 320 [365]). Ele deve assegurar que o legitimado democraticamente legislador parlamentar tome, ele mesmo, as decisões substanciais sobre as intervenções em direitos fundamentais e seu alcance; que Governo e Administração encontrem na lei parâmetros norteadores e limitadores; e que os tribunais possam executar o controle judicial. No mais, a clareza e taxatividade asseguram que o atingido possa reconhecer a situação jurídica e que possa se

posicionar sobre possíveis medidas onerosas (cf. BVerfGE 110, 33 [52 ss.]; 113, 348 [375 ss.]). O legislador tem de fixar o motivo, o propósito e os limites da intervenção, de maneira suficientemente específica quanto ao seu âmbito, de maneira precisa e com clareza normativa (cf. BVerfGE 100, 313 [359 s., 372]; 110, 33 [53]; 113, 348 [375]; 118, 168 [186 ss.]).

A depender da tarefa a ser desempenhada, estão à disposição do legislador diferentes possibilidades para a regulamentação dos pressupostos da intervenção. As exigências do princípio da taxatividade orientam-se também em conformidade com essas possibilidades de regulamentação (cf. BVerfGE 110, 33 [55 s.]; 118, 168 [188]). Caso o legislador se valha de conceitos jurídicos indeterminados, não podem as incertezas remanescentes ir tão longe, a ponto de ameaçar a previsibilidade e a judicialidade da ação dos órgãos estatais que foram autorizados pelas normas (cf. BVerfGE 21, 73 [79 s.]; 31, 255 [264]; 83, 130 [145]; 102, 254 [337]; 110, 33 [56 s.]; 118, 168 [188]).

bb) Segundo esses parâmetros, o § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG não satisfaz o mandamento da clareza e taxatividade normativa, na medida em que não se pode suficientemente depreender da lei os pressupostos típicos das medidas regulamentadas.

(1) Os pressupostos para as medidas pautadas no § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG podem ser fixados a partir de duas referências normativas. Primeiro, o § 5 II VSG menciona genericamente o § 7 I VSG que, por sua vez, se refere ao § 3 I VSG. De acordo com isso (...).

(2) Com o mandamento da clareza e taxatividade normativa não é compatível que, para a referência à Lei do Artigo 10 *Grundgesetz*, o § 5 II, nº 11, 2 VSG pressuponha que uma medida intervenha no Art. 10 GG. A resposta à pergunta, em quais direitos fundamentais as medidas investigativas do Órgão de Proteção da Constituição intervêm, pode exigir considerações e avaliações complexas. Para fazê-las, é chamado, em primeiro lugar e preponderantemente, o legislador. (...).

(...).

(3) A referência à Lei do Artigo 10 *Grundgesetz* no § 5 II, nº 11 2 VSG não satisfaz o mandamento da clareza e taxatividade normativa, também na medida em que o alcance da referência não foi regulamentado de maneira suficientemente taxativa.

(...).

b) O § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG não observa também o princípio da proporcionalidade. Esse exige que uma intervenção em direito fundamental sirva a um propósito legítimo e que seja, na qualidade de meio para o alcance desse fim, adequado, necessário e proporcional [em sentido estrito] (cf. BVerfGE 109, 279 [335 ss.]; 115, 320 [345]; 118, 168 [193]).

aa) Os levantamentos de dados prescritos pela norma impugnada servem ao Órgão de Proteção da Constituição para o cumprimento de suas tarefas segundo o § 3 I VSG e, com isso, em antecipação a perigos concretos, à garantia da ordem fundamental democrática liberal, da existência da União e dos Estados-membros, assim como de determinados interesses da República Federal dirigidos à sua relação com o exterior. No caso, também foi perseguido pela derrogação da Lei de Proteção da Constituição, de acordo com a fundamentação da lei [“exposição de motivos”], principalmente o objetivo de assegurar um combate efetivo ao terrorismo pelo Órgão de Proteção da Constituição em face de novas ameaças, especialmente daquelas ligadas à comunicação via internet (cf. LTDrucks. 14/2211, p. 1). Todavia, o âmbito de aplicação da nova regra não se limita; nem expressamente, nem como consequência de uma

relação sistemática; ao combate ao terrorismo. A norma carece de uma justificação para o seu âmbito completo de aplicação.

A segurança do Estado, na qualidade de poder constituído de ordem e paz, e a segurança por ele garantida da população em face de perigos para corpo, vida e liberdade são valores constitucionais que se encontram no mesmo patamar hierárquico de outros bens valiosos (cf. BVerfGE 49, 24 [56 s.]; 115, 320 [346]). O dever de tutela encontra seu fundamento tanto no Art. 2 II 1, quanto também no Art. 1 I 2 GG (cf. BVerfGE 115, 118 [152]). O Estado cumpre suas tarefas constitucionais, na medida em que ele se opõe a perigos decorrentes de esforços terroristas ou outros. A maior utilização de meios de comunicação eletrônicos ou digitais e sua penetração em quase todas as áreas da vida dificultam que o órgão de proteção da Constituição consiga cumprir, de maneira eficaz, suas tarefas. Também aos projetos terroristas e extremistas a técnica de informação moderna oferece muitas possibilidades para a promoção e manutenção de contatos, assim como para o planejamento e preparação, também para a execução de ações criminosas. Medidas legislativas que incluam meios técnico-informáticos para investigações estatais devem ser compreendidas especialmente em face do contexto antecedente da transposição de formas tradicionais de comunicação para o trânsito eletrônico de notícias e para as possibilidades de codificação ou ocultação dos dados (cf. sobre a perseguição penal: BVerfGE 115, 166 [193]).

bb) O acesso secreto a sistemas técnico-informáticos é adequado a servir a esses objetivos. Com ele, são ampliadas as possibilidades do Órgão de Proteção da Constituição para o esclarecimento e situações de ameaça. Na avaliação da adequação, confere-se ao legislador uma considerável margem de avaliação (cf. BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]; 109, 279 [336]). Não se pode verificar que essa margem de ação tenha sido ultrapassada aqui.

A competência contida no § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG não perde sua aptidão, porque o atingido, segundo uma opinião defendida na literatura (cf. p.ex.: Buermeyer, HRRS 2007, p. 154 [165 s.]; Gercke, CR 2007, p. 245 [253]; Hornung, DuD 2007, p. 575 [579]) e pelos peritos ouvidos na audiência, tem possibilidades de autoproteção técnica, para pelo menos impedir eficazmente um acesso, junto ao qual uma infiltração do sistema visado seja executado com ajuda de um software de acesso. No quadro da avaliação da adequação, não se pode exigir que aquelas medidas que a norma impugnada permite prometam sucesso sempre ou também apenas no caso normal. O prognóstico legislativo, segundo o qual acessos de tal tipo podem ser, no caso particular, bem sucedidos, não é, pelo menos não notoriamente, falho. Não se pode deduzir como óbvio que toda pessoa visada em um acesso use contra [o acesso] as existentes possibilidades de proteção e, de fato, implemente-as sem erros. De resto, parece plausível que, no próximo transcurso do desenvolvimento técnico-informático, apresentem-se possibilidades de acesso para o Órgão de Proteção da Constituição que não possam ser mais tecnicamente impedidas ou apenas com um investimento [financeiro] desproporcional.

No mais, a adequação da competência regulamentada também não pode ser refutada, [só] porque possivelmente o valor de prova dos reconhecimentos que foram conseguidos mediante o acesso seja limitado. Nesse ponto, defende-se que uma confirmação de autenticidade dos dados levantados pressuporia, em princípio, um controle exclusivo do sistema visado no horário em questão (cf. Hansen/Pfitzmann, DRiZ 2007, p. 225 [228]). Não obstante, essas dificuldades da segurança da prova não fazem com que os dados levantados

não tenham um valor informativo. Além disso, o acesso online não serve, segundo a norma impugnada, imediatamente à consecução de provas definitivas para o processo penal, mas sim tem a função de viabilizar ao Órgão de Proteção da Constituição conhecimentos cuja confidencialidade deva ser submetida a exigências menos rigorosas do que àquelas de um processo penal por causa da determinação de tarefas diferenciadas da Proteção da Constituição na prevenção de iminentes perigos concretos.

cc) O acesso secreto a sistemas técnico-informáticos também não fere o princípio da necessidade. No quadro de sua prerrogativa de avaliação, o legislador pôde supor que não existe um caminho que seja tão efetivo, mas menos gravoso ao atingido, para levantar dados existentes em tais sistemas.

Em princípio, deve ser considerada uma – não prevista na Lei de Proteção da Constituição – busca aberta no sistema visado como um meio mais brando comparado ao acesso secreto (cf. Hornung, DuD 2007, p. 575 [580]). Contudo, se o Órgão de Proteção da Constituição, no âmbito de sua determinação de tarefas, tiver uma razão suficiente para ter de olhar, de maneira abrangente, dados deixados em veículos de dados de um sistema técnico-informático – incluindo-se os dados codificados –, acompanhar por um longo tempo alterações ou largamente vigiar a utilização do sistema; então não são vislumbráveis meios mais brandos para o alcance desses objetivos de reconhecimento. O mesmo vale para o acesso de conteúdos codificados da comunicação via internet, quando o acesso à via de transmissão não for promissor.

dd) O § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG não observa, no entanto, o mandamento da proporcionalidade em sentido estrito.

Esse mandamento exige que o peso da intervenção, em uma ponderação geral, não possa ficar fora de proporção em relação ao peso das razões que o justifiquem (cf. BVerfGE 90, 145 [173]; 109, 279 [349 ss.]; 113, 348 [382]; jurisprudência consolidada). O legislador deve correlacionar, adequadamente, o interesse individual, que é atingido por uma intervenção em direito fundamental, ao interesse geral servido pela intervenção. O exame junto a esse parâmetro pode levar ao reconhecimento de que um meio não possa ser aplicado para a execução de interesses gerais, porque os prejuízos a direito fundamental que dele partem pesam mais do que os interesses a serem atendidos (cf. BVerfGE 115, 320 [345 s.]; 118, 168 [195]).

O § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG não observa isso. As medidas prescritas nessa norma efetuam intervenções em direito fundamental, de tal modo intensas que elas ficam fora de proporção em relação ao interesse de investigação que resulta do ensejo da intervenção regulamentada. No mais, necessárias são prescrições processuais complementares para se observar os interesses do atingido protegidos jusfundamentalmente; essas também faltam na lei.

(1) O § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG autoriza intervenções em direitos fundamentais de grande intensidade.

(a) Um levantamento estatal de dados de complexos sistemas técnico-informáticos indica um reconhecível potencial de pesquisa exaustiva da personalidade do atingido. Isso já vale para acessos pontuais e únicos como, por exemplo, a apreensão ou cópia de veículos de arquivamento de tais sistemas (cf. sobre tais questionamentos, p.ex.: BVerfGE 113, 29; 115, 166; 117, 244).

(aa) Tal acesso secreto a um sistema técnico-informático abre ao órgão estatal atuante a entrada em um banco de dados que pode sobrepujar muito, em termos de quantidade e diversidade, as fontes tradicionais de informação. Isso se dá em razão da multiplicidade de diferentes possibilidades de utilização que complexos sistemas técnico-informáticos oferecem, e que estão relacionados com a produção, operacionalização e armazenamento de dados relativos à pessoa. Especialmente, são usados aqueles aparelhos que, em conformidade com os costumes atuais, servem, de maneira típica e consciente, para o arquivamento de dados pessoais também de maior sensibilidade, tais como, por exemplo, em forma de texto, imagem ou sons privados. O banco de dados disponível pode [conter] informações detalhadas sobre as relações pessoais e a gestão da vida do atingido que abrangem a correspondência privada e profissional travada por várias vias de comunicação ou também anotações pessoais em forma de diário.

Um acesso estatal a tal abrangente banco de dados é ligado ao risco próximo de que os dados levantados permitam, em uma visão panorâmica, que se chegue a deduções sobre a personalidade do atingido e à criação de perfis comportamentais e de comunicação.

(bb) Quando dados forem levantados que propiciem esclarecimento sobre a comunicação do atingido com terceiros, aumenta-se a intensidade da intervenção em direito fundamental, porque se limita a possibilidade de o cidadão – também presente no bem comum – participar de uma não observável comunicação à distância (cf. sobre o levantamento de dados de conexão: BVerfGE 115, 166 [187 ss.]). Um levantamento de tais dados atinge indiretamente a liberdade do cidadão, porque o temor de uma vigilância, também quando esta só se realize *a posteriori*, pode impedir uma comunicação individual descomprometida [despreocupada]. No mais, tais levantamentos de dados revelam uma considerável difusão, o que eleva o peso da intervenção, na medida em que os interlocutores da pessoa visada são inevitavelmente atingidos, sem que isso dependesse de verificação [prévia] da presença dos pressupostos nessa pessoa para tal acesso (cf. sobre a vigilância da telecomunicação: BVerfGE 113, 348 [382 s.]; no mais: BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]).

(b) O peso da intervenção em direito fundamental será especialmente elevado quando – como o que prescreve a norma impugnada – uma infiltração técnica possibilitar a vigilância de longo prazo da utilização do sistema e o registro corrente dos correspondentes dados.

(aa) Extensão e diversidade do banco de dados que podem ser conseguidos por meio de tal acesso serão ainda muito maiores do que no caso de um único e pontual levantamento de dados. O acesso torna disponível ao órgão investigativo também os dados colocados nos veículos de arquivamento do sistema visado apenas provisória ou momentaneamente. Ele viabiliza, no mais, acompanhar toda a comunicação via internet do atingido por um longo lapso temporal. De resto, pode ser elevada a difusão das medidas investigativas, quando o sistema visado for localizado em uma rede de computadores (local) sobre a qual se estende o acesso.

Dados provisórios ou apenas momentaneamente armazenados podem revelar uma relevância especial para a personalidade do atingido ou possibilitar outro acesso a mais dados bastante sensíveis. Isso vale, por exemplo, para o arquivo do *cache*, em que são colocados dados por programas aplicativos como um *web-browser*, e cuja avaliação pode viabilizar conclusões a respeito do uso de tais programas e, assim, indiretamente, a respeito das predileções ou costumes de comunicação do atingido, ou [mesmo os acessos a] senhas, com

as quais o atingido consegue entrar em conteúdos tecnicamente seguros no seu sistema ou na rede. Além disso, uma vigilância de longo prazo da comunicação de internet, tal qual a norma impugnada possibilita, é, igualmente, uma intervenção significativamente intensa comparada a um levantamento único de conteúdos e de circunstâncias de comunicação. Por fim, deve ser observado que o acesso regulamentado entre outros visa a, sendo para tanto idôneo, contornar o uso da tecnologia de codificação. Desse modo, as ações de autoproteção do atingido contra um acesso a dados por ele indesejado serão inócuas. A sabotagem de tal autoproteção informacional eleva o peso da intervenção de direito fundamental.

Também o risco da criação de perfis de comportamento e comunicação é elevado pela possibilidade de vigiar completamente por um longo lapso temporal o uso do sistema visado. O órgão pode, desse modo, explorar as relações pessoais e comportamentos comunicativos do atingido amplamente. Tal levantamento abrangente de dados pessoais deve ser visto como uma intervenção em direito fundamental de especial elevada intensidade.

(bb) A intensidade da intervenção do acesso regulamentado é, de resto, marcada por seu caráter sigiloso. Em um Estado de direito, o sigilo de medidas estatais de intervenção é a exceção e carece de especial justificativa (cf. BVerfGE 118, 168 [197]). Se o atingido ficar sabendo de uma medida estatal que o prejudique antes de sua execução, ele poderá desde o início defender seus interesses. Ele poderá, primeiro, questioná-la juridicamente, algo como fazer uso de proteção judicial. De outra feita, ele tem, no caso de levantamentos de dados perpetrados de maneira aberta, faticamente a possibilidade de influenciar no andamento da investigação por intermédio de seu comportamento. A exclusão dessa chance de influenciar aumenta o peso da intervenção em direito fundamental (cf. a respeito das possibilidades de resistência: BVerfGE 113, 348 [383 s.]; 115, 320 [353]).

(cc) O peso da intervenção é, finalmente, marcado por perigos que se sucedem ao acesso para a integridade do computador de acesso, assim como para os bens jurídicos do atingido ou também de terceiros.

Os especialistas ouvidos na audiência sustentaram que não se poderia impedir que o próprio acesso já causasse danos ao computador. Assim, poderiam efeitos do intercâmbio de dados com os sistemas operacionais levar a perdas de dados (cf. também Hansen/Pfitzmann, DRiZ 2007, p. 225 [228]). Além disso, deve ser observado que não existe um acesso restrito puramente à leitura depois da infiltração. Tanto o órgão que acessa, quanto também terceiros que eventualmente abusarem do programa de acesso podem, por causa da infiltração do computador de acesso, apagar, modificar ou realocar bancos de dados, acidentalmente ou até mesmo por meio de manipulações intencionais. Isso pode prejudicar o atingido de diversos modos com ou sem relação com as investigações.

A depender da técnica de infiltração utilizada, a infiltração pode causar mais prejuízos que devem ser também considerados no bojo do exame da proporcionalidade em sentido estrito de uma medida estatal. Se, por exemplo, for apresentado ao atingido um software de infiltração na forma de um programa aparentemente útil, não se pode excluir a possibilidade de que ele reencaminhe esse programa a terceiros cujos sistemas na sequência serão igualmente danificados. Se, para a infiltração, forem utilizadas lacunas de segurança até então desconhecidas do sistema operacional, isso pode detonar um conflito de objetivos entre os interesses públicos em um acesso bem sucedido e em uma segurança tão grande quanto possível de sistemas técnico-informáticos. Na sequência, existe o perigo de que o órgão de

investigação deixe de sugerir a outros órgãos medidas para o fechamento de tais lacunas de segurança, ou até mesmo ativamente atue no sentido de manter as lacunas desconhecidas. Por isso, o conflito de objetivos poderia comprometer a confiança da população de que o Estado se esforça para assegurar uma segurança da tecnologia da informação tão elevada quanto possível.

(2) A intervenção em direito fundamental que reside no acesso secreto a um sistema técnico-informático, cumprirá, no quadro de uma fixação preventiva de objetivo em face de sua intensidade, o mandamento da proporcionalidade em sentido estrito apenas se certos fatos indicarem um perigo iminente, no caso concreto, para um bem jurídico muito importante, mesmo se não se possa verificar, com suficiente probabilidade, que o perigo se realize já no futuro próximo. De resto, a lei que permite tal intervenção precisa assegurar proteção de direito fundamental ao atingido também por intermédio de precauções processuais adequadas.

(a) Na relação de tensão entre a obrigação do Estado de proteção a bens jurídicos e o interesse do indivíduo na manutenção de seus direitos outorgados pela Constituição, faz parte da tarefa do legislador conseguir, de maneira abstrata, uma compensação dos interesses em conflito (cf. BVerfGE 109, 279 [350]). Isso pode acarretar que certas intensas intervenções em direito fundamental somente possam ser previstas para a proteção de bens jurídicos determinados e somente a partir de determinados graus de suspeita e perigo. Na proibição de intervenções desproporcionais em direito fundamental, encontram seus limites também as obrigações de proteção a outros bens jurídicos (cf. BVerfGE 115, 320 [358]). Correspondentes limites a intervenções devem ser garantidos por intermédio de uma regulamentação legal (cf. BVerfGE 100, 313 [383 s.]; 109, 279 [350 ss.]; 115, 320 [346]).

(b) Uma intervenção em direito fundamental de elevada intensidade pode ser já em si desproporcional se o ensejo da intervenção disciplinado legalmente não revelar um peso suficiente. Se a lei em pauta servir à defesa contra determinados perigos, como aquilo que deriva, na Lei de Proteção da Constituição, do § 1 VSG, dependerá para o [a determinação do] peso do ensejo da intervenção, substancialmente, do nível hierárquico e do tipo da ameaça aos bens protegidos que são mencionados em cada norma (cf. BVerfGE 115, 320 [360 s.]).

Se os bens protegidos de uma autorização de intervenção pesarem em si bastante para justificar intervenções em direitos fundamentais do tipo regulamentado, o princípio da proporcionalidade cria exigências jurídico-constitucionais endereçadas aos pressupostos fáticos da intervenção. O legislador deve assegurar, nesse ponto, o ponto de equilíbrio entre o tipo e intensidade da afetação do direito fundamental, de um lado, e os elementos fáticos que legitimem a intervenção, de outro (cf. BVerfGE 100, 313 [392 ss.]). As exigências [direcionadas] ao grau de probabilidade e a base fática do prognóstico precisam estar em uma relação adequada [proporcional em sentido estrito] para com o tipo e o peso da afetação de direito fundamental. Mesmo no caso de peso máximo da afetação de bem jurídico, não se pode desistir da imprescindibilidade de uma suficiente probabilidade de ocorrência. Também tem de permanecer garantido como pressuposto de uma intervenção pesada em direito fundamental que as suposições e conclusões tenham um ponto de partida concretamente traçado nos fatos (cf. BVerfGE 113, 348 [386]; 115, 320 [360 s.]).

(c) O princípio da proporcionalidade coloca limites a uma regulamentação legislativa que autorize um acesso secreto a sistemas técnico-informáticos, primeiro, na medida em que

existam especiais exigências endereçadas ao ensejo da intervenção. Este está presente aqui na prevenção de perigos no âmbito das tarefas do Órgão de Proteção da Constituição segundo o § 1 VSG.

(aa) Uma intervenção desse tipo só pode ser prescrita se a autorização para a intervenção fizer esta depender de que estejam presentes indícios fáticos de um perigo concreto para um bem jurídico muito importante. Muito importantes são, em primeiro lugar, o corpo, a vida e a liberdade da pessoa. No mais, são muito importantes aqueles bens da coletividade cuja ameaça tangencie as bases ou a existência do Estado ou as bases da existência da humanidade. Faz parte deste grupo, por exemplo, também a capacidade funcional de partes essenciais de instituições públicas de abastecimento, garantidoras da existência.

Para a proteção de outros bens jurídicos de indivíduos ou da coletividade em momentos em que uma situação de ameaça existencial não existir, uma medida estatal será, em princípio, não proporcional, se pela qual – como ocorre aqui – a personalidade do atingido for entregue a uma espionagem abrangente pelo órgão investigatório. Para a proteção de tais bens jurídicos, o Estado deve se restringir a outros poderes de investigação que lhe disponibilize o respectivamente aplicável ramo técnico-jurídico em âmbito preventivo.

(bb) A base legal da autorização tem de prever, no mais, como pressuposto de um acesso secreto que existam pelo menos indícios fáticos de um perigo concreto para suficientemente importantes bens protegidos da norma.

α) A exigência de indícios fáticos conduz a que suposições ou máximas de experiência genéricas apenas não bastem para justificar o acesso. Pelo contrário, precisam ser verificados determinados fatos, os quais sustentem o prognóstico do perigo (cf. BVerfGE 110, 33 [61]; 113, 348 [378]).

Esse prognóstico precisa se basear no surgimento de um perigo concreto. Essa é uma situação junto a qual exista, no caso concreto, a probabilidade suficiente de que sem uma intervenção do Estado será causado, em breve, um dano para os bens protegidos da norma por determinadas pessoas. O perigo concreto é determinado mediante três critérios: o caso concreto, a proximidade do tempo da transformação de um perigo em um dano e a ligação de pessoas individuais como causadoras. O acesso ao sistema técnico-informático a ser aqui avaliado pode, todavia, já ser justificado quando ainda não se possa verificar com suficiente probabilidade que o perigo já se realizará no futuro próximo, desde que determinados fatos indiquem, no caso concreto, um perigo ameaçador de um bem jurídico muito importante. Os fatos precisam, primeiro, permitir a conclusão a respeito de uma ocorrência que seja, pelo menos de acordo com seu tipo, concretizável e [isso] em tempo futuro não distante; por outro lado, a conclusão de que pessoas determinadas irão participar [do evento esperado/temido], a respeito de cujas identidades pelo menos se saiba o suficiente para que medidas de vigilância possam ser utilizadas precisamente contra elas e em grande parte a elas limitadas.

Em sentido contrário, não se considera suficientemente o peso da intervenção em direito fundamental que está presente no acesso secreto a um sistema técnico-informático se o concreto ensejo da intervenção tiver sido antecipado para ainda muito antes de um perigo concreto em face dos bens protegidos da norma; o qual, em suas particularidades, ainda não possa ser vislumbrado no futuro próximo.

Uma conexão do obstáculo à intervenção ao estágio antecipado [da temida lesão] não é aceitável constitucionalmente em face da gravidade da intervenção, quando for conhecido tão

somente um acontecimento [temido] caracterizado apenas por intermédio de indícios relativamente difusos de possíveis perigos. A situação fática é, então, frequentemente caracterizada por uma elevada ambivalência do significado de observações particulares. Os acontecimentos podem permanecer em contextos inofensivos, mas também configurar o começo de um processo que termine em um perigo (cf. sobre a prevenção de crimes: BVerfGE 110, 33 [59]).

β) As exigências constitucionais endereçadas à regulamentação do ensejo fático da intervenção, no caso de um acesso secreto a um sistema técnico-informático, tem de ser observadas junto a todas as autorizações de intervenção com objetivo preventivo. Uma vez que a afetação mediante a intervenção para o atingido é sempre a mesma em todos os casos, não existe, em face de suas exigências, um motivo para diferenciações administrativas, tais como, por exemplo, entre órgãos policiais e outros órgãos estatais dotados de tarefas preventivas como os Órgãos de Proteção da Constituição. Que os órgãos policiais e de Proteção da Constituição tenham tarefas e poderes diferentes e, conseqüentemente, possam se valer de diferentemente profundas intervenções, isso não é relevante para a apreciação do acesso secreto ao sistema técnico-informático.

Certo é que podem ser diferenciações entre as autorizações dos vários órgãos com tarefas preventivas legítimas em face da Constituição. Destarte, justificam os propósitos especiais no âmbito da vigilância estratégica das telecomunicações pelo Serviço Federal de Inteligência que os pressupostos da intervenção sejam determinados de forma diferente do que no direito processual penal ou no direito de polícia (cf. BVerfGE 100, 313 [383]). Também podem ser configurados diferentemente os pressupostos da atuação para medidas investigativas, a depender de qual órgão atue e com que objetivo. Desse modo, pode ser levado em consideração algo como a especial tarefa dos Órgãos de Proteção da Constituição para o esclarecimento de planos inimigos da Constituição, antecipadamente a perigos concretos (cf., em geral, a respeito do problema de regras investigativas adequadas no âmbito preliminar: Möstl, DVBl. 2007, p. 581; Volkman, JZ 2006, p. 918). Assim, não se pode, em princípio, impugnar constitucionalmente que os Órgãos de Proteção da Constituição possam utilizar meios de informação secreta, a fim de conseguirem reconhecimentos sobre grupos que combatam os bens protegidos da Lei de Proteção da Constituição – no mínimo ainda – sobre o chão da legalidade. Também não se deve exigir, em geral, para a utilização de tais meios que, além dos sempre imprescindíveis indícios fáticos de tais planos [inimigos da Constituição] (cf. p.ex. § 7 I, nº 1 c.c. § 3 I VSG), existam também concretos momentos de suspeita.

Não obstante, o legislador é vinculado às prescrições constitucionais que derivam do princípio da proporcionalidade também junto à regulamentação dos poderes, em particular dos órgãos de segurança cuja tarefa consiste no esclarecimento prévio [de crimes]. Isso pode implicar que também tais órgãos somente são autorizados a certas intensas intervenções em direito fundamental, quando exigências elevadas direcionadas à regulamentação do motivo da intervenção forem observadas. Esta é a situação, especialmente no caso do acesso secreto a um sistema técnico-informático que, independentemente do órgão agente, traz em si o risco de que o atingido fique à mercê de uma ampla espionagem estatal de sua personalidade. Também quando não for possível desenvolver providências legais criadas especialmente para os órgãos agentes preventivos que levem em consideração o peso e a intensidade do perigo

ao direito fundamental de modo comparável ao conceito tradicional de perigo, como se faz, por exemplo, no caso do direito policial, isso não seria um motivo constitucionalmente aceitável para suavizar os pressupostos fáticos de uma intervenção do tipo aqui presente.

(d) No mais, uma autorização para acesso secreto a sistemas técnico-informáticos precisa ser ligada a precauções legais adequadas a garantir, jurídico-processualmente, os interesses do atingido. Quando uma norma prescrever atividades investigativas secretas do Estado que, – como aqui – tocarem zonas especialmente protegidas da privacidade ou revelarem uma especialmente elevada intensidade interventiva, então deve ser considerado o peso da intervenção em direito fundamental por meio de idôneas precauções processuais (cf. BVerfGE 118, 168 [202], com mais ref.). Especialmente, deve ser o acesso por princípio colocado sob a reserva de uma ordem judicial.

(aa) Uma reserva dessa natureza torna possível o controle preventivo de uma planejada medida investigativa secreta por uma instância independente e neutra. Um controle desse tipo pode representar um elemento significativo de uma efetiva proteção de direito fundamental. Ele até não é apto a compensar as falhas de uma barreira à intervenção regulamentada de maneira muito indefinida ou colocada a um patamar muito baixo, porque apenas uma instância examinadora independente pode assegurar que os pressupostos da intervenção regulamentados sejam cumpridos (cf. BVerfGE 110, 33 [67 s.]). Mas [o referido controle] pode garantir que a decisão sobre uma medida investigativa secreta leve suficientemente em consideração os interesses do atingido quando o próprio atingido não puder, antecipadamente, defender seus interesses por causa do caráter sigiloso da medida. O controle serve então à “representação compensatória” dos interesses do atingido no processo administrativo (cf. Tribunal Constitucional Estadual de *Sachen*, Decisão de 14 de maio de 1996 – Vf.44-II-94 –, JZ 1996, p. 957 [964]).

(bb) Se uma medida investigatória secreta provocar uma intervenção em direito fundamental de vulto, então é imperativo um controle preventivo por uma instância independente, porque, caso contrário, o atingido permaneceria desprotegido. Concede-se, todavia, ao legislador na configuração detalhada do controle, como no caso da decisão sobre o órgão controlador e o procedimento a ser utilizado, em princípio, uma margem de ação regulamentar. No caso de uma intervenção em direito fundamental de peso especialmente elevado, como no acesso secreto a um sistema técnico-informático, a margem de ação reduz-se, no sentido de que a medida deve ser colocada, em princípio, sob a reserva da ordem judicial. No caso particular, juízes podem, com base em sua independência funcional e pessoal e seu vínculo exclusivo à lei, proteger os direitos do atingido da melhor e mais segura maneira possível (cf. BVerfGE 103, 142 [151]; 107, 299 [325]). Pressuposto é, no entanto, que eles examinem, detidamente, a juridicidade da medida prescrita e consolidem as razões por escrito (sobre as exigências à ordem de uma vigilância acústica de domicílio, cf. BVerfGE 109, 279 [358 ss.]; para uma crítica à práxis do exercício da reserva judicial em buscas domiciliares, cf. BVerfGE 103, 142 [152], com mais referências).

O legislador só pode confiar a outro órgão o controle quando ele oferecer a mesma garantia de sua independência e neutralidade de um juiz. Também por ele precisa ser dada uma fundamentação da juridicidade. Pode ser prevista uma exceção da exigência de um controle prévio da medida por um órgão neutro, apto para tanto, para casos urgentes, como no perigo de demora, quando for logo em seguida providenciada uma revisão por um órgão

neutro. Por sua vez, existem pré-requisitos jurídicos e fáticos, definidos constitucionalmente, para se aceitar um caso de urgência (cf. BVerfGE 103, 142 [153 ss.] no caso do Art. 13 II GG).

(3) De acordo com tais parâmetros, a norma impugnada não cumpre as exigências jurídico-constitucionais.

(a) Segundo o § 5 II c.c. § 7 I, nº 1 e § 3 I VSG, tão somente indícios fáticos da suposição de que desse modo possam ser conseguidos reconhecimentos sobre planos inimigos da Constituição são pressuposto do uso de meios de serviço de inteligência pelo Órgão de Proteção da Constituição. Isso não é uma suficiente barreira material à intervenção, tanto em face dos pressupostos fáticos para a intervenção, quanto também do peso dos bens jurídicos a serem protegidos. Também não é previsto um exame prévio por um órgão independente, de tal sorte que falta a garantia jurídico-processual constitucionalmente exigida.

(b) Essas falhas não são resolvidas, quando a referência do § 5 II, nº 11 2 VSG aos pressupostos mais detalhados da Lei do Artigo 10 *Grundgesetz* for trazida ao exame, apesar de sua indeterminação, sendo entendida na interpretação extensiva do Governo Estadual de *Nordrhein-Westfalen* de maneira a basear-se em todas as providências materiais e formais dessa lei. (...).

(...).

(aa) Segundo o § 3 I 1 G10, será permitida uma medida de vigilância quando houver indícios fáticos para a suspeita de que alguém planeje cometer, cometa ou tenha cometido um crime previsto no catálogo regulamentado na norma. (...).

(...).

(bb) No mais, o § 5 II, nº 11, Período 1, Alternativa 2 VSG não satisfaz as exigências constitucionais de um controle preventivo de um acesso secreto a um sistema técnico-informático, mesmo quando é trazida à pauta a referência à Lei do Artigo 10 *Grundgesetz*.

O § 10 G 10 prescreve uma ordem prévia da medida de vigilância, que é concedida a partir de pedido feito pelo Órgão de Proteção da Constituição perante os competentes órgãos estaduais supremos. Esse procedimento não é suficiente para assegurar o controle preventivo exigido pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. A lei nem regulamenta uma reserva judicial nem representa – porque a regra contida no § 3 VI AG G 10 NRW de um controle preventivo pela Comissão G 10 não é mencionada na referência – um mecanismo de controle de mesma valia. A competente secretaria estadual suprema pode ter, diferentemente de um tribunal, com fundamento no recorte de sua competência administrativa, um interesse próprio na execução de medidas de serviço de inteligência de Proteção da Constituição. Ela não oferece uma garantia de independência e neutralidade comparável a de um tribunal.

c) Por fim, faltam precauções legais suficientes a evitar intervenções no absolutamente protegido âmbito nuclear da configuração da vida privada por intermédio de medidas consoantes ao § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG.

aa) – cc) (1) – (2) (a) – (b), dd) (...).

d) A violação do direito geral de personalidade em sua marca como proteção da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) acarreta a nulidade do § 5 II, nº 11, Período 1, Alt. 2 VSG.

e) Em face disso, não é mais necessário examinar em que extensão as medidas autorizadas pela norma também violam outros direitos fundamentais ou o mandamento de citação [do direito fundamental atingido] do Art. 19 I 2 GG.

II.

A autorização para o esclarecimento secreto na internet contida no § 5 II, nº 11, 1, Alt. 1 VSG viola o sigilo das telecomunicações garantido pelo Art. 10 I GG.

1. a) - b) aa) - cc); 2.- 4. a) - b) aa) - bb) [...].

III.

[...]

IV.

1. - 2. a) - b) aa) - bb) (1) - (2) [...].

V.

A decisão sobre as custas processuais se baseia no § 34a II BVerfGG.

(ass.) Papier; Hohmann-Dennhardt; Hoffmann-Riem; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Kirchhof

10. BVerfGE 124, 43 (*Beschlagnahme von Emails*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 16.06.2009

MATÉRIA

Na presente decisão, o TCF julgou improcedente uma Reclamação Constitucional movida contra decisões judiciais que interpretavam e aplicavam os dispositivos do Código de Processo Penal alemão (StPO) para a busca e **apreensão de e-mails** ("*Beschlagnahme von Emails*") como elementos de prova.

O reclamante alegava violação tanto do seu direito fundamental ao sigilo da correspondência do Art. 10 I GG, quanto do seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2, I c.c. Art. 1 I GG). Por ser um consultor financeiro, a apreensão de e-mails poderia afugentar seus clientes, comprometendo o livre desenvolvimento de sua personalidade tendo em vista as repercussões patrimoniais negativas da intervenção estatal.

Segundo o entendimento dos partícipes ouvidos, no processo objetivo, do Governo Estadual de *Niedersachsen*, do Advogado-Geral da União e do Ministério Federal de Justiça, atingido teria sido outro aspecto relevante do livre desenvolvimento da personalidade, qual seja, o direito fundamental à autodeterminação sobre dados pessoais, mas não o sigilo da correspondência, porquanto os e-mails em pauta já se encontrariam no âmbito de domínio do destinatário quando levantados pelo órgão estatal. Consideraram, todavia, uma intervenção no Art. 2, I GG, na sua acepção de autodeterminação informacional, como estando justificada constitucionalmente, não tendo vislumbrado nenhum vício de inconstitucionalidade nas decisões judiciais impugnadas.

Outros ouvidos no processo objetivo, nomeadamente, o Comissionado para Proteção de Dados Pessoais (*Datenschutzbeauftragte*), a Associação de Advogados alemães e a Ordem Federal dos Advogados enxergaram, nas decisões impugnadas, intervenções estatais na área de proteção do Art. 10 I GG não justificadas constitucionalmente, porque violadoras do princípio da proporcionalidade.

No mérito, O TCF resolveu, primeiro, a concorrência entre os Art. 2 I c.c. 1 I GG em prol do primeiro, segundo a regra da especificidade, afastando tanto a derivação da autodeterminação informacional, tal qual cunhada na decisão *Volkszählung*, como também da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos da decisão *Online-Durchsuchungen* supra apresentada. Valeu-se apenas do Art. 10, I GG (sigilo da

correspondência, postal e de telecomunicação), reconhecendo uma intervenção estatal judicial na respectiva área de proteção normativa, porém justificada constitucionalmente, o que embasou a sentença de indeferimento.

A relevância da decisão, especialmente por isso alocada no presente capítulo, refere-se justamente à delimitação negativa do alcance do direito fundamental do Art. 2 I c.c. Art. 2 I GG em face do direito fundamental concorrente do Art. 10, I GG.

EMENTA

A busca e apreensão de e-mails no servidor do provedor devem ser medidas com base do direito fundamental à garantia do sigilo das telecomunicações do Art. 10 I GG. Os §§ 94 ss. do Código de Processo Penal (StPO) satisfazem as exigências jurídico-constitucionais que devem ser direcionadas a uma autorização legal para tais intervenções no sigilo das telecomunicações.

Decisão (*Beschluss*)
Do Segundo Senado de 16 de junho de 2009
– 2 BvR 902/06 –

No processo da Reclamação Constitucional do Sr. B. – Procurador: Advogados [...] – contra a) a decisão do Tribunal Estadual de *Braunschweig*, de 12 de abril de 2006 – 6 Qs 88/06 e 97/06 –, b) a decisão do Juízo de Primeira Instância *Braunschweig*, de 22 de março de 2006 – 3 Gs 844/06 –, c) a decisão do Juízo de Primeira Instância *Braunschweig*, de 14 de março de 2006 – 3 Gs 844/06 – e pedido de concessão de uma medida liminar.

Dispositivo da Decisão

A Reclamação Constitucional é indeferida. O pedido de Ordem Liminar torna-se prejudicado com a decisão de mérito.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais voltam-se contra a apreensão de e-mails do reclamante no servidor de e-mails de seu provedor em um processo de investigação contra terceiro.

I. 1. – 2.; II. 1. – 4. a) – e); III. – IV. (...); V. 1. – 2. a) – b) (...).

B.

A admitida [a julgamento ou conhecida] Reclamação Constitucional é improcedente. As decisões impugnadas não violam os direitos fundamentais do reclamante.

A busca e apreensão de e-mails, provisória ou definitivamente arquivados no servidor de e-mails do provedor, devem ser julgadas [quanto à constitucionalidade] com base no direito fundamental à garantia do sigilo das telecomunicações do Art. 10 I GG (I.). A busca e apreensão de e-mails no servidor de e-mails do provedor intervêm no sigilo das telecomunicações (II.). As normas processuais penais dos §§ 94 ss. StPO possibilitam, em princípio, a busca e apreensão de e-mails no servidor do provedor (III.). A intervenção

concreta com base nos §§ 94 ss. StPO precisa, entretanto, ser proporcional (IV.). A proteção efetiva do Art. 10 I carece, no mais, de uma configuração do processo que seja correspondente às [suas] exigências materiais (V.). As decisões impugnadas satisfazem as condições constitucionais (VI.).

I.

1. A busca e apreensão de e-mails arquivados no servidor de e-mails do provedor devem ser medidas com base no direito fundamental à garantia do sigilo das telecomunicações.

O sigilo das telecomunicações protege a transmissão não corpórea de informações a recipientes individuais, com ajuda do tráfego de telecomunicação (cf. BVerfGE 115, 166 [182]; 120, 274 [306 s.]). O alcance do direito fundamental chega, independentemente do tipo de transmissão (cabo ou difusão eletromagnética, conexão analógica ou digital) e forma de expressão (linguagem, imagens, sons, símbolos ou outra forma de dados), a todas as transmissões de informação com auxílio de técnicas disponíveis de telecomunicação (cf. BVerfGE 106, 28 [36]; 115, 166 [182 s.]), também alcança os serviços de comunicação da internet (cf. BVerfGE 120, 274 [307]). A proteção do sigilo das telecomunicações abrange, em primeira linha, o conteúdo da comunicação (cf. BVerfGE 100, 313 [358]; 107, 299 [312]; 115, 166 [183]), seja ele de natureza privada, comercial, política ou outra (cf. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [36]). Paralelamente, são protegidas as circunstâncias da comunicação perante a tomada de conhecimento [participação da informação a terceiro, no caso, aos órgãos estatais dos três poderes] (cf. BVerfGE 113, 348 [364 s.]; 115, 166 [183]; 120, 274 [307]).

A proteção do direito fundamental não alcança os conteúdos arquivados e circunstâncias da comunicação que estejam fora do processo corrente de comunicação, no âmbito de domínio dos interlocutores [envolvidos no processo comunicativo]. Nesse ponto, a proteção do sigilo das telecomunicações termina naquele momento em que o e-mail chegou ao recipiente e o processo de transmissão foi encerrado (cf. BVerfGE 115, 166 [183 ss.]; 120, 274 [307 s.]).

Do outro lado, é protegido pelo Art. 10 I GG o conteúdo da comunicação de acesso restrito em uma caixa de e-mails que o usuário apenas pode acessar mediante uma conexão à internet (cf. também BVerfGE 120, 274 [341]). O sigilo das telecomunicações refere-se ao meio de comunicação e tem o propósito de confrontar aqueles perigos ao caráter confidencial que resultem justamente do uso desse meio, o qual está mais exposto a um acesso estatal do que a comunicação direta entre presentes (cf. BVerfGE 100, 313 [363]). Os e-mails encontrados no servidor de e-mails do provedor não estão arquivados na área de domínio do partícipe da comunicação, mas sim no provedor. Eles não se encontram nos ambientes protegidos pelo usuário ou nos arquivos de dados (*drivers*) instalados em seus aparelhos finais. O usuário só pode torná-los legíveis no monitor, na medida em que ele faz uma conexão via internet com o servidor. O usuário até pode tentar proteger os e-mails arquivados no servidor de e-mails por intermédio de restrições contra acessos indesejados de terceiros – como, por exemplo, por intermédio de uma senha. Todavia, o provedor, e com ele também os órgãos investigativos, continuam capazes de, em qualquer tempo, acessar os e-mails arquivados no servidor de e-mails. O partícipe da comunicação não tem a possibilidade de impedir a alienação dos e-mails pelo provedor. Essa insuficiência de domínio causada tecnicamente enseja uma especial carência de proteção por meio do sigilo de telecomunicação. Isso vale independentemente de, no servidor, ser o e-mail gravado provisória ou definitivamente [na caixa de saída ou de

entrada]. Em ambos os casos o usuário é, de igual modo, carente de proteção, porque eles não se distinguem no que tange às relações de domínio fático.

À proteção dos e-mails arquivados no servidor de e-mails do provedor pelo Art. 10 I GG não se contrapõe o fato de durante o lapso temporal, em que os e-mails “repousam” no servidor de e-mails do provedor, não acontecer um processo de telecomunicação em um sentido dinâmico. Mesmo que o § 3, nº 22 TKG defina “telecomunicação” como o processo técnico do envio, transmissão e recepção de sinais por intermédio de aparelhos de telecomunicação e não se refira expressamente também a estados estáticos, o Art. 10 I, porém, não segue o conceito de telecomunicação, puramente técnico, da Lei de Telecomunicações, mas sim se pauta pelo titular do direito fundamental e sua carência de proteção em razão da [potencial] entrada de terceiros no processo de comunicação (cf. BVerfGK 9, 62 [75]).

A proteção dos e-mails arquivados no servidor de e-mails do provedor pelo sigilo das telecomunicações também não caduca, [só] porque seu conteúdo ou se sua chegada possivelmente já for do conhecimento do recipiente. O alcance da proteção do Art. 10 I GG não termina, em todos os casos, com a tomada de conhecimento do conteúdo da comunicação pelo recipiente. Se o Art. 10 I GG oferece proteção contra acessos, isto deve ser determinado com vistas ao propósito da outorga de liberdade, sob observância da específica situação de risco (cf. BVerfGE 106, 28 [37 s.]; 115, 166 [186 s.]). A específica situação de risco e o propósito da outorga da liberdade do Art. 10 I GG continuam existindo também quando os e-mails permanecerem armazenados no provedor, depois da tomada de conhecimento. Por meio do arquivamento definitivo, o conteúdo da informação protegido antes de tudo pelo Art. 10 I GG fica, como consequência do uso de um determinado meio de comunicação em um espaço de arquivamento disponibilizado pelo intermediário da comunicação, em uma esfera não dominada por nenhum dos partícipes da comunicação. Nem no caso de um arquivamento provisório, nem no caso de um arquivamento definitivo dos e-mails no servidor de e-mails do provedor encerra-se a atividade deste; o provedor fica permanentemente engajado na administração subsequente de e-mails do seu servidor de e-mails.

2. Uma vez em que os e-mails arquivados no servidor de e-mails do provedor são protegidos pelo Art. 10 I GG, o acesso a eles não deve ser medido com base no direito fundamental à autodeterminação informacional segundo o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Em seu âmbito de aplicação, o Art. 10 I GG contém, em relação ao tráfego de telecomunicação, uma específica garantia que afasta a garantia geral do direito à autodeterminação informacional (cf. BVerfGE 100, 313 [358]; 107, 299 [312]; 110, 33 [53]; 113, 348 [364]; 115, 166 [188 s.]). Todavia, quando a intervenção no sigilo das telecomunicações relacionar-se à obtenção de dados pessoais, as medidas que valem para as intervenções no direito à autodeterminação informacional devem ser, em princípio, transferidas para a garantia mais específica do Art. 10 I GG (cf. **B. III. 1. b) aa**).

3. O recipiente de e-mails, os quais estejam arquivados no servidor do provedor, não pode se valer do Art. 13 I GG quando seus e-mails forem acessados no servidor. Tal acesso que em regra vem precedido de uma busca até intervém na inviolabilidade do domicílio do possuidor do domicílio atingido, i.e., do provedor, protegida pelo Art. 13 GG. Não obstante, o recipiente do e-mail não pode fazer valer uma violação própria de direito fundamental. A busca, apreensão ou medidas consoantes o § 110 StPO, mesmo que sejam resultado de uma busca

domiciliar, não caem mais na área de proteção do Art. 13 I GG (cf. BVerfGE 113, 29 [45]). O gravame ligado a uma busca, apreensão ou revista constitui-se, em regra, na retirada do possuidor dos respectivos objetos de prova e deve ser, por isso, medido com base no Art. 14 GG (cf. BVerfGK 1, 126 [133]) e – caso sejam atingidos dados – junto ao direito à autodeterminação informacional de acordo com o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 113, 29 [44 s.]).

4. O acesso aos e-mails arquivados no servidor de e-mails do provedor não deve ser medido com base do direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informáticos de acordo com o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Esse protege contra intervenções em sistemas técnico-informáticos apenas se a proteção não for garantida por meio de outros direitos fundamentais, especialmente por meio do Art. 10 ou Art. 13 GG, assim como o direito à autodeterminação informacional (cf. BVerfGE 120, 274 [302 ss.]; *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, p. 1009 [1019]).

II.

(...)

III. 1. a) – b) aa) (1) – (2), c) aa) – bb) (1) – (3) (a) – (b), d); IV. 1. – 2. a) – g); V. 1. – 6.; VI. 1. – 6. [...]

C.

A medida liminar [o pedido a ela relativo] restou prejudicada com a decisão do mérito.

(*ass.*) *Voßkuhle, Braß, Osterloh, Di Fabio, Mellinshoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau*

11. BVerfGE 125, 260 (*Vorratsdatenspeicherung*)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 02.03.2010

MATÉRIA

Mais uma vez, o TCF teve de se ocupar com Reclamações Constitucionais ajuizadas diretamente contra Ato Normativo; no caso, autorizador de levantamento e armazenamento de dados feitos à revelia dos titulares de direito fundamental, potenciais alvos de investigação criminal. Desta vez, foram julgadas, conjuntamente, 43 Reclamações Constitucionais movidas, em sua maioria, por Professores Catedráticos de universidades alemãs; ou seja, pela elite intelectual e acadêmica alemã; além de por diversos membros do Parlamento, da Câmara Federal.

Objeto da decisão foram dispositivos impugnados pelas reclamações da Lei que derogou a Lei de Telecomunicações que, implementando na ordem jurídica interna uma Diretriz da Comunidade Europeia (nº 24, de 2006), autorizavam o **arquivamento em estoque de dados pessoais** (“*Vorratsdatenspeicherung*”), de maneira preventiva; isto é, sem um ensejo concreto e atual.

Novamente, também na presente decisão, o TCF resolveu a concorrência entre os Art. 10 I GG, de um lado; e Art. 2, I c.c. Art. 1 I GG, de outro; em favor do primeiro, reconhecendo tratar-se da prevalente regra específica. Também a presente decisão representa, portanto, mais um elemento configurador da construção da jurisprudência do TCF na delimitação entre as áreas de regulamentação de ambos os direitos fundamentais.

Em decisão não unânime, sobretudo quanto aos fundamentos e à sanção ou aos efeitos da decisão, o TCF declarou os dispositivos impugnados permissivos do preventivo

arquivamento em estoque de dados pessoais como sendo incompatíveis com o Art. 10, I GG; e também [por isso] nulos. Em relação aos efeitos, aplicou-se, em face da igualdade de votos (4 a 4) ocorrida na deliberação do Primeiro Senado, a regra geral da nulidade (§ 95 III 1 BVerfGG).

EMENTAS

1. Um armazenamento preventivo, sem ensejo [e] por seis meses, de dados de ligações telefônicas, como a que prescreve a Diretriz 2006/24/EG do Parlamento e Conselho Europeu, de 15 de março de 2006 (ABl. L. 105, de 13 de abril de 2006, p. 54; a seguir: Diretriz 2006/24/EG), não é, por excelência, incompatível com o Art. 10 GG; por isso, não se depende [de verificar a presença ou não] de uma eventual prevalência dessa diretriz.
2. O princípio da proporcionalidade determina que a configuração legal de tal armazenamento de dados leve em consideração o grande peso da intervenção em direito fundamental nele implícito. Necessárias são regras suficientemente qualificadas e normativamente claras em face da segurança de dados, do uso de dados, da transparência e da proteção judicial.
3. A garantia da segurança de dados, assim como uma delimitação normativamente clara dos propósitos do possível uso dos dados cabe, como partes constitutivas inseparáveis da ordem da obrigação de armazenamento, ao legislador federal, conforme o Art. 73 I, nº 7 GG. Por sua vez, a competência para a própria criação das regras de consulta [dos dados arquivados], assim como para a configuração das normas de transparência e proteção judicial orienta-se pelas respectivas competências jurídico-materiais.
4. Tendo em vista a segurança de dados, são necessárias regras que providenciem um standard de segurança especialmente elevado, de maneira vinculante e clara normativamente. Deve-se, em todo caso, por sua natureza, assegurar-se, legalmente, que o legislador federal se oriente pelo estágio do desenvolvimento da discussão técnica que recepcione permanentemente novos reconhecimentos e visões e que não se submeta à reserva de uma livre ponderação com aspectos econômicos gerais.
5. A consulta e a utilização imediata dos dados somente serão proporcionais, se eles servirem a tarefas muito importantes da proteção de bens jurídicos. No âmbito da persecução penal, isso pressupõe uma suspeita fundada em fatos determinados de um crime grave. Para o combate a perigos e o cumprimento das tarefas dos serviços de inteligência, elas podem ser permitidas apenas no caso da presença de indícios fáticos de um perigo para corpo, vida ou liberdade de uma pessoa, para a existência ou a segurança da União ou de um Estado-membro ou para um pérfido perigo.
6. Uma utilização indireta dos dados para a concessão de informações pela empresa operadora do serviço de telefonia sobre o titular de endereços de protocolo de internet é também permitida para a persecução penal, para o combate a perigos e o cumprimento de tarefas de serviço de inteligência, independentemente de catálogos restritivos de crimes ou de bens jurídicos protegidos. Para a persecução de ilícitos administrativos, só podem ser permitidas tais informações em casos de grande gravidade, expressamente mencionados pela lei.

Decisão (Urteil)

Do Primeiro Senado, de 2 de março de 2010, com base na audiência de 15 de dezembro de 2009 – 1 BvR 256, 263, 586/08 –

No processo das Reclamações Constitucionais: I. 1. Do Sr. Prof. Dr. G., 2. [...] contra os §§ 113a, 113b da Lei de Telecomunicação, na redação dada pela Lei de Nova Regulamentação da Vigilância da Telecomunicação e outras Medidas Investigativas Ocultas, assim como para Implementação da Diretriz 2006/24/EG, de 21 de dezembro de 2007 (BGBl. I, p. 3198) – 1 BvR 256/08 –, II. 1. Do Sr. Dr. Dr. h.c. H., 2. (...) contra as regras para a armazenagem de estoque de dados, na Lei de Telecomunicação, na redação dada pela Lei de Nova Regulamentação da Vigilância em Telecomunicação e outras Medidas Investigativas Ocultas, assim como para Implementação da Diretriz 2006/24/EG, de 21 de dezembro de 2007 (BGBl. I, p. 3198) – 1 BvR 586/08 –.

Dispositivo:

1. Os §§ 113a e 113b da Lei de Telecomunicação, na redação do Artigo 2, número 6 da Lei de Nova Regulamentação da Vigilância em Telecomunicação e outras Medidas Investigativas Ocultas, assim como para Implementação da Diretriz 2006/24/EG, de 21 de dezembro de 2007 (Bundesgesetzblatt, Parte I, Página 3198), violam o Artigo 10, Parágrafo 1 da *Grundgesetz* e são nulos.

2. – 4. (...).

Razões

A.

Objeto das reclamações constitucionais são normas da Lei de Telecomunicações (a seguir: TKG) e do Código de Processo Penal (a seguir: StPO) que regulamentam uma armazenagem preventiva de dados de trânsito comunicacional por parte do operador de serviços públicos de telecomunicação, por seis meses, assim como o uso desses dados.

I. 1. a) - b) aa) - cc), c); 2. a) - c); 3. – 4.; II. 1. a) aa) - bb), b) aa) (1) - (3), bb) - ee); 2. a) aa) - ee), b) aa) - ee); 3. a); b); III. 1. a) aa) - cc), b) aa) (1) - (4), bb) - cc); 2. - 7.; IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas a julgamento.

I.

1. Os reclamantes impugnam, de modo admissível, uma violação do Art. 10 I GG. Eles utilizam, particular e profissionalmente, vários serviços de telecomunicação, tais como, principalmente, os serviços de telefonia, serviços de correio eletrônico e internet, e afirmam que tiveram seus direitos à proteção do sigilo das telecomunicações violados por intermédio do armazenamento e previsto uso de seus dados de ligação. Uma vez que o Art. 10 I GG protege também a confidencialidade das circunstâncias dos processos de telecomunicação (cf. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 120, 274 [307]; jurisprud. pacífica), tal violação, pelas normas impugnadas, é possível.

As normas impugnadas atingem os reclamantes também de maneira imediata, própria e atual. Certo é que a obrigação de armazenamento do § 113a TKG não se destina aos reclamantes atingidos na qualidade de usuários dos serviços, mas aos seus operadores. Contudo, estes são, sem qualquer margem decisória discricionária (cf. BVerfGE 107, 299 [313 s.]) [e] sem ressalvas, obrigados a proceder ao arquivamento dos dados dos reclamantes. O § 113a TKG conduz, assim, de maneira direta e atual, a um armazenamento dos dados do reclamante para os propósitos prescritos no § 113b, 1 TKG.

Também não falta um comprometimento imediato de direito próprio em relação ao § 113b TKG e § 100g StPO, porque essas normas produzem efeitos somente depois de uma base

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

para os demais atos executórios e ainda não se estabeleceu se, e em que extensão, justamente dados dos reclamantes serão atingidos pelas normas. Se o atingido não obtiver conhecimento sobre os atos executórios, basta a alegação de ser atingido com alguma probabilidade por tais medidas. Decisivo aqui é, especialmente, se as medidas têm uma grande difusão e se também terceiros possam ser casualmente atingidos (cf. BVerfGE 109, 279 [307 s.]; 113, 348 [363]; 120, 378 [396 s.]). Nesse sentido, os reclamantes apresentaram suficientemente sua própria e imediata afetação. Em face da grande duração do armazenamento por seis meses e da grande difusão dos dados compreendidos, não é improvável que junto à transmissão e uso dos dados de acordo com o § 113b TKG e § 100g StPO também sejam atingidas pessoas que não tenham ensejado as respectivas medidas [investigativas]. Sustentações pelas quais os próprios reclamantes tivessem de se incriminar, não são, portanto, necessárias como prova da lesão própria (cf. BVerfGE 109, 279 [308]; 113, 348 [363]; 120, 378 [396 s.]). Tampouco precisam demonstrar serem responsáveis por perigos graves para a segurança pública ou desenvolver atividades que tangenciem a zona de competência dos serviços de inteligência.

2. (...).

II.

As Reclamações não são inadmissíveis, na extensão em que as normas impugnadas tenham sido promulgadas como cumprimento da Diretriz [da União Europeia] 2006/24/EG.

(...).

C.

As Reclamações Constitucionais são procedentes, em sua essência. As normas impugnadas violam o direito fundamental dos reclamantes decorrente do Art. 10 I GG. (...).

Improcedente é a Reclamação Constitucional da reclamante 4, no processo 1 BvR 256/08, na extensão em que ela argui a violação do Art. 12 I GG.

I.

(...)

II.

As normas impugnadas intervêm no Art. 10 I GG.

1. O Art. 10 I GG garante o sigilo das telecomunicações, protegendo a transmissão não corpórea de informações a destinatários individuais com ajuda do trânsito telecomunicacional (cf. BVerfGE 106, 28 [35 s.]; 120, 274 [306 s.]) contra uma tomada de conhecimento pelo poder público (cf. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]). Essa proteção não compreende apenas os conteúdos da comunicação. Protegida é também a confidencialidade nas circunstâncias particulares do processo de comunicação, às quais pertence, sobretudo, se, quando e quão frequentemente entre quais pessoas ou instituições de comunicação ocorreu trânsito de comunicação ou foi [ao menos] tentado (cf. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 s.]; 115, 166 [183]; 120, 274 [307]).

A proteção mediante o Art. 10 I GG não vale apenas para o primeiro acesso, a respeito do qual o poder público toma conhecimento de processos e conteúdos telecomunicativos. Seu efeito de proteção alcança os processos de informação e trabalho com dados que se liguem à tomada de conhecimento de processos comunicativos protegidos e sobre o uso que se fará dos conhecimentos conseguidos (cf. BVerfGE 100, 313 [359]). Uma intervenção de direito fundamental [no presente caso do Art. 10 I GG] é qualquer tomada de conhecimento,

anotação ou uso de dados de comunicação, assim como qualquer avaliação de seu conteúdo ou qualquer outro uso pelo poder público (cf. BVerfGE 85, 386 [398]; 100, 313 [366]; 110, 33 [52 s.]). No registro de dados de comunicação, seu arquivamento, sua comparação com outros dados ou sua transmissão a terceiros representam cada qual intervenções no sigilo das telecomunicações (cf. BVerfGE 100, 313 [366 s.]). Consequentemente, a ordem endereçada a empresas de comunicação para levantarem dados de telecomunicação, para armazená-los ou transmiti-los a órgãos estatais representam cada qual uma intervenção no Art. 10 I GG (cf. BVerfGE 107, 299 [313]).

O direito à autodeterminação informacional decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG não se aplica ao lado do Art. 10 GG. Referentemente à comunicação, o Art. 10 I GG contém uma garantia especial que afasta a norma geral; e da qual resultam exigências especiais em relação aos dados conseguidos por meio de intervenções no sigilo da comunicação à distância. Todavia, nesse ponto, podem ser estendidas, em grande parte, as medidas que o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a partir do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, à garantia especial do Art. 10 GG (cf. BVerfGE 100, 313 [358 s.]).

2. a) O armazenamento dos dados de ligações telefônicas imposto pelo § 113a I TKG aos operadores dos serviços intervém no sigilo das telecomunicações. Isso vale, primeiro, para as obrigações de armazenamento, no caso dos serviços de telecomunicação prestados segundo o § 113a II ao V TKG e, ligado a isso, segundo o § 113a VI e VII TKG. As informações a serem então arquivadas dão conhecimento sobre se, quando, onde e quão frequentemente entre quais instituições de comunicação foram feitas ou tentadas ligações. Isso vale também, especialmente, para o armazenamento dos dados relativos aos serviços do correio eletrônico segundo o § 113a III TKG cuja confiabilidade é, da mesma maneira, protegida pelo Art. 10 I GG (cf. BVerfGE 113, 348 [383]; 120, 274 [307]). Que e-mails podem ser facilmente interceptados tecnicamente, não muda nada em seu caráter sigiloso e em seu mérito de proteção. Também o armazenamento dos dados relativos ao acesso à internet com fulcro no § 113a IV TKG implica uma intervenção no Art. 10 I GG. O acesso à internet possibilita não apenas o registro de comunicação individual, que faz parte da proteção do sigilo das telecomunicações, como também a participação na comunicação em massa. Uma vez que a diferenciação entre comunicação individual e de massa não seja possível sem uma conexão ao conteúdo da informação respectivamente transmitida, que é contrária à função protetora do direito fundamental, já no armazenamento dos dados relativos ao acesso à internet em si deve ser enxergada uma intervenção, mesmo se elas não contiverem informações sobre as páginas da internet visitadas (cf. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Vol. 1, 5 a. ed. 2005, Art. 10, nota à margem 44; Hermes, in: Dreier, GG, Vol. 1, 2 a. ed. 2004, Art. 10, nota à margem 39).

Em relação à qualidade de intervenção do § 113a TKG, também não se questiona porque o arquivamento prescrito nessa norma não é feito pelo próprio Estado, mas por operadores privados do serviço. Isso porque esses são tão somente tomados como auxiliares para o cumprimento da tarefa pelos órgãos estatais. O § 113a TKG obriga as empresas privadas de telecomunicação ao armazenamento somente para o cumprimento de tarefas por órgãos estatais para propósitos da persecução penal, da segurança e para o cumprimento de tarefas de serviço de inteligência segundo o § 113b TKG. No caso, o Estado ordena, diretamente, a afetação de direito fundamental implícita no armazenamento, sem que reste à empresa uma margem discricionária de ação; os dados devem ser destarte arquivados, de tal modo que

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

pedidos de informação formulados pelas esferas estatais competentes segundo o § 113a IX TKG possam ser incontinenti atendidos. Submetido a esses pressupostos, o armazenamento dos dados deve ser considerado uma intervenção imediata no Art. 10 I GG pelo legislador (cf. BVerfGE 107, 299 [313 s.]).

b) Intervenções de direito fundamental no Art. 10 I GG encontram-se também nas regras para transmissão de dados no § 113b, 1, 1º Subperíodo TKG. Essa norma em si ainda não abre espaço para o uso dos dados arquivados segundo o § 113a TKG, mas menciona outras normas de consulta, a serem ainda criadas por lei própria. Contudo, encontra-se nela a determinação fundamental a respeito de para quais propósitos os dados podem ser usados. Ela libera, nesse quesito, as empresas de telecomunicação de sua obrigação de manter sigilo, que vale em outros contextos. Que o uso de dados encontra, de maneira definitiva, sua regulamentação geral apenas na aplicação conjunta escalonada de normas em diferentes níveis normativos, não muda nada no fato de que a definição dos propósitos do uso e a autorização para a transmissão de dados representam parte da regulamentação do uso e, nesse ponto, têm caráter de intervenção. Também aqui não é relevante que o § 113b TKG refira-se a uma transmissão dos dados feita por operadores privados do serviço. A transmissão prevista baseia-se em uma regulamentação legislativa e, assim, diretamente em um ato de poder público vinculado aos direitos fundamentais segundo o Art. 1 III GG. Portanto, ela deve ser juridicamente considerada uma intervenção do Estado.

c) Também o § 113b, 1, 2º Subperíodo c.c. § 113 I TKG representa uma intervenção no Art. 10 I GG. Por eles, os órgãos públicos podem exigir dos operadores de serviço informações sobre os dados existentes e sobre os dados de clientes segundo os §§ 95, 111 TKG, que os operadores de serviço só podem levantar mediante uso dos dados uma vez armazenados por força do § 113a IV TKG. Independentemente da questão se e em que extensão nas informações previstas no § 113 TKG tem-se, em geral, uma intervenção no Art. 10 I GG e se e em que extensão, em princípio, apenas o direito à autodeterminação informacional conforme Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG deva ser trazido [como parâmetro] à pauta, deve ser uma intervenção no sigilo das telecomunicações afirmada, pelo menos para informações consoantes ao § 113b, 1, 2º Subperíodo, § 113 I TKG. Com efeito, regula-se aqui a utilização dos dados arquivados segundo o § 113a TKG e, destarte, conseguidos por meio de uma intervenção no Art. 10 I GG. Todo uso ulterior de dados que um dia foi levantado na forma de uma intervenção no Art. 10 I GG deve ser sempre medido com base nesse direito fundamental (cf. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [68 s.]; 113, 348 [365]). Também aqui não pode ser relevante que essa utilização prescrita legalmente não tenha sido feita pelo poder público em si, mas – em cumprimento ao seu requerimento de informações – pelo operador privado.

d) (...).

III.

Sob o aspecto formal, não recaem dúvidas sobre as normas impugnadas. Elas atendem à reserva legal do Art. 10 II 1 GG e estão cobertas por uma competência da União.

1. – 2. (...).

IV.

As intervenções no sigilo das telecomunicações são materialmente constitucionais se elas servirem a legítimos propósitos atinentes ao bem comum e, de resto, observarem o princípio da proporcionalidade (cf. BVerfGE 100, 313 [359]); quer dizer, se forem adequadas,

necessárias e proporcionais em sentido estrito (cf. BVerfGE 109, 279 [335 ss.]; 115, 320 [345]; 118, 168 [193]; 120, 274 [318 s.]; jurisprud. pacífica).

Um armazenamento, sem ensejo concreto, por seis meses, de dados de ligações telefônicas para usos qualificados no âmbito da persecução penal, da defesa civil e das tarefas dos serviços de inteligência, tal qual ordenado nos §§ 113a, 113b TKG, não é incompatível por excelência com o Art. 10 GG. O legislador pode, com tal regulamentação, perseguir propósitos legítimos, para cujo alcance tal armazenamento seja adequado e necessário no sentido do princípio da proporcionalidade. Não falta a esse armazenamento, também em relação à proporcionalidade em sentido estrito, desde o início, uma possibilidade de justificação. No caso de uma configuração que leve suficientemente em consideração o peso especial da intervenção em pauta, um armazenamento sem ensejo dos dados de ligações telefônicas já não se subsume em si à rigorosa proibição de um armazenamento de dados como depósito, no sentido da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 65, 1 [46 s.]; 115, 320 [350]; 118, 168 [187]).

1. A efetuação da persecução penal, da defesa civil e do cumprimento das tarefas dos serviços de inteligência são propósitos legítimos que podem em princípio justificar uma intervenção no sigilo das telecomunicações (cf. BVerfGE 100, 313 [373, 383 s.]; 107, 299 [316]; 109, 279 [336]; 115, 320 [345]). No caso, ainda não estará presente um propósito ilegítimo de uma determinação de objetivo que suspenda o próprio princípio de liberdade do Art. 10 I GG, no fato de os dados de ligações telefônicas deverem ser cooptados sem ensejo [e] preventivamente. O Art. 10 I GG não proíbe todo levantamento preventivo e armazenamento de dados em geral, mas sim protege contra uma configuração desproporcional de tais coletâneas de dados e, assim, contra propósitos ilimitados. Rigorosamente proibido é tão somente o armazenamento de dados como depósito relativos à pessoa para propósitos indeterminados ou ainda não determináveis (cf. BVerfGE 65, 1 [46]; 100, 313 [360]). Um arquivamento providencial sem ensejo concreto é, entretanto, admissível apenas excepcionalmente. Ele submete-se, tanto em face de sua fundamentação, quanto de sua configuração, principalmente também em relação aos propósitos previstos de uso, a exigências especialmente rigorosas.

2. Um armazenamento preventivo sem ensejo concreto de dados de ligações telefônicas para uma ulterior transmissão, [então] com base em um ensejo concreto, aos órgãos responsáveis pela persecução penal ou defesa civil e aos serviços de inteligência pode ser visto pelo legislador como adequado ao alcance de seus objetivos. Por intermédio dele, são conseguidas possibilidades de esclarecimento que, sem ele, não existiriam e que são promissoras em face do crescente significado da telecomunicação também para a preparação e cometimento de crimes em muitos casos. Irrelevante é se as regras criadas pelo legislador são aptas a reconstruir todas as ligações telefônicas sem lacunas. Também quando tal armazenamento [de dados] não possa assegurar que todas as conexões telefônicas possam ser, de maneira confiável, atribuída a alguém, e, por exemplo, criminosos possam escapar do armazenamento por intermédio da utilização de *hotspots*, internetcafés, serviços estrangeiros de telefonia via internet ou com [uso de] nomes falsos de registro de celulares *prepaid*, não se pode opor isso à adequação de tal regra. A adequação não exige que o objetivo da regra em todo caso concreto seja de fato alcançado; ao contrário, exige tão somente que o alcance do propósito seja fomentado (cf. BVerfGE 63, 88 [115]; 67, 157 [175]; 96, 10 [23]; 103, 293 [307]).

3. O legislador também pode julgar ser necessário um armazenamento por seis meses de dados de ligações telefônicas. Meios menos impactantes que da mesma forma possibilitem medidas de esclarecimento amplo não são perceptíveis no horizonte. Uma possibilidade comparavelmente efetiva de esclarecimento, principalmente, não se encontra no assim chamado processo *quick-freezing* pelo qual, no lugar de um armazenamento geral sem ensejo, ordena-se só no caso concreto e, no mais, apenas no momento em que existir algo como um ensejo concreto por causa de uma determinada suspeita de crime. Tal procedimento que só pode registrar dados de um tempo anterior à ordem de seu arquivamento desde que ainda existam não é tão eficaz quanto um armazenamento continuado, o qual garanta a existência de um banco de dados completo pelos últimos seis meses.

4. Um armazenamento de seis meses de dados de ligações telefônicas em uma extensão tal qual prescrita no § 113a TKG também não é, desde o início, desproporcional em sentido estrito.

a) (...).

b) (...)

aa) – cc) (...).

dd) Resumindo, um arquivamento de seis meses de dados de ligações telefônicas na extensão prescrita pelo legislador no § 113a I até VIII TKG não é, nas circunstâncias atuais, desde o início, desproporcional. Todavia, para sua inquestionabilidade jurídico-constitucional pressupõe-se que a configuração do armazenamento e do uso dos dados leve adequadamente em consideração a especial relevância de tal armazenamento.

V.

A configuração de um arquivamento de dados de ligações telefônicas preventivo, tal qual ele foi prescrito no § 113a TKG, submete-se a exigências jurídico-constitucionais, especialmente tendo em vista a segurança dos dados, a extensão do uso, a transparência e a proteção judicial. Somente se, nesse sentido, forem criadas regras suficientemente completas e claras normativamente, tratar-se-á, no caso da intervenção encontrada em tal armazenamento, de uma intervenção proporcional em sentido estrito.

1. Um armazenamento de dados de ligações telefônicas, na extensão do § 113a TKG, carece da garantia legal de um *standard* de segurança de dados especialmente elevado.

Em face da extensão e da potencial força reveladora dos bancos de dados criados com tal armazenamento, a segurança de dados tem grande relevância para a proporcionalidade das normas impugnadas. Isso vale especialmente, porque são armazenados os dados por operadores privados de serviços que se encontram submetidos às condições da economicidade e pressão de custos e que, por isso, só possuem incentivos limitados para a garantia de segurança de dados. Eles agem, em princípio, em função do proveito privado e não são vinculados por obrigações oficiais específicas. Ao mesmo tempo, é grande o risco de um acesso ilegal a dados, pois, tendo em vista sua força reveladora, esses podem ser atraentes para os mais variados atores. Ordenado é, por isso, um *standard* de segurança especialmente elevado que vá além da medida, ordenada jurídico-constitucionalmente em geral, para a guarda de dados da telecomunicação. Tais exigências da segurança de dados valem tanto para a manutenção de dados, quanto para sua transmissão; do mesmo modo, carece-se de seguros efetivos para a garantia do apagamento dos dados.

(...).

2. (...).

a) (...).

b) Para a defesa civil, deve ser o uso dos dados em pauta, da mesma forma, efetivamente limitado. Abrir o acesso aos dados mediante recurso a catálogo de tipos penais determinados, a cuja prevenção deve servir o uso dos dados (cf. BVerfGE 122, 120 [142]), não é aqui uma técnica regulamentar adequada. Ela retira das exigências ao grau da ameaça sua clareza e leva a incertezas, quando já os próprios tipos penais cominarem ações de preparação e meras ameaças a bem jurídico. Ao invés disso, pode-se pensar em positivar diretamente os bens jurídicos na lei cuja proteção pretenda justificar o uso de dados, assim como a intensidade da ameaça desses bens jurídicos que, como barreira à intervenção, tenha de ser alcançada para tal efeito. Tal regra corresponde ao caráter da defesa civil como proteção de bens jurídicos e garante uma conexão imediata ao decisivo objetivo que deva justificar a intervenção de direito fundamental.

(...).

c) As exigências constitucionais direcionadas ao uso de dados para a defesa civil valem para todas as autorizações com objetivos preventivos. Assim, elas valem também para o uso dos dados por meio de serviços de inteligência. Uma vez que a afetação por meio da intervenção é a mesma para o atingido em todos esses casos, não existe, em face dessas exigências, um motivo para diferenciações relativas aos órgãos estatais, como, por exemplo, entre os órgãos de polícia e outros órgãos estatais dotados de tarefas preventivas como os Órgãos de Proteção da Constituição. Que os órgãos de polícia e de Proteção da Constituição tenham diferentes tarefas e poderes e que, conseqüentemente, podem se valer de medidas com diferentes profundidades de intervenção, isso, em princípio, não tem relevância para a apreciação de um uso de dados de ligações telefônicas [que forem] armazenados de modo preventivo, total, e por longo prazo (cf. BVerfGE 120, 274 [329 s.]). (...).

d) A delimitação do uso dos dados para determinados propósitos precisa ser assegurada também para o uso dos dados depois de sua consulta e transmissão aos órgãos consultantes, e acompanhada processualmente. Nesse ponto, deve ser garantido por lei que os dados depois da transmissão devam ser incontinenti avaliados e apagados, caso não sejam importantes para os propósitos de seu levantamento (cf. BVerfGE 100, 313 [387 s.]). De resto, deve ser prescrito que os dados sejam destruídos tão logo eles não forem mais necessários para os propósitos determinados e que sobre isso seja aberto um protocolo (cf. BVerfGE 100, 313 [362]; 113, 29 [58]).

Os dados de ligações telefônicas não perdem sua proteção garantida pelo Art. 10 GG, porque um órgão estatal já tomou conhecimento a seu respeito. As exigências constitucionais do direito fundamental de um claro vínculo ao propósito relacionam-se, por isso, também à entrega dos dados e informações a outros órgãos. No entanto, isso não exclui mudanças de propósito. Essas carecem, todavia, de uma base legal própria que, por sua vez, atenda a pretensões jurídico-constitucionais (cf. BVerfGE 100, 313 [360]; 109, 279 [375 s.]). Uma entrega dos transmitidos dados de ligações telefônicas a outros órgãos pode ser, destarte, prescrita, somente se ela se der em razão do cumprimento de tarefas pelas quais um acesso imediato a esses dados também seja permitido (cf. BVerfGE 100, 313 [389 s.]; 109, 279 [375 s.]; 110, 33 [73]). Isso deve ser objeto de protocolo pelo órgão recipiente (cf. BVerfGE 100, 313 [395 s.]). Nesse caso, o vínculo ao propósito apenas poderá restar garantido, se, também

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

depois do registro, permanecer reconhecível que se trata de dados que foram arquivados preventivamente e sem motivação concreta. Correspondentemente, o legislador deve ordenar uma obrigação de identificação para esses dados (cf. BVerfGE 100, 313 [360 s.]).

e) Finalmente, limites jurídico-constitucionais podem resultar também em face da extensão dos dados a serem consultados. (...).

(...).

3. No mais, proporcional será um armazenamento preventivo e sem motivo concreto de dados de ligações telefônicas apenas se o legislador criar precauções destinadas à transparência do uso dos dados, assim como para a garantia de uma efetiva proteção judicial e de efetivas sanções.

a) Fazem parte dos pressupostos do uso inquestionável do ponto de vista constitucional de dados conseguidos a partir de tal armazenamento requisitos de transparência. Tanto quanto possível, o uso dos dados tem de ocorrer de maneira aberta. Caso contrário, necessária é, em princípio, pelo menos uma ulterior notificação ao atingido. Caso, excepcionalmente, também esta não seja efetivada, carece a ausência de notificação de uma decisão judicial.

aa) Um armazenamento preventivo e sem motivo concreto de todos os dados de ligações telefônicas por mais de seis meses é, entre outros motivos, uma intervenção tão gravosa, porque ele pode causar um sentimento de estar constantemente vigiado; ele autoriza, de modo imprevisível, visões profundas na vida privada, sem que o recurso aos dados para o cidadão seja imediatamente perceptível ou enxergável. O indivíduo não sabe o quê e qual órgão estatal sabe sobre ele; sabe, entretanto, que os órgãos podem saber sobre ele muita coisa, também as mais pessoais.

O legislador precisa compensar a ameaça difusa que o armazenamento de dados possa aqui representar mediante efetivas regras de transparência. Regras sobre informações dos atingidos por levantamentos ou utilização de dados fazem parte, em geral, dos instrumentos elementares da proteção jufundamental de dados (cf. BVerfGE 100, 313 [361]; 109, 279 [363 s.]; 118, 168 [207 s.]; 120, 351 [361 s.]). Para o uso dos bancos de dados vastos e diversificadamente expressivos de um armazenamento preventivo e sem motivo concreto de dados de ligações telefônicas, devem ser postas, nesse ponto, elevadas exigências. Primeiro, estas têm a missão de amenizar o caráter de ameaça resultante da ignorância em torno da relevância fática dos dados, de se contrapor a especulações que causem inseguranças e criar para o atingido a possibilidade de apresentar tais medidas [interventivas] à discussão pública. Por outro lado, tais exigências devem ser derivadas também do mandamento de efetiva proteção judicial conforme o Art. 10 I GG c.c. Art. 19 IV GG. Sem conhecimento, os atingidos não podem nem afirmar uma antijuridicidade do uso oficial dos dados, nem fazer valer eventuais direitos ao apagamento, correção ou a indenização (cf. BVerfGE 100, 313 [361]; 109, 279 [363]; 118, 168 [207 s.]; 120, 351 [361]).

bb) (...).

b) A configuração proporcional de um armazenamento preventivo de dados de ligações telefônicas e de seu uso exige, no mais, uma garantia de efetiva proteção judicial e de adequadas sanções.

aa) Para a garantia de efetiva proteção judicial, deve ser uma consulta ou transmissão desses dados submetida, em princípio, à reserva judicial.

(...).

bb) Por razões constitucionais também é ordenada a abertura de um processo de proteção judicial para o controle *a posteriori* do uso dos dados. Se um atingido não tiver tido, antes da execução da medida, a oportunidade de se defender judicialmente contra o uso de seus dados de ligações telefônicas, a ele deverá ser aberto o controle judicial *a posteriori*.

cc) Por fim, uma configuração proporcional pressupõe efetivas sanções para as violações de direito (...).

No entanto, o legislador tem, nesse caso, uma ampla margem discricionária. (...).

4. a) – c) (...).

5. A garantia constitucionalmente ordenada da segurança de dados assim como de uma normativamente clara delimitação do uso dos dados que atenda às exigências de proporcionalidade são uma parte constitutiva incidível da ordem da [positivação normativa da] obrigação de arquivamento e cabe, por isso, ao legislador federal criador da obrigação. Por sua vez, orienta-se a responsabilidade para a própria criação das regras de consulta, assim como para a configuração das normas sobre transparência e proteção judicial, pelas respectivas competências jurídico-materiais.

a) – b) (...).

VI.

As normas impugnadas não atendem a essas exigências. (...).

1. O § 113a TKG não é inconstitucional já por causa de sua abrangência. O legislador pode julgar a obrigação de arquivamento nele ordenada que, segundo o parágrafo I ao VII, estende-se sem ensejo a praticamente todos os dados de ligação de serviços de telecomunicação de acesso público, como sendo adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para a efetivação da persecução penal e da prevenção geral (veja acima: **C IV**). (...).

2. Em face disso, falta a tal levantamento de dados a garantia constitucionalmente ordenada de um elevado standard de segurança. (...).

(...).

3. As normas para transmissão e uso dos dados segundo o § 113b, 1, 1º Subperíodo TKG não atendem às exigências constitucionais.

a) Primeiro, as regras para uso dos dados na persecução penal são incompatíveis com os parâmetros desenvolvidos a partir do princípio da proporcionalidade.

aa) - dd) (...).

b) (...).

c) A configuração do uso dos dados arquivados segundo o § 113a TKG é também inconstitucional quando para a transmissão não for prescrita nenhuma proteção das relações de confiança. Pelo menos para um círculo mais estreito de conexões telefônicas dependentes de especial confidencialidade, tal proteção é, em princípio, ordenada (veja acima: **C V 2 e, ao final**).

4. Finalmente, também o § 113b, 1, 2º Subperíodo TKG que prescreve uma utilização indireta dos dados arquivados segundo o § 113a TKG para informações do operador do serviço segundo o § 113 I TKG, não satisfaz as exigências de proporcionalidade em todos os aspectos.

(...).

5. Resumido, nem as providências legais para a segurança de dados, nem as normas sobre a utilização dos dados segundo o § 113b 1, nº 1 TKG c.c. § 100g StPO, § 113b 1, nº 2 e 3 TKG e § 113b 1, 2º Subperíodo TKG satisfazem as exigências jurídico-constitucionais. Com isso, falta,

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

ao mesmo tempo, também à própria obrigação de armazenamento segundo o § 113a TKG uma justificação sustentável do ponto de vista constitucional. As normas impugnadas, como um todo, são, portanto, incompatíveis com o Art. 10 I GG.

VII.

Por sua vez, na proporção em que devem ser decididas neste processo, as normas impugnadas não têm problemas de constitucionalidade em face do Art. 12 I GG. (...).

1. (...).

2. (...).

a) (...).

b) A imposição da obrigação de armazenar não produz, tipicamente, em face das operadoras de serviço atingidas efeitos onerosos exagerados.

aa) – bb) (...).

VIII.

(...)

IX.

O choque contra o direito fundamental à proteção do sigilo das telecomunicações segundo o Art. 10 I GG implica a nulidade dos §§ 113a e 113b TKG, bem como do § 100 I 1 StPO, quando, de acordo com eles, forem levantados dados em trânsito no sentido do § 113a TKG. Verificada a violação do direito fundamental, devem ser as normas impugnadas declaradas nulas (cf. § 95 I 1 e § 95 III 1 BVerfGG). Correspondentemente precisam ser os dados levantados por ordem de [...] imediatamente apagados. Eles não podem mais ser transmitidos a órgãos investigativos.

[...] Em sede de conclusão, em face das questões jurídico-europeias, da constitucionalidade formal e da compatibilidade em princípio com a Constituição do arquivamento preventivo de dados de telecomunicação em trânsito, a decisão é unânime. Tendo em vista o julgamento de inconstitucionalidade dos §§ 113a e 113b TKG, a decisão é tomada, em sede de conclusão, com 7 votos a 1; e, no que tange a outras questões jurídico-materiais, na extensão em que se encontram reveladas nos votos discordantes [abaixo], é tomada com 6 votos a 2.

Que as normas são declaradas, em consonância com o § 95 III 1 BVerfGG, como nulas e não [apenas] como incompatíveis com a *Grundgesetz*, o TCF decidiu com 4 votos a 4. Consequentemente, as [referidas] normas não podem mais ser aplicadas transitoriamente, nem mesmo em extensão limitada; pelo contrário, vige a regra geral legalmente prevista da declaração de nulidade.

(ass.) *Papier; Hohmann-Dennhardt; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Kirchhof; Masing.*

Opinião discordante do Juiz *Schluckebier* a respeito da decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 2 de março de 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08 –

Não posso concordar com a decisão quanto à conclusão e, em grande parte, quanto à fundamentação, por causa das considerações a seguir rascunhadas.

(...).

I.

A maioria no Senado enxerga, no armazenamento dos dados em trânsito junto às operadoras de serviço, por uma duração de seis meses, uma intervenção especialmente grave no direito fundamental decorrente do Art. 10 I GG.

(...)

II. 1. - 2. a) - b); 3. - 6.; III. (...).

(ass.) Schluckebier

Opinião discordante do Juiz *Eichberger* a respeito da decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 2 de março de 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08 –

Eu não concordo com a decisão da maioria no Senado no que tange, em parte, à conclusão da decisão e de elementos essenciais da fundamentação. Em princípio, eu concordo com a crítica do Juiz *Schluckebier*, a cuja opinião eu me junto na conclusão e na fundamentação em grande parte. Por isso, eu posso a seguir restringir-me a um sucinto resumo dos argumentos que sustentam meu ponto de vista:

1. Também segundo minha convicção, uma ordem legal de armazenamento dos dados de ligações telefônicas é uma relevante intervenção no Art. 10 I GG, tendo em vista sua extensão pessoal e material, sua falta de ensejo e a prescrita considerável duração da apreensão de dados (...).

2. - 4. (...).

(ass.) Eichberger

12. BVerfGE 133, 277 (*Antiterrordatei*)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 24.04.2013

MATÉRIA

Com fulcro em uma audiência, realizada em 6 de novembro de 2012, o TCF julgou, portanto, por *Urteil*, novamente uma Reclamação Constitucional diretamente contra Ato Normativo. Chegou, apenas pouco mais de 6 meses depois, na data epigrafada, à tão extensa, quanto bem articulada decisão cujos principais excertos são reproduzidos a seguir.

Tratava-se, dessa vez, de uma lei que instituiu um arquivo central contendo informações sobre qual órgão público detém que tipo de informação pessoal de pessoas e fatos investigados. As informações a serem disponibilizadas por intermédio das conexões viabilizadas pelo arquivo central representam um instrumento de combate à ameaça terrorista e ao crime organizado, a ser usado por órgãos investigadores e membros dos serviços de inteligência atuantes dentro do território nacional alemão. O arquivo passou a ser conhecido pelo vocábulo que dá alcinha à decisão: o **arquivo antiterrorismo**. Trata-se, portanto, de uma espécie de “meta-arquivo” que foi questionado quanto à sua compatibilidade com três direitos fundamentais de liberdade: à autodeterminação informacional, decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG; ao sigilo das comunicações à distância, do Art. 10 I GG; e à inviolabilidade do domicílio, do Art. 13 I GG.

Um papel central na decisão foi atribuído à chamada cláusula do vínculo de propósito (*Zweckbindung*) pela qual um dado pessoal levantado somente pode ser utilizado pelo Estado para o propósito que justificou seu levantamento e

arquivamento. Em sede de conclusão, o TCF julgou a Reclamação Constitucional como parcialmente procedente, com o efeito de julgar vários dispositivos constitucionais incompatíveis com os três direitos fundamentais atingidos. A declaração de mera incompatibilidade significa expressa desistência pelo TCF do veredito da nulidade. Como comezinho em tais casos, o TCF deu um prazo ao legislador para sanar as inconstitucionalidades da lei.

A decisão foi recepcionada pela crítica geral e especializada de maneira diversa, proeminentemente crítica. Muito questionada foi a relativização, feita na fundamentação da decisão, do princípio do vínculo ao propósito (*Zweckbindung*) para o qual um levantamento de dado pessoal tenha ocorrido. Foi essa relativização que redundou na permissibilidade de uma intensa intervenção no direito fundamental à autodeterminação informacional, direito fundamental que fora, já na década de 1980 (cf. supra, **Decisão # 4.** – *Volkszählung*), derivado do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG como direito geral de personalidade.

EMENTAS

1. A criação de um arquivo antiterrorismo, como arquivo de ligação de vários órgãos estatais de segurança para o combate ao terrorismo internacional que, em essência, seja limitado à conexão de informação, e que prescreva uma utilização dos dados para o cumprimento de tarefas operacionais apenas em casos excepcionais urgentes, é compatível com a Constituição em suas estruturas fundamentais.
2. Regras que viabilizem o intercâmbio de dados entre órgãos policiais e serviços de inteligência submetem-se, tendo em vista o direito fundamental à autodeterminação informacional, a elevadas exigências jurídico-constitucionais. Dos direitos fundamentais deriva um princípio de separação informacional que permita esse intercâmbio apenas excepcionalmente.
3. Um arquivo de ligação entre os órgãos de segurança como o arquivo antiterrorismo carece de uma configuração legal suficientemente determinada e correspondente à proibição de excesso, tendo em vista os dados a serem registrados e das possibilidades de utilização. A Lei do Arquivo Antiterrorismo não o satisfaz totalmente, nomeadamente em face da determinação dos órgãos partícipes, do alcance das pessoas registradas como próximas ao terrorismo, da inclusão de pessoas de contato, da utilização de já disponíveis e ocultos dados básicos expandidos, dos poderes de concretização dos órgãos de segurança em relação aos dados a serem armazenados e da garantia de uma efetiva supervisão.
4. A inclusão ilimitada de dados no arquivo antiterrorismo que foram levantados por intermédio de intervenções no sigilo postal e de comunicação à distância e do direito à inviolabilidade do domicílio fere o Art. 10 I e o Art. 13 I GG.

Decisão (Urteil)

Do Primeiro Senado de 24 de abril de 2013
Com base na audiência de 6 de novembro de 2012
– 1 BvR 1215/07 –

No processo da Reclamação Constitucional do Sr. S. – [...] – contra a Lei de Instituição de um Arquivo Central Standardizado de Órgãos de Polícia e Serviços de Inteligência da União e dos Estados-membros, de 22 de dezembro de 2006 (BGBl. I, p. 3409).

1. a) O § 1, Parágrafo 2 e o § 2, Período 1, número 3 da Lei de Instituição de um Arquivo Central Standardizado de Órgãos de Polícia e Serviços de Inteligência da União e dos Estados-membros (Lei do Arquivo Antiterrorismo), de 22 de dezembro de 2006 (Diário Oficial das Leis Federais I, Página 3409), são incompatíveis com o Artigo 2, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 1 Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

b) O § 2, Período 1, Número 1, Letra b em face do apoio de um agrupamento de suporte e o § 2, Período 1, Número 2 da Lei do Arquivo Antiterrorismo em face do elemento típico-normativo "fomentar" são incompatíveis com o Artigo 2, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

c) O § 5, Parágrafo 1, Período 2, Número 1, a da Lei do Arquivo Antiterrorismo é compatível com o Artigo 2, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, na extensão em que, junto a pesquisas nos dados fundamentais expandidos em caso de localização [da informação buscada], for aberto o acesso a informações segundo o § 3, Parágrafo 1, Número 1, a da Lei do Arquivo Antiterrorismo.

d) O § 3, Parágrafo 1, Período 1, Número 1, b e o § 10, Parágrafo 1 da Lei do Arquivo Antiterrorismo são, na extensão em que faltarem regras complementares segundo a medida das razões [da decisão], incompatíveis com o Artigo 2, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

e) O § 2, Período 1, Número 2 e o § 10, Período 1 da Lei do Arquivo Antiterrorismo devem ser, de resto, interpretados conforme a Constituição segundo a medida das razões [infra, i.e., da fundamentação da presente decisão].

2. O § 2, Período 1, Números 1 até 3, § 3, Parágrafo 1, Número, 1, § 5 Parágrafo 1 e 2, assim como o § 6, Período 1 e 2 da Lei do Arquivo Antiterrorismo são incompatíveis com o Artigo 10, Parágrafo 1 e Artigo 13, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, se eles forem estendidos a dados armazenados de maneira oculta não consoante o § 4 da Lei do Arquivo Antiterrorismo que forem provenientes de intervenções no sigilo das telecomunicações e no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

3. Até uma nova regulamentação, no mais tardar, todavia, até 31 de dezembro de 2014, continuam valendo as normas declaradas incompatíveis com a *Grundgesetz*, com a determinação de que, fora do caso de urgência consoante o § 5, Parágrafo 2 da Lei do Arquivo Antiterrorismo, uma utilização do arquivo antiterrorismo só é permitida se for excluído o acesso aos dados de pessoas de contato (§ 2, 1, nº 3 da Lei do Arquivo Antiterrorismo) e a dados que provenham de intervenções no sigilo das telecomunicações e no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, e se for garantido que, no caso de pesquisas nos dados fundamentais expandidos, em se encontrando [a informação desejada], conceda-se somente um acesso a informações conforme o § 3, Parágrafo 1, Número 3 da Lei do Arquivo Antiterrorismo; depois, tão logo a possibilidade do acesso aos dados de pessoas de contato e aos dados que provenham de intervenções no sigilo das telecomunicações e no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio for excluída, esses dados não podem ser mais utilizados, também não em face da utilização do arquivo no caso de urgência segundo § 5, Parágrafo 2 da Lei do Arquivo Antiterrorismo.

4. De resto, indefere-se a Reclamação Constitucional.

5. A República Federal da Alemanha deve ressarcir ao reclamante suas despesas necessárias do processo de Reclamação Constitucional.

Razões

A.

Objeto da Reclamação Constitucional é a constitucionalidade da Lei Antiterrorismo.

I.1. a) - g); 2. - 5.; II. 1. - 5.; III. 1. a) - b) aa) - gg); 2. - 4.; IV. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas a julgamento.

I.

O reclamante impugna uma violação do direito fundamental à autodeterminação informacional decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, do sigilo postal e da comunicação à distância, decorrente do Art. 10 I GG, da inviolabilidade do domicílio decorrente do Art. 13 I GG, assim como, combinada com esses direitos fundamentais, a garantia de proteção judicial do Art. 19 IV GG.

O reclamante apresentou a possibilidade de uma violação de seu direito fundamental à autodeterminação informacional, na medida em que afirma que as normas por ele impugnadas regulamentariam, com alguma probabilidade, um armazenamento e uso de dados pessoais [potencialmente] a ele pertinentes e, com isso, teriam sido redigidas de maneira muito indeterminada e desproporcionalmente ampla. Uma vez que, no caso dos dados em apreço, também poderia se tratar de dados que tenham sido levantados mediante intervenções no Art. 10 I ou Art. 13 I GG, o reclamante pode afirmar também uma violação desses direitos fundamentais. Quando o reclamante argui que o armazenamento e o uso dos dados teriam sido acompanhados apenas de maneira insuficiente por direitos de informação para a obtenção de proteção judicial, ele impugna, ao mesmo tempo, de maneira suficientemente substancial, uma violação desses direitos fundamentais na combinação com o Art. 19 IV GG.

II.

O reclamante foi atingido pelas normas impugnadas de modo direto, pessoal e atual.

1. Não falta ao reclamante a necessária afetação direta. O reclamante só será atingido por uma regra legislativa se essa, sem que seja necessário outro ato executório, intervier em seu âmbito jurídico. Se a lei exigir para seu cumprimento, de maneira juridicamente necessária ou também segundo a praxis estatal, um ato executório especial e influenciado pela vontade do órgão executivo, então o reclamante, em princípio, precisa, primeiro, atacar esse ato e esgotar a via judicial, que lhe é aberta, antes de ajuizar sua Reclamação Constitucional (BVerfGE 1, 97 [101ss.]; 109, 279 [306]; jurisprud. pacífica). Deve-se partir, todavia, de uma afetação direta quando o reclamante não puder seguir a via judicial, por não ter conhecimento a respeito da medida executória. Em tais casos, cabe a ele a Reclamação Constitucional diretamente contra a lei, assim como em casos em que o prejuízo a direito fundamental ocorrer pela lei, sem um ato executório intermediário (cf. BVerfGE 30, 1 [16s.]; 113, 348 [362s.]; 120, 378 [394]; jurisprud. pacífica). Este é o presente caso. Em princípio, o reclamante não pode, confiavelmente, ter conhecimento nem a respeito do arquivamento, nem a respeito do uso de seus dados segundo as normas impugnadas.

Que o reclamante segundo o § 10 II ATDG tenha a possibilidade de pedir informação sobre o armazenamento dos dados e, na sequência, de buscar a tutela dos tribunais contra ele, não muda nada aqui. Isso porque, por essa via, ele poderá tão somente voltar-se contra que, em um determinado momento, haja, de fato, dados sobre ele armazenados, mas não contra – como corresponde à sua questão de proteção judicial – o fato de tal armazenamento ser possível em qualquer tempo, sem que ele exerça aqui [nenhuma] influência ou receba ciência a respeito. A possibilidade de ajuizar uma Reclamação Constitucional diretamente contra uma lei que autorize medidas secretas só não existe sob o aspecto do caráter direto, pelo menos em regra, se uma posterior tomada de ciência pelo atingido for juridicamente assegurada mediante uma ativa obrigação de informar (assim, em: BVerfG, Decisão da 1ª Câmara do Primeiro Senado, de 25 de abril de 2001 – 1 BvR 1104/92 –, NVwZ 2001, p. 1261 [1262s.]). Apesar disso, tal obrigação de informar não é prevista pela Lei do Arquivo Antiterrorismo.

2. O reclamante foi atingido atualmente e em direito próprio.

Quando a afetação concreta ocorrer apenas por intermédio da execução da lei impugnada, o atingido, no entanto, não obtiver ciência a respeito dos atos executórios, bastará para [demonstrar a presença da] a possibilidade de atingimento próprio e atual que o reclamante demonstre que, com alguma probabilidade, seu direito será tangenciado por meio das medidas baseadas nas normas impugnadas (cf. BVerfGE 122, 63 [81s.]; 125, 260 [305]; jurisprud. pacífica). O grau exigido da probabilidade será influenciado por qual possibilidade o reclamante tenha de demonstrar sua afetação. Assim, faz diferença se a medida objetivar um círculo de pessoas estreitamente traçado pelo tipo normativo ou se ela tiver um grande espectro de difusão, podendo atingir casualmente também a terceiros. Exposições pelas quais o próprio reclamante tivesse de se autoincriminar, apresentando-se como possível causador de um perigo para a segurança pública, não podem ser exigidas para a prova da afetação própria e atual (cf. BVerfGE 109, 279 [308]; 113, 348 [363]; 120, 378 [396]).

As exposições do reclamante satisfazem essas exigências. O reclamante pode apenas limitadamente demonstrar uma probabilidade específica de ser atingido pelo armazenamento. Ele faz, em suma, referência tão somente a contatos com pessoas que possivelmente sejam próximas ao terrorismo. Em face da grande abrangência de difusão das pessoas possivelmente registradas pelo armazenamento de dados do arquivo antiterrorismo, sua explanação é, todavia, ainda suficiente. Segundo o § 2, 1 ATDG são registrados dados não apenas de suspeitos de terrorismo e seus apoiadores, mas também, em larga extensão, as pessoas pertinentes ao entorno do terrorismo, até as pessoas de mero contato – e inclusive aquelas que nada sabem sobre a relação com o terrorismo de seu contato.

C.

(...)

D.

As Reclamações Constitucionais são parcialmente fundamentadas [precedentes].

I.

As normas impugnadas intervêm na área de proteção do direito à autodeterminação informacional (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG), do sigilo das telecomunicações (Art. 10 I GG) e do direito à inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I GG).

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

1. Os §§ 1 até 6 ATDG regram o armazenamento e utilização de dados relativos à pessoa e tangenciam assim a área de proteção do direito à autodeterminação informacional. Se os dados atingidos pelo armazenamento e uso tiverem sido levantados mediante intervenção no Art. 10 I ou Art. 13 I GG, deve ser também o uso ulterior medido com base nesses direitos fundamentais (cf. BVerfGE 125, 260 [313]; jurisprud. pacífica).

2. As normas intervêm nesses direitos fundamentais. Uma intervenção encontra-se, no caso, primeiro, na conexão dos dados de diferentes fontes por meio da ordem de uma obrigação de armazenamento segundo os §§ 1 até 4 ATDG. Não se opõe a isso o fato de se tratar de dados já levantados em outro lugar, pois eles são organizados e preparados para que possam ser disponibilizados aos propósitos de outros órgãos estatais que não aqueles que os levantaram. Mais intervenções encontram-se nas regras para o uso dos dados segundo os §§ 5 e 6 ATDG em forma de pesquisas, na possibilidade de acesso aos dados fundamentais simples em caso de resultado positivo [da pesquisa] segundo o § 5 I 1 e 2, § 6 I 1 ATDG, assim como na possibilidade de acesso também de mais dados fundamentais expandidos em caso de urgência segundo o § 5 II, § 6 II ATDG.

II.

As normas impugnadas são compatíveis com a Constituição sob o aspecto formal. Especialmente cumpridos foram os limites das competências da União.

1. – 3. (...).

III.

O arquivo antiterrorismo instituído pelas normas impugnadas é compatível, em suas estruturas fundamentais, com o direito à autodeterminação informacional segundo o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. O princípio da proporcionalidade não se contrapõe, já de início, a tal arquivo, que, no âmbito do esclarecimento e combate ao terrorismo internacional, serve à conexão de informações e, em casos urgentes, também à defesa civil. Sua configuração normativa mais detalhada precisa, contudo, satisfazer o princípio da proporcionalidade em suas específicas determinações.

1. O arquivo antiterrorismo é direcionado a um objetivo legítimo. Em primeira linha, ele deve entregar aos órgãos de segurança, rápida e facilmente, conhecimento sobre se existem, em outros órgãos de segurança, informações relevantes a respeito de determinadas pessoas ligadas ao terrorismo internacional. Com isso, pretende-se conseguir informações prévias, com as quais esses órgãos possam apresentar, de maneira rápida e objetiva, pedidos de informação [registrada] por outros órgãos e também viabilizar, em casos urgentes, uma primeira avaliação do perigo para orientar [possíveis] ações. O legislador não planeja [suscitar] um intercâmbio geral de todos os órgãos de segurança ou a desconstrução de quaisquer limites informacionais entre eles; isso subverteria o princípio do vínculo ao propósito em si e seria, então, desde o início, não permitido. Ele intenciona e cria, pelo contrário, apenas uma facilitação do intercâmbio de informações, o qual deixa, em princípio, intocada a parametrização das particulares normas de transmissão limitadas técnico-juridicamente e que, materialmente, é restrito ao combate ao terrorismo internacional. Certo é que o conceito de “terrorismo” não é claro por si mesmo. Contudo, a Lei do Arquivo Antiterrorismo orienta-se pelo § 129a StGB, como se depreende do § 2, 1, nº 1 a ATDG, a norma central para as pessoas registradas no arquivo, e entende sob terrorismo crimes concretamente definidos e graves, que são

destinados à intimidação da população ou contra as estruturas fundamentais de um Estado ou de uma organização internacional. Contra isso, não existem dúvidas jurídico-constitucionais.

2. As normas impugnadas são adequadas e necessárias ao alcance desse objetivo. Com as obrigações de armazenamento criadas segundo os §§ 1 a 4 ATDG, consegue-se um banco de dados fundamentais que fica disponibilizado aos órgãos envolvidos no § 5 I, § 6 I 1 ATDG para a preparação de consultas, e que lhes deve dar, segundo o § 5 II, § 6 II ATDG, em casos especialmente urgentes, informações para o combate a perigos específicos. Não é perceptível outro instrumentário, o qual assegure esses objetivos de maneira comparavelmente efetiva e menos onerosa.

3. A Lei do Arquivo Antiterrorismo também é compatível em suas estruturas fundamentais ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O mandamento da proporcionalidade em sentido estrito exige que a carga da restrição legislativa a direito fundamental, junto a um sopesamento geral, não esteja fora de proporção em relação à importância das razões que a justifiquem. No caso, deve ser conseguido um ponto de equilíbrio compensatório entre o peso da intervenção da regulamentação e o objetivo legislativo perseguido, entre interesses individuais e da coletividade (cf. BVerfGE 100, 313 [375s.]; 113, 348 [382]; 120, 378 [428]; jurispr. pacífica).

As normas impugnadas têm um peso de intervenção significativo **(a)**. Contudo, frente a ele há interesses públicos importantes **(b)**. Na ponderação, não se levantam contra a criação e o caráter do arquivo antiterrorismo dúvidas jurídico-constitucionais fundamentais; carece-se, todavia, para a configuração mais detalhada do arquivo, de regras claras normativamente e suficientemente limitadas, inclusive de normas para um controle efetivo de sua aplicação **(c)**.

a) O intercâmbio de informações conseguido a partir das normas impugnadas tem muito peso. Isso resulta da atuação conjunta das intervenções em direitos fundamentais em pauta que não podem ser consideradas isoladamente: o peso do armazenamento dos dados a serem introduzidos e a questão de seu permitido conteúdo medem-se segundo propósito e caráter do arquivo, da mesma forma como, no sentido contrário, o peso do uso de dados, em essência, depende da amplitude da obrigação de armazenagem. Como um fator de elevação da dureza da intervenção vem à tona que, pelo arquivo, coloca-se, na prática, um intercâmbio de informações entre muitos órgãos de segurança com muito diferentes tarefas, sendo que esse fator também tangencia especialmente o intercâmbio de informações entre serviços de inteligência e órgãos da polícia **(aa)**. A gravidade da intervenção é suavizada pela restrição a dados já levantados, pela configuração como arquivo de conexão com concentração na ligação das informações e sua direção voltada apenas para o objetivo do esclarecimento e combate ao terrorismo internacional **(bb)**.

aa) O peso intervencionista do arquivo antiterrorismo é aumentado pelo fato de ele viabilizar um intercâmbio de informações entre um grande número de órgãos de segurança com tarefas e poderes parcialmente muito distintos entre si. Relevante é, nesse contexto, especialmente, o fato de ele abranger o intercâmbio de informações entre serviços de inteligência e órgãos de polícia.

(1) Os poderes de levantar e processar dados respectivamente concedidos a vários órgãos de segurança, quando se tratar de dados relativos à pessoa, foram criados sob medida para [o estrito cumprimento de] suas tarefas específicas; e por elas limitados. Correspondentemente, os dados submetem-se, por força constitucional, a vínculos a propósitos [de seus

levantamentos], tendo em vista seu uso, e não podem ser, sem mais, transmitidos a outros órgãos. O organograma dos órgãos de segurança, segundo aspectos técnico-profissionais e federativos, suscita, assim, para a proteção de dados, também uma dimensão especial de direito fundamental. Que informações entre os vários órgãos de segurança sejam intercambiadas de maneira abrangente e livre, isso não é expressão de uma organização irracional desses órgãos, mas sim, em princípio, predeterminada e querida pela Constituição mediante o princípio jurídico de proteção de dados do vínculo ao propósito.

Entretanto, o princípio do vínculo ao propósito de dados não exclui mudanças no propósito por meio do legislador se tais mudanças forem justificadas por meio de interesses do bem coletivo que sobrepujem os interesses protegidos jusfundamentalmente (cf. BVerfGE 100, 313 [360]; 109, 279 [375s.]; 110, 33 [69]). Para a avaliação da proporcionalidade de um intercâmbio entre vários órgãos será relevante, especialmente, a comparabilidade das várias relações de informação. Quão mais de diferentes tipos forem as tarefas, poderes e modo de cumprimento das tarefas, maior peso terá o intercâmbio dos dados correspondentes. Por isso, para [se verificar] a proporcionalidade de tais mudanças de propósito será especialmente decisivo saber em que extensão os vínculos do levantamento de dados por parte do órgão, que os transmita ou que os tenha colocado [no arquivo], correspondem àqueles vínculos, sob os quais podem levantar dados os órgãos consultantes. Segundo esse raciocínio, proibida será uma mudança de propósito, se com ela forem contornadas restrições de ordem jusfundamental ao uso de determinados métodos de investigação, ou seja, se as informações não puderem ter sido levantadas para o próprio propósito por conta da correspondente base legal ou não do tipo e modo perpetrados (cf. BVerfGE 109, 279 [377]; 120, 351 [369]). Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal decidiu, reiteradamente, que o ulterior uso de dados que tenham sido levantados em intervenções no sigilo da comunicação à distância, apenas é constitucional para propósitos que teriam bastado também como justificação para o levantamento original (cf. BVerfGE 100, 313 [360, 389]; 109, 279 [375s.]; 110, 33 [73]), e considerou proteções jurídico-processuais como obrigações de identificação e de protocolização necessárias para a garantia do cumprimento de tais exigências (cf. BVerfGE 65, 1 [46]; 113, 29 [58]; 124, 43 [70]). Isso vale *mutatis mutandis* também para as mudanças de propósito do processamento de dados, desde que dados tenham sido levantados mediante intervenção no direito à autodeterminação informacional. Pressupostos constitucionais para o levantamento, armazenamento e processamento de dados não podem ser assim contornados porque os órgãos, aos quais valem exigências menos rigorosas em razão da definição de suas tarefas, na via de transmissão, repassam dados a órgãos que, por sua vez, se submetem a exigências mais rigorosas.

(2) Assim, a junção de dados dos serviços de inteligência e dos órgãos de polícia tem um peso elevado e submete-se, em princípio, a limites constitucionais rigorosos. Com efeito, órgãos da polícia e serviços de inteligência têm tarefas claramente diferentes entre si. Por via de consequência, submetem-se, em face da abertura do cumprimento de sua tarefa, assim como em face do levantamento de dados, a exigências fundamentalmente diferentes.

(aa) Cabe aos serviços de inteligência a tarefa de promover esclarecimento já antecipadamente a situações de ameaça. Seu acesso a dados serve, ao mesmo tempo, a objetivos de tipos variados e definidos de maneira ampla, tais como a proteção em face de planos inimigos da Constituição, dentro do país, e das atividades internas de serviços secretos

estrangeiros, à proteção perante planos de uso de violência que ameacem toda a área dos "assuntos exteriores", ou à proteção perante planos que se direcionem contra o pensamento do entendimento entre os povos ou a convivência pacífica dos povos (cf. § 3 I BVerfSchG, § 1 II BNDG, § 1 I MADG, assim como § 1 I c.c. § 3 I e § 5 I G 10). Eles devem observar multifacetários planos em face de seu [respectivo] potencial de perigo, em geral, e manterem-nos à vista também e justamente independentemente de perigos concretos (cf. BVerfGE 122, 120 [145]).

Correspondentemente a esse espectro de tarefas relativas à prevenção, os serviços de inteligência têm amplos poderes para a coletânea de dados que não são nem especificamente detalhadamente definidos em face do campo concreto de atuação, nem são configurados de maneira detalhista, no que concerne aos meios a serem aplicados. Para os órgãos da proteção da Constituição, eles abrangem métodos e instrumentos para a consecução sigilosa de informação, como no caso do uso de gente de confiança e investigadores, observações, gravação de sons e imagens, papéis e identificações de disfarce (cf. § 8 II BVerfSchG; § 6 I LVSG *Baden-Württemberg*). Segundo o § 5 G 10, o Serviço Federal de Inteligência pode, em determinados casos, para a consecução de informações, filtrar relações de telecomunicação internacional com o instrumento da vigilância estratégica de acordo com determinados conceitos de busca (cf. BVerfGE 100, 313 [368ss.] em relação à norma anterior do § 3 I G 10). Sem prejuízo das exigências constitucionais aqui também diferenciadas que não são objeto do presente processo, esses poderes espelham o alcance das tarefas dos Serviços de Inteligência e se caracterizam por uma relativamente estreita barreira à intervenção. Além disso, os serviços de inteligência coletam dados, em princípio, secretamente. O princípio da publicidade do levantamento de dados não vale para eles e eles são liberados de obrigações de transparência e de notificação em face dos atingidos. Correspondentemente, poucas são as possibilidades de se conseguir tutela judicial individual. Em parte, são essas obrigações até mesmo totalmente substituídas por um controle político (cf. Art. 10 II 2 GG).

(...).

(bb) Desse perfil de tarefas e poderes distancia-se, fundamentalmente, o perfil dos órgãos de polícia e de segurança. A eles cabem a prevenção, o impedimento e a persecução de crimes, assim como a defesa em face de outros perigos para a segurança e ordem públicas. Suas tarefas são marcadas por uma responsabilidade operativa e, especialmente, pelo poder de impor a indivíduos medidas, quando necessário, também com uso da força. Suas tarefas são detalhadamente delimitadas por lei e se submetem a um arsenal de poderes de ação escalonado multifacetariamente, tanto jurídico-material, quanto processualmente. Sem prejuízo de certas tarefas também desses órgãos, já antecipadamente a [concretização de] perigos, foram-lhes confiados poderes em face de indivíduos, em princípio, apenas com base em motivo concreto; pressuposto é, em regra, que estejam presentes indícios de uma suspeita de crime ou de um perigo. Correspondem a esse perfil de tarefas também poderes de levantamento e processamento de dados desses órgãos. Eles são até mesmo mais estreita e precisamente definidos legalmente do que aqueles dos serviços de inteligência e assim diversamente delimitados entre si, porque eles podem enfim preparar e criar medidas coercitivas alcançando até intervenções na liberdade pessoal [de locomoção]. Correspondentemente, também esses poderes relativos à lida com dado pressupõem – com diversos degraus individuais – um motivo concreto, algo como um perigo ou uma suspeita de crime. Se o legislador, excepcionalmente, permitir o levantamento de dados relativos à pessoa

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

sem motivo, preventivamente, ou para a mera prevenção de perigos ou crimes, isso será especialmente carecedor de justificação e submete-se às mais elevadas exigências jurídico-constitucionais (cf. BVerfGE 125, 260 [318ss., 325ss.]).

Correspondentemente, atua a polícia, em princípio, abertamente e segue também na sua lida com dados, na grande maioria dos casos, o princípio da publicidade. Certo é que o cumprimento de tarefas dos órgãos de polícia pressupõe, em larga medida, também investigações que, em face do atingido ocorram, primeiro, de maneira escondida. Não obstante, são encobertas apenas determinadas medidas ou fases de esclarecimento embasadas por concretos momentos de suspeita que deixam intocada a publicidade devida. Nesse sentido, sobretudo serão os dados encontrados por meio das medidas a eles referentes abertos ao indivíduo – como no caso de ajuizamento de ação ou edição de uma medida policial – e dada ao atingido a oportunidade para se manifestar a respeito. Também as próprias investigações são, tanto quanto possível, realizadas abertamente. No processo penal, isso se mostra de maneira exemplar nos numerosos direitos de audiência, vista aos autos e de defesa do acusado, na execução aberta de buscas em domicílios (cf. § 106 StPO), nos requisitos prévios para a utilização de dados arquivados preventivamente (cf. BVerfGE 125, 260 [353]), assim como na audiência, em princípio, pública e oral ao final de uma acusação em processo penal. O uso de investigadores disfarçados (§§ 110a ff. StPO) e os levantamentos sigilosos de dados com meios técnicos (§§ 100a ss. StPO) são, em face disso, permitidos apenas excepcionalmente e sob determinadas condições. Correspondentemente, submete-se a Polícia, também no âmbito da defesa civil, ao princípio do levantamento aberto de dados (cf. § 21 III BPolG; § 19 I PolG *Baden-Württemberg*; Art. 30 III BayPAG).

O ordenamento jurídico diferencia, assim, em princípio, entre [de um lado] a Polícia que trabalha abertamente, que é orientada por um cumprimento operacional de tarefas e que é dirigida por meio de bases jurídicas detalhadas, e [de outro lado] os serviços de inteligência que, fundamentalmente, trabalham de maneira encoberta, que são limitados à observação e esclarecimento antecipado para a informação e consultoria política e que, por isso, podem se basear em bases jurídicas menos diferenciadas. Não é prevista uma polícia secreta.

(cc) Regras que viabilizem o intercâmbio de dados dos órgãos de polícia e dos serviços de inteligência submetem-se em face dessas diferenças a exigências jurídico-constitucionais mais rigorosas. Do direito fundamental à autodeterminação informacional deriva, nesse ponto, um princípio de separação informacional. Segundo este, os dados, em princípio, não podem ser intercambiados entre os serviços de inteligência e órgãos de polícia. Restrições da separação de dados são permitidas apenas excepcionalmente. Se elas sucederem-se para o cumprimento de tarefas operacionais, representarão uma intervenção especialmente dura. Por isso, o intercâmbio de dados entre os serviços de inteligência e os órgãos de polícia para uma possível campanha operacional precisa, em princípio, estar servindo a um interesse público muito prevalecente, que justifique o acesso a informações mediante condições mais leves, como aquelas que são oferecidas aos serviços de inteligência. Isso precisa ser assegurado por intermédio de barreiras à intervenção suficientemente concretas e qualificadas sobre o fundamento de regras legais claras normativamente; também nesse caso as barreiras à intervenção para a consecução dos dados não podem ser contornadas.

bb) O peso da intervenção do arquivo antiterrorismo é, entretanto, suavizado pelo fato de que ele é configurado como arquivo de conexão que é restrito, em seu núcleo, à ligação de

informações e que prescreve uma utilização dos dados para o cumprimento de tarefas operacionais apenas em casos excepcionais urgentes.

(1) (...).

(2) A função restrita, em princípio, à conexão de informações do arquivo antiterrorismo diminui o seu peso de intervenção significativamente; contudo, permanece o peso da intervenção [ainda] elevado também nessa função. Isso porque, embora uma utilização para o cumprimento de tarefas operacionais seja permitida apenas com base em outras normas de transmissão de dados, com certeza o arquivo antiterrorismo conduz já ele mesmo, em caráter antecipado, a esse cumprimento de tarefas, a um intercâmbio direto de reconhecimentos entre os órgãos. Ele permite ao órgão que consulta, no caso de a busca ser bem sucedida, segundo o § 5 I 1 e 2 ATDG, em geral, o acesso aos dados fundamentais do § 3 I, nº 1 a ATDG como informações imediatamente aferíveis, e abre a possibilidade de pesquisas também nos dados expandidos do § 3 I, nº 1 b ATDG, embora nesse ponto será transmitida, em caso de ser encontrada a informação, certamente só uma referência à localização no órgão que mantém a informação e os correspondentes dados fundamentais simples. Como instrumento da ligação de informações, o arquivo antiterrorismo facilita, destarte, o intercâmbio técnico, dando, assim, às existentes normas específicas de transmissão, materialmente, um peso modificado. [...].

O registro em tal arquivo pode ter efeito muito negativo para o atingido. Quem for uma vez registrado no arquivo, precisa contar com que, por causa de uma consulta, seja classificado no círculo do terrorismo e – mediante mais solicitações de transmissão de informação, facilitadas por meio do arquivo – submeter-se às medidas acusatórias a ele ligadas. As consequências de tal correlação [ao círculo de movimentos terroristas] podem ser de vulto e deixar indivíduos em situações difíceis, sem que eles tenham ciência dessa classificação e sem que tenham uma possibilidade prática de dela se defender. A gravidade da intervenção aumenta pelo fato de que os dados são registrados no arquivo de maneira separada das respectivas situações concretas e, em parte, podem se basear em meros prognósticos e avaliações subjetivas dos órgãos que, por natureza, são inseguros. Em suma, cidadãos e cidadãos podem ficar, por essa via, expostos a graves prejuízos, sem que para tanto eles mesmos tenham dado um motivo atribuível. Que, no caso, medidas prejudiciais, em princípio, não possam ser derivadas imediatamente da utilização dos dados do arquivo antiterrorismo de acordo com as normas impugnadas, mas sim como seu efeito indireto em comento com outras normas, não muda nada no fato de que a probabilidade de tais medidas é aumentada pelo arquivo antiterrorismo.

(3) Um peso intervencionista especialmente elevado atribui-se, nesse sentido, ao arquivo antiterrorismo, na medida em que ele, em casos urgentes, também autoriza um intercâmbio de informações entre serviços de inteligência e órgãos de polícia, caso em que as informações podem ser usadas diretamente para a defesa contra perigos específicos e, assim, também para propósitos operacionais.

b) A instituição do arquivo antiterrorismo é fundamentalmente compatível com a proibição de excesso. Em frente ao peso da intervenção para o atingido está o interesse público de viabilizar um intercâmbio objetivo entre os vários órgãos de segurança para o esclarecimento e combate ao terrorismo internacional e para avaliações mais precisas em prol da defesa civil em casos urgentes importantes.

O legislador pode atribuir à instituição de um arquivo central de conexão com o propósito de um intercâmbio de informações objetivo em prol das tarefas do esclarecimento e combate do terrorismo internacional uma importância considerável. Isso porque, já em face do número dos órgãos que se ocupam dessas tarefas, a garantia de um intercâmbio objetivo dos reconhecimentos entre eles tem grande significado. Hoje, participam do arquivo antiterrorismo, depois da determinação de sua instituição, mais de 60 órgãos e centrais de polícia. Independentemente da questão de saber qual o tamanho da diferenciação orgânica em suas minúcias seja um tamanho adequado, não podem ser solucionados os problemas de informação que surgem nesse contexto para o esclarecimento e combate ao terrorismo em um Estado federado com separação de poderes, em todo caso não completamente, ao nível organizacional.

Para a efetividade do esclarecimento e combate ao terrorismo internacional, o legislador pode, caso ele considere insuficiente um intercâmbio restrito à base das normas de transmissão específicas, criar um arquivo de conexão coordenador para a ligação de informações como o arquivo antiterrorismo. O impedimento e perseguição de crimes de terrorismo, que são organizados internacionalmente e cometidos para difundir medo e pânico, apresentam aos órgãos estatais competentes especiais desafios. Uma vez que tais crimes são muito difíceis de serem descobertos e que as pessoas-alvo comportam-se, em larga medida, de maneira conspirativa, o sucesso de um efetivo cumprimento de tarefas dos órgãos de segurança depende, aqui de modo especial, de que importantes informações que cheguem a um órgão também sejam confiadas a outros órgãos e que, por intermédio de uma análise conjunta e comparação dos vários dados de reconhecimentos particulares difusos, surjam informações expressivas e mapeamento de situações. É óbvio que um arquivo especialmente estruturado com perfis básicos de pessoas que caem no foco dos órgãos, assim como com indicações sobre com qual órgão informações sobre quais pessoas são acessíveis, pode significativamente melhorar o cumprimento das tarefas. Igualmente sustentável é a tese de que determinadas informações de outros órgãos devam ser, em casos muito urgentes, disponibilizadas imediatamente, a fim de viabilizar àquele uma primeira avaliação da ameaça e, assim, próximas medidas racionalmente cabíveis.

Para [a avaliação do] o significado de tal arquivo, deve ser considerada sua grande relevância para um efetivo combate do terrorismo, para a democracia e o ordenamento liberal. Crimes com a marca do terrorismo, como aqueles que têm na Lei do Arquivo Antiterrorismo sua referência (veja acima: **D. III. 1.**), objetivam uma desestabilização da coletividade e compreendem, no caso, ataques ao corpo e à vida de quaisquer terceiros em uma instrumentalização inescrupulosa de outras pessoas. Eles se voltam contra os fundamentos mais elementares do ordenamento jurídico-constitucional e a coletividade como um todo. É um mandamento de nosso ordenamento jurídico-constitucional reagir a tais ataques não como guerra ou como estado de exceção, que dispensem da observância de exigências do Estado de direito, mas sim combatê-los como crimes tipificados com os meios do Estado de direito. A isso corresponde, inversamente, que, ao combate ao terrorismo, no quadro da ponderação da proporcionalidade [característica] do Estado de direito, deva ser atribuída uma elevada importância (cf. BVerfGE 115, 320 [357s.]).

c) Em face dos interesses contrapostos, não existem, em uma ampla análise, objeções jurídico-constitucionais contra as estruturas fundamentais do arquivo antiterrorismo na qualidade de

instrumento da conexão de informações e também como fonte de informações direcionadora de ações para uma avaliação do perigo em casos muito urgentes. Contudo, a regulamentação do arquivo corresponderá ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, apenas se ela, tendo em vista os dados a serem armazenados assim como suas possibilidades de utilização, for configurada clara normativamente e, na matéria, for suficientemente restrita, assim como se forem, no caso, criadas e observadas exigências qualificadas endereçadas ao controle (BVerfGE 125, 260 [325]).

aa) Não se devem objetar constitucionalmente, primeiro, as estruturas fundamentais, com as quais o legislador criou o arquivo antiterrorismo como arquivo de ligação para a conexão de informações. Em sua origem, não é desproporcional que, nesse arquivo, seja introduzido, em face de determinadas pessoas presumivelmente próximas ao terrorismo internacional, um acervo básico de dados identificadores, os quais devem ser disponibilizados aos órgãos partícipes para conexão de informações. Porque eles apenas preparam transmissões pontuais legalmente restritas, a coleta dos dados pelos serviços de inteligência e dos órgãos de polícia é justificada pelas tarefas do combate ao terrorismo. (...).

No entanto, necessária é uma configuração do arquivo que regulamente o intercâmbio de informações nos detalhes de maneira normativamente clara e suficientemente restrita. Isso vale, de igual modo, para a fixação dos órgãos partícipes, para as pessoas a serem registradas no arquivo e para os dados sobre elas a serem compreendidos, assim como para a regulamentação mais detalhada da utilização desses dados. Também deve ser garantido um efetivo controle (veja abaixo: **D. IV.**).

bb) Por causa do grande significado do impedimento de ataques terroristas não se pode igualmente objetar que o legislador, com o arquivo antiterrorismo, além do apresentado, queira manter uma fonte de informações à disposição, a qual deva viabilizar, em casos muito urgentes, também uma primeira avaliação de ameaça direcionadora de ações. Com certeza está presente aqui uma intervenção cujo peso é expressivamente alto, porque o intercâmbio de dados nesses casos não possibilita apenas uma conexão de informações segundo o parâmetro da [específica] disciplina técnico-jurídica, como também serve diretamente a propósitos operacionais. Todavia, também isso não se choca desde o início contra a proibição de excesso. Decisivo é, contudo, que a barreira legislativa à intervenção seja configurada em face da urgência e dos bens jurídicos ameaçados de tal modo restrito, que leve em consideração esse especial peso da intervenção (veja, abaixo: **D. IV. 4. d.**).

IV.

Partindo-se desses princípios, as normas impugnadas não satisfazem as exigências endereçadas a uma configuração do arquivo antiterrorismo suficientemente determinada e correspondente à proibição de excesso, em muitos aspectos. Elas violam, assim, o direito à autodeterminação informacional.

1. A norma do § 1 II ATDG sobre a participação de mais órgãos de polícia no arquivo antiterrorismo é incompatível com o mandamento da taxatividade.

a) (...)

b) O § 1 II ATDG não satisfaz, nem em si nem em comento com a ordem de instituição segundo o § 12 ATDG, as especiais exigências que devem ser feitas à fixação legislativa da participação de mais órgãos de polícia no arquivo antiterrorismo.

aa) – bb) (...).

2. Não são, em todos os seus aspectos, compatíveis com as exigências jurídico-constitucionais as normas que determinam o círculo de pessoas compreendido pelo arquivo. Alguns desses dispositivos ferem o princípio da taxatividade e a proibição de excesso. Outros carecem de uma restritiva interpretação conforme a Constituição.

a) (...).

b) O § 2, 1, nº 1 b ATDG que expande o círculo das pessoas compreendidas sob o aspecto do apoio a associações terroristas é parcialmente incompatível com a proibição de excesso e inconstitucional.

aa) Inquestionável é a norma, todavia, na extensão em que ela compreenda pessoas que pertençam a um agrupamento que apoie uma associação terrorista. Para o julgamento da proporcionalidade não faz diferença, se um apoio ocorre de modo individual ou coletivamente. Por via de consequência, o registro dessas pessoas é, de igual modo, proporcional, assim como o registro dos apoiadores de uma associação terrorista segundo o § 2, 1, nº 1 a (2ª alternativa) ATDG.

bb) Por sua vez, o círculo expande-se novamente, na medida em que a norma também atinja pessoas que tão somente apoiem uma associação. Uma necessidade [da presença] de uma relação subjetiva com o terrorismo não pode ser depreendida da norma. (...).

c) Não plenamente compatível com a Constituição é o § 2, 1, nº 2 ATDG. A norma, que deve atingir indivíduos que, possivelmente, estejam próximos ao terrorismo, traz uma série de conceitos jurídicos ambíguos e potencialmente amplos. Tendo em vista os conceitos da violência ilícita e da conclamação intencional a tal violência, por causa da igualdade de votos [ocorrida] no Senado, não se pode verificar uma inconstitucionalidade; segundo o entendimento de quatro membros do Senado, que nesse ponto sustentam a decisão (§ 15 IV 3 BVerfGG), o uso dessas características [como elementos típico-normativos] é compatível com a *Grundgesetz*, desde que não seja conferido às características um papel exageradamente amplo (**aa**). Segundo o entendimento dos outros quatro membros do Senado, que nesse ponto, em conclusão, não sustentam a decisão (§ 15 IV 3 BVerfGG), a norma precisaria, nesse ponto mais amplamente, ser declarada inconstitucional (**bb**). Por sua vez, a mera defesa de violência no sentido dessa norma não basta, segundo a compreensão unânime do Senado, para o registro de pessoas no arquivo antiterrorismo. A norma choca-se, nesse ponto, contra a proibição de excesso, sendo inconstitucional (**cc**).

aa) (1) - (2); bb) (1) (...).

(2) Uma interpretação conforme a Constituição restritiva está aqui fora de questão.

(a) Tal interpretação já está em relação ao § 2, 1, nº 2 ATDG fora de cogitação, porque o conceito de "violência ilícita" que está no centro da norma foi escolhido pelo legislador de modo, conscientemente, amplo e aberto. No processo legislativo, a vagueza e exagerada amplitude do conceito de violência foram objeto de expressa crítica (Ata do Plenário da Câmara Federal 16/71, p. 7100; Comissão do Interior da Câmara Federal, Ata nº 16/24, p. 55; A-Drucks. 16(4)131 D, p. 10; A-Drucks. 16(4)131 J, p. 10), tendo sido até trazida uma sugestão contrária em prol de sua delimitação, segundo a qual, em alusão ao § 129a II StGB, violência ilícita somente deveria servir como ponto de ligação para o arquivamento, "quando isso [essa] for intencionada para intimidar, de modo relevante, a população, chantagear, ilicitamente, um órgão estatal ou uma organização internacional ou para destruir ou afetar, significativamente,

as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, econômicas ou sociais de um Estado ou de uma organização internacional, e partir da ação da pessoa o perigo de um dano de vulto ao Estado ou a uma organização internacional" (cf. BTDrucks. 16/3642, p. 14s.). Com isso, tentou-se restringir o conceito de violência de maneira semelhante àquela interpretação restritiva que se busca também para as normas internacionais e europeias a respeito do combate ao terrorismo (cf. Decisão Geral do Conselho, de 13 de junho de 2002, para o combate ao terrorismo, ABl. EG n. L 164/3, de 22 de junho de 2002, Art. 1; Minuta de uma Convenção Geral sobre o Terrorismo Internacional, in: *Measures to eliminate international terrorism, Report of the Working Group*, de 3 de novembro de 2010, UN Doc. A/C.6/65/L.10.). Contudo, disso o legislador afastou-se em decisão consciente — notoriamente para deixar mais margem de liberdade aos órgãos de segurança. Tal decisão não pode ser então corrigida pela via da interpretação conforme a Constituição.

(b) Mas uma interpretação conforme a Constituição também está fora de cogitação por conta de argumentos de ordem fundamental. Quando a base da intervenção legal é formulada do modo amplo mencionado e, com base em definições conceituais reconhecidas, de maneira não distante, também sustenta uma interpretação extrapoladora desse tipo, então ela não satisfaz, na qualidade de base de um processamento de dados, como é o caso presente, o princípio da clareza normativa e é desproporcional. O princípio da clareza normativa objetiva justamente que se exija do legislador tendo em vista as próprias exigências [imponíveis] a intervenções em direitos fundamentais decisões suficientemente claras que assegurem o cumprimento da proibição de excesso, de maneira suficientemente confiável. Se essas exigências não forem observadas pelo legislador, o Tribunal Constitucional Federal não pode sanar essa deficiência com uma interpretação conforme a Constituição. O recurso à interpretação conforme a Constituição — com a qual em verdade qualquer autorização em branco pode ser restringida — retira as exigências jurídicas de proteção de dados endereçadas à taxatividade, e com isso seus parâmetros, substancialmente. Isso inexoravelmente conduz a incongruências: quais dos conceitos jurídicos abertos ainda são passíveis de uma interpretação conforme a Constituição, quais não o são, praticamente não se pode delimitar de maneira inteligível. Isso se dá também no caso em pauta: por que, no § 2, 1, nº 2 ATDG, os conceitos da "violência" e da "conclamação intencional" deveriam ser passíveis de uma restritiva interpretação conforme a Constituição, ao passo que o conceito de "defesa", na mesma norma, ou do "apoio de um agrupamento apoiador", no § 2, 1, nº 1 b ATDG, pelo contrário não; não se pode fundamentar convincentemente. Não se pode contrapor a isso que o ordenamento jurídico também conhece outros conceitos jurídicos indeterminados e que as normas são sempre carecedoras de interpretação (...).

Essas exigências qualificadas de taxatividade da proteção jusfundamental de dados também não se baseiam em exagerada desconfiança em face dos órgãos de segurança. Pelo contrário, essas exigências devem justamente para as fases ainda não ou pouco formalizadas do cumprimento de tarefas por órgãos de segurança nas quais o processamento de dados frequentemente desempenha um papel importante, garantir a partir de condições inequívocas que, da maneira mais clara possível, auxiliem os órgãos junto ao cumprimento de suas difíceis tarefas e também os desonerem de questões duvidosas.

(c) Uma interpretação conforme a Constituição também não é ordenada em respeito ao legislador. É certo que o legislador tenha realizado, com a Lei do Arquivo Antiterrorismo, um

projeto regulamentar ambicioso e diferenciado que em vários aspectos é caracterizado pela parcimônia do Estado de direito e pelo plano sério da garantia de uma adequada proteção de dados. O julgamento jurídico-constitucional das normas concretas que executam esse projeto não pode ser direcionado, contudo, pela avaliação geral dos esforços políticos do legislador. Ao contrário, é independentemente disso tarefa do Tribunal trazer os parâmetros constitucionais também em particular para serem aplicados e, assim, assegurar que a conformidade com o Estado de direito, à luz de seu instrumentário geral, não seja desfigurada por meio de normas particulares. Pelo contrário, o respeito pelo legislador ordena, inversamente, que se desista de uma delimitação das exigências jurídicas de proteção de dados feita pelo próprio Tribunal e que, ao invés disso, se declare as normas como inconstitucionais: ao invés de, partindo-se do objetivo da regra, prescrevê-lo via interpretação, uma regulamentação talvez indicada, mas perceptivelmente não querida — em todo caso até melhor juízo —, iria devolver a ele a tarefa de traçar os limites parâmetros, na proteção de sua competência. Também não se vislumbra que isso teria criado ao legislador, devido a razões técnicas ou outras de natureza regulamentar, dificuldades especiais.

cc) Muito longe alcança a característica [o elemento típico-normativo] da defesa da violência. (...).

d) Inconstitucional é também o § 2, 1 nº 3 ATDG. A inclusão de pessoas de contato lá prescrita não é compatível nem com o princípio da taxatividade, nem com a proibição de excesso. (...).

Em face do alcance que praticamente não tem como passar despercebido de círculos de pessoas potencialmente atingidos pela regulamentação, também ela fere a proibição de excesso. Entretanto, em princípio não se pode excluir constitucionalmente a disponibilização de dados também de pessoas de contato no arquivo antiterrorismo. Em regra, são tais pessoas que não fazem parte do rol dos nºs. 1 e 2 da norma e, assim, não figuram, elas mesmas, como potenciais apoiadores de atividades terroristas, mas que, segundo o propósito do arquivo, apenas serão de interesse quando elas puderem produzir esclarecimento sobre as pessoas centrais consideradas próximas ao terrorismo. Nisso também deve se orientar a configuração legislativa. Possível seria nesse sentido, por exemplo, registrar pessoas de contato com poucos dados elementares e — em correspondência com a regulamentação atual do § 3 I, nº 1 b oo ATDG — registrá-los como informação a respeito da correspondente pessoa principal próxima ao terrorismo que seja pesquisável apenas ocultamente. Assim, poder-se-ia viabilizar por meio de uma consulta pelo menos tanto a busca por pessoas de contato que se relacionem com a pessoa principal, quanto uma pesquisa encoberta pelo nome da própria pessoa de contato que, sendo encontrada, com certeza levaria apenas à referência ao órgão que mantém a informação e ao número dos autos a ela pertinentes (cf. também abaixo: **D. IV. 4. c**). Tal regra também seria, em face do peso de intervenção claramente menor apesar da mantida extensão das pessoas potencialmente atingidas, compatível com as exigências de taxatividade, exigências essas que também fundamentalmente dependem do peso da intervenção de direito fundamental em pauta (cf. BVerfGE 59, 104 [114]; 86, 288 [311]; 117, 71 [111]). Isso vale, independentemente de se saber, tratar-se ou não de pessoas de contato que saibam ou não da relação com o terrorismo mantida pela pessoa principal.

3. Constitucionalmente, não se pode impugnar a extensão dos dados levantados, [tal qual] regulamentada no § 3 I, nº 1 a e b ATDG. Não obstante, necessárias são, em face do § 3 I, nº 1

b ATDG, regras complementares às exigências de concretização parcialmente contidas na norma destinadas à Administração Pública.

a) – b) aa) (1) – (2); bb) (1) – (3); cc) (...).

4. As regras sobre o uso dos dados não são em todos os aspectos compatíveis com a proibição de excesso.

a) Não questionáveis constitucionalmente são, entretanto, a consulta e utilização relativas aos dados fundamentais simples, regulamentadas segundo o § 3 I, nº 1 a ATDG.

aa) bb) (...).

b) Também compatíveis com a proibição de excesso são as pesquisas abertas pelo § 5 I 1 e 3 ATDG em relação aos dados fundamentais ampliados do § 3 I, nº 1 b ATDG, desde que elas sejam perpetradas em relação a nomes.

(...).

c) Por sua vez, incompatível com a proibição de excesso é a autorização para buscas, nos dados fundamentais expandidos, por características [típico-normativas] que mostrem ao órgão consultante, no caso de encontrada a informação, não apenas uma referência da localização de informações mais detalhadas, mas sim acarrete diretamente um acesso aos correspondentes dados fundamentais simples do § 3 I, nº 1 a ATDG. O § 5 I 2, nº 1 a ATDG é, nesse ponto, inconstitucional.

O teor da informação dos dados fundamentais expandidos segundo o § 3 I, nº 1 b ATDG é amplo em termos de conteúdo e pode conter informações altamente pessoais, assim como a biografia dos atingidos (veja acima: **D. IV. 3. b) aa) [2]**). Por isso, o acesso a tais informações tem de ser mantido, por conta de aspectos de proporcionalidade, claramente mais restrito do que em relação aos dados fundamentais simples, conforme o § 3 I, nº 1 a ATDG. O próprio legislador prescreve, por isso, em princípio, apenas uma busca encoberta nesses dados e submete sua transmissão, como informações claras, à reserva das normas de transmissão da disciplina técnico-jurídica. Todavia, na medida em que, nas buscas nesses dados, quando encontrada a informação, ao mesmo tempo se garante o acesso aos dados fundamentais simples como informações claras, o legislador retira para buscas por características típico-normativas, isto é, para a "busca invertida", essa restrição em larga medida. Mediante a conexão de um aviso de informação encontrada relativo a dados fundamentais expandidos com as informações individualizadas dos dados fundamentais simples, tornam-se também os consultados dados fundamentais expandidos individualmente correlacionáveis e, como informação relativa à pessoa, avaliáveis. Assim, pode um órgão, mediante consulta de algumas ou mais características – por exemplo, mediante a busca por pessoas que façam parte de uma determinada religião e curso de formação que frequentem em um determinado local de encontro (cf. § 3 I, nº 1 b hh, jj, nn ATDG) – perpetrar uma busca e receber, em caso de resultado positivo, não apenas o dado sobre que órgão tenha nesse caso informações, mas também todos os nomes, endereços, assim como outras informações mencionadas no § 3 I, nº 1 a ATDG de todas as pessoas que correspondam às características consultadas.

Tal utilização ampla não leva suficientemente em consideração o alcance do conteúdo dos dados fundamentais expandidos. Independentemente da questão se pode ser justificado associar alguns dos dados fundamentais expandidos como, por exemplo, as ligações telefônicas, também aos dados fundamentais simples, não é compatível com a proibição de excesso a possibilidade de ligação individual dos conteúdos mais amplos de informação de

todos os dados fundamentais expandidos, no quadro de buscas relativas a características. Se o legislador nessa extensão ordenar a introdução de dados no arquivo, esses poderão, no âmbito da conexão de informações, ser utilizados apenas para possibilitar uma referência à fonte. Correspondentemente, precisa ser uma regulamentação configurada de tal maneira que, caso uma busca alcance também dados fundamentais expandidos, sejam mostrados apenas o número dos autos e o órgão que mantém as informações, mas não também os dados fundamentais simples correspondentes.

d) Por outro lado, não recaem objeções jurídico-constitucionais – também não no caso de uma busca invertida (cf. acima, sob **c**) – sobre a utilização dos dados fundamentais expandidos no caso de urgência, segundo o § 5 II, § 6 II ATDG.

É certo que se trata aqui da possibilidade de utilização mais ampla possível nos dados coletados no arquivo antiterrorismo. Com efeito, o acesso alcança, além dos dados fundamentais simples, complementarmente os dados fundamentais expandidos, como informação clara, e abre assim, também, não somente uma utilização de dados para a preparação de seguintes pedidos de transmissão, mas – no sentido de uma apreciação de perigo norteadora da ação – para a própria defesa contra o terrorismo (§ 6 II ATDG). Disso resulta, especialmente por causa da assim implícita superação do princípio da separação informacional entre serviços de inteligência e Polícia, um peso de intervenção especialmente vultoso (veja acima: **D. III. 3. a) aa, bb) [3]**).

Os pressupostos sob os quais tal utilização é permitida são, no entanto, redigidos de modo suficientemente restrito, a fim de justificar a intervenção. Permitidos são o acesso e a utilização dos dados apenas para a proteção de bens jurídicos especialmente importantes, ou seja, em primeiro lugar, apenas para a proteção do corpo, da vida, da saúde ou da liberdade de pessoas. Nitidamente são imaginadas, no contexto dessa norma, sob afetações da saúde apenas graves violações da saúde com consequências permanentes. Quando a norma prescrever, além disso, também a proteção de coisas com grande valor, o legislador esclarece que não se trata da proteção da propriedade ou dos valores das coisas como tais, mas sim de coisas "cuja manutenção é ordenada no interesse público" (§ 5 II 1 ATDG). Trata-se, no contexto da defesa contra o terrorismo, de algo como as essenciais instituições de infraestrutura ou outros equipamentos com significado imediato para a coletividade. A norma contém também elevadas barreiras à intervenção. Necessário é um perigo presente aos bens protegidos que não se baseie apenas em indícios fácticos, mas também tenha de ser acompanhado por fatos determinados. No caso, o acesso e a utilização dos dados são apenas permitidos, quando isso for imprescindível e, mediante um pedido oficial, a transmissão de dados não possa se efetivar tempestivamente. O acesso aos dados é, além disso, assegurado jurídico-processualmente. O uso ulterior dos dados continua sob a reserva de anuência dos órgãos respectivamente detentores das informações, a respeito de cuja concessão – como o contexto da norma sugere – deve-se decidir segundo o parâmetro da respectiva disciplina técnico-jurídica. Portanto, em geral são as exigências rigorosas; consequentemente, a norma foi aplicada até agora só uma vez. Contra tal regra, não há de se levantar objeções jurídico-constitucionais. Ela satisfaz a proibição de excesso e também é compatível com o princípio da separação informacional.

5. O princípio da proporcionalidade apresenta também exigências em termos de transparência, proteção judicial individual e controle de supervisão. Condicionada pelo

propósito e modo de funcionamento do arquivo, a Lei do Arquivo Antiterrorismo garante transparência em face do intercâmbio de informações apenas em medida limitada e, com isso, também abre aos atingidos apenas possibilidades restritas de proteção judicial; o controle sobre sua aplicação fica, essencialmente, com a supervisão pelos comissionados da proteção de dados. Isso é compatível com a Constituição, se forem observados parâmetros jurídico-constitucionais para a configuração da supervisão.

a) No momento do arquivamento e da utilização de dados relativos à pessoa para o cumprimento de tarefas oficiais, o legislador tem de observar, sob aspectos de proporcionalidade, também exigências de transparência, proteção judicial e controle de supervisão (cf. BVerfGE 125, 260 [325ss.]).

Transparência do processamento de dados deve, no mais, contribuir para que possam surgir confiança e segurança jurídica e para que a lida com dados permaneça lastreada em um discurso democrático. Ao mesmo tempo, ela viabiliza a cidadãs e cidadãos agir correspondentemente. Para o atingido, ela constrói, além disso, o pressuposto para uma proteção judicial efetiva. Na medida em que transparência viabiliza aos indivíduos conhecimento sobre o processamento de correspondentes dados, coloca-os na situação de fazer avaliar a licitude das correspondentes medidas – se necessário também judicialmente – e fazer valer eventuais direitos ao apagamento, correção ou à indenização (cf. BVerfGE 100, 313 [361]; 109, 279 [363]; 118, 168 [207s.]; 120, 351 [361]; 125, 260 [335]; jurispr. pacífica).

O controle de supervisão faz o controle jurídico-subjetivo pelos tribunais ser acompanhado jurídico-objetivamente. Ele serve – ao lado de propósitos administrativos – à garantia da conformidade legal da Administração como um todo e inclui, nesse momento, a proteção dos direitos subjetivos dos atingidos. Que também exigências ao controle de supervisão possam fazer parte dos pressupostos de uma configuração proporcional do processamento de dados (cf. BVerfGE 100, 313 [361] com referência a BVerfGE 30, 1 [23s., 30s.]; 65, 1 [46]; 67, 157 [185]), isso leva em consideração que se trata, no momento do arquivamento e processamento de dados, de intervenções que, para os atingidos, frequentemente não são diretamente percebidas e cujo significado de ameaça à liberdade muitas vezes aparece somente indiretamente ou apenas mais tarde, no efeito conjunto com outras medidas. Intervenções no direito à autodeterminação informacional podem ser desproporcionais também quando elas não forem acompanhadas por um regime de controle de supervisão suficientemente eficaz. Isso será tão mais importante, quanto menos possa ser assegurado um controle jurídico-subjetivo.

b) A Lei do Arquivo Antiterrorismo contém poucas normas para a produção de transparência e para a garantia de proteção judicial individual. Na essência, ela se contenta com o reconhecimento de – com eficácia restrita, material e processualmente, – direitos de informação. Contudo, tendo em vista a função e modo de efetivação desse arquivo, isso não tem de ser objetado.

aa) Como instrumento decisivo para a garantia de transparência, a Lei do Arquivo Antiterrorismo prescreve direitos à informação segundo o parâmetro da Lei Federal de Proteção de Dados (§ 10 II ATDG). Esses direitos estão submetidos a limites e, em parte, são realizáveis somente com considerável investimento processual. Não obstante, em face da função da Lei do Arquivo Antiterrorismo, eles satisfazem as exigências jurídico-constitucionais.

(1) O § 10 II ATDG garante, em princípio, um direito a informação, se dados de quem procura a informação constarem no arquivo. Mediante referência ao § 19 BDSG e aos limites do deferimento das informações segundo as normas jurídicas respectivamente vigentes para os órgãos responsáveis pelos dados, é esse direito, de fato, limitado. Assim, não é possível informar quando a informação ameaçar o cumprimento das tarefas do órgão detentor da informação (cf. § 19 IV, nº 1 BDSG; § 15 II, nº 1 BVerfSchG; Art. 48 II, nº 1 BayPAG), ou quando for temida uma pesquisa exaustiva do estágio de reconhecimento de um órgão de proteção da Constituição (cf. p.ex.: § 15 II, nº 2 BVerfSchG; Art. 11 III, nº 2 BayVSG; § 14 II, nº 2 VSG NRW). Para o arquivo antiterrorismo, deve-se partir do fato de que essas exceções adquirem significado fora dos indiciamentos equivocados, e que elas podem nitidamente restringir o direito à informação. Mas, por isso, não são insuficientes os direitos de informação. Restrições da obrigação de informar pressupõem que elas sirvam a interesses contrários de vulto e que tipos normativos de exceção assegurem que os interesses atingidos possam ser entre si correlacionados, de maneira abrangente e com vistas ao caso concreto (cf. BVerfGE 120, 351 [364s.]). Direitos de informação mais abrangentes não são derivados da Constituição para o arquivo antiterrorismo.

(2) Para dados arquivados de maneira oculta segundo o § 4 ATDG, a reclamação de direitos de informação é ligada a custo processual significativo. Diferentemente do que [vale] para outros dados, no caso não se pode de maneira unificada fazer valer um direito de informação segundo o § 10 II ATDG perante a Secretaria Federal Criminal, mas somente perante os diversos órgãos detentores da informação. (...).

(3) Como um todo, são assim os direitos de informação configurados de maneira defensável, constitucionalmente falando. Claro que eles podem garantir apenas uma medida mínima de transparência para o indivíduo. Em face do propósito e do modo de efeito do arquivo antiterrorismo, isso deve ser tolerado constitucionalmente.

bb) De resto, a Lei Antiterrorismo não conhece nem um princípio de publicidade da utilização de dados, nem uma reserva judicial, nem obrigações de notificação *a posteriori* que fossem além das obrigações de notificação de outras normas. A lei [em pauta] desiste assim de instrumentários importantes para a garantia da proporcionalidade das regras de uso dos dados. Contudo, em face do propósito do arquivo antiterrorismo, isso é justificado constitucionalmente. O arquivo antiterrorismo serve, em essência, à ligação de informação para a preparação de outras investigações no quadro do combate ao terrorismo internacional. Que tais investigações, em princípio, não podem atender ao princípio da publicidade, é óbvio. Também uma reserva judicial, no âmbito do arquivo antiterrorismo, não é um meio adequado que fosse exigível constitucionalmente. Por causa da estreita formatação jurídica dos poderes segundo o § 5 I ATDG e da carência de rapidez da decisão no caso de um acesso segundo o § 5 II ATDG, uma reserva de exame judicial seria em grande parte inócua. Igualmente, a não previsão de obrigações de notificação específicas é defensável constitucionalmente. Uma obrigação de notificar seria viável sem substancial prejuízo ao modo de funcionamento do arquivo apenas para os casos em que pessoas sejam definitivamente retiradas do arquivo. A utilidade de uma obrigação de notificação de tal modo restrito é, todavia, muito pequena na comparação com o custo nela implícito, que a tornasse obrigatória sob os aspectos de proporcionalidade.

c) Porque uma transparência do processamento de dados e a viabilização de proteção judicial individual por meio da Lei do Arquivo Antiterrorismo podem ser asseguradas apenas de maneira muito restrita, atribui-se à garantia de um controle de supervisão efetivo um significado tanto maior. O princípio da proporcionalidade apresenta, por isso, exigências mais elevadas a uma configuração efetiva desse controle, tanto em nível da lei, quanto também da praxis administrativa.

aa) A garantia de uma supervisão eficaz pressupõe, primeiro, tanto em nível federal, quanto estadual, instâncias supervisoras dotadas de poderes efetivos – como, segundo o direito vigente, [no caso dos] comissionados da proteção de dados. No mais, é necessário que acessos e alterações do banco de dados sejam completamente reduzidos a termo. No caso, precisa ser assegurado mediante instrumentos técnicos e organizacionais que os dados fiquem disponíveis aos comissionados da proteção de dados de modo praticamente avaliável e que o relatório das ações contenha dados suficientes para a correlação com o procedimento a ser controlado.

Com vistas ao caráter do arquivo antiterrorismo, como arquivo de conexão transversal à União e aos Estados-membros, deve ser providenciado que seu efetivo controle não fique, por causa de falta de clareza quanto às competências federativas, atrás da efetivação do intercâmbio de dados. Isso não significa que aos comissionados da proteção de dados da União conceda-se um acesso abrangente também àqueles dados de relatório [de atividades no arquivo] que digam respeito à introdução e à consulta de dados por parte dos órgãos estaduais. Ao contrário, cabe seu controle aos comissionados estaduais da proteção de dados. Não obstante, corresponde ao arquivo antiterrorismo, como arquivo de conexão, que tem de ser autorizado aos comissionados da proteção de dados trabalharem conjuntamente e apoiarem-se reciprocamente, por exemplo, pela via da ajuda oficial mediante delegação ou autorização no uso de seus poderes. Igualmente, tem de ser garantido que, junto à atuação conjunta das várias instâncias de supervisão, também um controle dos dados conseguidos por intermédio de medidas ancoradas na Lei do Artigo 10 – dados que têm em um arquivo, o qual também é, decisivamente, alimentado pelo Serviço Federal de Inteligência, significado especial – seja prática e efetivamente assegurado. Se o legislador prescrever uma cooperação informacional dos órgãos de segurança, ele precisará viabilizar também uma cooperação de controle em prol da proteção de dados.

Em face da função de compensação do controle de supervisão para a fragilmente configurada proteção judicial individual, atribui-se à sua constante execução um relevante papel e tais controles devem ser executados dentro de lapsos temporais adequados – cuja duração não pode ultrapassar certa medida máxima, algo como dois anos [garantida, assim, a periodicidade do controle]. Isso deve ser observado quando de sua formatação.

bb) A garantia das exigências constitucionais de um eficaz controle de supervisão cabe ao legislador e aos órgãos executivos conjuntamente.

(...).

d) Para a garantia de transparência e controle carece-se, finalmente, de uma regulamentação legislativa de obrigações de redigir relatórios. Porque o arquivamento e utilização dos dados segundo a Lei do Arquivo Antiterrorismo retira, em grande extensão, sua percepção pelos atingidos e pelo público, contra o que os direitos de informação só podem atuar limitadamente, e porque um controle judicial efetivo não é suficientemente possível, devem

Capítulo 2. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)

ser garantidos legalmente, tendo em vista a constituição dos dados e a utilização do arquivo antiterrorismo, relatórios regulares da Procuradoria Penal Federal em face do Parlamento e da opinião pública. São imprescindíveis e precisam ser suficientemente extensos, a fim de possibilitar uma discussão pública sobre o intercâmbio trazido à baila e submetê-los a um controle e revisão democráticos.

6. Não existem dúvidas jurídico-constitucionais em face da constitucionalidade das normas de extinção [de dados] normatizadas no § 11 II e VI ATDG. (...).

V.

Quando as normas impugnadas prescrevem a inclusão de dados no arquivo antiterrorismo que tenham sido levantados mediante intervenções no sigilo das telecomunicações ou no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, elas ferem o Art. 10 I e o Art. 13 I GG.

1. Para levantamentos de dados que intervenham nos direitos fundamentais do Art. 10 I e do Art. 13 I GG valem, em face de seus conteúdos de proteção especiais, em regra, exigências especialmente rigorosas. (...).

2. Uma inclusão completa e ilimitada de todos os dados levantados mediante intervenção no Art. 10 I e no Art. 13 I GG no arquivo antiterrorismo é incompatível com essas exigências; nada diferente pode, de resto, valer para aqueles dados que foram conseguidos por meio de intervenção no direito fundamental – o que não foi impugnado pelo reclamante – à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos, derivado do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 120, 274 [302s.]). Tais dados podem ser regularmente levantados apenas sob parâmetros rigorosos e pressupõem a presença de barreiras elevadas à intervenção, tais como uma situação qualificada de perigo ou uma suspeita qualificada de crime, um perigo para bens jurídicos especialmente relevantes e a persecução de crimes especialmente graves. A elas pertencem especialmente informações que foram conseguidas a partir de vigilância das telecomunicações, vigilância domiciliar ou também medidas da restrição estratégica (cf. §§ 5ss. G 10) e, se for o caso, que foram embasadas na Lei do Artigo 10. Pela inclusão no arquivo antiterrorismo, esses dados podem – algo como uma característica física especial descoberta junto a uma medida de escuta ou um dialeto raro – ficar, sem mais, acessíveis a um grande número de órgãos, como informações prévias, e disponibilizados para a pesquisa, tão somente para que esses órgãos produzam uma imagem sobre a identidade dessa pessoa e possam decidir se eles devem apresentar uma específica carta precatória de transmissão (cf. § 6 I 1 ATDG). As informações são aqui disponibilizadas, independentemente de algo que já aconteceu ou, concretamente, de iminentes atos terroristas para as medidas investigatórias, ainda muito antes de situações de perigo vislumbráveis, para as quais um levantamento de dados mediante grave intervenção no sigilo das telecomunicações ou na inviolabilidade do domicílio não poderia ser justificado. Mesmo que o critério da admissibilidade constitucional de um hipotético novo levantamento dos dados para a avaliação de um encaminhamento de dados já levantados não seja esquematicamente conclusivo e não exclua a observância de outros aspectos, está presente uma completa e indiferenciada inclusão também dos dados levantados mediante intervenção no Art. 10 I e no Art. 13 I GG, que é incompatível, em uma ponderação geral, com a proibição de excesso.

3. (...).

E. – I.

A inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas não leva à declaração de nulidade, mas apenas à verificação de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*. Até a sua nova regulamentação, ao mais tardar, todavia, até o dia 31 de dezembro de 2014, as normas podem continuar sendo aplicadas. Não obstante, [isso é possível apenas] mediante cumprimento da condição de que, fora do caso de urgência segundo o § 5 II ATDG, uma utilização do arquivo antiterrorismo apenas é permitida desde que não haja acesso aos dados de pessoas de contato segundo o § 2, 1, nº 3 ATDG e aos dados que sejam provenientes de intervenções no sigilo das telecomunicações e no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. [Deve também restar] garantido que, junto a buscas nos dados fundamentais expandidos, em sendo encontrada a informação, seja concedido tão somente um acesso a informações segundo o § 3 I, nº 3 ATDG, mas não a informações segundo o § 3 I, nº 1 a ATDG. Tão logo a possibilidade do acesso aos dados de pessoas de contato e aos dados que sejam provenientes de intervenções no sigilo das telecomunicações e no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio possa ser excluída, esses não podem mais ser utilizados, também não [quando] a utilização do arquivo [ocorrer] em caso de urgência segundo o § 5 II ATDG.

A mera declaração de incompatibilidade, ligada ao prosseguimento aprazado da vigência da regra inconstitucional, viria à pauta, se a incontinenti invalidade da norma questionada retirasse a base da proteção de bens supremos da coletividade, e se uma ponderação com os direitos fundamentais atingidos resultasse que a intervenção tivesse de ser tolerada por um lapso temporal transitório (BVerfGE 109, 190 [235s.]). Este é o caso presente. O arquivo é visto pelo legislador, com motivos plausíveis, como [representando] uma melhora substancial para um combate eficaz ao terrorismo. No caso, a estruturação básica do arquivo e o intercâmbio de informações colocado em operação por meio dele foram configurados, de maneira detalhada, pelo legislador, sendo, em princípio, compatíveis com a Constituição. Porque a inconstitucionalidade relaciona-se, em sua essência, com questões particulares da configuração cujos efeitos onerosos podem ser suavizados mediante parâmetros restritivos da aplicabilidade transitória das normas, conclui-se em face do significado do arquivo para a defesa contra o terrorismo internacional, em uma ponderação geral, que as normas impugnadas podem, provisoriamente, continuar sendo aplicadas.
(...).

II.

A decisão é unânime em relação a **C.**, de resto prolatada parcialmente com votos contrários.
(...).

(ass.) Kirchhof; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Masing; Paulus; Baer; Britz

Capítulo 3.

Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 2 (Livre Desenvolvimento da Personalidade, **direito à vida** e à integridade física, liberdade da pessoa)

(1)...

(2) ¹ Todos têm o direito à vida e à integridade física. ² A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³ Nesses direitos só se pode intervir com base na lei.

Neste capítulo serão apresentadas as duas decisões que lançaram as bases da dogmática jurídica do direito fundamental à vida pelo TCF.

Os direitos fundamentais à vida e à incolumidade física nasceram, sem precedentes na história constitucional alemã, sob os impactos das atrocidades nazistas. Seu caráter originário era – notória e simplesmente – de direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*). Contudo, o TCF vem desenvolvendo, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39, 1; abaixo: **Decisão 13.**), um segundo caráter que deu azo a uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais: o caráter de dever estatal de tutela (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares.

Diz-se, na literatura especializada que o teor de dignidade humana nessa outorga é elevado. O direito fundamental à vida seria, nesse sentido, uma imediata derivação da dignidade humana. Por isso, o fundamento do dever estatal de tutela seria o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I 2 GG, com ênfase do verbo “proteger” (*schützen*) em contraposição ao verbo “observar” (*achten*), denotando o caráter positivo da proteção em relação ao tradicional caráter negativo. As decisões sobre direito à vida abaixo reproduzidas tratam de concretizações desse dever estatal de tutela.



13. BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*)

Controle Normativo Abstrato; 25.02.1975

MATÉRIA

Por meio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), a criminalização do aborto foi novamente regulamentada.⁴⁰ Até então, a provocação da morte do nascituro era uma ação tipificada criminalmente, em termos genéricos. Exceções como causas excludentes da ilicitude só eram reconhecidas segundo os preceitos do estado de necessidade. A nova redação dos §§ 218-220 StGB pela 5ª Lei de Reforma trouxe, principalmente, as seguintes inovações: sujeito, por princípio, à pena passou a ser somente quem interrompeu a gravidez (aborto) depois do 13º dia após a concepção (§ 218 I). Todavia, o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não era punível segundo o § 218, desde que não transcorridas doze semanas desde a concepção (§ 218a – regra do prazo). Além disso, o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida, mesmo depois de transcorrido o prazo de doze semanas, de acordo com o § 218 não seria punido, desde que ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida ou um comprometimento sério do seu estado de saúde, e desde que ele, de forma exigível da mulher, não pudesse ser evitado de outra maneira (§ 218b – indicação médica). A não punibilidade atingia também os casos em que houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de uma disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fosse tão grave de tal sorte a não se poder mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§ 218, nº 2 – indicação eugênica). Aquele que praticava o aborto sem que a grávida tivesse se consultado antes junto a uma repartição pública de consultoria (ou aconselhamento) ou tivesse se consultado (aconselhado) social e medicinalmente junto a um médico, era punido com sanção penal (§ 218c).

Igualmente sancionada criminalmente era a conduta de quem, depois de transcorridas doze semanas desde a concepção, interrompesse uma gravidez sem que antes o órgão administrativo competente tivesse confirmado que os pressupostos da indicação médica ou eugênica estivessem presentes. A mulher mesma não era punida.

O controle normativo abstrato proposto por 193 membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais contra a assim chamada “solução do prazo” (*Fristenlösung*) levou o TCF a em sua essência declarar nulo o § 218a StGB ,

⁴⁰ Cf., em geral, a síntese de GRIMM; KIRCHHOF *et al* (2007: 347).

ordenando, até o início da vigência de uma nova regulamentação legal, determinadas formas de regulamentação da indicação (em aplicação do § 35 BVerfGG).

EMENTAS

1. A vida em desenvolvimento no ventre materno encontra-se sob a proteção da Constituição como bem jurídico independente (Art. 2 II 1, Art. 1 I GG). O dever de proteção do Estado não só proíbe intervenções estatais diretas na vida em desenvolvimento no ventre materno, como também ordena que o Estado se posicione de forma protetora e fomentadora diante dessa vida.
2. O dever do Estado de dar proteção à vida em desenvolvimento existe também em face da mãe.
3. A proteção da vida do nascituro tem, em princípio, prevalência durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de “carência”, em regra, de três meses, contados a partir da concepção].
4. O legislador também pode expressar de forma diversa do meio da tipificação penal a desaprovação do aborto, que é, em princípio, ordenada juridicamente. Decisivo é saber se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção da vida intrauterina garante uma proteção efetiva, proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido. Em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento.
5. O prosseguimento da gravidez é inexigível [da mulher], quando o aborto for necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou de dano grave ao seu estado de saúde. No mais, o legislador está livre para avaliar outros ônus extraordinários para a gestante que sejam semelhantemente intensos e, nesses casos, isentar o aborto da pena [em geral prevista – causas excludentes da ilicitude penal].
6. A Quinta Lei de Reforma do Direito Penal, de 18 de junho de 1974 (BGBl. - Diário Oficial da União - I, p. 1297), não é apta a cumprir o dever constitucional de proteger, na extensão ordenada [constitucionalmente], a vida em desenvolvimento.

**Decisão (Urteil) do Primeiro Senado, de 25 de fevereiro de 1975,
com base na audiência de 18/19 de novembro de 1974**

-1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 –

[...]

Dispositivo da Decisão

O § 218a StGB, na redação da Quinta Lei para a Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), é incompatível com o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I GG e nulo, na extensão em que excluir a punibilidade do aborto também no caso de não existirem motivos que – no sentido das razões da fundamentação da presente decisão – possam ser afirmados diante da ordem axiológica da *Grundgesetz*.

RAZÕES:

A. I. – IV.; B. 1. – 4. [...]

C.

[...]

1. O Art. 2 II 1 GG protege também a vida em desenvolvimento no ventre materno como bem jurídico independente [...].

a) – e) [...].

2. Por isso, o dever do Estado de proteger a vida humana pode ser derivado já diretamente do Art. 2 II 1 GG. Ele também resulta da norma expressa no Art. 1 I 2 GG, pois a vida em desenvolvimento desfruta também da proteção do Art. 1 I GG, que garante a dignidade humana. Onde houver vida humana, caberá a dignidade humana. Não importa se o titular dessa dignidade tem [ou não] dela consciência, sabendo como preservá-la por si mesmo. As potenciais capacidades inerentes ao ser humano são suficientes para fundamentar a dignidade humana.

3. [...].

II.

1. O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida; isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido, quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*; é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.

2. O dever do Estado de proteger a vida em desenvolvimento existe também, em princípio, em face da mãe. Indubitavelmente, a ligação natural da vida intrauterina com a vida da mãe fundamenta uma relação especialmente peculiar, inexistindo quaisquer paralelos em outras relações vitais. A gravidez pertence à esfera íntima da mulher cuja proteção é constitucionalmente garantida pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Se o embrião fosse apenas uma parte do organismo materno, então também o aborto permaneceria na área privada da conformação da vida na qual é proibida a penetração do legislador (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Como, porém, o nascituro é um ser humano independente, que se encontra sob proteção constitucional, o aborto passa a ter uma dimensão social que o torna acessível para – e carente da – regulamentação pelo Estado.

O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade, que tem como conteúdo a liberdade de ação em sentido abrangente, incluindo, assim, também a responsabilidade da mulher de decidir, autonomamente, contra uma maternidade e os deveres daquela oriundos, pode, igualmente, buscar reconhecimento e proteção. Esse direito, porém, não é ilimitadamente garantido – o direito de outrem, a ordem constitucional, e a lei moral [Art. 2 I, *in fine* GG] limitam-no. Ele jamais poderá, em princípio, abranger o poder de interferir na esfera protegida de outrem sem uma causa que o justifique, ou até mesmo de,

Capítulo 3. Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)

juntamente com a vida, destruí-la; muito menos quando, pela natureza do caso, estiver presente uma responsabilidade especial justamente em relação a essa vida.

Não é possível uma equalização que garanta a proteção da vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, visto que este sempre significa a aniquilação da vida intrauterina. Na ponderação, por isso mesmo necessária, “[...] os dois valores constitucionais devem ser vistos como ponto central do sistema de valores da Constituição em sua relação com a dignidade humana” (BVerfGE 35, 202 [225]). Em uma orientação pelo Art. 1 I GG, a decisão deve ser tomada em favor da prioridade da proteção à vida do nascituro contra o direito de livre escolha da gestante. Esta pode ser atingida pela gestação, parto e educação da criança em muitas possibilidades do desenvolvimento da sua personalidade. Em contrapartida, a vida do nascituro será aniquilada pelo aborto. Por isso, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes [*sic*]⁴¹ protegidas pela *Grundgesetz*, observando-se o pensamento básico do Art. 19 II GG, deve prevalecer a vida do nascituro. Essa prevalência vale, em princípio, sobre o direito de autodeterminação da gestante, durante toda a gravidez, não podendo ser relativizada por um prazo determinado. [...].

3. [...].

III.

O modo como o Estado cumpre seu dever de oferecer uma efetiva proteção ao nascituro deve ser escolhido, em primeira linha, pelo legislador. Ele decide quais medidas de proteção serão oportunas e indicadas para garantir uma eficiente proteção da vida [...].

1. [...].

2. [...].

a) [...].

b) [...]. Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a “*ultima ratio*” do instrumentário do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito e que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade de o Estado sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado por causa de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é

⁴¹ Em verdade, trata-se de uma colisão de direitos fundamentais e não de uma concorrência entre eles. Sobre a diferença, vide DIMOULIS e MARTINS (2014: 169-175).

fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. [...].

3. [...]. O direito à vida do nascituro pode causar um dano à mulher que, essencialmente, extrapola a medida de intensidade normalmente ligada à gestação. Surge aqui a questão da exigibilidade; em outras palavras, a questão de se, nesses casos, o Estado também pode forçar, com o instrumentário do direito penal, o prosseguimento da gravidez.

O respeito pela vida do nascituro e o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar, além dos limites viáveis, seus próprios valores vitais em prol da observância desse bem jurídico, chocam-se. Em tal situação conflitante que, em geral, também não permite qualquer avaliação moral inequívoca e na qual a decisão pelo aborto possa revelar a dignidade de uma madura decisão de consciência [da mulher], o legislador está obrigado a ter um cuidado especial. Se, nesses casos, ele não considerar o comportamento da gestante como passível de ser tipificado criminalmente, desistindo do meio do sancionamento penal, então isso deverá ser, em todo caso, como resultado de uma ponderação que cabe ao legislador, também constitucionalmente aceito [não podendo mais ser constitucionalmente questionado]. [...].

D. I. – IV.; E. [...]

(*ass.*) Dr. Benda; Ritterspach; Dr. Haager; Rupp-v. Brünneck; Dr. Böhmer; Dr. Faller; Dr. Brox; Dr. Simon

**Opinião discordante da Juíza Rupp. v. Brünneck e do Juiz Dr. Simon sobre
a decisão (Urteil) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal,
de 25 de fevereiro de 1975
– 1 BvF, 1, 2, 3, 4, 5, 6/7 –**

A vida de cada ser humano é, obviamente, um valor central do ordenamento jurídico. Irrefutavelmente, a obrigação constitucional de proteção da vida abrange também seus pré-estágios antes do nascimento. [...].

A. – I.

O poder do Tribunal Constitucional Federal de anular decisões do legislador parlamentar exige um uso parcimonioso, se se quiser evitar um deslocamento dos pesos entre os órgãos constitucionais. O mandamento de autolimitação judicial (*judicial selfrestraint*) que foi [certa vez] designado como o bálsamo da vida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Leibholz*, VVDStRL 20 [1963], p. 119) vale, sobretudo, quando não se tratar da resistência contra ataques do poder estatal, mas quando se queira prescrever ao legislador, legitimado imediatamente pelo povo no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, parâmetros para a conformação positiva da ordem social. [...].

1. – 2. [...].

II.

[...]

B.

Mesmo quando, ao contrário do nosso entendimento, se considera com a maioria [no Senado] uma obrigação constitucional de sancionar penalmente, não se pode constatar aqui uma inconstitucionalidade cometida pelo legislador. A fundamentação da maioria [no Senado] depara-se – sem que seja necessária uma análise que aprecie todos os detalhes – com as seguintes objeções:

I. – III. [...]

IV.

Em síntese, ao legislador não restou, segundo a nossa visão, vedada a desistência de um sancionamento criminal em larga escala inútil, inadequado e até danoso; desistência essa que se deu em razão de sua concepção incontestada. Sua tentativa de tentar fomentar a proteção da vida nas situações contemporâneas de uma provavelmente crescente incapacidade do Estado e da sociedade, via meios socialmente mais adequados, pode ser incompleta; todavia, ela corresponde mais ao espírito da *Grundgesetz* do que a exigência de sanção penal e reprovação.

(ass.) Rupp-v. Brünneck, Dr. Simon

14. BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*)

Controle Normativo Abstrato; 28.05.1993

MATÉRIA

Depois que o TCF, na primeira decisão (*Urteil*) sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, cf. supra, **Decisão 13**), de 25 de fevereiro de 1975, declarou as novas regras sobre o aborto em parte como nulas, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), de 18 de maio de 1976; e, com ela, a assim chamada regra da indicação, válida até 1992. Esta previa, entre outros, o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro do prazo de doze semanas, contados a partir da concepção, também no caso de um estado geral de necessidade da mulher (§ 218a II, nº 3 StGB na redação da 15. StÄG). Por meio da Lei Complementar de Reforma do Direito Penal (StREG), de 18 de agosto de 1975, determinou-se que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) deveria assumir os custos de um aborto lícito (§§ 200f, 200g, RVO na redação da StREG). Incluídos nessa regra estavam também os abortos indicados por estado geral de necessidade (financeira).

O Governo da Baviera impugnou, no ano de 1990, pela via do Controle Abstrato de normas, os dispositivos mencionados, no ponto em que eles se referiam aos abortos baseados em uma indicação por estado geral de necessidade, principalmente quando previam o pagamento das despesas hospitalares para sua realização.

Depois da reunificação alemã, ocorrida em 3 de outubro de 1990, o Contrato Estatal da Reunificação deixou, em um primeiro momento, até o final de 1992, valer duas disciplinas jurídicas em relação ao aborto, vigentes respectivamente em cada metade da Alemanha. No território da antiga RDA, continuou a valer a regra do prazo lá vigente desde 1972, segundo a qual um aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação, em regra, não era sancionado penalmente, equiparando-o para efeitos previdenciários até mesmo a um caso de doença.

De acordo com a prescrição do Contrato da Reunificação de criar, até o final do prazo de transição, uma disciplina jurídica unificada para o direito de aborto, a Câmara Federal promulgou a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG, de 27 de julho de 1992. Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário que deveriam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho, a SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto. Segundo ela, um aborto realizado dentro das primeiras doze semanas da gestação não era antijurídico e, com isso, também não punível, se a grávida pudesse provar

que tinha sido aconselhada por órgão criado para esse fim ou também legalmente reconhecido e autorizado para essa tarefa (§ 219 StGB, na redação da SFHG – *aconselhamento em uma situação de conflito ou de necessidade*), e que a intervenção fora realizada por um médico. Uma indicação específica não era necessária nesse caso. No § 24b SGB V foi criada uma regra que se coadunava, substancialmente, com a situação jurídica até então vigente (§§ 200f, 200g RVO) e que garantia um direito a benefícios do seguro estatal de saúde para abortos não antijurídicos. Ocorreu que 249 membros da Câmara Federal e, de novo, o Governo da Baviera propuseram o Controle Abstrato de normas contra as regras supramencionadas da SFHG.

O TCF declarou nulo, entre outros, o § 218a I StGB na redação da SFHG, no ponto em que o dispositivo qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento, em consonância com o § 219 StGB, na redação da SFHG. O § 219 StGB foi igualmente declarado nulo, porque o aconselhamento lá previsto não perseguia, suficientemente, o objetivo de encorajar a mulher ao prosseguimento da gravidez. O TCF considerou constitucional a regulamentação anterior e a nova regulamentação do pagamento pelo sistema público de saúde de abortos tão somente dentro dos parâmetros da fundamentação da decisão que excluía, em princípio, a possibilidade do pagamento estatal de abortos antijurídicos. Ao mesmo tempo, o TCF determinou, seguindo o § 35 BVerfGG, uma série de ordens transitórias para o tempo até a entrada em vigor da nova regulamentação legal, principalmente, em face da configuração do procedimento do aconselhamento e do reconhecimento de locais (*Beratungsstellen*) onde ele se daria.

EMENTAS

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana, também a intrauterina. Esse dever de tutela (*Schutzpflicht*) tem seu fundamento no Art. 1 I GG; seu objeto e sua medida - a partir dele - são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG. A dignidade humana cabe [também] já ao nascituro. O ordenamento jurídico deve garantir os pressupostos jurídicos de seu desenvolvimento, no sentido do direito à vida do próprio nascituro. Esse direito à vida não será fundamentado apenas pela [/depois da] aceitação [/dele] da [/pela] mãe.
2. O dever de tutela para a vida intrauterina é relativo a cada vida [individualmente considerada], não apenas à vida humana em geral.
3. A proteção jurídica assiste ao nascituro também perante sua mãe. Tal proteção somente é possível se o legislador, em princípio, proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até seu nascimento. A proibição, em princípio, de interrupção da gestação e o dever fundamental de levar a termo a gestação do filho são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.
4. A interrupção da gestação deve ser considerada, em princípio, antijurídica em toda a sua duração, sendo, assim, proibida legalmente (confirmação de BVerfGE 39, 1 [44]). Mesmo que somente por um período limitado, o direito à vida do nascituro não pode ser entregue à livre decisão, não vinculada juridicamente, de um terceiro, ainda que se trate da mãe.
5. A extensão do dever de tutela da vida humana intrauterina deve ser determinada visando, de um lado, ao significado e à necessidade de proteção do bem a ser protegido; e, de outro

lado, aos bens jurídicos que com ele entrem em conflito. Como bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro – partindo-se da pretensão jurídica da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta, sobretudo, seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), bem como seu direito de personalidade (Art. 2 I GG). Ao contrário, não pode a mulher gestante, que com o aborto mata o nascituro, valer-se da posição jurídica protegida pelo direito fundamental do Art. 4 I GG [liberdade de consciência e crença].

6. O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.

7. Os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender em geral – mesmo que apenas por um determinado prazo – o dever de levar a termo a gestação do filho. Contudo, as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida – quando não ordenada – a não imposição de tal dever jurídico. É tarefa que cabe ao legislador determinar, concretamente, tais elementos típico-normativos de exceção [causas excludentes da ilicitude] segundo o critério da inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*). Para tanto, devem estar presentes gravames que signifiquem tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa mais ser [racionalmente] esperado da mulher. (Confirmação de BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

8. A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.

9. O dever estatal de tutela abrange também a proteção da vida humana na fase intrauterina contra perigos oriundos de influências dos círculos familiar ou social da gestante, ou das atuais e previsíveis condições de vida da mulher e da família, os quais agem contra a disposição de levar a bom termo a gestação do filho.

10. A missão de proteger obriga o Estado, além disso, a conservar e fomentar, na consciência coletiva, a pretensão de proteção da vida em sua fase intrauterina.

11. Ao legislador não é constitucionalmente vedada, por princípio, a transição para um plano de proteção (*Schutzkonzept*) da vida intrauterina que, no início da gestação e nos conflitos [a ela inerentes], dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la a dar à luz um filho, desistindo, com isso, da cominação de pena determinada por indicação e da verificação dos elementos típicos da indicação praticados por um terceiro.

12. Tal plano de aconselhamento carece da presença de condições preliminares que criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intrauterina. O Estado fica com a plena responsabilidade sobre a realização do procedimento do plano de aconselhamento.

13. O dever de tutela estatal exige que a participação do médico, necessária no interesse da mulher, proporcione, concomitantemente, a proteção da vida intrauterina.

14. Uma qualificação jurídica da existência de uma criança como fonte de dano não tem como subsistir constitucionalmente (Art. 1 I GG). Por isso, proíbe-se classificar como dano a obrigação de alimentos em face do filho.

15. Os abortos realizados sem verificação de uma indicação prevista na regulamentação do aconselhamento não podem ser declarados justificados (não antijurídicos). Corresponde a

princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem, necessariamente, submetidos à responsabilidade estatal.

16. A *Grundgesetz* não permite a concessão de benefícios da Seguridade Social para a realização de um aborto cuja juridicidade não se verificou. A concessão de auxílio social em face de abortos não submetidos à sanção penal, segundo a disciplina jurídica do aconselhamento, em casos de necessidade econômica, não pode ser, tanto quanto ocorre com a continuidade dos pagamentos salariais, censurada [modificada] constitucionalmente.

17. [...].

Decisão do TCF:

**Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado, de 28 de maio de 1993,
com base na audiência de 8 e 9 de dezembro de 1992**

- 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 -

[...]

RAZÕES

A. I. – III., B. I. – II., C. I. – V. [...].

D. - I.

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana. A vida na fase intrauterina também faz parte da vida humana. Também a ela cabe a proteção do Estado. A Constituição não só proíbe intervenções estatais diretas na vida intrauterina, mas determina que o Estado tenha uma postura de proteção e de incentivo perante essa vida; ou seja, sobretudo, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros (cf. BVerfGE 39, 1 [42]). Esse *dever de tutela* tem seu fundamento no Art. 1 I GG que, expressamente, obriga o Estado a observar e a proteger a dignidade humana; seu objeto e sua medida – a partir dele – são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG.

a) A dignidade humana já cabe à vida em sua fase intrauterina, não apenas à vida humana após o nascimento ou formação da personalidade [...].

[...].

b) O dever de tutela em face da vida intrauterina é relativo a cada vida, não somente à vida humana em geral. Seu cumprimento é condição fundamental para o convívio ordenado no Estado. Tal cumprimento cabe a todo poder estatal (Art. 1 I 2 GG); isto é, ao Estado em todas as suas funções, também e justamente ao Poder Legislativo. O dever de tutela refere-se, principalmente, a iminentes perigos oriundos de terceiros. Ele abrange medidas de proteção com o objetivo de se evitar situações emergenciais como consequência de uma gravidez, ou de saná-las, assim como também exigências comportamentais legais; ambas se complementam.

2. O Estado estabelece exigências comportamentais para a proteção da vida intrauterina na medida em que ele expressa, por lei, ordens e proibições estabelecendo obrigações de fazer e não fazer. Isso vale, igualmente, para a proteção do nascituro em relação à sua mãe, não obstante a ligação que existe entre ambos e que leva, entre a mãe e seu filho, a uma relação de “dualidade na unidade”. Tal proteção somente é possível se o legislador, em princípio, proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até o seu nascimento. A proibição fundamental de interrupção da gestação e o

dever fundamental de prosseguir a gestação até o nascimento do filho são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.

Não menos obrigatória é a proteção contra influências oriundas de terceiros – principalmente [daquelas oriundas] dos círculos familiar e social da mulher gestante. Tais influências podem ser diretamente dirigidas ao nascituro, mas também, indiretamente, quando a mulher gestante se nega a devida ajuda, quando se lhe inflige, por causa da gravidez, uma situação de desconforto psicológico, ou até mesmo quando se exerce pressão para que ela interrompa a gravidez.

a) Tais ordens comportamentais não podem ser limitadas a conclamações dirigidas à voluntariedade, devendo ser [pelo contrário] configuradas como mandamentos jurídicos. Estes precisam ser vinculantes e positivados com consequências jurídicas, consoante a peculiaridade do direito como um ordenamento normativo que faz referência e objetiva a vigência no plano fático. Nesse contexto, a cominação de pena não é a única sanção possível. No entanto, ela pode fazer, de maneira especialmente duradoura, com que os submetidos ao ordenamento observem e cumpram os mandamentos legais.

Os mandamentos comportamentais legais devem promover a proteção em duas direções. De um lado, eles devem se desenvolver em efeitos de proteção preventivos e repressivos no caso particular, quando a violação do bem jurídico a ser protegido for iminente ou já tiver se consumado. Por outro lado, eles devem fortalecer e apoiar, no povo, uma mentalidade viva de valores e concepções sobre o que seja o direito e o não-direito (*Unrecht*), formando, por sua vez, uma consciência jurídica (cf. BVerfGE 45, 187 [254, 256]) para que, com base em tal orientação normativa do comportamento, a violação de um bem jurídico não possa já de antemão ser cogitada.

b) A proteção da vida não é ordenada de forma absoluta, de tal sorte que ela goze de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção; isso já mostra o Art. 2 II 3 GG. Por outro lado, o dever de tutela não restará atendido quando tiverem sido, em geral, tomadas medidas de proteção de qualquer natureza. Seu alcance deve ser determinado, ao contrário, tendo em vista o significado e a necessidade de proteção do bem jurídico a ser protegido – no presente caso, a vida humana em sua fase intrauterina – por um lado, e os bens jurídicos que com ele colidem, por outro (cf. *G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, p. 253 ss.). Como bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro - partindo-se da pretensão da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta, sobretudo, o seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), assim como o seu direito de personalidade (Art. 2 I GG). É tarefa que cabe ao legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção.

A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (cf., com relação ao termo *Isensee in: Handbuch des Staatsrechts*, volume V, 1992, § 111, nota à margem nº 165 s.); até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF].

Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (vide abaixo **1. 4.**). A medida de proteção ordenada constitucionalmente segundo o superverificado independe do

tempo de gestação. A *Grundgesetz* não contém escalonamentos do direito à vida e de sua proteção em face da vida intrauterina a serem fixados de acordo com determinados prazos e seguindo o processo de desenvolvimento da gravidez. Por isso, o ordenamento jurídico deve garantir essa medida de proteção também na fase inicial de uma gravidez.

c) Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

aa) Do rol de tais exigências mínimas faz parte enxergar o aborto, em princípio, como não-direito durante toda a gravidez e, conseqüentemente, proibi-lo na forma da lei (cf. BVerfGE 39, 1 [41]). Caso não exista tal proibição, estar-se-á transferindo a disposição sobre o direito à vida do nascituro, ainda que por um período limitado, à livre decisão de terceiro, mesmo que esse terceiro seja a própria mãe; isso significaria que a proteção jurídica dessa vida, no sentido das exigências comportamentais supramencionadas, não restaria mais garantida. Tal desistência da proteção da vida intrauterina também não pode ser exigida sob a alegação de que a dignidade humana da mulher e sua capacidade de tomar uma decisão responsável estariam em jogo. A proteção constitucional requer que o próprio direito determine normativamente a abrangência e os limites da atuação permitida de um sobre o outro, não o transferindo ao bel prazer de um dos envolvidos.

Os direitos fundamentais da mulher não se impõem em face da proibição em geral do aborto. Esses direitos até existem também em face do direito à vida do nascituro, devendo ser conseqüentemente protegidos. Todavia, eles não vão tão longe de modo a suspender, em geral, o dever jurídico de levar a gestação até o parto por causa do direito fundamental, ainda que seja só por um determinado período. As posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida, quando não ordenada, a não imposição de tal dever jurídico.

bb) Cabe ao legislador compor essas situações de exceção nos elementos típico-normativos de exceção. Para com isso não violar a proibição de insuficiência, ele deve, contudo, levar em consideração que os bens jurídicos colidentes entre si não poderão ser trazidos, nesse caso, a uma compensação proporcional, porque está em jogo, do lado da vida intrauterina, em todos os casos, não um “mais ou menos” em direitos, a [mera] aceitação de desvantagens ou limitações, mas “um tudo”, ou seja, a própria vida. Um equilíbrio que tanto garanta a proteção da vida do nascituro quanto reconheça à gestante um direito ao aborto não é possível, porque o aborto representa sempre a morte da vida intrauterina (cf. BVerfGE 39, 1 [43]). Um equilíbrio também não pode ser alcançado – ao contrário do que se defende (cf. *Nelles*, in: “*Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung*”, Org. pela Câmara Federal, volume 1/92, p. 250) – por se considerar que o direito à personalidade da mulher tenha prioridade por um determinado tempo de gravidez e, somente depois de transcorrido esse tempo, teria, então, o direito do nascituro prevalência. Nesse caso, o direito à vida do nascituro somente teria vigência, se a mãe não tivesse optado pela sua morte na primeira fase da gestação. Entretanto, isso não significa que uma situação de exceção que permita por força constitucional suspender o dever de prosseguir a gravidez só possa ser cogitada em caso de sério perigo à vida da mulher ou grave comprometimento de sua saúde. Há outras situações possíveis de exceção. O critério para seu reconhecimento é, como verificou o Tribunal Constitucional Federal, o da inexigibilidade (cf. BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

Esse critério – sem prejuízo da circunstância de que a participação da mulher no aborto não deva ser classificada penalmente como delito de omissão – encontra sua justificação porque a proibição do aborto em face da ligação peculiar havida entre mãe e filho não se esgota no dever da mulher de não ferir o campo de direito de outrem, mas contém ao mesmo tempo, no seu dever existencial de prosseguir com a gravidez e dar à luz o filho, e depois do nascimento, um dever que alcança a ação, assistência e responsabilidade pelo filho, o qual se prolonga por muitos anos (cf., nesse mister, também: *M. von Renesee*, ZRP 1991, 321 [322] s.). A partir da previsibilidade dos encargos ligados ao nascimento, podem originar-se, no estado de espírito especial no qual se encontra a futura mãe justamente no início da gestação, em alguns casos, situações conflitantes sérias; e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras da vida nas quais a proteção da gestante urge de tal forma que, em todo caso, o ordenamento jurídico estatal – a despeito, p. ex., de concepções de obrigações fundadas na religião ou na moral – não pode exigir que a mulher, nesse caso, desse, sob quaisquer circunstâncias, prioridade [absoluta] ao direito à vida do nascituro (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

Uma inexigibilidade não pode, entretanto, originar-se de circunstâncias que permaneçam no âmbito de uma situação normal de gestação. Pelo contrário, devem estar presentes gravames que signifiquem tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que o prosseguimento da gravidez não possa ser mais [racionalmente] esperado da mulher.

Disso resulta, em face do dever de dar à luz o filho que, ao lado da tradicional recomendação médica de interrupção da gestação, também a indicação criminal e a embriopática – pressupondo-se sua delimitação suficientemente precisa – pode valer como elemento típico-normativo de exceção perante a Constituição. Isso só valerá para outras situações de necessidade quando, em sua descrição, a gravidade do conflito social, psicológico ou de personalidade a ser aqui pressuposto, for claramente reconhecível, de modo que – observando-se sob o ponto de vista da inexigibilidade – a congruência com outros casos de indicação de aborto seja preservada (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

cc) Se até aqui, de um lado a inexigibilidade limita o dever da mulher de dar à luz o filho, isso não significa que o dever do Estado, que existe em relação a *toda* vida humana intrauterina, seja suspenso. Esse dever faz com que o Estado tenha de apoiar a mulher mediante aconselhamentos e ajuda, procurando, se possível, convencê-la a dar à luz o filho: disto parte também a regra do § 218 a III StGB n.F. [*neue Fassung* = nova redação].

dd) Por ser a proteção da vida humana contra sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio “direito penal” e do efeito de proteção que dele parte. Cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado. Isso abrange a observância e a inviolabilidade, em princípio, da vida humana. Consequentemente, o homicídio é largamente sancionado criminalmente.

O direito penal não é, certamente, o meio primário da proteção jurídica, principalmente por causa de seu caráter de intervenção máxima. Por isso, a sua utilização submete-se ao princípio da proporcionalidade (BVerfGE 6, 389 [433 s.]; 39, 1 [4]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Porém, ele é utilizado como “*ultima ratio*” dessa proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo, por isso, sua prevenção especialmente urgente.

Assim, o direito penal é normalmente o local de fixação da proibição, em princípio, do aborto e do dever nele contido da mulher de dar à luz o filho. Entretanto, quando se puder, em virtude de da existência de medidas de proteção suficientes constitucionalmente de outro tipo, dispensar, em extensão limitada, o sancionamento penal de abortos não justificados, pode também ser suficiente expressar claramente a proibição para esse grupo de casos de outra forma no ordenamento jurídico infraconstitucional (cf. BVerfGE 39, 1 [44, 46]).

3. O Estado cumpre seu dever de tutela da vida humana intrauterina não somente quando ele obsta ataques provenientes de outras pessoas que a ameacem. Ele também deve enfrentar aqueles perigos atuais e previsíveis que se apresentarem para essa vida, encontrados nas condições de vida da mulher e da família que atuem contra a predisposição de dar à luz um filho. Nesse ponto, o dever de tutela tangencia o mandamento de proteção [da família e da maternidade] derivado do Art. 6 I e IV GG (para o Art. 6 I, cf. BVerfGE 76, 1 [44 s., 49 s.]; para o Art. 6 IV, cf., por último, BVerfGE 84, 133 [155 s.]). Ele obriga o poder estatal a ocupar-se de problemas e dificuldades que possam surgir para a mãe durante e após a gestação.

O Art. 6 IV GG contém o mandamento vinculante de proteção para todo o âmbito do direito privado e do direito público, estendendo-se à gestante. Corresponde a esse mandamento considerar a maternidade e o cuidar de filhos como ações que também ocorrem no interesse da coletividade, exigindo seu reconhecimento.

[...].

a) A assistência da coletividade devida à mãe abrange a obrigação de o Estado atuar para que uma gestação não seja interrompida por causa de uma situação de necessidade material atual ou que se instale após o nascimento do filho. Da mesma forma, devem ser excluídas, na medida do possível, as desvantagens que possam surgir para a mulher a partir da gravidez nos âmbitos da formação e da profissão [...].

[...].

b) A proteção da vida intrauterina, o mandamento [dirigido ao Estado] da proteção do casamento e da família (Art. 6 da GG) e a equiparação do homem e da mulher na participação na vida profissional (cf. Art. 3 II GG, bem como Art. 3, 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966 [BGBl., 1973 II, p. 1570]) obrigam o Estado e, especialmente, o legislador a criar condições para que a atuação familiar e a atuação profissional possam ser harmonizadas entre si, e que a execução da tarefa familiar de educação não leve a desvantagens profissionais. Disso fazem parte também medidas jurídicas e fáticas que possibilitem, para ambos os cônjuges, uma concomitância das atividades de educação e de exercício profissional, assim como também o retorno à atividade profissional e ascensão profissional após o período da educação dos filhos. [...].

c) [...].

d) Finalmente, o mandamento de proteção também obriga o Estado a manter e a ativar, na mentalidade coletiva, a necessidade da proteção constitucional da vida intrauterina. Por isso, os órgãos estatais devem engajar-se, de maneira reconhecível, na União e nos Estados em favor da proteção da vida. Isso inclui também, e principalmente, os currículos escolares. As instituições públicas responsáveis pelo esclarecimento em questões de saúde, pelo aconselhamento familiar e pela educação sexual devem reforçar a vontade de proteger a vida intrauterina [junto à população]: isso vale, principalmente, para o dever de informação previsto no Art. 1 § 1, da SFHG. Tanto as emissoras de rádio de direito público quanto as

particulares estão obrigadas à [observância da] dignidade humana no exercício de sua liberdade de radiodifusão (Art. 5 I GG), (para emissoras de rádio privadas, cf. ao Art. 1, § 23 I 1 e 2, do Tratado Federal sobre Emissoras de Rádio na Alemanha unificada, de 31 de agosto de 1991): sua programação faz parte, destarte, da tarefa de proteção da vida intrauterina.

4. Conforme o exposto sob **2.** e **3.**, para cumprir seu dever de proteção da vida intrauterina o Estado deve tomar medidas normativas e fáticas que levem a uma proteção adequada e, como tal, eficiente, observando-se os bens jurídicos antagônicos. Para tanto, é necessário um plano de proteção que combine, entre si, elementos de proteção preventiva e repressiva. A elaboração e a normatização deste plano de proteção é tarefa do legislador.

Conforme as exigências constitucionais vigentes, ele não é livre, nesse contexto, para considerar o aborto [praticado] fora dos elementos típico-normativos de exceção irrefutáveis, constitucionalmente, como antijurídicos, ou seja, como permitido. Porém, o legislador pode estabelecer, segundo critérios que ainda serão aqui desenvolvidos [a seguir, no texto], de que forma ele efetivará a proibição, em princípio, do aborto nas diferentes áreas do ordenamento jurídico. No geral, o plano de proteção deve ser configurado de tal forma que ele seja adequado para desenvolver a proteção obrigatória, não se transformando em liberação legal do aborto – limitada a um período – ou atuando como tal. O legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, de tal sorte que com ele [o aludido plano] a proteção à vida intrauterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência. Na medida em que suas decisões e, simultaneamente, os prognósticos sobre os desenvolvimentos reais firmem-se, principalmente, tendo em vista os efeitos de suas regulamentações, tais prognósticos devem ser confiáveis; o Tribunal Constitucional Federal averigua se eles correspondem à medida dos seguintes critérios:

a) Cabe ao legislador uma margem [discricionária] para a avaliação, valoração e conformação também quando ele – como aqui – for constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção de um bem jurídico. A extensão dessa margem de ação depende de fatores de diversos tipos, especialmente da particularidade do assunto em questão, das possibilidades – principalmente sobre o futuro desenvolvimento e as consequências de uma norma – de formar para si uma convicção suficientemente segura e do significado dos bens jurídicos em questão (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 76, 1 [51 s.]; 77, 170 [214 s.]). [Responder à questão] Se, a partir disso, derivam-se três parâmetros de controle constitucional distintos entre si (cf. BVerfGE 50, 290 [333]), não precisa ser [aqui] esclarecido; o exame constitucional estende-se, em todo caso, à questão [de se perscrutar] se o legislador considerou suficientemente os fatores mencionados e se ele se valeu de sua margem de avaliação “de maneira sustentável”. As considerações sobre a admissibilidade de uma Reclamação Constitucional movida contra a omissão estatal, contidas na decisão (*Beschluss*) do Senado de 29 de outubro de 1987 (cf. BVerfGE 77, 170 [214 s.]), não devem ser entendidas como se para o cumprimento do dever de tutela do Estado em relação à vida humana fossem suficientes medidas que “não sejam totalmente inadequadas ou totalmente inúteis”.

b) [...].

II.

Segundo o acima exposto, não é, em princípio, vedado ao legislador, do ponto de vista constitucional, voltar-se para um plano de proteção da vida intrauterina que, no início da

gravidez e nos conflitos desta, enfatize o aconselhamento à gestante, tendo por fim convencê-la a dar à luz o filho e, com isso, tendo em vista a necessária clareza e o efeito do aconselhamento, desista do sancionamento determinado por indicação ou da verificação de elementos típico-normativos praticados por um terceiro.

[...].

1. – 2. [...].

3. Por isso, é uma avaliação do legislador que não merece ser constitucionalmente censurada, se ele, para cumprir seu encargo de proteção, reportar-se a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intrauterina só será possível com a [colaboração, convencimento da] mãe, mas não contra ela. Somente ela e aqueles informados por ela mesma tomam conhecimento da nova vida, nesse estágio da gestação que ainda pertence totalmente à mãe, dela sendo em tudo dependente. Essa condição de estar oculto, desamparado, dependente e ligado à mãe, de forma propriamente singular, do nascituro torna plausível a avaliação de que o Estado tem uma chance melhor para a sua proteção quando atua em parceria com a mãe.

[...].

4. [...].

5. Na medida em que o legislador deixa para as mulheres que se submetem ao aconselhamento a última palavra (responsabilidade) sobre o aborto, possibilitando-lhes, em caso de necessidade, o direito de requerer um médico para o aborto, então ele pode, de maneira plausível, esperar que gestantes, em casos de conflito, aceitem o aconselhamento e exponham a sua situação.

a) – c) [...].

III.

Se o legislador, no cumprimento de seu dever de tutela, adotar um plano de aconselhamento, isso significa que o efeito de proteção – preventiva – para a vida intrauterina há de ser decisivamente alcançado por meio de uma tomada de influência por aconselhamento à mulher que cogita a realização do aborto. O plano de aconselhamento está direcionado ao reforço da consciência de responsabilidade da mulher, que – não obstante as responsabilidades familiares e do círculo social [no qual a grávida está inserida], bem como a do médico (cf., abaixo, V. e VI.) – em última instância determina, de fato, o aborto; e, assim, deve por ele ser responsável (responsabilidade final). Isso requer condições básicas que criem pressupostos positivos para uma conduta da mulher em favor da vida intrauterina. Só então, apesar da desistência de uma verificação de elementos típico-normativos de indicação como pressuposto para um aborto, igualmente, pode-se partir de um efeito de proteção do plano de aconselhamento para a vida intrauterina (1.). Entretanto, não é permitido declarar como justificados (não antijurídicos) abortos não indicados cuja execução as mulheres, após o aconselhamento, exigirem de um médico durante as primeiras doze semanas (2.). No mais, o legislador não é obrigado a tirar todas as conclusões [tomando as respectivas providências] que em si se apresentarem a partir da proibição, em princípio, do aborto, em todas as suas perspectivas, se o plano de aconselhamento exigir determinadas exceções, tendo em vista a sua eficácia (3.).

1. a) Pertencem às necessárias condições básicas de um plano de aconselhamento, em primeiro lugar: que o aconselhamento se torne obrigatório para a mulher; e que, por sua vez,

tenha como objetivo encorajá-la a dar à luz o filho. Nesse caso, o aconselhamento deve ser adequado – no seu conteúdo, execução e organização – a transmitir à mulher os conhecimentos e as informações de que ela precisa para tomar uma decisão responsável sobre o prosseguimento ou a interrupção da gestação (vide abaixo, em IV.).

b) No plano de proteção devem ser incluídas as pessoas que, quer positiva, quer negativamente, possam influenciar a vontade da mulher em um conflito de gestação. Isso vale especialmente para o médico. [...]. No plano de proteção, também devem ser incluídas pessoas do círculo familiar e dos demais âmbitos sociais da mulher gestante [...].

c) A regulamentação do aconselhamento, pelos motivos citados em **D II 5. a)** e **b)**, deve excluir, como causa de justificação, uma indicação de dificuldade generalizada. Ela iria contra o plano. A regulamentação de aconselhamento pretende alcançar proteção eficaz, na medida em que preserva a mulher em prol de sua abertura [sinceridade] da *obrigação* [destaque do org.] de expor uma situação de necessidade, submetendo-se à verificação da mesma.⁴² [...].

[...].

d) [...].

2. O objetivo ligado ao plano de aconselhamento de não cominar com sanção penal os abortos efetuados por um médico a pedido da gestante nas primeiras doze semanas de gestação, após o aconselhamento, – sem a verificação de [causas] de indicações – só será alcançado pelo legislador se ele retirar esses abortos do tipo penal do § 218 StGB; eles não podem ser declarados como justificados (não antijurídicos).

a) Se o aborto, segundo a Constituição, só pode ser permitido na presença de determinados elementos típico-normativos de exceção, então ele não pode ser considerado, simultaneamente, no direito penal, sob outros pressupostos mais abrangentes, como permitido. O ordenamento jurídico deve confirmar e esclarecer a proibição constitucional do aborto. A esse propósito serve, principalmente, o direito penal, o qual protege bens jurídicos de especial dignidade [grau hierárquico] e que se encontrem em especial situação de risco e que marquem a consciência coletiva sobre o certo e o errado. Se o direito penal previsse uma causa excludente da ilicitude, isso passaria a ser entendido pela consciência jurídica geral como se o comportamento caracterizado no tipo normativo de exceção fosse permitido. Também o ordenamento jurídico, no mais, junto às respectivas regulamentações sobre o lícito e o ilícito em seus diversos ramos, partiria do dado de que a proteção dessa vida restaria revogada pelas causas excludentes da ilicitude penal. Com isso, o dever constitucional de tutela não restaria mais atendido. A força impactante de uma causa excludente da ilicitude penal sobre todo o ordenamento jurídico, presente em todo caso quando se tratar da proteção de bens jurídicos elementares, torna inviável limitar seus efeitos somente ao direito penal.

O aborto só pode, por conseguinte, ser declarado como justificado no âmbito penal se – e na [exata] medida em que – as causas de justificação forem limitadas, normativo-tipicamente, às exceções da proibição do aborto [que sejam] permitidas constitucionalmente.

Se, pelo contrário, os abortos, sob alguns determinados pressupostos, tiverem excluída sua tipificação penal, isso significa tão somente que eles não são sancionados criminalmente.

⁴² Essa exposição há de ser feita, portanto, espontaneamente e não “arrancada” quase como em uma inquisição.

Resta em aberto a decisão do legislador sobre se o aborto deve ser tratado como lícito ou ilícito em outros ramos do ordenamento jurídico (cf. *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, 24ª edição, 1991, nota preliminar sobre os §§ 13 ss., nota à margem nº 18; *Eser/Burkhardt*, *Strafrecht I*, 4ª. edição, 1992, nº 9, nota à margem nº 41). Em outras áreas do ordenamento jurídico poderão, então, ser firmadas regulamentações próprias que lá fixem o aborto como ilícito.

Entretanto, se isso não ocorrer, então age a desconstituição do tipo penal como uma causa excludente de ilicitude, com o qual as exigências mínimas do dever de tutela não seriam mais cumpridas. Enquanto que a exclusão do tipo penal mantém a possibilidade de corresponder a tais exigências em outras partes do ordenamento jurídico, uma causa excludente de ilicitude introduzida na lei penal desiste, desde o início, da proibição, em princípio, do aborto exigida constitucionalmente em uma larga escala. Nesse sentido, são imperativos os limites à margem de conformação do legislador.

b) Corresponde a princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem, necessariamente, submetidos à responsabilidade estatal, seja por intermédio dos tribunais, seja por intermédio de terceiros aos quais pode o Estado confiá-los por força de sua responsabilidade [constitucional] especial, e cuja decisão não está isenta de controles estatais. Se o plano de proteção de aconselhamento escolhido pelo legislador, em se tratando de situações gerais de necessidade, tais quais alegadas na maioria das vezes, não permitir essa regra de indicação, porque a verificação de seus pressupostos impediria a eficácia do aconselhamento, então o legislador deverá, nesse mister, desistir de declarar o aborto como justificado.

aa) – cc) [...].

3. A retirada do aborto do tipo penal deixa espaço – como exposto – para que a proibição em princípio do aborto, junto ao qual não foram verificadas causas de exceção justificadoras, seja trazida aos demais ramos do ordenamento jurídico. Nesse contexto, as particularidades do plano de aconselhamento exigem, também no caso de um aborto posterior, a criação de condições que não se contraponham, antecipadamente, à predisposição da mulher a confiar no aconselhamento que serve à proteção da vida, a expor o seu conflito e a cooperar, responsabilmente, com a sua solução. Por isso, a situação jurídica em seu todo deve ser conformada de tal sorte a não induzir a mulher a, primeiro, nem [sequer] procurar o aconselhamento, evadindo-se para a ilegalidade. Além da revogação do tipo penal do aborto, deve restar assegurado que, contra a ação da mulher e do médico, não se possa por terceiros prestar ajuda emergencial em favor do nascituro. A mulher também deve poder deixar que o aborto seja executado por um médico com base em um contrato válido em face do direito privado (cf., para tanto abaixo **V. 6.**, abaixo). Da mesma forma ela deve ser protegida de ter de expor a outrem o aborto e seus motivos, comprometendo seu direito de personalidade (cf., abaixo, **E. V. 3. b)** e **4.**).

b) Para concretizar tais condições, deve ser possível deixar, nas respectivas áreas jurídicas relevantes, de tratar como incorreto (não-direito) o aborto praticado após o aconselhamento, apesar de ele não ter sido justificado.

[...].

4. [...].

IV.

O dever de tutela para a vida humana intrauterina cria para o legislador, se ele se decidir por um plano de aconselhamento, também vínculos quando da conformação normativa do procedimento do aconselhamento (vide acima, III. 1. a)). Esse dever passa a ter, com o deslocamento da ênfase da outorga de proteção para a proteção preventiva por meio do aconselhamento, um significado central para a proteção da vida. O legislador deve, por isso, no momento da fixação do conteúdo de um aconselhamento (1.), da regulamentação de sua execução (2.) e da organização do aconselhamento, incluindo a seleção das pessoas que nele atuarão (3.) sob o vínculo à proibição de insuficiência, criar regras que sejam eficazes e suficientes para convencer uma mulher que pensa em realizar aborto, a dar à luz o filho. Só então será sustentável a avaliação do legislador, segundo a qual com o aconselhamento se poderia alcançar o objetivo de uma eficiente proteção da vida. [...].

1. – 3. [...].

V.

O plano de proteção da regulamentação do aconselhamento encontra no médico outro participante que deve, agora sob o ponto de vista medicinal, aconselhamento e auxílio à mulher. O médico não pode simplesmente realizar um aborto solicitado, tendo também que se responsabilizar pelos seus atos de médico. Ele é comprometido com a vida e a saúde, e não pode, assim, descuidadamente, atuar na realização do aborto.

O dever de tutela estatal exige, nesse contexto, que a necessária participação do médico no interesse da mulher efetive, ao mesmo tempo, a proteção da vida intrauterina.

[...].

1. – 5. [...].

6. O dever estatal de tutela para com a vida intrauterina não torna obrigatório que contratos com médicos e hospitais sobre a realização de abortos que não sejam segundo o plano de aconselhamento sancionados penalmente sejam considerados juridicamente inválidos. Pelo contrário, o plano exige que o intercâmbio de prestações entre o médico e a mulher seja conformado como relação jurídica e, portanto, que as prestações sejam protegidas com a causa jurídica [negocial]. Por isso, não obstante a avaliação particularizada de consequências jurídicas do contrato, os §§ 134 e 138 BGB não são aplicáveis. O médico e os responsáveis pelo hospital devem atuar no aborto somente com base em um contrato válido que assegure seus direitos, principalmente a pretensão jurídica de remuneração, mas, igualmente, que também regulamente os seus deveres. Sobretudo, a proteção da vida intrauterina e a saúde da mulher a serem garantidas pelo médico necessitam de segurança jurídico-contratual. O mau cumprimento das obrigações de aconselhamento e de tratamento tem de ensejar, por isso, sanções do direito civil das obrigações contratuais e das obrigações decorrentes do delito [civil].

Do ponto de vista constitucional, isso requer, entretanto, uma análise diferenciada. Uma sanção civil pelo mau cumprimento do contrato e por prejuízo delituoso da incolumidade física da mulher é necessária por princípio: não se refere somente a uma obrigação de restituição de pagamentos inutilmente efetuados, como também à indenização por danos, incluindo – com base nos §§ 823, 847 BGB – uma indenização adequada para a mulher pelos ônus imateriais que sofreu devido ao aborto malogrado ou pelo nascimento de uma criança deficiente. Ao contrário, uma qualificação jurídica da existência de uma criança como dano não vem à pauta

por razões constitucionais (Art. 1 I GG). A obrigação de todo o poder público de respeitar cada pessoa em sua existência e em razão dela mesma (cf. acima, **I.1. a)**) proíbe que o dever de prestar alimentos a um filho seja classificado como dano. A jurisprudência dos tribunais cíveis sobre a responsabilidade por erros de aconselhamento médico ou por abortos malogrados merece, em face disso, uma revisão (sobre o aborto, cf. BGHZ 86, p. 240 ss.; 89, 95 ss.; 95, 199 ss.; BGH NJW 1985, p. 671; VersR 1985, p. 1068 ss.; VersR, 1986, p. 869 s.; VersR, 1988, p. 155 s.; NJW 1992, p. 155 s.; no que tange à esterilização, cf. BGHZ 76, 259 ss.; NJW 1984, p. 2656 s.). Intocada permanece aqui a obrigação do médico de reparação, em relação à criança, pelos danos que lhe foram causados por um aborto malogrado e não realizado com a devida perícia (cf. BGHZ 58, 48 [49 ss.]; NJW 1989, p. 1538 [1539]).

VI.

1. – 2. [...].

E.

Examinando-se as normas impugnadas da Lei da Gestante e da Ajuda Familiar segundo esses parâmetros, conclui-se que a lei, junto à em si permitida transição para um plano de aconselhamento nas primeiras doze semanas de gestação, não correspondeu, na extensão requerida, à obrigação derivada do Art. 1 I c.c. Art. 2 II GG, de proteger eficazmente a vida intrauterina. [...].

[...].

I. – IV.; V. 1. [...].

2. a) [...].

b) O dever constitucional de tutela da vida impede uma interpretação do § 24 b SGB [Código Social], no sentido de que prestações do seguro social possam ser outorgadas da mesma forma como nas interrupções de gestações não ilícitas, quando a licitude do aborto não puder ser comprovada. O Estado de direito só pode fazer da ação de matar um objeto de seu financiamento se a ação for lícita e ele, Estado, tiver se certificado dessa licitude com a confiabilidade própria do [da concretização do princípio] Estado de direito [...].

aa) [...].

Se, sob as condições de uma regulamentação de aconselhamento, nos abortos realizados no estágio inicial da gestação, não ter sido possível ficar comprovado que eles poderiam ser considerados permitidos devido à existência de um estado geral de necessidade, então não pode, em princípio, o Estado de direito envolver-se com os mesmos – nem financeiramente, nem por obrigações de terceiros, como as das sociedades solidárias de direito previdenciário. Por meio de tal participação, o Estado assumiria a corresponsabilidade por procedimentos cuja juridicidade ele, por um lado, já por razões constitucionais, não pode reconhecer; e, por outro, está impedido de verificar em face de seu plano de proteção.

bb) [...].

cc) [...].

(1) [...].

(2) Também o princípio do Estado social (Art. 20 I GG) não permite que o Estado, no âmbito da regulamentação do aconselhamento, trate os abortos que, realizados no âmbito da regulamentação do aconselhamento, não sejam sancionados, observando-se que não ocorre uma avaliação de sua juridicidade no caso particular, como se fossem todos eles permitidos. O Estado social somente pode ser concretizado em face da *Grundgesetz* com os meios do Estado de direito. A natureza do Estado de direito [*Rechtsstaatlichkeit*] não seria apenas levemente atingida, mas, pelo contrário, ferida em sua essência, caso o Estado assumisse, em geral –

Capítulo 3. Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)

portanto, sem a diferenciação característica da ideia do Estado social –, direta ou indiretamente a corresponsabilidade por acontecimentos, de cuja juridicidade ele não possa [por força constitucional] ser convencido.

dd) [...].

c) [...].

3. a) [...].

b) É da competência do legislador regulamentar de que maneira e sob quais pressupostos, nos casos em que o plano de aconselhamento o exigir, uma vez presente a situação de mulher carente de recursos financeiros, devam as despesas ser assumidas pelo Estado. Resta claro que, para tanto, a regulamentação atual do § 37a BSHG será adaptada às consequências das premissas constitucionais da regulamentação do aconselhamento. Com a garantia *dessa* prestação social, o Estado não se coloca em contradição com as exigências de seu dever de tutela. Ele impede, com isso, e de antemão, que mulheres recorram à ilegalidade e, com isso, fiquem sujeitas não apenas a sofrer danos à própria saúde, como também a negar ao nascituro a chance de salvação por intermédio de um aconselhamento médico.

[...].

4. Também no caso do direito de continuidade do recebimento salarial, não se mostra como obrigatório, tendo em vista sua especial concepção de direito trabalhista e as exigências do plano de proteção em correspondência aos princípios acima expostos (**D. III. 3.**), excluem-se do dever [do Estado] de prestação de assistência àqueles abortos que foram retirados tão somente do tipo penal do § 218 StGB *n.F.*

a) – b) [...].

5. [...].

VI.

[...]

F. – G. [...]

(*ass.*) *Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grasshof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*

**Opinião discordante dos juízes Vice-presidente *Mahrenholz* e *Sommer*
sobre a decisão (*Urteil*) do Segundo Senado, de 28 de maio de 1993
– 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 –**

[...]

I. – IV. [...]

(*ass.*) *Mahrenholz, Sommer*

**Opinião discordante do juiz *Böckenförde* sobre a decisão (*Urteil*)
do Segundo Senado, de 28 de maio de 1993
– 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 – [...]**

1. – 4.[...].

(*ass.*) *Böckenförde.*

Capítulo 4.

Direito fundamental à integridade física

(Art. 2 II, 2ª variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 2 (Livre Desenvolvimento da Personalidade, **direito à vida e à integridade física**, liberdade da pessoa)

(1)...

(2) ¹ Todos têm o direito à vida e à integridade física. ² A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³ Nesses direitos só se pode intervir com base na lei.

Diferentemente do constituinte brasileiro, que se limitou a assegurar o direito fundamental genérico à segurança cuja primeira acepção jurídico-dogmática é o direito fundamental prestacional à segurança pública e individual, o constituinte alemão assegurou o direito fundamental à integridade física. Ele o assegurou como direito fundamental o outorgou a toda pessoa natural e oponível imediatamente contra todos os órgãos dos três poderes. Tal direito também vai bem além da vedação absoluta de tortura e do tratamento desumano ou degradante assegurado pelo constituinte brasileiro no art. 5º, III da CF e da garantia específica da integridade física (incluindo a integridade psíquica) pessoas que se encontrem sob custódia estatal em razão de investigação ou processo penal (art. 5º, XLIX da CF). Pelo contrário, é um direito estendido a qualquer pessoa, independentemente de estar na condição de presa.

Trata-se de proteger como direito à resistência (ou de “defesa”, como majoritariamente se traduz o conceito técnico germânico de *Abwehrrecht*) à intervenção estatal contra comprometimentos à integridade física que forem em princípio perpetradas por ações estatais. Não se trata, destarte, do direito fundamental prestacional à saúde (*status positivus*), mas da proteção negativa desta, isto é, de proteger a saúde física em seu aspecto da integridade do corpo (“*körperliche Unversehrbarkeit*”). A liberdade garantida também não é uma liberdade de doenças, um “estar livre de doenças”, pois “nenhum Estado pode garantir uma vida livre de doenças”.⁴³

⁴³ Cf. MÖLLERS (2015: 135).

A *Grundgesetz* inaugura a positivação desse direito fundamental de *status negativus* no constitucionalismo alemão. No primeiro catálogo de direitos fundamentais da Constituição de Weimar, tanto ele quanto o direito fundamental à vida não constavam. Trata-se de uma notória “reação aos crimes da época nacional-socialista ([tais como] ‘solução final da questão judaica’, destruição das ‘vidas sem valor racial’ [...] esterilizações coercitivas, experimentos coercitivos em pessoas vivas, torturas)”.⁴⁴

Ao lado da dimensão jurídico-subjetiva do direito fundamental unicamente conhecida nos primórdios da jurisprudência do TCF, paulatinamente a Corte foi derivando do Art. 2 II 1, 2ª alt. GG deveres estatais de tutela, tal qual ocorreu com o já explicado supra em face do direito fundamental à vida. Isso inobstante aqui não existir o pressuposto da irreparabilidade da lesão temida como resultado de um processo de ameaça proveniente não apenas do Estado, mas precipuamente de particulares no exercício de suas liberdades.⁴⁵

A jurisprudência do TCF, como sempre em diálogo com a literatura especializada, foi interpretando o Art. 2 II 1, 2ª alt. GG de tal sorte a esclarecer todo o alcance de sua área de proteção. A integridade física deve ser entendida, de acordo com o resultado desse desenvolvimento, não apenas em seu sentido essencial “biológico-fisiológico”, mas também psicológico.⁴⁶ A assim garantida saúde psicológica guarda uma estreita relação com a tutela da dignidade humana, uma vez que esta protege a identidade e integridade psíquica de qualquer pessoa. Por isso, o direito em pauta abrange a liberdade contra a dor (provocada por agentes públicos ou já a autorizada pela legislação infraconstitucional), o “estar livre de dores”. Por outro lado, não abrange a garantia do bem-estar ou ausência de meros transtornos.⁴⁷ Por fim, o direito fundamental à integridade ou à incolumidade física pode ser exercido também negativamente (liberdade negativa), ensejando o direito à recusa de tratamentos médicos, por mais necessários para manutenção da vida ou urgentes que sejam.⁴⁸

O direito fundamental foi outorgado com uma reserva legal estatuída pelo Art. 2 II 3 GG, tornando uma intervenção estatal potencialmente justificada constitucionalmente. Segundo a opinião dominante, qualquer intervenção estatal no direito fundamental em pauta só pode ser justificada se estiver baseada em lei no sentido formal, aprovada pela Câmara Federal (reserva parlamentar). Essa lei deve conter a regulamentação básica das intervenções, delegando ao legislador infralegal apenas detalhes a respeito da execução das medidas (teoria da essencialidade). A intensidade das intervenções pode variar bastante conforme o aspecto atingido: de intervenções muito onerosas como a injeção coercitiva de vacinas em relativamente incapazes ou a internação compulsória de dependentes químicos que, porventura, não consigam mais, autorresponsavelmente, exercer seu livre arbítrio, até a intervenção implícita, por exemplo, no corte forçado de cabelo ou raspagem de pelos do corpo. A depender da intensidade da intervenção, a proporcionalidade será mais ou menos dificilmente verificada, com correspondente conclusão pela inconstitucionalidade ou imposição justificada de um limite ao direito fundamental.

⁴⁴ Cf. PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN e POSCHER (2015: 105).

⁴⁵ Cf. com mais referências à discussão alemã: DIMOULIS e MARTINS (2014: 120-125).

⁴⁶ PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN e POSCHER (2015: 106).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

As seguintes decisões do TCF em ordem cronológica apresentam dois dos mais importantes aspectos da dimensão jurídico-subjetiva do direito fundamental (**Decisão #15.** e **Decisão #17.**), ao passo que, na **Decisão #16.**, o TCF desenvolve o dever estatal de tutela da integridade física em face de processos de lesão perpetrados por particulares, derivando-a, como já explicitado, da dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental em tela.

15. BVerfGE 16, 194 (*Liquorentnahme*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 10.06.1963

MATÉRIA

O reclamante era um pequeno empresário processado criminalmente por não preencher corretamente formulários oficiais, delito para o qual era prevista pena pecuniária. Ele voltou-se contra uma decisão (*Beschluss*), de primeira instância, que o obrigava a se submeter a uma intervenção cirúrgica de **retirada do líquido – líquido – (*Liquorentnahme*) cefalorraquiano e medular** para provar sua imputabilidade. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, vislumbrando uma violação por parte do juízo de primeira instância do direito fundamental à integridade física (Art. 2 II GG) do reclamante. Na ordem para a retirada de líquido, segundo o § 81 StPO, o direito fundamental de integridade física exige que a intervenção intencionada esteja em relação adequada também com a gravidade do delito.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de junho de 1963 – 1 BvR 790/58 –

[...]

RAZÕES

A.

1. [...].

Na audiência principal, o juiz de direito de primeira instância ordenou o exame médico do acusado para verificação de sua imputabilidade. Após consulta ambulatorial, o médico perito constatou uma suspeita de enfermidade do sistema nervoso central; para [seu] esclarecimento, considerou necessário determinar um exame de sangue e o exame do líquido (líquido cefalorraquiano e medular). Para tanto, necessária se faz a penetração, com uma agulha comprida e oca, no canal vertebral na região lombar superior (punção lombar) ou na nuca, entre o crânio e a vértebra superior do pescoço (punção occipital). Como o reclamante se recusou a realizar tal exame, o juízo de primeira instância ordenou, com fulcro no § 81 StPO, por decisão de 11 de setembro de 1958, sua realização na Clínica Neurológica da Universidade de Munique.

[...].

2. – 4. [...].

B.

[...]

1. A retirada de líquido cefalorraquiano e medular com uma agulha comprida e oca não é uma intervenção cirúrgica insignificante, mas uma intervenção na integridade física protegida pelo

Art. 2 II GG. Ainda que tal intervenção normalmente não traga perigo, se realizada conforme os preceitos da medicina, segundo o parecer do perito, podem ocorrer alterações no estado de saúde, como dores e náuseas e, no caso da punção lombar, em até 10% dos casos. Em casos especiais, a retirada de líquido pode levar a sérias complicações [...].

2. [...].

a) – b) [...].

c) Assim, também na decisão sobre a retirada de líquido, como em todas as intervenções estatais na esfera da liberdade, o juiz deve observar o preceito da proporcionalidade entre meio e propósito. Mesmo que o interesse público no esclarecimento de crimes esteja ancorado no princípio da legalidade (§ 152 II StPO), tão caro ao Estado de direito, justificando, em geral, intervenções na liberdade do acusado, tão menos bastará tal interesse genérico [à justificação constitucional] quanto mais gravemente se intervier na esfera de liberdade. Para a aferição da proporcionalidade entre medida e [seu] propósito, necessário se faz considerar também que gravidade tem o delito a ser apenado. É o que vale, principalmente, para aquelas medidas rigorosas adotadas para a constatação da imputabilidade do acusado admitidas pelos §§ 81 e 81 a StPO. Aqui uma aplicação da lei, que leve em conta os direitos fundamentais, requer que a intervenção pretendida esteja em relação adequada com a gravidade do delito, para que as consequências do esclarecimento do delito não onerem o acusado mais do que a pena esperada. O juiz é, por isso, constitucionalmente obrigado a medir, no caso particular, uma medida legalmente em si permitida também com base [no parâmetro da] na proibição de excesso [...].

3. [...]. No presente caso, [...] trata-se de um caso de bagatela, em face do qual se poderia ser aventada somente uma pena ínfima, dependendo das circunstâncias até mesmo [somente] um arquivamento do processo por exiguidade da causa. De outro lado, [como] a retirada do líquido em suas duas formas é uma intervenção física não destituída de importância; não se justifica, por causa de um crime de bagatela, submeter o acusado, contra a sua vontade, a tal intervenção.

Como os tribunais deixaram de lado o princípio da proporcionalidade ao ignorarem o alcance do direito fundamental do Art. 2 II GG, as decisões impugnadas tiveram de ser suspensas. Devolve-se a matéria [os autos do processo originário] ao juízo de direito de primeira instância [para nova decisão] (§ 95 II BVerfGG).

16. BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 20.12.1979

MATÉRIA

Em janeiro de 1975, foi dada, depois de transcorrido o devido processo administrativo, incluindo a necessária participação da sociedade civil, a “primeira autorização parcial” para a **usina nuclear (Kernkraftwerk - KKW) Mülheim- Kärlich** que permitiu a construção de algumas unidades da usina. O funcionamento da KKW ainda ficou sujeito a uma autorização posterior final. Os supervenientes comunicados de liberação que seguiam pareceres da TÜV tinham como base um alvará para a construção, alvará este modificado em comparação com a primeira autorização parcial, tendo por fim aumentar a segurança da construção. O sétimo comunicado de liberação, de junho de 1976, cuja imediata execução fora autorizada, foi

impugnado pela reclamante que morava a cerca de sete quilômetros de distância do local da KKW. Seu pedido de restabelecimento do efeito suspensivo de sua ação contra o sétimo comunicado de liberação foi indeferido pelo Superior Tribunal Administrativo. Esse considerou incertas as chances de êxito da ação principal com o fundamento de que a reclamante não poderia derivar sua legitimidade processual e seu interesse processual de agir (*Klagebefugnis*) do fato de que o alvará modificado só poderia produzir efeitos depois de nova publicação e interpretação dos documentos em outro comunicado de autorização. As condições processuais do pedido não estariam, pois, presentes, porque, como terceiro atingido pela autorização prevista nos dispositivos legais sobre a energia nuclear, ela só poderia questionar a violação de dispositivos de direito material. Entretanto, uma violação de direito material não estaria clara segundo o Superior Tribunal Administrativo. Assim, a obrigatória ponderação entre os interesses em conflito tinha que resultar em desfavor da reclamante, pois ela poderia ter seus direitos dignos de proteção atingidos, no máximo, somente com o funcionamento, mas ainda não com a construção da KKW.

O TCF admitiu a julgamento a Reclamação Constitucional ajuizada contra a referida decisão (cf. sob B.), contrariando em parte a concepção do Tribunal Federal Administrativo, mas, no mérito, julgou-a improcedente por não verificar na autorização da construção uma violação do Art. 2 II GG.

EMENTAS

1. Quando decisões de última instância prolatadas em sede de reclamações sobre a imediata execução de licenças para construções nucleares forem impugnadas por meio da Reclamação Constitucional tendo em vista uma [alegada] violação do direito fundamental derivado do Art. 2 II GG, o prejuízo presente e imediato do titular do direito fundamental [pressupostos que fazem parte do interesse processual de agir na Reclamação Constitucional] não pode ser negado. Isso porque os perigos para a vida e a saúde somente podem advir depois do início das operações de uma usina nuclear, mas não já a partir das medidas de construção, anteriores [ao efetivo funcionamento].
2. [...].
3. O uso pacífico da energia nuclear é compatível com a *Grundgesetz*. O legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol desse uso ou contra ele.
4. O Estado cumpriu sua obrigação derivada do Art. 2 II GG, qual seja: estabelecer medidas de proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear por meio da promulgação de dispositivos de direito material e processual para [a outorga de] licença para usinas nucleares.
5. Da avaliação constitucional dos dispositivos de direito material e processual para a outorga de licenças para usinas nucleares e para modificações essenciais de tais construções.
6. Também pode ser considerada uma violação de direito fundamental o fato de o órgão da Administração, responsável pela licença, desconsiderar aqueles dispositivos processuais de direito nuclear promulgados pelo Estado em cumprimento do seu dever de tutela derivado do Art. 2 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado, de 20 de dezembro de 1979

– 1 BvR 385/77 –

[...]

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional é relativa a uma parte do processo de licença para a usina nuclear *Mülheim-Kärlich* que está sendo construída em *Neuwieder Becken* nas proximidades da residência da reclamante. Seu objeto é a imediata execução do Sétimo Comunicado de liberação, confirmado pelo Superior Tribunal Administrativo, que o ministério estadual [secretaria] competente decretou no âmbito da primeira licença parcial e que se refere à construção de várias partes da edificação.

I. – II. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

I.

[...]

1. – 2. [...].

3. Contrariamente ao ponto de vista do Ministro [Federal] do Interior, do órgão competente para a licença e da RWE AG, a reclamante também é, direta e presentemente, atingida [em seu direito fundamental]. Principalmente, não se pode concordar com a opinião segundo a qual Reclamações Constitucionais devam ser tratadas como não admitidas, em princípio, durante a fase de construção de uma usina nuclear [só] porque o perigo imediato e presente da vida e da saúde em todo caso adviriam tão somente a partir da operação de tal usina, mas não de sua construção. [...]. No direito à vida e à incolumidade física, protegidos pelo Art. 2 II GG, [...] não se [intervém] somente quando ocorrer uma lesão fática dos bens jurídicos protegidos; ele deve, pelo contrário, prevenir tal violação fática, podendo, por isso, também intervir naqueles casos em que, na construção de usinas nucleares, as medidas preventivas contra futuros perigos operacionais não forem [devidamente] consideradas. É o que mostra justamente o presente litígio no qual se sustenta que a proteção contra interferências externas [na usina] por quedas de avião e ondas de pressão explosivas exigiria determinada ordenação das edificações. Além disso, não se pode aqui questionar a presença de prejuízo direto e presente, necessário à admissibilidade da Reclamação Constitucional, porque se trata de verificar se foram suficientemente observadas as exigências processuais decorrentes do Art. 2 II GG específicas para a outorga de licenças de direito nuclear, bem como o mandamento de efetiva proteção de direito na decisão sobre a imediata efetivação dessa licença. Por isso, não se faz necessário um exame mais minucioso sobre se, de resto, bastaria para a admissibilidade de Reclamações Constitucionais que se temesse uma ameaça a direitos fundamentais por meio de uma futura provável violação (cf. sobre o assunto: BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]).

II.

[...]

1. – 2. [...].

C.

A admitida Reclamação Constitucional não é, porém, procedente.

[...].

I.

1. Em alguns pareceres, sugeriu-se o exame de se o uso econômico da cisão atômica não seria, atualmente e em geral, inconstitucional, devido à extensão dos perigos presumíveis e de algumas dificuldades até agora não suficientemente solucionadas. Esse questionamento é, em última instância, fundamentado na dúvida de se uma técnica não sujeita a erros, sem que surjam riscos extraordinários para gerações futuras, pode, em geral, ser garantida e se ela pode ser aplicada a despeito do protesto de pessoas potencialmente atingidas, enquanto todas as outras possibilidades de abastecimento de energia não tenham sido esgotadas. Responder a essa questão não cabe, porém, ao Tribunal Constitucional Federal. Esse deve partir do fato de a própria Constituição ter aceitado como permitido fundamentalmente o “uso de energia nuclear para fins pacíficos”, por intermédio da norma de competência do Art. 74, nº 11a GG. Mesmo que esse dispositivo tenha sido introduzido na Constituição já no ano de 1959, ou seja, numa época em que a problemática do uso pacífico da energia nuclear era pouco discutida, sendo colocado [perante a opinião pública] muito mais de forma, em princípio, positiva em contraposição ao uso militar, especialmente polêmico à época. Isso, porém, não altera em nada que também de dispositivos de competência da Constituição decorra um reconhecimento, em princípio, e a aprovação do objeto neles tratado, da própria Constituição, e que sua constitucionalidade não possa ser posta em dúvida com base em outros dispositivos da Constituição. Por força dessa delegação de competência – como já decidiu o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal na Decisão *Kalkar*, em outro contexto (cf. BVerfGE 49, 89 [127 ss.]) – somente o legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol ou contra o uso pacífico da energia nuclear; também em tal situação, necessariamente marcada por incertezas, faria parte, acima de tudo, da responsabilidade política do legislador e do Governo, no âmbito de suas respectivas competências, tomar decisões por eles consideradas obrigatórias. Tanto quanto observável, também na jurisprudência e na literatura jurídica [doutrina], a constitucionalidade do uso econômico da cisão atômica não é, em princípio, posta em dúvida (cf. *Roßnagel*, Grundrechte und Kernkraftwerke. Heidelberg, 1979, p. 37 ss.). O controle *a posteriori* de constitucionalidade limita-se, por isso, desde o início, à questão de [se pesquisar] se a regulamentação normativa que fundamentou as decisões impugnadas é constitucional e, principalmente, se ela foi aplicada do modo prescrito constitucionalmente.

2. Como parâmetro para o controle de constitucionalidade, vem à pauta o direito fundamental à vida e à incolumidade física, garantido pelo Art. 2 II GG c.c. a pretensão à efetiva proteção jurídica [direito ao devido processo legal, com seus subprincípios, tais como o acesso à prestação jurisdicional, ampla defesa, etc.].

Segundo a jurisprudência reconhecida, esse direito fundamental não protege somente a qualidade de direito subjetivo de resistência contra intervenções estatais. Pelo contrário, além disso, deriva-se, do seu conteúdo jurídico-objetivo, o dever de os órgãos estatais protegerem e promoverem os citados bens jurídicos na norma [do Art. 2 II GG], protegendo-os, principalmente, de intervenções ilícitas advindas de particulares.

Essa jurisprudência que fora primeiro desenvolvida na decisão (*Urteil*) sobre Solução [ou Regra] dos Prazos (BVerfGE 39, 1 [41]; cf. no mais: BVerfGE 46, 160 [164] - *Schleyer*), foi, também, na mencionada decisão *Kalkar*, trazida para a avaliação constitucional de normas de direito nuclear e, com isso, ampliada no sentido de que, em face do tipo e da gravidade de possíveis perigos no uso pacífico da energia nuclear, já uma remota probabilidade de sua

concretização precisaria bastar para fundamentar, concretamente, o dever de tutela do legislador (BVerfGE 49, 89 [141 s.]). O Estado cumpriu esse dever de tutela na medida em que fez depender o uso econômico da energia nuclear de uma licença estatal prévia, e a outorga de tal licença, de pressupostos de direito material e processual, mais precisamente regulamentados. Essa regulamentação da licença é – como também não é questionado nem pela reclamante, nem nos pareceres colhidos – certamente um meio adequado à proteção de terceiros ameaçados [por eventual acidente nuclear]. Ao mesmo tempo, o Estado pode cumprir sua tarefa, antes de tudo, quando, considerando os interesses gerais, promover uma compensação entre as posições de direito fundamental dos cidadãos em situação de risco, de um lado, e do empresário [responsável pela usina], de outro. Se uma usina nuclear, apesar do extraordinário potencial de periculosidade nela incorporado, é autorizada no interesse geral do abastecimento de energia, isso significa que a integridade física de terceiros pode acabar sendo exposta a riscos sobre os quais eles não exercem [nenhuma] influência e dos quais não podem se proteger, quase completamente. Com isso, o Estado assume, por sua vez, uma corresponsabilidade própria em face de tais riscos. Destarte, parece apresentar-se como obrigatório, na avaliação constitucional das normas materiais e processuais para a concessão de licença para usinas nucleares, não se basear em parâmetros menos rígidos do que junto à avaliação de leis interventoras [na liberdade individual] estatais. Também na aplicação de tais parâmetros, inexistem contra as normas de licença, conquanto sejam relevantes para o processo originário, dúvidas quanto à sua constitucionalidade, desde que sejam interpretadas conforme a jurisprudência dos tribunais supremos [i.e. de todos os órgãos de cúpula da Justiça comum e das Justiças Especiais] até aqui desenvolvida.

A Lei Atômica objetiva, expressamente, – e, com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal com prevalência em relação ao fomento do uso da energia atômica (DVBl. 1972, p. 678 [680]) – proteger a vida, a saúde e os bens materiais dos perigos da energia nuclear [...].

A regulamentação normativa não se contenta em vincular o órgão competente para a outorga de licenças a rigorosos pressupostos de direito material. Antes, ele atende ao dever estatal de tutela à sua corresponsabilidade também em sede de direito processual, na medida em que torna a outorga de uma licença dependente de um processo formal no qual os pressupostos da licença devam ser examinados de ofício e no qual devam participar, entre outros, todas as autoridades da União, dos Estados-membros e dos municípios cujos campos de competência forem atingidos. Por outro lado, o direito processual prevê a participação, no processo, do próprio cidadão posto em risco (cf. o § 7 IV AtomG c.c. os dispositivos lá citados da Lei Federal de Proteção contra Emissões, bem como o Decreto Processual do Direito Nuclear que nele se fundamenta e o Decreto das Instalações Nucleares, anteriormente vigente). O cidadão não está apenas legitimado [processualmente, tendo interesse de agir] a ensejar o controle judicial de Comunicações de Licenças e os correspondentes atos administrativos pela via da ação de impugnação (§ 42 VwGO) e requerer, liminarmente, proteção judicial cautelar (§ 80 VwGO). Antes disso, o direito processual possibilita uma antecipação da proteção jurídica, na medida em que se pode, já no processo administrativo extrajudicial, levantar objeções contra o projeto [...].

3. [...].

II.

[...].

1. [...].

2. [...].

a) [...].

[...].

Junto à avaliação constitucional dessa questão, deve-se partir, seguindo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, [do fato de] que a proteção de direito fundamental também pode ser efetivada em grande parte por meio da conformação de processos e que os direitos fundamentais, destarte, influenciam não apenas todo o direito material, mas, também, o direito processual, toda vez que esse último for relevante para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Essa jurisprudência foi desenvolvida, em um primeiro momento, para a proteção do direito fundamental do Art. 14 I GG (cf. BVerfGE 37, 132 [141, 148]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225]) e do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 39, 276 [294]; 44, 105 [119 ss.]; 45, 422 [430 ss.]). Entrementes, ambos os Senados do Tribunal Constitucional Federal já decidiram, expressamente, que o Art. 2 II GG igualmente determina uma conformação processual que observe esse direito fundamental (BVerfGE 51, 324 – *Verhandlungsfähigkeit* -; 52, 214 [219] – *Räumungsschutz*). O direito fundamental do Art. 2 II GG influencia também a aplicação dos dispositivos sobre o processo administrativo e judicial junto à autorização de funcionamento (licença) de usinas nucleares cuja tarefa primordial consista, justamente, em proteger a vida e a saúde dos perigos da energia nuclear. Isso não significa que qualquer erro processual em um processo de massa de direito da energia atômica devesse ser considerado uma violação do direito fundamental. Tal violação vem, todavia, à pauta quando o órgão da Administração competente para a outorga da licença não observar os dispositivos processuais que o Estado promulgou tendo em vista o cumprimento de seu dever de tutela dos bens jurídicos elencados no Art. 2 II GG. Por isso, de forma alguma podem os tribunais, junto ao exame de licenças nucleares, sem mais, partir da premissa de que um terceiro, com interesse processual de agir, não seja parte legítima na alegação de violações processuais [...].

b) [...].

3. [...].

(ass.) Dr. Benda, o juiz Dr. Böhmer está impossibilitado de assinar (por ele) Benda, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer, Dr. Heußner

Opinião discordante do juiz Dr. Simon e do Prof. Dr. Heußner sobre a decisão (Beschluss) do Primeiro Senado, de 20 de dezembro de 1979

– 1BvR 385/77 –

I. – III. [...]

(ass.) Dr. Simon, Dr. Heußner

17. BVerfGE 128, 282 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 23.03.2011

MATÉRIA

Presentes os pressupostos do juízo de admissibilidade e, assim, provocado legitimamente mediante a presente Reclamação Constitucional contra decisões judiciais por

uma pessoa submetida a medidas de tratamento forçado, o TCF julgou uma norma da Lei Estadual de Execução de Medidas Privativas de Liberdade (Lei de Execução de Tratamento Forçado – MVollzG –) incompatível com o parâmetro constitucional do Art. 2 II GG, expressando o efeito, em regra, da declaração de nulidade da norma que configurou o objeto indireto da presente Reclamação Constitucional. Trata-se do objeto indireto da Reclamação Constitucional, porque as decisões judiciais diretamente impugnadas infligiram a medida restritiva que suscitou a intervenção na área de proteção do direito fundamental decorrente do Art. 2 II GG com fundamento da norma declarada nula pelo TCF. A norma declarada nula foi, especificamente, o § 6 I 2 MVollzG. Assim, segundo a notação de citação da legislação adotada na presente obra, tratava-se do segundo período do primeiro parágrafo do § 6 da referida lei; antecedido pelo § 6 I 1 MVollzG que autorizava, em alguns específicos determinados, a imposição das referidas medidas de tratamento forçado. Segundo o teor do texto normativo declarado nulo, destacado abaixo:

§ 6 Admissibilidade de medidas

(1) [...]. De resto, podem ser aplicados tratamentos e exames para o alcance do objetivo do tratamento [internação] forçado[a] sem a anuência do paciente internado; para a proteção geral da saúde ou para a higiene elas são permitidas, se não estiverem ligadas a uma intervenção.

Para explicitá-lo com toda clareza reproduz-se, a seguir o § 6 I MVollzG na íntegra:

(1) Intervenções cirúrgicas, tratamentos e exames que impliquem um risco substancial à saúde do paciente internado são permitidas apenas com a sua anuência; sem a anuência do paciente internado são permitidos os demais intervenções cirúrgicas, os tratamentos e exames em caso de grave perigo para a saúde do paciente internado ou perigo para a saúde de outras pessoas. De resto, podem ser aplicados tratamentos e exames para o alcance do objetivo da internação sem a anuência do paciente internado; para a proteção geral da saúde ou para a higiene elas são permitidas, se não estiverem ligadas a uma intervenção.

O TCF verificou, ao final de sua decisão, que uma interpretação conforme a Constituição não seria possível em face do teor do dispositivo impugnado, aplicando como já aludido o efeito em regra da nulidade. Reconheceu também, de maneira muito significativa, que “as violações constitucionais verificadas atingem todo o § 6 I 2 MVollzG Rh.-Pf., pois o segundo subperíodo da norma não tem significado próprio, independente do primeiro”, fazendo referência à sua pacífica jurisprudência a respeito.

Por via de consequência, em sede de conclusão, embora não tenha conhecido a Reclamação Constitucional em toda a sua extensão, bastou a parte conhecida e julgada procedente para suspender as decisões judiciais por ela impugnadas e devolver ao Tribunal Estadual de *Landau*, em *Pfalz* (parte do Estado-membro de *Reinland-Pfalz*), a matéria para nova decisão.

EMENTAS

1. A grave intervenção no direito fundamental decorrente do Art. 2 II GG, que é o tratamento médico de um internado na execução de tratamento forçado (*Maßregelvollzug*) contra sua vontade natural, pode ser justificada também para o alcance do objetivo da execução.
2. Um tratamento forçado para o alcance do objetivo da execução só pode ser admitido se o internado, em razão de doença, não for capaz de entender a necessidade do tratamento ou de agir de acordo com esse entendimento. Medidas do tratamento forçado somente poderão ser utilizadas como último meio, e só então quando em face do objetivo do tratamento que

justifica seu emprego forem promissoras e se não forem ligadas a cargas infligidas ao atingido que sejam desproporcionais em relação à esperada utilidade. Ordenam-se garantias processuais especiais para a proteção dos direitos fundamentais do internado.

3. Os pressupostos essenciais da admissibilidade de um tratamento forçado carecem de disciplina legal clara e determinada. Isso vale também para as exigências [voltadas, a serem formuladas e impostas] ao processo.

Decisão (*Beschluss*)

Do Segundo Senado de 23 de março de 2011

– 2 BvR 882/09 –

no processo da Reclamação Constitucional do Senhor P. – Representante: Advogado Dr. [...] – contra: a) a decisão do Superior Tribunal Estadual de Pfalz, Zweibrücken, de 18 de março de 2009 – 1 Ws 365/08 (execução) –; b) a decisão do Tribunal Estadual de Landau, em Pfalz, de 16 de outubro de 2008 – 2 StVK 255/06 –; c) a notificação da medicação forçada do Reclamante por meio de ofício da Clínica de Pfalz Klingenstein, de 28 de setembro de 2006 – Dr. Atm./Zs.

Dispositivo da Decisão:

1. O § 6 I 2 da Lei Estadual de Execução de Medidas Privativas de Liberdade (Lei de Execução de Tratamento Forçado – MVollzG –) de [do Estado-membro da federação] *Rheinland-Pfalz*, de 23 de setembro de 1986 (Diário Oficial de Leis e Decretos do Estado-membro *Rheinland-Pfalz*, página 223), [lei esta] por último alterada pela Lei de 22 de dezembro de 2004 (Diário Oficial de Leis e Decretos do Estado-membro *Rheinland-Pfalz*, página 571), não é compatível com o Artigo 2, Parágrafo 2, Período 1 em comento com o Artigo 19, Parágrafo 4 da *Grundgesetz* e [por isso] nulo.

2. As decisões do Tribunal Estadual de *Landau*, na *Pfalz*, de 16 de outubro de 2008 – 2 StVK 255/06 – e do Superior Tribunal Estadual de Pfalz *Zweibrücken*, de 18 de março de 2009 – 1 Ws 365/08 (execução) – violam o direito fundamental do reclamante decorrente do Artigo 2, Parágrafo 2, Período 1 da *Grundgesetz*. Suspendem-se as decisões. Devolve-se a matéria ao Tribunal de Landau [para nova apreciação e julgamento da lide originária].

3. De resto, indefere-se a Reclamação Constitucional [por ser parcialmente improcedente].

4. O Estado-membro *Rheinland-Pfalz* deve ressarcir ao reclamante as custas necessárias.

RAZÕES

A. – I.

A Reclamação Constitucional é relativa a tratamento forçado de um internado em execução de tratamento forçado [sanatório] com fundamento no § 6 I 2, 1º Subperíodo da Lei Estadual de *Rheinland-Pfalz* de Execução de Medidas Privativas de Liberdade (Lei de Execução de Tratamento Forçado – MVollzG).

II. 1. – 3. a) – c), 4. a) – b); III. IV. 1., 2. a) – b)., 3. – 6. (...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida [para julgamento de mérito], na extensão em que o reclamante impugna as decisões do Tribunal Estadual e do Superior Tribunal Estadual. De

resto, ela não é admitida [a julgamento de mérito]. Segundo o entendimento dos tribunais instanciais que não foi substancialmente impugnado pelo reclamante, deveria ter sido, por intermédio da notificação da medicação forçada, pelo ofício da Clínica de Pfalz *Klingenmünster* de 28 de setembro de 2006, tão somente aberta a possibilidade ao reclamante de ele, antes do início do tratamento forçado, de modo efetivo, i.e., na forma de uma ação cominatória preventiva, exercer o direito à proteção jurisdicional.

Na extensão em que a Reclamação Constitucional é admitida, ela também é procedente. As decisões pelas quais o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual confirmaram o notificado tratamento forçado como legal violaram o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 2 II 1 GG. Ao notificado tratamento forçado já falta até a base legal correspondente às exigências constitucionais.

O tratamento médico forçado de um internado intervém, de maneira grave, em seus direitos fundamentais do Art. 2 II 1 GG (I.). Tal intervenção até pode, no caso concreto, ser justificada para o alcance do objetivo da execução [do tratamento]. Do princípio da proporcionalidade decorrem, todavia, rigorosas exigências [direcionadas] à admissibilidade da intervenção. Isso guarda pertinência tanto com os pressupostos materiais da intervenção, quanto também com a garantia de seu cumprimento por intermédio de medidas jurídico-processuais. Os pressupostos da intervenção precisam ser normatizados, de maneira suficientemente clara e determinada, em lei (II.). Essas exigências não foram satisfeitas pela autorização de intervenção do § 6 I 2 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf. (III.).

I.

1. O tratamento médico de um internado contra sua vontade natural (sinteticamente: tratamento forçado) intervém no direito fundamental à integridade física (Art. 2 II 1 GG). Esse direito fundamental protege a integridade do corpo do titular do direito fundamental e, com isso, também o direito à autodeterminação a ele ligado. Faz parte de seu conteúdo tradicional a proteção contra tratamento forçado estatal (cf. BVerfGE 79, 174 [201]).

2. Ao caráter de intervenção de um tratamento forçado não se contrapõe [o fato] de ele ocorrer com o propósito de cura. Um direcionamento a objetivo danoso não é pressuposto da presença de uma intervenção no direito fundamental à integridade física (cf. BVerfGE 89, 120 [130]; BVerfG, Decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado, de 5 de março de 1997 – 1 BvR 1071/95 –, NJW 1997, p. 3085).

A qualidade de intervenção também não deixa de estar presente quando o atingido não opõe uma resistência física ao tratamento por ele negado. A mera desistência de uma determinada forma de protesto não pode, sem mais, ser interpretada como anuência. O tratamento médico de um internado que, segundo seu tipo, tangencie o direito fundamental à integridade física, em todo caso não intervém nesse direito fundamental, se ele for coberto pela outorga de uma livre anuência do internado feita sobre a base do obrigatório esclarecimento médico. Essa anuência pressupõe que o internado seja capaz de anuir (cf. BGHZ 29, 46 [51]; 154, 205 [210]) e que não tenha sido submetido a nenhuma pressão proibida, como por meio da colocação à vista de desvantagens para o caso de recusa ao tratamento, que não resultem como consequências inevitáveis do estado em que o atingido provavelmente ficará caso permaneça sem tratamento ou em que ele provavelmente cairá por conta de sua recusa ao tratamento. Incapacidade de compreensão do internado causada por doença igualmente não muda o fato de que um tratamento aplicado contra sua vontade

natural, que toca sua integridade corporal, representa uma intervenção na área de proteção do Art. 2 I 1 GG. Ao contrário, ela pode ter por consequência que o atingido a vivencie como especialmente ameaçadora, podendo, portanto, elevar ainda mais o peso da intervenção (a respeito: sob 3.). Ausência de capacidade de compreensão não faz com que a proteção do Art. 2 II GG desde o início não seja aplicável (cf. BVerfGE 58, 208 [224 ss.]; BVerfG, Decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 2 de agosto de 2001 – 1 BvR 618/93 –, NJW 2002, p. 206 [206 s.]; para a liberdade [de locomoção] da pessoa, v. o balizador original em: BVerfGE 10, 302 [309]). Não importa aqui se para outros direitos fundamentais valha algo diferente (cf. a respeito da liberdade testamentária: BVerfGE 99, 341 [351]). Até mesmo a anuência do curador nomeado para o internado incapaz de compreensão e anuência não retira o caráter de intervenção da medida que reside no fato de ela ocorrer contra a vontade natural do atingido (cf. em relação à intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa mediante internação: BVerfGE 10, 302 [309ss.]; em relação à intervenção implícita no tratamento médico forçado do internado: Popp, Zwangsbehandlung von psychisch Kranken im Betreuungsrecht, 2003, p. 75ss.; Tietze, Ambulante Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, 2005, p. 56ss., v. Storch, Der "fürsorgliche" Entzug von Grundrechten, 2006, p. 30ss., respectivamente com mais fontes bibliográficas).

3. No caso de um tratamento médico forçado de um internado com neurolepsia, trata-se de uma intervenção especialmente grave em direito fundamental.

As garantias materiais do Art. 2 II GG – sob as quais o direito à integridade física – têm, entre os direitos outorgados como direito fundamental, uma importância especial (cf. BVerfGE 65, 317 [322]). Tratamentos médicos forçados de internados, e aqui, principalmente, intervenções cirúrgicas e medicações forçadas, representam, além disso, uma forma especialmente grave de intervenção no direito à integridade física (cf. Wagner, in: Kammeier, Maßregelvollzugsrecht, 3ª ed. 2010, nota à margem D 146; Lesting, in: Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5ª ed. 2010, nota à margem B 208; Marschner, R&P 2005, p. 47 [49]; da perspectiva psiquiátrica, Academia Suíça de Ciências Mediciniais (*Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*) [a seguir: SAMW], Zwangsmaßnahmen in der Medizin, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW, 2005, p. 7; Dreßing/Salize, Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung psychisch Kranker, 2004, p. 30; Hell, in: Rössler/Hoff, Psychiatrie zwischen Autonomie und Zwang, 2005, p. 89 [94]; em relação ao caso da imposição mediante coerção imediata, v., por exemplo, as descrições de Schaub-Römer, Zwang in der Psychiatrie, 1997, p. 24 s.; Termeer, in: Kebbel/Pörksen, Gewalt und Zwang in der stationären Psychiatrie, 1998, p. 82 s.). O atingido é forçado a tolerar uma medida que preenche o tipo penal da lesão corporal (cf. RGSt 25, 375 [377 s.]; 38, 34 [34 s.]; BGHSt 11, 111 [112]; BGH, Decisão de 20 de dezembro de 2007 – 1 StR 576/07 –, NStZ 2008, p. 278 [279]) e, por isso, é normalmente admitida apenas com a – do ponto de vista jurídico-penal justificada – anuência do atingido. A intervenção implícita no tratamento médico forçado tangencia não apenas a integridade física do atingido como tal, mas também, de maneira especialmente intensa, o aqui relacionado direito à autodeterminação, coprotégido pelo Art. 2 II 1 GG. Uma intervenção intencionalmente perpetrada na integridade física é vivenciada de maneira tão mais ameaçadora, quanto mais o atingido vir-se na situação sem socorro e fragilmente entregue. Acresça-se que a intervenção na internação frequentemente atinge pessoas que, em razão de sua constituição psíquica,

sentem o horror da invasão coercitiva na sua integridade corporal e o afastamento de sua vontade, assim como o medo perante ela, de maneira especialmente intensa. Para a aferição jusfundamental da gravidade de uma intervenção, também o sentimento subjetivo é relevante (cf. BVerfGE 89, 315 [324]). Administrar a dosagem de neurolépticos contra a vontade natural do paciente representa enfim – independentemente de a intervenção consoante uma avaliação jurisdicional preencher [ou não] os pressupostos da necessidade de anuência estatuídos pelo § 6 I 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf. ou, no contexto da curatela jurídica, preencher [ou não] os pressupostos da necessidade de procuração segundo o § 1904 I 1 BGB – também em face dos efeitos desses medicamentos, uma intervenção em direito fundamental especialmente grave. Isso já vale tendo em vista a possibilidade, a qual não pode ser [de plano] excluída, de [ocorrência de] efeitos colaterais graves, irreversíveis e periclitantes da vida e da parcialmente significativa disseminação, pelos resultados dos estudos, da frequência da ocorrência de efeitos colaterais relevantes. No mais, psicofármacos são dirigidos à mudança dos processos mentais. Administrá-los contra a vontade natural do atingido tangencia assim, em larga medida, o núcleo da personalidade, também independentemente de ele ser imposto mediante coerção física [ou não].

II.

1. Inobstante a intensidade da intervenção, que se encontra implícita no tratamento forçado de um internado, em princípio não é vedado ao legislador permitir tais intervenções. Isso vale também para o tratamento que sirva ao alcance do objetivo da internação (§ 136 StVollzG, § 1 II MVollzG Rh.-Pf.), isto é, que se dirija ao objetivo de deixar o internado pronto para a alta médica.

a) Nesse ponto, como interesse justificável não vem à pauta, entretanto, a ordenada proteção de terceiros contra crimes que o internado possa cometer no caso de sua alta. Essa proteção pode também ser garantida se o internado permanecer sem tratamento na execução da medida de internação. Ela não justifica, portanto, a coerção do tratamento em face do internado, pois sua recusa em ser tratado, não é nociva à segurança da coletividade contra crimes graves, mas à perspectiva de sua alta.

b) Para a justificação da intervenção pode ser adequado, no entanto, o interesse de liberdade do próprio internado, protegido por direito fundamental, desde que o internado não seja capaz de compreender esse interesse por conta de uma incapacidade de compreensão causada por doença.

aa) Os direitos fundamentais de liberdade incluem o direito de fazer um uso da liberdade que – em todo caso aos olhos de terceiros – seja contrário aos bem compreendidos interesses do titular de direito fundamental. Por isso que é, em princípio, assunto do indivíduo decidir sobre se ele quer se submeter a medidas terapêuticas ou a outras que sirvam, exclusivamente, à sua “melhora” (cf. BVerfGE 22, 180 [219 s.]). A liberdade protegida por direito fundamental inclui também a “liberdade para a doença” e, com isso, o direito de recusar intervenções com vistas à cura, mesmo quando essas forem urgentemente indicadas segundo o estágio do conhecimento médico (cf. BVerfGE 58, 208 [226]; 30, 47 [53]; 22, 180 [219]).

bb) O peso que recebe o direito fundamental limitado na ponderação com aqueles interesses de direito fundamental que, por meio da intervenção nesse direito, devam restar protegidos, não pode ser fixado, todavia, de maneira totalmente descolada das possibilidades fáticas do titular do direito fundamental em relação à sua livre e voluntária decisão (cf. BVerfGE 58, 208

[225]). O legislador tem, portanto, o direito de, atendidos rígidos pressupostos, possibilitar medidas de tratamento excepcionalmente contra a vontade natural do titular do direito fundamental, quando este não for capaz de compreender a gravidade de sua doença e a necessidade de medidas de tratamento ou de agir de acordo com tal compreensão em razão de doença. O Tribunal Constitucional Federal aceitou que, sob tal pressuposto, a intervenção grave em direito fundamental, que é implícita à retirada da liberdade, possa ser justificada para a proteção do próprio atingido, admitindo a possibilidade de internação providencial com o propósito de tratamento, prevista para tal caso no direito estadual de internação (cf. BVerfGE 58, 208 [224 ss.]; BVerfG, Decisão da 3ª Câmara do Segundo Senado de 23 de março de 1998 – 2 BvR 2270/96, NJW 1998, p. 1774 [1775]).

Para a intervenção, implícita no tratamento médico de um internado contra sua vontade natural, não vale em princípio nada diferente disso. Assim, a opinião dominante na jurisprudência e literatura jurídica considera medidas de tratamento forçado de internados – também aqueles que sejam direcionados à capacitação para receber alta médica – como em geral não proibidas (cf. BGHZ 145, 297 [305]; KG, Decisão de 29 de agosto de 2007 – 2 Ws 66/07 execução –, R&P 2008, p. 39 [40 ss.]; BayObLG, decisão de 14 de outubro de 2002 – 3Z BR 172/02 –, R&P 2004, p. 33; LG Heidelberg, Decisão de 20 de abril de 2004 – 7 StVK 79/04 –, juris; Bernsmann, in: Blau/Kammeier, Straftäter in der Psychiatrie, 1984, p. 159; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, 2001, p. 235 s.; v. Storch, *op.cit.*, p. 39ss. [42]; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, 7ª ed. 2009, nota à margem 362, 365; Rüping, JZ 1982, p. 744 [746 s.]; Rinke, NSTz 1988, p. 10 [12]; Marschner, R&P 1990, p. 66 [70]; Opinião contrária: Wagner, in: Kammeier, *op.cit.*, nota à margem D 150; Narr/Saschenbrecker, FamRZ 2006, p. 1079 [1083]).

Se um internado, em razão de doença, não for capaz de entendê-la, razão pela qual sua internação é necessária, ou se ele em razão da doença não reconhecer ou não compreender que apenas com o tratamento há chance de cura, então o Estado não está obrigado por uma prevalência geral da declaração de vontade condicionada pela doença a deixar o internado entregue ao destino da retirada permanente da liberdade. Uma intervenção que vise a recuperar os pressupostos fáticos da livre autodeterminação do internado pode ser permitida nesse contexto (cf. BVerfGE 58, 208 [225]; v. também BVerwGE 82, 45 [49]; Murswiek, in: Sachs, GG, 5ª ed. 2009, Art. 2 nota à margem 209; Wiedemann, in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 2 II, nota à margem 329 c.c. nota de rod. 167; Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, p. 134; Seewald, Das Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, p. 214 ss.; Michale, Recht und Pflicht zur Zwangsernährung bei Nahrungsverweigerungen in Justizvollzugsanstalten, 1983, p. 163ss.; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, p. 220 ss. [221 s.]; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, p. 121 s.; Dröge, Die Zwangsbetreuung, 1997, p. 198 s., 207 s.; Heide, *op. cit.*, p. 217 ss.; v. Storch, *op. cit.*, p. 39 ss. [42] com mais referências). Incapacidade de entendimento em razão de doença impede que o atingido exerça seus interesses de direito fundamental quando se trata da recuperação da liberdade. Porque o atingido, nesse caso, carece de ajuda (cf. BVerfGE 58, 208 [225]), o Estado poderá – segundo o parâmetro do princípio da proporcionalidade – intervir naqueles direitos fundamentais que o atingido apenas por causa de doença supervaloriza.

cc) A Convenção de Pessoas com Deficiência da ONU (BRK) que tem força de lei na Alemanha (Lei sobre o Tratado das Nações Unidas de 13 de dezembro de 2006 sobre os direitos das

Pessoas com Deficiências, assim como o Protocolo Facultativo de 13 de dezembro de 2006 ao Tratado das Nações Unidas sobre os direitos das Pessoas com Deficiências de 21 de dezembro de 2008, BGBl. II, p. 1419) e que pode ser trazida à pauta como auxílio interpretativo para a determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 111, 307 [317 s.]) não aponta para outro resultado (cf. König, BtPrax 2009, p. 105 [107 s.]; Marschner, R&P 2009, p. 135 [136 s.]; opinião contrária: Kaleck/Hilbrans/Scharmer, Ratifikation der UN Disability Convention vom 30. März 2007 und Auswirkung auf die Gesetze für so genannte psychisch Kranke am Beispiel der Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung nach dem PsychKG Berlin, Gutachterliche Stellungnahme, p. 29 ss., 40).

Ao grupo de pessoas com deficiências, para as quais valem as garantias da Convenção, fazem parte também doentes mentais, quando a enfermidade for duradoura e de tal tipo a ter o condão de impedir que os atingidos participem plena, efetiva e igualitariamente da sociedade (Art. 1 II BRK; cf. Olzen, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf die Unterbringung und Zwangsbehandlung nach § 1906 BGB und §§ 10 ss. PsychKG NRW, Parecer, 2009, p. 2). As regras da Convenção, que objetivam a garantia e o fortalecimento da autonomia de pessoas deficientes – especialmente o Art. 12 II BRK, com o qual os Estados signatários reconhecem que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos que as demais em todas as áreas da vida social, gozando da capacidade jurídica e de ação, e o Art. 12 IV 2 BRK que obriga os Estados signatários junto a medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica e da capacidade de ação a observarem a vontade e as escolhas da respectiva pessoa – contudo não proibem, em princípio, medidas contra a vontade natural relacionadas a uma capacidade de autodeterminação restringida em razão de doença. Isso resulta, claramente, entre outros, do contexto normativo do Art. 12 IV BRK que se refere justamente a medidas que limitem o atingido no exercício de sua capacidade jurídica e obrigacional. Tais medidas não são vedadas pela Convenção em geral; pelo contrário, ela se restringe à admissibilidade, na medida em que, entre outros, o Art. 12 IV BRK obriga os Estados signatários a tomarem medidas idôneas contra conflitos de interesse, abuso e desrespeito, assim como para garantia da proporcionalidade.

2. A admissibilidade constitucional de um tratamento médico forçado, com o objetivo de fazer o atingido tornar-se capaz de receber alta, tem como pressuposto estritamente a incapacidade ao entendimento efetivo-comportamental em razão de doença – dito de maneira sintética: incapacidade de compreensão em razão de doença (cf. Bernsmann, in: Blau/Kammeier, *op. cit.*, p. 142 [159]; Heide, *op. cit.*, p. 236; Tietze, *op. cit.*, p. 120; v. também Lesting, in: Marschner/Volckart/Lesting, *op. cit.*, nota à margem B 209; Rinke, NSTz 1988, p. 10 [11, 13]; do ponto de vista psiquiátrico e ético-medicinal: Garlipp, BtPrax 2009, p. 55 [57 s.]; Maio, in: Rössler/Hoff, *op. cit.*, p. 145 [149 ss. com mais ref. bibliográficas]; v. também: Princípios para a Proteção de Doentes Mentais e Melhoria do Atendimento Psiquiátrico, Resolução 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 1991 [a seguir: Princípios da ONU para a Proteção de Doentes Mentais], Princípio 11, Parágrafos 6 ss.; sobre o possível significado de deliberações não vinculantes juridicamente de organizações internacionais para a interpretação de direitos fundamentais: cf. BVerfGE 116, 69 [90]).

Quando, sob esse pressuposto, deve ser reconhecida a competência do Estado de, excepcionalmente, colocar o indivíduo “sob proteção contra si próprio” (cf. BVerfGE 58, 208 [224]; BVerfG, Decisão da 3ª Câmara do Segundo Senado de 23 de março de 1998 – 2 BvR

2270/96 –, NJW 1998, p. 1774 [1775]), isso não abre um domínio da razão de órgãos estatais sobre o titular de direito fundamental cuja vontade poderia ser afastada simplesmente porque ele diverge de escolhas medianas [esperáveis] ou porque [sua vontade] vista de fora pareça irracional (cf. BVerfGE 58, 208 [226 s.]; Baumann, Unterbringungsrecht, 1966, p. 25; Marschner, in: Marschner/Volckart/Lesting, *op. cit.*, nota à margem 41; Wagner, in: Kammeier, *op. cit.*, nota à margem D 152; sobre o perigo de um paternalismo assistencialista também: Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, p. 188 ss.; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, p. 228 ss.; Neumann, KritVj 1993, p. 276 [286]; Schwabe, JZ 1998, p. 66 [70]). Por isso, à conclusão da presença de uma incapacidade de livre autodeterminação legitimadora de intervenção não se pode chegar pelo fato de o atingido não querer permitir um tratamento necessário na perspectiva médica cujos riscos e efeitos colaterais devam ser aceitos segundo a visão dominante em face do benefício esperado. Necessária é uma incapacidade de compreensão em razão de doença ou incapacidade de comportamento conforme a compreensão (cf. BVerfGE 58, 208 [225]).

3. Do princípio da proporcionalidade resultam, além da exigência da incapacidade de compreensão em razão de doença, outras exigências. Em face da especial gravidade da intervenção, o tratamento médico forçado para o alcance do objetivo da internação é admissível apenas quando presentes rigorosos pressupostos.

a) aa) Do ponto de vista material, resulta do princípio da proporcionalidade, primeiro que medidas do tratamento forçado somente poderiam ser utilizadas quando elas prometessem ser bem sucedidas em face do objetivo do tratamento que justifica sua utilização (cf. BVerfGE 91, 1 [29]; OLG Köln, Decisão de 29 de junho de 2006 – 16 Wx 141/06 –, NJW-RR 2006, p. 1664 [1665]; do ponto de vista psiquiátrico, ao invés de muitos: Finzen/Haug/Beck/Lüthy, *Hilfe wider Willen. Zwangsmedikation im psychiatrischen Alltag*, 1993, p. 157). Isso limita também a duração permitida de sua utilização. Uma medicação iniciada para o alcance do objetivo da internação, se ela não levar a uma clara melhora das chances de cura e alta, não pode ser mantida, apenas porque facilitou à instituição de internação o acompanhamento do paciente, diminuindo as despesas necessárias com ele.

bb) No mais, medidas coercitivas somente podem ser utilizadas como último meio, quando meios menos gravosos não prometerem sucesso (cf. OLG Celle, Decisão de 10 de julho de 2007 – 17 W 72/07 *et al.* –, NJW-RR 2008, p. 230 [231]; Heide, *op. cit.*, p. 204; Honds, *Die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht*, 2008, p. 144 ss. [147]; para fixações: OLG Naumburg, Decisão (Urteil) de 12 de janeiro de 2010 – 1 U 77/09 –, BTPrax 2010, p. 127 [129]; do ponto de vista psiquiátrico: SAMW, *Zwangsmaßnahmen in der Medizin. Medizinisch-ethische Richtlinien*, *op. cit.*, p. 8; Hell, in: Rössler/Hoff, *op. cit.*, p. 89 [94]; Garlipp, BTPrax 2009, p. 55 [58]). Para um tratamento medicamentoso forçado em prol do alcance do objetivo da internação, isso significa, primeiro, que um tratamento menos invasivo não tenha chances de êxito. Segundo, o tratamento forçado tem de ser precedido, caso o atingido seja capaz de conversar, de tentativa séria, com os custos necessários e sem exercício de vedada pressão (s. **B. I.2.**), de alcançar sua anuência fundada na confiança (cf. OLG Celle, *op. cit.*, p. 231; Wagner, in: Kammeier, *op. cit.*, nota à margem D 147; Volckart/Grünebaum, *op. cit.*, nota à margem 373; Hartmann, *Umfang und Grenzen ärztlicher Zwangsbehandlung im psychiatrischen Maßregelvollzug*, 1997, p. 174). Isso vale independentemente de o internado ser capaz de

consentir ou não, porque o caráter de intervenção em direito fundamental do tratamento forçado não depende da capacidade de aquiescência pelo internado (v. acima: **B. I.2.**).

Assim, também com os incapazes de consentir não é totalmente dispensável um esclarecimento médico sobre a medida intencionada. Como fundamento de um consentimento justificante, o esclarecimento de um incapaz de consentir não pode servir; sob este aspecto, nesse ponto o consentimento é destituído de função em face dele (cf. Bernsmann, in: Blau/Kammeier, *op. cit.*, p. 142 [160]; Rinke, NSTZ 1988, p. 10 [11]). Independentemente da questão de se mediante esclarecimento possa ou não ser obtido um consentimento válido, um incapaz de consentir, em princípio, também não pode ser deixado às escuras sobre o “se” e o “como” de um tratamento, ao qual ele será submetido. (cf. Volckart/Grünebaum, *op. cit.*, nota à margem 374, com mais referências; Heide, *op. cit.*, p. 236; com limitações para casos de exceção confirmados em parecer: Honds, *op. cit.*, p. 144 ss. [147]). Por isso, uma informação correspondente às possibilidades de compreensão pelo atingido sobre o tratamento intencionado e seus efeitos não é dispensável (cf. também: Princípios da ONU para a Proteção de Doentes Mentais, Princípio 11, Parágrafo 9). O princípio segundo o qual a intervenção não pode ir além do necessário deve determinar também a escolha das medidas a serem concretamente aplicadas, consoante tipo e duração – incluindo a escolha e a dosagem de medicamentos a serem usados e controles de acompanhamento.

cc) Para além das exigências de adequação e necessidade, é pressuposto da capacidade de justificação de um tratamento forçado que ele não seja ligado a cargas para o atingido que estejam em desproporção em relação ao benefício esperado. A indicação [proporcional em sentido estrito] será tão somente observada se, mediante consideração das respectivas probabilidades, o benefício esperado com o tratamento pesar mais do que o possível dano do não tratamento. Em face das existentes incertezas quanto ao prognóstico e demais dificuldades metodológicas para a necessária comparação em pauta, as exigências de direito fundamental restarão atendidas quando, em meios técnico-medicinais, exigir-se uma claramente verificável predominância do benefício (cf. SAMW, *op. cit.*, p. 7; Garlipp, BtPrax 2009, p. 55 [57 s.]; v. também: Maio, in: Rössler/Hoff, *op. cit.*, p. 145 [161]). Essa condição não estará presente, no caso de um tratamento forçado direcionado ao objetivo da internação, se, em regra, o tratamento for ligado a mais de um desconsiderado risco residual de danos irreversíveis à saúde (cf. Garlipp, BtPrax 2009, p. 55 [58]; para a incompatibilidade entre intervenções irreversíveis com a Convenção de Direitos de Deficientes da ONU: Aichele/von Bernstorff, BtPrax 2010, p. 199 [203]; Böhm, BtPrax 2009, p. 218 [220]).

b) Dos direitos fundamentais derivam exigências em relação ao processo dos órgãos administrativos e dos tribunais (cf. BVerfGE 52, 380 [389 s.]; 101, 106 [122]; 124, 43 [70]; jurisprud. pacífica). O internado em uma instituição fechada, que deverá ser submetido a um tratamento forçado, é dependente de tais garantias em grau especialmente elevado.

aa) Pelo menos no caso de tratamentos planejados e, assim, também no caso de um tratamento que deva servir ao cumprimento do objetivo da internação, faz-se necessária uma notificação que dê ao atingido a possibilidade de procurar a tutela judicial a tempo, quando a medida dever ser aplicada apesar do insucesso da obrigatória esclarecedora busca de anuência (vide acima: **B.II.3.a)bb**). Isso decorre do Art. 2 II 1 GG combinado com a garantia da efetiva tutela judicial (Art. 19 IV GG), a qual produz efeitos prévios sobre o processo administrativo (cf. BVerfGE 61, 82 [110]; 69, 1 [49]; 116, 135 [156]; 118, 168 [207]). O

internado tem de ter a oportunidade de, antes da consumação dos fatos, suscitar uma decisão judicial (cf. Volckart/Grünebaum, *op.cit.*, nota à margem 373; vide também: Art. 13, 14 II BRK). Isso vale também nos casos em que esteja presente a concordância do representante legal. Nesse caso, o atingido que, nesse ponto, por força constitucional, tem capacidade processual, se necessário for com ajuda de um curador processual [*Verfahrensfleger*]⁴⁹, deve pelo menos poder impugnar, tempestivamente, a outorga de concordância (cf. correspondentemente: §§ 275, 276 FamFG).

A notificação precisa ser de tal sorte concretizada, que assegure a proteção da proporcionalidade da intervenção e possibilite uma revisão judicial dela (cf. no contexto do direito [objetivo] de curatela: BGHZ 166, 141 [153]; LG Kleve, Decisão de 12 de março de 2009 – 4 T 67/09 –, juris; LG Saarbrücken, Decisão de 23 de março de 2009 – 5 T 100/09 –, juris). Contudo, à observância da proporcionalidade da medida também faz parte que a flexibilidade da reação médica, idônea tecnicamente, às diferenças individuais, como elas existem segundo a conclusão de estudo da Sociedade Alemã para Psiquiatria, Psicoterapia e Neurologia na abordagem de efeitos medicamentosos positivos e negativos, não seja afetada inutilmente. Não se opõe à exigência de concretização que o plano e a decisão sobre os detalhes de uma medicação sejam um assunto, em primeira linha, da avaliação médica. Isso até é verdadeiro, mas não muda nada na necessidade de uma configuração processual que garanta a efetividade da tutela judicial. Se medidas medicinais forem coercitivamente tomadas, a grave intervenção em direito fundamental a elas ligada não será retirada da revisão judicial garantida por direito fundamental – também da revisão judicial de sua proporcionalidade que pode depender de uma configuração mais detalhada da medida – apenas porque a adequação da medida só possa ser avaliada com base no conhecimento técnico-medicinal. Quando a revisão judicial só for possível com base no conhecimento técnico-medicinal, fará parte do dever dos tribunais de esclarecimento da matéria, decorrente dos direitos fundamentais dos atingidos (cf., em geral: BVerfGE 101, 275 [294 s.]; BVerfGK 9, 390 [395]; 9, 460 [463 s.]), valer-se de tais conhecimentos técnicos (cf. para o caso da decisão sobre um alojamento que prive de liberdade: BVerfGE 58, 208 [226]).

[...]

bb) Para a observância da proporcionalidade é indispensável a ordem e fiscalização de um tratamento forçado medicamentoso por um médico. Só isso corresponde também às medidas jurídico-internacionais, aos *standards* internacionais em questões de direitos humanos e aos *standards* técnicos da psiquiatria (cf. EGMR, Jalloh v. Deutschland, Decisão de 11 de julho de 2006 – 54810/00 –, nota à margem 73; Princípios da ONU para a Proteção de Doentes Mentais, Princípio 10 II; SAMW, *op.cit.*, p. 8; Recomendação n. R(98)7 do Comitê Ministerial do Conselho Europeu para Aspectos Éticos e Organizacionais do Atendimento Médico, Anexo, n 21, in: Bundesministerium der Justiz *et.al.* [Ed.], Recomendações do Conselho Europeu sobre Privação da Liberdade, 2004, p. 163 [168]; Leitfaden zur Qualitätsbeurteilung in Psychiatrischen Kliniken, *op.cit.*⁵⁰, p. 207; Anderl-Doliwa *et.al.* [Arbeitskreis der Chefärzte und

⁴⁹ *Mutatis mutandis* trata-se de uma espécie de advogado dativo.

⁵⁰ Citado em excerto não reproduzido da Decisão, logo acima (C. II.3.b)aa) *in fine*): “Projekt 1994-1996 im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, S. 198”, no vernáculo: Diretrizes para a Avaliação de

leitenden Pflegepersonen der psychiatrischen Kliniken des Landes Rheinland-Pfalz], Leitlinien für den Umgang mit Zwangsmaßnahmen, Psych. Pflege Heute 2005, p. 100 [102]).

cc) Como efeito prévio da garantia de direito fundamental à via judicial (vide acima: **B.II.3.b)aa**) resulta a necessidade de se documentar as medidas de tratamento perpetradas contra a vontade do internado, incluindo seu caráter coercitivo, seu modo de imposição, as razões fundamentais e a vigilância do efeito [do tratamento] (cf. em relação às obrigações de documentação fundadas em direito fundamental em outros contextos: BVerfGE 65, 1 [70]; 103, 142 [160]; BVerfGK 9, 231 [238]; 12, 374 [376 s.]; BVerfG, Decisões da 2ª Câmara do Segundo Senado de 19 de janeiro de 2007 – 2 BvR 1206/04 –, NVwZ 2007, p. 1044, e de 28 de julho de 2008 – 2 BvR 784/08 –, NJW 2003, p. 3053 [3054]; em geral: BVerfGE 118, 168 [207]; em relação à necessidade de documentação de medidas coercitivas psiquiátricas, cf. Princípios da ONU para a Proteção de Doentes Mentais, Princípio 10 II e Princípio 11 X, XI 3; Leitfaden zur Qualitätsbeurteilung in Psychiatrischen Kliniken, *op.cit.*, p. 58, 205; Anderl-Doliwa *et.al.* [Arbeitskreis der Chefärzte und leitenden Pflegepersonen der psychiatrischen Kliniken des Landes Rheinland-Pfalz], *op.cit.*, p. 100 [102]; em relação ao obrigatório detalhamento: SAMW, *op.cit.*, p. 18). A obrigação de notificação prévia da medida, que deve viabilizar uma efetiva proteção judicial *ex ante*, não dispensa uma documentação para a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, a ser buscada pelo atingido apenas mais tarde, também, por exemplo, em questões de responsabilidade jurídica. Independentemente da garantia de tutela judicial efetiva, a documentação é obrigatória também para a garantia da proporcionalidade da intervenção. Apenas sobre sua base, assegura-se uma atuação técnica e adequada submetida à típica condição presente em clínicas, segundo a qual os responsáveis atores são trocados [de tempos em tempos]. Mais do que nunca, vale o mesmo para tratamentos que se prolonguem por um lapso temporal maior e, em tal caso, esses tratamentos somente observarão o princípio da proporcionalidade, se os efeitos no transcorrer do tempo forem observados e, a partir das conclusões dessa observação, forem tomadas as devidas providências. Por fim, acresça-se a isso que a documentação também é um meio indispensável ao controle de qualidade orientado à melhoria e à avaliação. Essa é ordenada quando se tratar de tratamentos forçados para o alcance do objetivo da internação, tanto como elemento da proteção futura dos direitos fundamentais imediatamente atingidos, como também em vista do objetivo de ressocialização prescrito constitucionalmente (cf. BVerfGE 116, 69 [91]; sobre déficits da praxe de outrora: Ketelsen/Zechert/Klimitz/Rauwald, *Psychiat-Prax* 2001, 28, p. 69 [70]; Steinert, in: Kebbel/Pörksen, *Gewalt und Zwang in der stationären Psychiatrie*, Köln 1998, p. 135 [135, 137]).

dd) O Art. 2 II GG ordena, no mais, garantias processuais especiais contra os riscos a direitos fundamentais, especialmente dependentes da [concreta] situação, que ocorram quando a respectiva instituição de internação decidir, solitariamente, sobre a ordem de um tratamento forçado em casos não rigorosamente emergenciais (cf. BVerfGE 52, 391 [407 s.]; 53, 30 [60 ss.]; 113, 29 [57 s.]; 124, 43 [70]; jurisprudência pacífica).

As competências amplas da instituição de internação combinadas com seu caráter fechado e, por isso, com suas limitadas possibilidades do apoio e acompanhamento por

externos que valem para todos os envolvidos colocam os internados em uma situação de extrema dependência. Por conta de tal dependência, eles carecem de proteção, sobretudo em casos de intervenções graves, de tal sorte que seus interesses protegidos por direito fundamental sejam apreciados de maneira insuficiente, em razão, por exemplo, de interesses particulares da instituição e de seus empregados – especialmente no caso de sobrecargas que, facilmente, podem ocorrer na lida com pacientes muitas vezes difíceis –, no caso de equipamentos dos empregados não adequados à tarefa ou por causa de rotinas de trabalho (cf. correspondentemente para a necessidade de garantias especiais contra conflitos de interesse e tomada abusiva de influência: Art. 12 IV 2 BRK; especificamente em relação a intervenções médicas, v. também: Princípios da ONU para a proteção de Doentes Mentais e Melhoria da Assistência Médica, Princípio 11 VI b e XIII).

Daqui podem resultar não apenas especiais obrigações constitucionais para vários processos judiciais (cf. para o processo judicial sobre a prorrogação da privação de liberdade: BVerfGE 70, 297 [310 s.]; BVerfG, Decisão da 3ª Câmara do Segundo Senado de 26 de março de 2009 – 2 BvR 2543/08 –, NStZ-RR 2010, p. 122). Ao contrário, precisa ser garantido que à intervenção preceda uma avaliação independente em relação à instituição de internação.

Em partes da literatura, enxerga-se o engajamento de um curador como obrigatório no caso de tratamentos forçados ou se admite que deva ser aceita, por força constitucional, a prevalência de uma solução de direito [objetivo] de curatela sobre a substituição da decisão do incapaz de anuir por um órgão estatal (cf. Tietze, *op.cit.*, p. 66 ss.; Popp, *op.cit.*, p. 75 s.; Lipp, *Freiheit und Fürsorge*, 2000, p. 55 ss., 134 s.; *idem*, BtPrax 2005, p. 6 [7]; Rinke, NStZ 1988, p. 10 [14]; opinião contrária: Volckart/Grünebaum, *op.cit.*, nota à margem 369; Heide, *op.cit.*, p. 229; Stalinski, BtPrax 2000, p. 59 ss. [61 s.]; Hoffmann, R&P 2005, p. 52 ss.). (...).

4. a) O tratamento forçado de um internado só pode ser admitido, como qualquer outra intervenção em direito fundamental, com base em uma lei que fixe os pressupostos para a admissibilidade da intervenção. Isso vale não apenas para os pressupostos materiais, mas também para os pressupostos formais da intervenção. De normatização legal carecem, sob o aspecto jurídico-processual não diferentemente do que sob o aspecto material, as questões essenciais para a realização dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 57, 295 [320 s.]; 73, 280 [294, 296]; 82, 209 [224 s., 227]; 120, 378 [429]).

b) Os pressupostos da admissibilidade da intervenção precisam ser regrados de maneira suficientemente clara e determinada (cf. para o caso da execução penal em sentido amplo: BVerfGE 116, 69 [80], com mais referências). O legislador é chamado a compor suas normas de modo tão determinado, quanto isso for possível segundo a peculiaridade da matéria da vida social a ser ordenada com observância do propósito normativo (cf. BVerfGE 49, 168 [181]; 59, 104 [114]; 78, 205 [212]; 103, 332 [384]). O grau de determinação necessário não faltará só porque uma norma seja carecedora de ser interpretada (*auslegungsbedürftig*) (cf. BVerfGE 45, 400 [420]; 117, 71 [111]; jurisprud. pacífica). Os atingidos precisam, todavia, poder reconhecer a situação jurídica [vigente] e direcionar seu comportamento em conformidade com ela (cf. BVerfGE 103, 332 [384]; 113, 348 [375], com mais referências); e a Administração Pública que executa a lei tem de encontrar [na lei] as medidas de atuação direcionadoras e limitadores para sua atuação (cf. BVerfGE 110, 33 [54]; 113, 348 [375]). Ao necessário reconhecimento do conteúdo da norma pertence a clareza (cf. BVerfGE 78, 214 [226]; 115, 166 [190]; 119, 331 [366]; jurisprud. pacífica) e, como seu elemento constitutivo, a ausência de contradição (cf.

BVerfGE 98, 106 [118 s.]; 108, 169 [181, 183]; 119, 331 [366]; jurisprud. pacífica) da norma. As exigências feitas ao grau de clareza e taxatividade serão tão mais rigorosas quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental que uma norma preveja (cf. BVerfGE 59, 104 [114]; 75, 329 [342]; 86, 288 [311]; 110, 33 [55]; 117, 71 [111]). Para as exigências mais detalhadas, não por último devido à questão de saber em que extensão [eventuais] medidas que possam ser derivadas da *Grundgesetz* carecem de determinação expressa e concretizante na lei ordinária, também pode ser importante o respectivo círculo dos aplicadores da norma e dos atingidos pela norma (cf. BVerfGE 110, 33 [64]; 123, 39 [81]).

III.

Segundo esses parâmetros, o § 6 I 2, 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf., não representa uma base legal suficiente para o tratamento forçado. A norma não satisfaz as exigências que devem ser dirigidas à clareza e à determinação da base legal para uma especialmente intensa intervenção em direito fundamental (v. acima: **B.I.3.**). Os pressupostos essenciais para um tratamento forçado em prol do alcance do objetivo da internação não são reconhecíveis nem para os atuais ou potencialmente atingidos internados, nem para aqueles, em primeira linha, chamados para a aplicação normativa, [quais sejam,] titulares de decisão da instituição de internação, os quais necessitam, também em interesse próprio, de um claro fundamento legal da intervenção que promova certeza jurídica.

1. Pode ficar em aberto se está ausente a necessária clareza da base legal já porque do teor e sistemática da norma não resta suficientemente claro qual relação o § 6 I 2 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf., segundo o qual “no mais” tratamentos forçados para o alcance do objetivo da internação sem a concordância do paciente possam ser aplicados, guarda com as regras do precedente Período 1 (sobre diversas e, por sua vez em parte, não claras interpretações da norma, cf., de uma lado: Hartmann, *Umfang und Grenzen ärztlicher Zwangsbehandlung im psychiatrischen Maßregelvollzug*, 1997, p. 219; de outro lado: Wagner, in: Kammeier, *op.cit.*, nota à margem D 167; de novo, aparentemente de maneira diferente: Volckart/Grünebaum, *op.cit.*, nota à margem 390; Heide, *op. cit.*, p. 85, 87; sem interpretação com a verificação que a norma seria obscura: Marschner, R&P 1988, p. 19 [21]). Principalmente, não depende do fato de saber se, nesse ponto, possa-se depreender dos materiais legislativos algo esclarecedor (cf. Parlamento Estadual de *Rheinland-Pfalz*, Comissão de Assuntos Sociais de Saúde, Ata da 26ª Sessão de 25 de abril de 1986, p. 1; Parlamento Estadual de *Rheinland-Pfalz*, ata da 76ª Sessão de 11 de setembro de 1986, p. 4602 [4606]), e se para uma intervenção do tipo da em pauta poderia ser suficiente que critérios para a compreensão de uma base de autorização não clara em termos de teor e sistemática pudessem ser obtidos apenas dos materiais legislativos.

Independentemente de se verificar que relação o § 6 I 2, 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf. tem com as demais regras do Período 1 – ou seja, no caso de todas as interpretações dessa relação imagináveis, inclusive da que embasara as decisões impugnadas – faltam, em todo caso, na regra, os pressupostos materiais e processuais essenciais (vide acima: **B.II.2.,3.**) para o tratamento forçado em prol da consecução do objetivo da internação.

a) Assim, falta especialmente uma regulamentação legal da indispensável exigência da [presença de] falta de capacidade de compreensão em razão de doença no caso de tratamentos forçados para o alcance do objetivo da internação (**B.II.2.**). O § 6 IV MVollzG Rh.-Pf., segundo o qual a anuência do representante legal é parâmetro na falta de compreensão,

pressupõe que, de acordo com o Parágrafo 1 da norma, uma concordância seja em si necessária. No entanto, em face dos tratamentos para a consecução do objetivo da internação, justamente não é este sempre o caso – a depender da interpretação das regras parciais do § 6 I MVollzG Rh.-Pf. e sua relação recíproca até mesmo em uma muito pequena extensão. O § 6 III MVollzG Rh.-Pf., segundo o qual a instituição da aplicação coercitiva de medidas segundo os Parágrafos 1 e 2 não é obrigada, enquanto se puder partir de uma determinação livre da vontade do paciente internado, vincula somente o dever, mas não também a autoridade para medidas do tratamento forçado, à capacidade de compreensão do internado. Com a regra do § 6 V 1 MVollzG Rh.-Pf., segundo a qual as medidas para o paciente internado precisam ser exigíveis e não podem estar fora de proporção em relação ao sucesso esperável, os pressupostos materiais para a admissibilidade da intervenção não estão suficientemente concretizados.

Quando a lei contém uma regra de concretização em face da busca da concordância do atingido, ordenada segundo o princípio da proporcionalidade, ela é insuficiente, na medida em que prevê uma busca de concordância apenas se presente o pressuposto de capacidade ampla de compreensão (§ 5 II MVollzG Rh.-Pf.), enquanto que a tentativa de alcançar uma solução consensual é, segundo o princípio da proporcionalidade, obrigatória em uma extensão mais ampla (**B.II.3.a)bb**).

b) No mais, falta uma regulamentação legal de outros necessários pressupostos processuais da intervenção que são essenciais para a defesa dos direitos fundamentais. Entretanto, previsto é que medidas segundo o § 6 I MVollzG Rh.-Pf. apenas podem ser aplicadas mediante ordem e sob a direção de um médico (§ 6 V 2 MVollzG Rh.-Pf.). Todavia, a obrigatória notificação é insuficientemente regulamentada (**B.II.3.b)aa**). No quadro da regulamentação geral sobre a aplicação de coerção direta, o § 22 IV 1 combinado com o Parágrafo 3 MVollzG Rh.-Pf. até prescreve, sem determinação mais detalhada do conteúdo mínimo, um aviso prévio da medida para o caso de ela ser imposta com coerção física (“violência física e seus meios acessórios”). O § 22 I MVollzG Rh.-Pf. autoriza, contudo, a aplicação de coerção direta apenas para casos de risco à segurança e à ordem. Nesse sentido, que significado para os tratamentos médicos forçados se atribui às determinações do §§ 22 MVollzG Rh.-Pf. pode restar aqui em aberto. Em todo caso, com uma regra que prescrevesse um aviso só para a aplicação de coerção física, não seriam suficientemente compreendidos os casos para os quais a exigência de notificação exista por força constitucional. Com efeito, um tratamento forçado no sentido de um tratamento médico que se proceda contra a vontade do atingido – e, já por isso, pode representar uma intervenção especialmente grave em seus direitos fundamentais – estará presente quando, independentemente de ser necessária a execução forçada da medida, ou talvez porque o internado reconheça a inutilidade de uma resistência física, a despeito de uma mantida recusa, submeta-se [espontaneamente] à medida, tornando, com isso, desnecessária a aplicação de violência física (**B.I.1., 2.**). De resto, faltam quesitos para a documentação da intervenção (**B.II.3.b)cc**) e, tendo em vista a especial situação dos internados, [faltam também] mecanismos processuais necessários, os quais assegurem que, antes da aplicação de um tratamento forçado para o alcance do objetivo da internação, ocorra uma avaliação com garantida independência em face da instituição de internação (**B.II.3.b)cc**). Não basta aqui a mera obrigação legal de comunicação das medidas aplicadas ao órgão de fiscalização, ao

médico por aquele órgão nomeado e aos – eventuais – representantes legais (§ 6 VI MVollzG Rh.-Pf.).

2. As deficiências da regulamentação legal não podem ser sanadas em sede de interpretação conforme a Constituição. Os déficits jurídico-constitucionais podem ser afastados somente pelo legislador.

C.

As violações constitucionais verificadas atingem todo o § 6 I 2 MVollzG Rh.-Pf., pois o segundo Subperíodo da norma não tem significado próprio, independente do primeiro (cf. BVerfGE 8, 274 [301]; 65, 325 [358]; 111, 226 [273]; jurisprudência pacífica). Por isso, o § 6 I 2 MVollzG Rh.-Pf. deve ser declarado nulo como um todo. Os pressupostos de uma mera declaração de incompatibilidade, com prorrogação aprazada de vigência até [o advento de] uma nova regulamentação pelo legislador, não estão presentes. Para tanto, a necessária preponderância das desvantagens da imediata suspensão de vigência da norma em relação às desvantagens que a provisória manutenção da vigência implicaria (cf. BVerfGE 61, 319 [356]; 83, 130 [154]; 85, 386 [401]; 87, 153 [177 s.]; 100, 313 [402]), em face da gravidade das intervenções de direitos fundamentais, as quais foram autorizadas pelo § 6 I 2, 1º Subperíodo MVollzG Rh.-Pf., não pode ser verificada.

Suspendem-se as decisões judiciais impugnadas que, na falta de base legal suficiente para a notificada intervenção, ferem o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 2 II 1 GG; devolve-se a matéria, segundo o § 95 II BVerfGG, ao Tribunal Estadual *Landau in der Pfalz*.

A ordem de ressarcimento das custas segue o § 34a II e III BVerfGG.

(ass.) Voßkuhle, Di Fabio, Mellinshoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, Huber, Hermanns.

Capítulo 5.

Igualdade (Art. 3 GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 3 (Igualdade)

(1) Todos são iguais perante a lei.

(2) ¹ Homens e mulheres são iguais em direitos. ² O Estado promove a efetiva realização da igualdade em direitos de mulheres e homens e atua em prol da eliminação de desvantagens existentes.

(3) ¹ Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu gênero, sua ascendência, sua raça, sua língua, sua pátria e naturalidade, sua crença, suas convicções religiosas ou políticas. ² Ninguém pode ser prejudicado por causa de sua deficiência.

Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, que impossibilitam ou dificultam a manutenção de um *status quo* (exemplo: direito à propriedade) e, principalmente, a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º IV CF), o “direito” à igualdade não assegura nenhum comportamento específico cujo exercício pudesse ser atrapalhado, ou cuja área de proteção pudesse ser “invadida” pelo Estado. Não há que se falar, portanto, em área de proteção e, tampouco, em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir, desta vez, não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).

Liberdade e igualdade foram as grandes bandeiras do movimento constitucionalista, que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático.⁵¹ Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado. Na *Grundgesetz* não foi diferente. “O clamor social por máxima liberdade possível choca-se contra o clamor social por máxima igualdade possível. Liberdade e igualdade encontram-se nas sociedades em eterno conflito, pois a liberdade, no âmbito da sociedade, é também a liberdade concorrencial inescrupulosa do mais forte; a igualdade, no mesmo âmbito, exige, pelo contrário, justamente a existência da igualdade de chances a ser concedida ao mais fraco. As garantias constitucionais da liberdade e igualdade não transportam este conflito social ao plano constitucional: enquanto normas constitucionais, elas se apresentam harmoniosas e sem hierarquização entre si, uma ao lado da outra. É o legislador ordinário quem deve disciplinar o conflito social entre estes dois anseios. Ele o fará, na medida em que determinará quanta margem de ação deixará ao mais forte e quanta proteção dará ao mais fraco. Tanto as garantias constitucionais de igualdade, quanto as garantias de liberdade servirão para impor ao legislador certos limites que ele não poderá ultrapassar: em suma, a restrição ou diminuição da liberdade, de um lado, e o tratamento desigual, do outro, não poderão ocorrer sem um motivo racional. A diferença consiste na técnica jurídico-constitucional adotada para se avaliar a presença ou não de suas violações: possíveis violações de garantias de liberdade, incluindo a propriedade, são examinadas com a análise da área de proteção do respectivo direito, da intervenção do Estado e com o questionamento da justificação da intervenção”⁵².

Possíveis violações de garantias de igualdade podem ser verificadas por meio de um processo constituído por duas etapas: 1ª) Verificação do tratamento desigual; 2ª) Questionamento da possível justificação. Não há de se confundir conceitualmente, portanto, direito fundamental a igualdade com direito fundamental prestacional ou de *status positivus*, como é o caso dos direitos fundamentais sociais, embora um tratamento desigual implícito, por exemplo, em políticas ou ações afirmativas possa ser em tese justificado constitucionalmente, desde que se esteja diante de um limite ao direito fundamental em tela traçado pelos órgãos competentes mediante observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.⁵³

Foi com base nesse espírito e dele decorrentes construções dogmáticas que se pautou a muito extensa jurisprudência do TCF sobre o **Art. 3 GG**. O Art. 3 GG se subdivide em princípio geral de igualdade, de um lado (**Art. 3 I GG**), e as vedações de certos tratamentos desiguais (não justificados) com base em critérios específicos, de outro. Em relação a estes, primeiro a *Grundgesetz* veda, em geral, a discriminação por gênero (**Art. 3 II 1 GG**), à qual foi acrescida um mandamento de promoção ativa pelo Estado da igualdade de direitos entre homens e mulheres e combate às desvantagens ainda sofridas pelas mulheres principalmente em âmbito social (**Art. 3 II 2 GG**) e outros taxativamente enumerados, implicando proibições específicas de discriminação (**Art. 3 III GG**).

⁵¹ Cf. MARTINS (2012: 56); PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN e POSCHER (2015: 117 s.).

⁵² PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN e POSCHER (2015: 117).

⁵³ Por muitos, vide a respeito apenas: MARTINS (2012: 54-62).

Das decisões abaixo parcialmente reproduzidas, tem-se que as **Decisões 18. e 23 a 29.** versam principalmente (parâmetro do exame) sobre o Art. 3 I GG e as **Decisões 19 a 22** têm como parâmetro o Art. 3 II GG.

18. BVerfGE 26, 302 (*Einkommensteuergesetz*)

Controle Normativo Concreto; 09.07.1969

MATÉRIA

Trata-se do julgamento de uma Representação Judicial de autoria do Tribunal de Finanças de *Stuttgart* que questionava a constitucionalidade de um dispositivo da **Lei do Imposto de Renda** (*Einkommensteuergesetz*). Essa discriminava, na definição do fato gerador da obrigação tributária, a renda auferida com “especulação na alienação de imóveis” (especulação imobiliária, ganho com bens de capitais). O dispositivo fixava uma presunção absoluta: qualquer alienação de, entre outros, bem imóvel adquirido antes de 2 (dois) anos configurava um negócio jurídico de especulação, devendo ser tributado como “outras rendas” na declaração do imposto de renda.

O TCF admitiu a Representação Judicial para o efeito de corroborar, no mérito, a constitucionalidade do dispositivo questionado em face do **Art. 3 I GG** (“justiça tributária”). O pequeno excerto da decisão escolhido para ser aqui reproduzido mostra o centro da argumentação do Segundo Senado: faz parte da margem de conformação do legislador, de seu poder discricionário, escolher os fatos aos quais ele liga uma obrigação tributária. Somente quando se puder vislumbrar uma arbitrariedade na decisão legislativa, poderá ser ela declarada, em face do Art. 3 I GG, inconstitucional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 9 de julho de 1969

– 2 BvL 20/65 –

no processo de controle [concreto] de constitucionalidade do § 23 I EstG (*Einkommensteuergesetz* – Lei do Imposto de Renda), na redação de 15 de agosto de 1961 (BGBl. I, p. 1254) – Decisão de suspensão do processo e Representação (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal de Finanças de *Stuttgart* em 23 de novembro de 1965 (I 952/63).

[...]

RAZÕES

A. - I. - III. [...]

B.

A Representação Judicial é admitida [a julgamento de mérito].

1. - 4. [...].

C.

§ 23 I, nº 1 EstG é compatível com a *Grundgesetz*.

I.

[...]

II.

1. – 2. [...].

3. a) [...].

O legislador está vinculado ao princípio da justiça tributária que decorre do Art. 3 I GG (BVerfGE 13, 181 [202]). A aplicação dessa norma de direito fundamental é baseada sempre em uma comparação de relações sociais que não são iguais em todos os seus elementos, mas em apenas alguns deles. Em princípio, decide o legislador (BVerfGE, *op.cit.*) quais elementos das relações sociais, que serão reguladas, são decisivos para seu tratamento jurídico igual ou tratamento desigual. Para a escolha, em especial, das fontes de receita fiscal, o legislador tem ampla liberdade de conformação [discricionariedade]. Essa termina somente quando o tratamento igual ou desigual da matéria regulada não for mais compatível com um modo de enxergar o problema que seja orientado pela ideia de justiça, quando, assim, faltar uma razão convincente para o tratamento igual ou para o tratamento desigual. Somente a observância de tais limites extremos da liberdade legislativa (proibição de arbitrariedade) é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Federal e não a constatação de que o legislador tenha ou não encontrado, no caso particular, respectivamente, a mais adequada, a mais razoável e a mais justa das soluções [possíveis] (BVerfGE 1, 14 [52]; 4, 7 [18]; 17, 309 [330]; 18, 121 [124]; 19, 354 [367]).

b) – c) [...].

4. [...].

III. – IV. [...]

(ass.) Seuffert; Dr. Leibholz; Geller; Dr. v. Schlabrendorff; Dr. Rupp; Dr. Geiger; Dr. Kutscher; Dr. Rinck

19. BVerfGE 48, 327 (Familiennamen)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo; 31.05.1978

MATÉRIA

Os reclamantes desejaram adotar, quando se casaram em 1965, o nome de solteira da esposa como **nome** do casal e **da família** (*Familiennamen*). Na época, tiveram seu pedido denegado pelo órgão competente para registros públicos. A legislação civil, específica do direito de família, avançava lentamente no sentido de corresponder materialmente ao **Art. 3 II GG**. Primeiro, ela reconheceu tão somente o direito da mulher de manter o nome de solteira, além do nome do marido. Finalmente, a partir de 14 de junho de 1976, pela nova redação dada ao § 1355 BGB, os casais passaram a poder adotar o nome de solteira da esposa como nome de família. Segundo o novo § 1355 II BGB, porém:

Como nome de casal os cônjuges podem, no momento da realização do matrimônio, por declaração ao tabelião, fixar o sobrenome de nascimento [de solteiro] do marido ou o sobrenome de nascimento [de solteira] da esposa. Em não havendo determinação [pelos cônjuges naquele momento], então o nome do casal é o sobrenome de nascimento [de solteiro] do marido. (grifos do org.).

A presente Reclamação Constitucional voltou-se, diretamente, contra o Art. 12, nº 13, b) da Primeira Lei de Reforma do Casamento (*Erstes Eheformgesetz*) e, com isso, contra a exclusão da aplicabilidade do novo § 1355 II 1 BGB a casais casados antes do dia 1º de julho de 1976. Como eles não tiveram a oportunidade jurídica de declarar, antes da entrada em vigor do § 1355 II 1 BGB, o sobrenome de solteira da esposa como o desejado sobrenome do casal, para eles não deveria valer a obrigação do § 1355 II 2 BGB. Os reclamantes alegaram, entre outros,

o ferimento do Art. 3 II e III GG, porque a proibição imposta à mulher de ter seu sobrenome de solteira como sobrenome do casal significaria para ela uma desvantagem jurídica, pois o direito ao sobrenome é assegurado pela própria lei civil no § 12 BGB.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional admitida a julgamento e, em relação ao seu mérito, procedente. Na fundamentação, reforçou o reconhecimento jurídico-constitucional de que um tratamento desigual entre homens e mulheres não pode se fundamentar em diferenças biológicas. No caso em pauta, o TCF não encontrou nenhum outro dispositivo que pudesse justificar tal tratamento desigual. Trata-se de uma situação jurídico-constitucional vigente desde a promulgação da *Grundgesetz*, em 1949. Todavia, o constituinte reservou ao legislador um prazo, segundo o Art. 117 GG, até final de março de 1953, para adaptar o direito de família ao Art. 3 II GG. Toda desvantagem sofrida pela mulher no período anterior à reforma do estatuto civil da família em 1976 deveria ser, portanto, tanto quanto possível, sanada. Constitui violação do Art. 3 II GG a proibição, por excelência, endereçada a todos os casais cujos casamentos foram celebrados entre 1º de abril de 1953 e 30 de junho de 1976, de adotarem o sobrenome (de nascimento) da mulher como nome de família, assim decidiu o TCF.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 31 de maio de 1978

– 1 BvR 683/77 –

[...]

RAZÕES

A.

[...]

I.

1. De acordo com o § 1355 BGB, de 18 de agosto de 1896 (RGBl., p. 195), a mulher adquire, com o casamento, o sobrenome do marido. Após o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1953, ter verificado que o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto pelo Art. 3 II GG é direito válido e eficaz, e que, de acordo com Art. 117 GG, qualquer prescrição em contrário na área do direito de família e de matrimônio estaria revogada a partir de 31 de março de 1953 (BVerfGE 3, 225 [239 e ss.]), o legislador alterou, nesse ponto, o atual § 1355 BGB, por meio da Lei da Igualdade de Direitos (*Gleichberechtigungsgesetz*), de 18 de junho de 1957 (BGBl. p. 609). A partir daí, a mulher adquiriu o direito de acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família (§ 1355 II BGB). Para além disso, não foi alterada a regra, segundo a qual o nome do casal e da família era o sobrenome do marido (§ 1355 I BGB).

2. [...].

II. – III. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é admitida [a julgamento de mérito] e procedente.

I. – II. [...]

III.

1. O § 1355 I BGB, em sua antiga redação (§ 1355 I BGB a.F.), era incompatível com o Art. 3 II GG. A regra de que o sobrenome do marido era o nome do casal e da família vedava a

possibilidade de o sobrenome da mulher tornar-se o nome da família. Apenas o marido teria o direito à continuidade de seu sobrenome como nome de família. A questão sobre qual dos sobrenomes dos cônjuges teria seguimento como nome de família foi decidida, assim, pela lei, exclusivamente, em razão do gênero sexual. Essa regra representava uma violação ao direito fundamental da mulher estabelecido pelo Art. 3 II GG. Essa discriminação da mulher ainda não foi sanada, quando ela passou a poder acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família. Enquanto o homem não estava nem autorizado, nem obrigado a tornar pública, por meio do sobrenome, a realidade de seu estado conjugal, o sobrenome da mulher sofria uma alteração por meio do matrimônio. Muito evidente tornou-se esse tratamento diferenciado da mulher com a determinação do sobrenome dos filhos havidos no casamento, pois que esses, segundo § 1616 BGB, recebiam apenas o sobrenome do pai.

2. O tratamento desigual destinado aos cônjuges pela antiga redação do § 1355 BGB não pode ser justificado por nenhuma diferença biológica ou funcional. Tampouco, o equilíbrio dos cônjuges, nos quadros da unidade familiar, será afetado pelo fato de que o sobrenome do marido não seja o nome comum do casal e da família. Simplesmente, não há quaisquer diferenças decisivas entre homem e mulher que possam legitimar a regra encontrada no § 1355 BGB a.F. (antiga redação) como regra coercitiva (cf. BVerfGE 10, 59 [81]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4]; 39, 169 [185 s.]).

A tese de que a unidade familiar viria expressa no sobrenome do marido fora fundamentada pela jurisprudência antiga no fato de que o marido representaria o grupo familiar perante terceiros e que, dentro da sociedade conjugal, ele teria tarefas e deveres que não seriam idênticos àqueles da mulher [...]. Não se pode partir de uma representação geral do casamento pelo marido nas relações com terceiros, nem mesmo quando somente o marido exercer atividade econômica e a mulher limitar-se ao cumprimento das tarefas domésticas e ao cuidado dos filhos. Isso vale ainda mais naqueles casos em que ambos os cônjuges são economicamente ativos. Principalmente a crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho colaborou para o abandono da ideia anteriormente dominante, segundo a qual contrariaria a natural divisão de tarefas no casamento e na família o fato de a mulher ser ativa profissionalmente, não se limitando ao cumprimento de suas tarefas no casamento e na família. [...].

3. O princípio da igualdade de direitos [entre homens e mulheres] também não é limitado, no presente caso, por outro direito constitucional (cf. BVerfGE 10, 59 [80]).

a) Esse seria o caso se o Art. 6 I GG exigisse, como proteção da família, a manutenção da exteriorização da relação familiar que estava relacionada à regra contida no § 1355 I BGB a.F. (antiga redação). O Art. 6 I GG abrange, porém, não a proteção das gerações familiares em sentido amplo (*Generationen-Großfamilie*). Família, na acepção do Art. 6 I GG, significa, pelo contrário, principalmente a família em sentido estrito, na comunidade domiciliar, composta pelos pais e seus filhos [...].

b) [...].

4. [...].

IV.

[...]

(ass.) Benda; Faller; Haager; Hesse; Simon; Richter; Katzenstein; Niemeyer

20. BVerfGE 52, 369 (*Hausarbeitstag*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial / Reclamação Constitucional contra Ato Normativo (indiretamente); 13.11.1979

MATÉRIA

O reclamante, um atendente de enfermagem e funcionário do Estado-membro de *Nordrhein-Westfalen*, ajuizou uma ação trabalhista requerendo a outorga de um dia de folga no mês para a realização do trabalho doméstico, o assim chamado **dia do trabalho doméstico** (*Hausarbeitstag*), que havia sido denegado pelo empregador. O § 1 da Lei do Dia do Trabalho Doméstico do Estado de *Nordrhein-Westfalen* (HATG NRW) garantia, todavia, tal benefício somente à mulher com “economia doméstica própria” (ou seja, no caso, com uma residência a ser solitária e autonomamente administrada, por viver nela só) que trabalhasse pelo menos 40 horas semanais. Por não preencher a primeira condição (não ser mulher), sua ação trabalhista foi julgada improcedente, julgamento contra o qual ajuizou sua Reclamação Constitucional. Ter uma “economia doméstica própria” significa, no contexto social alemão, ter de realizar, pessoal e solitariamente, todos os afazeres domésticos (entre muitos outros: da compra de mantimentos, passando pelo pagamento de contas, à limpeza das dependências domésticas, procedendo, eventualmente, a pequenos reparos).

O TCF julgou sua Reclamação Constitucional admitida a julgamento de mérito e procedente para o duplo efeito de suspender a decisão (*Urteil*) do Tribunal Trabalhista e declarar o § 1 HATG NRW incompatível com o **Art. 3 II GG**, quando este exclui da outorga do benefício os homens que tenham economia doméstica própria e que trabalhem pelo menos 40 horas semanais e, assim, preencham as demais condições subjetivas para a concessão do benefício trabalhista, previsto no § 1 HATG NRW.

Não é, portanto, compatível com o Art. 3 II GG conceder às mulheres solteiras, com economia doméstica própria, o direito ao dia de trabalho doméstico, mas não aos homens (que se encontrarem) na mesma situação.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de novembro de 1979

- 1 BvR 631/78 -

[...]

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à constitucionalidade do § 1 da Lei do Estado de *Nordrhein-Westfalen* sobre concessão de folga para mulheres com economia doméstica própria, de 27 de julho de 1948 (HATG NRW), na extensão em que ela [a lei] concede a empregadas solteiras um dia de folga para dedicação ao trabalho doméstico, mas não o concede a empregados solteiros com economia própria.

I.

1. [...].

2. A prescrição do § 1 HATG NRW (*Hausarbeitstagsgesetz* – Lei do Dia do Trabalho Doméstico) tem o seguinte teor:

Nas firmas e repartições de qualquer tipo, as mulheres com economia própria que trabalhem, em média, no mínimo 40 horas semanais, têm direito a um dia de folga durante a semana (dia do trabalho doméstico) por mês.

Segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Federal Trabalhista não apenas as empregadas casadas, mas também aquelas que vivam sós, que administrem a própria economia doméstica, podem requerer um dia do trabalho doméstico. Está presente uma economia doméstica própria no sentido do § 1 HATG NRW no caso de uma mulher que viva só, tendo equipado com móveis pelo menos um cômodo totalmente ou em grande parte; e que sem ajuda suficiente, essencialmente ela mesma, realize os trabalhos tipicamente ligados à administração do lar [...].

II. 1. – 3.; III. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é admitida [a julgamento de mérito] e julgada procedente. O § 1 HATG NRW não é compatível com o Art. 3 II GG, quando o dispositivo prevê somente para a mulher solteira com economia doméstica própria a outorga de um dia do trabalho doméstico.

I.

É objeto do exame de constitucionalidade o § 1 HATG NRW, na interpretação dada à prescrição legal pelo Tribunal Federal do Trabalho, na decisão de seu Grande Senado, de 16 de março de 1962 (BAG 13, 1 = AP nº 19 sobre § 1 HausarbTagsG) e que, desde então, é base de sua jurisprudência. Segundo a mencionada interpretação, no território do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, todas as mulheres têm, sem considerar seu estado civil, direito ao dia do trabalho doméstico, desde que trabalhem por uma determinada jornada e tenham economia e gestão domésticas próprias. Para o trabalhador do sexo masculino que se encontrar na mesma situação, o até então inequívoco teor do dispositivo não prevê, pelo contrário, a esse respeito, o direito ao dia do trabalho doméstico. Também o Tribunal Trabalhista Federal parte dessa situação jurídica na decisão impugnada pela Reclamação Constitucional.

O parâmetro do exame é o Art. 3 II GG. O mandamento ali contido de igualdade de direitos entre homens e mulheres concretiza o princípio geral de igualdade e veda que a diferença entre os gêneros possa servir como fundamento para a discriminação pelo direito. Isto, no entanto, não exclui, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, a possibilidade de regras que diferenciem homens e mulheres segundo diferenças biológicas e funcionais objetivas (relativas à divisão de tarefas trabalhistas), de acordo com a natureza da respectiva relação social (cf. BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343s.]; 31, 1 [4s.]; 37, 217 [249s.]; 43, 213 [225]). A diferenciação perpetrada pela regra do § 1 HATG NRW, pelo menos no caso de solteiros, não encontra respaldo em tais características.

II.

A regra do § 1 HATG NRW condiciona a determinação de quais pessoas têm direito ao dia do trabalho doméstico somente à diferença de gênero, estabelecendo, com isso, uma diferenciação constitucionalmente inadmissível.

1. Com a garantia do dia do trabalho doméstico, deve ser dada à trabalhadora a oportunidade de realizar serviços domésticos no próprio lar que só muito dificilmente poderiam ser

realizados paralelamente à jornada profissional, especialmente, os vultosos trabalhos de lavagem e limpeza. [...].

2. O encargo duplo da atividade profissional e serviço doméstico pode ser levado em consideração também em relação aos homens. É o que vale, principalmente, para os solteiros, que cuidam sozinhos de suas próprias casas, já que a atividade profissional e a administração doméstica se concentram, inevitavelmente, em uma só pessoa. Desde que um trabalhador solteiro enfrente o encargo duplo de atividade profissional e serviço doméstico, não se justifica tratá-lo de maneira diferente do que uma trabalhadora solteira junto à concessão do dia de trabalho doméstico. Diferenças biológicas ou funcionais (referentes à divisão do trabalho) não marcam, nesse caso, a situação a ser disciplinada de maneira tão decisiva, a tal ponto de os elementos de comparação terem de ser deixados completamente de lado e a regulamentação jurídica diferenciada não poder mais ser, logicamente, compreendida pelos conceitos “discriminações” e “favorecimentos” (cf. BVerfGE 37, 217 [249] com mais referências).

a) Não faz parte das peculiaridades condicionadas pelo gênero da mulher a execução do trabalho doméstico. Se, contudo, nesse âmbito, espera-se que tal atividade seja executada, em primeira linha, pela mulher, isso se deve tão somente à ideia tradicional de que cabe à mulher providenciar a execução, total ou em grande parte, do trabalho doméstico.

A regra até hoje vigente também não pode ser justificada por uma [suposta] menor produtividade da mulher. Nesse ponto, não precisa ser perscrutado se, em geral, as mulheres têm menor resistência no que tange ao esforço físico e estão mais sujeitas a danos à saúde do que os homens. Em todo caso, não é objetivo do dia do trabalho doméstico compensar uma eventual constituição mais frágil da mulher. Isso é levado em conta, no que se refere às relações trabalhistas, pelas prescrições específicas de segurança do trabalho, previstas nos §§ 16 a 19 do Código da Jornada de Trabalho (*Arbeitszeitordnung*). [...]. Por meio da concessão do dia do trabalho doméstico, deve ser dada à trabalhadora, onerada duplamente com profissão e trabalho doméstico, uma oportunidade e tempo para tratar dos serviços mais pesados da casa, que tomam mais tempo do que o tempo respectivamente disponível após uma jornada regular de trabalho. A regra não se baseia nas diferentes produtividades do homem e da mulher, no âmbito da vida trabalhista, como ocorre, notadamente, no caso das normas do Código da Jornada de Trabalho, tendo em vista seu contexto total, mas tão somente em uma avaliação do duplo encargo causado pela combinação entre a atividade profissional e o trabalho doméstico. Um trabalhador do sexo masculino que, concomitantemente à vida profissional, administre [sozinho] sua casa, pode ser, da mesma forma, atingido por esse duplo encargo. A quantidade de trabalho doméstico a ser executado não é menor quando ele é realizado por um homem ao invés de ser realizado por uma mulher. Assim, não pode ser fundamentada a concessão do dia do trabalho doméstico remunerado somente para mulheres com base nas diferenças biológicas existentes entre os sexos.

[...].

b) [...].

III.

A decisão sobre o ressarcimento das custas necessárias se baseia no § 34 IV BVerfGG.

(ass.) Benda, Böhmer, Simon, Faller, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner

21. BVerfGE 84, 9 (*Ehenamen*)

Controle Normativo Concreto; 05.03.1991

MATÉRIA

Trata-se de julgamento de Representações Judiciais que questionavam a constitucionalidade do § 1355 II 2 BGB, segundo o qual seria adotado o nome do marido em caso de não declaração pelos cônjuges do **nome de casal** (*Ehenamen*).

Como os cônjuges não declararam o desejo de adotar o sobrenome da mulher como o nome do casal, o tabelião registrou, como nome do casal, o sobrenome do marido, de acordo com o § 1355 II 2 BGB. Nos dois processos originários, os cônjuges desejavam, em suma, manter seus respectivos sobrenomes de solteiro. Por isso, entraram com um pedido de correção do nome da esposa e de declaração de manutenção do sobrenome de solteiro do marido junto ao competente órgão de registro público. O TCF julgou presentes as condições de admissibilidade das Representações Judiciais e declarou nulo o § 1355 II 2 BGB por ferir o **Art. 3 II GG**. Na fundamentação, não se afastou do que já fora decidido na decisão supra (BVerfGE 48, 327 – *Familiennamen*). Ocorre que, à época, o TCF não havia sido provocado para enfrentar, especificamente, a constitucionalidade do novo § 1355 II 2 BGB, o que aconteceu somente na decisão ora apresentada.

EMENTA

Não é compatível com o princípio da igualdade entre homens e mulheres (Art. 3 II GG) que o sobrenome do marido se torne, por força de lei, o nome do casal, quando os cônjuges não fixarem nenhum dos seus sobrenomes de solteiros como nome do casal (§ 1355 II 2 BGB).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 5 de março de 1991

- 1 BvL 83/86 e 24/88 -

[...]

RAZÕES

A.

As Representações Judiciais questionam se é compatível com o Art. 3 II GG que o sobrenome de nascimento do cônjuge varão se torne o nome do casal, quando os cônjuges, no momento do enlace matrimonial, não determinarem um de seus sobrenomes de nascimento como nome do casal.

I. 1. – 2.; II. 1. a) –b), 2. a) –b); III. 1. – 3. [...]

B.

As Representações Judiciais são admitidas [a julgamento de mérito]. As decisões interlocutórias que ensejaram a Representação Judicial [*Vorlagebeschlüsse*] fazem reconhecer com bastante clareza que, pelo menos a decisão sobre os pedidos de correção [do nome do casal] apresentados pelos cônjuges varigos é prejudicial em relação à constitucionalidade da norma apresentada a exame. Se a relevância da decisão também em relação aos pedidos apresentados pelos cônjuges varões poderia ser afirmada, não carece mais, destarte, de exame [à parte].

C.

O § 1355 II 2 BGB é incompatível com o Art. 3 II GG.

I.

O Art. 3 II GG proíbe que a diferença de gênero seja trazida como um motivo a ser considerado para um tratamento desigual no direito. Isso até não impede a existência de regras que, tendo em vista as diferenças biológicas objetivas ou funcionais (pertinentes à divisão do trabalho), diferenciem, segundo a natureza da respectiva relação vital, homens e mulheres (cf. BVerfGE 63, 181 [194], com mais referências). Contudo, apenas a marca tradicional de uma relação vital não é suficiente para justificar um tratamento desigual. O mandamento constitucional perderia sua função de impor, no futuro, a igualdade de direitos entre os sexos, se a realidade social preexistente tivesse de ser aceita (cf. BVerfGE 57, 335 [344, 345 s.], com mais referências). O princípio da igualdade de direitos deve ser estritamente aplicado. Isso vale, precipuamente, nos casos em que mulheres encontrem-se desfavorecidas; com efeito, o Art. 3 II GG deve servir, antes de tudo, à desconstrução de tais desvantagens (cf. BVerfGE 74, 163 [179]).

II.

Segundo o § 1355 II 2 BGB, o sobrenome do homem torna-se o nome do casal, se os cônjuges não fixarem um de seus sobrenomes de nascimento como nome do casal. A norma trata, portanto, homens e mulheres, no momento da fixação do nome do casal, diferentemente. Esse tratamento desigual não se justifica por meio de diferenças objetivas entre os gêneros. Ele também não pode ser legitimado constitucionalmente por outras razões.

1. Um exame da norma legal junto ao parâmetro do Art. 3 II GG não deve ser afastado aqui, [tão somente] porque, quando os cônjuges firmam o matrimônio perante um funcionário público alemão competente para o registro público, este pode pressupor o conhecimento da situação jurídica e, por isso, poderia ver no enlace matrimonial uma anuência definitiva, com sua consequência legalmente prevista. Contra isso já se coloca que o sobrenome do homem, por força de lei, também se torna o nome do casal, quando os noivos – como nos processos originais – tiverem, expressamente, apresentado sua vontade contrária. Os noivos que queiram evitar a desvantagem da mulher quanto ao direito ao nome [do casal] precisariam permanecer não casados, caso entrem em acordo quanto a um nome comum para a família [a ser constituída]. De resto, o legislador precisa observar os direitos fundamentais também no caso de regras dispositivas.

2. A regra subsidiária diferenciadora segundo o gênero também não pode ser justificada por meio de outras razões, as quais pudessem subsistir em face do Art. 3 II GG.

a) Diferenças biológicas e funcionais não podem justificar o tratamento desigual (cf. BVerfGE 48, 327 [337]). No caso, pode permanecer sem discussão a questão sobre se, e em que extensão, diferenças funcionais (pertinentes à divisão do trabalho) por si ainda podem ser trazidas à pauta a fim de embasar uma desvantagem da mulher. Uma justificação do tratamento desigual por meio de tais diferenças não pode, evidentemente, ocorrer. Uma menor atividade profissional de mulheres (cf. Wacke, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2ª ed., 1989, § 1355, nota à margem 13) não se deve a diferenças funcionais objetivas entre os gêneros, mas, no máximo, a uma tradicionalmente típica divisão de trabalho que o Art. 3 II GG, justamente, não quer consolidar (cf. BVerfGE 57, 335 [344]). A menor presença de mulheres em posições profissionais mais elevadas (Wacke, *op.cit.*) já é, em si, parcialmente, o resultado de uma desvantagem [geral] injustificada.

b) O princípio da igualdade de direitos, no presente contexto, também não pode ser limitado por outras garantias constitucionais (cf. BVerfGE 48, 327 [338 s.], com mais referências). A decisão do legislador de manter um nome de família uniforme até não pode ser afastada constitucionalmente. Mas ela não pode justificar uma diferenciação em razão do sexo, só porque o Art. 6 I GG não obriga o legislador a proteger a unidade de nome na família (cf. BVerfGE 78, 38 [49]). Também não resta claro que a regulamentação do nome dos filhos a ser criada para esses casos apresentaria ao legislador questões que pudessem justificar um afastamento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres. Tanto ordenamentos estrangeiros, quanto a discussão político-legislativa dos últimos anos sobre uma nova regra do direito de nome de família e do casal mostram que podem ser encontradas regras praticáveis para o nome de filhos, sem ser ferido o princípio da igualdade de direitos.

Porém, a decisão do legislador por um nome de família comum não pode justificar o tratamento desigual entre homens e mulheres previsto no § 1355 II 2 BGB, porque a unidade de nome também implicaria uma violação do mandamento de igualdade de direitos. No processo legislativo não foi dado, em última instância, prosseguimento a esforços por uma solução que, de melhor maneira, levasse o Art. 3 II GG em consideração, uma vez que a escolha do nome, [tal qual] viabilizada no § 1355 II 1 BGB, foi considerada suficiente (cf. supra: **A I 2**).

3. O tratamento desigual não perde importância, porque os cônjuges em conformidade com o § 1355 II 1 BGB podem determinar o nome da mulher ou do homem como nome do casal. Primeiro, a questão da ordem igualitária jurídica passa a ter, sobretudo então, relevância, nos casos em que os noivos não chegam a um consenso. Justamente para tal ocorrência, a lei prevê uma regra desfavorável para a mulher. Segundo, essa regra subsidiária exerce, inevitavelmente, um efeito sobre o direito de escolha dos cônjuges, com a consequência de ser afetada a igualdade de chances em desfavor da mulher já no momento da formação da decisão sobre o nome do casal. Isso porque a boa vontade para o consenso do homem pode ser diminuída por saber que, em caso de conflito, o seu sobrenome [de solteiro] será, por força de lei, o nome da família, caso sua parceira sob essas circunstâncias não desista do casamento. Por isso, semelhantemente ao caso da decisão final do pai conforme o § 1628 I BGB a.F. [redação anterior, revogada], o princípio pelo qual os cônjuges podem, conjuntamente, determinar o nome do casal, não pode compensar o desprestígio da posição da mulher na regra subsidiária [ora em pauta] (cf. BVerfGE 10, 59 [78 s.]).

D.

O § 1355 II 2 BGB é, destarte, incompatível com o Art. 3 II GG. O legislador precisa encontrar uma nova regra, a qual observe o mandamento da igualdade de direitos, e que contenha também uma regra de transição para os “casos antigos”. No interesse de clareza [certeza] jurídica, é imperativo que, até a entrada em vigor da nova regra legislativa, determine-se uma regra transitória na presente decisão.

I – II. [...]

(ass.) Seidl; Grimm; Söllner; Dieterich; Kühling; Seibert

22. BVerfGE 107, 27 (*Doppelte Haushaltsführung*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 04.12.2002

MATÉRIA

O TCF julgou, conjuntamente (por conexão), procedentes duas Reclamações Constitucionais movidas por dois homens contra decisões judiciais, em nível estadual, do Tribunal Financeiro de *Hessen* e do Tribunal Financeiro de *Rheinland-Pfalz* e a não admissibilidade de um e o não provimento do outro recurso de revisão pela Corte Federal de Finanças.

Todas as quatro decisões judiciais aplicaram um dispositivo da Lei do Imposto de renda (precisamente: o § 9 I 3, nº 5, 3), julgado incompatível com o Art. 3 I c.c. Art. 6 I GG, ou seja, com o princípio da igualdade em sua combinação com o direito fundamental à especial proteção do casamento e da família.

A ação de primeira instância impugnava o limite temporal fixado pelo dispositivo de dois anos para dedução, na declaração do imposto de renda referente aos anos 1996-1997, dos gastos provocados por um segundo orçamento doméstico. Segundo orçamento doméstico esse que, combinado com o primeiro, implicava um **orçamento doméstico em dobro** (*Doppelte Haushaltsführung*) em razão de uma delegação ou designação profissional para atuar em localidade distinta da originária. Discutia-se assim a legalidade de deduções da renda auferida dos custos extras provocados pela necessidade de se adquirir (ou alugar), equipar e manter um segundo domicílio.

A norma tributária em pauta visava a assegurar que, para efeitos de se chegar à base de cálculo do imposto de renda, os custos extraordinários sofridos, no setor público, por órgãos delegados ou enviados a outra localidade, ou seu correspondente no setor privado, fossem dela abatidos a fim de se garantir a igualdade tributária. Trata-se, em geral, pelo propósito da lei, principalmente, de se levar em consideração todos os custos envolvidos: da busca de uma nova residência à mobília e decoração; custos, portanto, absolutamente involuntários não ligados a escolhas individuais pertinentes ao estilo de vida de cada um.

Não obstante, segundo o teor do dispositivo declarado incompatível com o art. 3 I c.c. Art. 6 I GG, § 9 I 3, nº 5, 3 EStG:

§ 9 Custos de aquisição

(1) Custos de aquisição são [...].Custos de aquisição são também [...]

1. – 13. [...]

14. [...]. [...]. O desconto dos gastos é limitado ao total de dois anos quando se tratar de uma atividade desempenhada na mesma localidade.

O questionamento dos reclamantes recaiu, como aludido, ao limite temporal de dois anos prescrito do dispositivo transcrito acima. Um dos reclamantes era um professor universitário catedrático que aceitou um chamado da Humboldt-Universität zu Berlin, deixando a Johann Wolfgang Goethe-Universität, tendo de se mudar de Frankfurt am Main para Berlin, ao passo que sua esposa, também por razões profissionais, teve de continuar morando na antiga residência. O outro reclamante era um investigador de polícia que foi reiteradamente designado a atuar em outra localidade, tendo igualmente de manter um segundo orçamento doméstico.

Principalmente como o TCF absteve-se de pronunciar o efeito de nulidade da norma julgada incompatível com os direitos fundamentais, respectivamente, do Art. 3 I GG, e do Art.

3 I c.c. Art. 6 I, suspendeu as duas decisões do Tribunal Federal (pelo não conhecimento do recurso de revisão em um caso, e pelo não provimento em outro) e determinou reenvio dos autos àquela Corte para novas decisões. Limitou-se, portanto, ao efeito da anulabilidade, restando à Corte Federal de Finanças decidir as questões de direito intertemporal e ao legislador promulgar nova regra compatível com os direitos fundamentais interpretados utilizados como parâmetro nessa decisão.

Do ponto de vista da dogmática de direitos fundamentais, interessante é que o TCF reforçou a dogmática do chamado fortalecimento ou enriquecimento da área de proteção de direitos fundamentais, no caso do Art. 3 I GG com sua aplicação combinada com o Art. 6 I GG.

EMENTAS

1. Para a tributação da renda constitucionalmente prescrita segundo a capacidade contributiva, é também relevante a distinção entre a utilização livre ou aleatória da renda, de um lado; e o gasto coercitivo, obrigatoriamente determinado, de outro.

Na sua decisão sobre se ele quer considerar gastos como dedutíveis de tributos, o legislador tem de estimar, de maneira diferenciada, os diversos motivos que ensejaram os gastos, então também à luz dos direitos fundamentais atingidos, quando tais motivos fizerem parte, total ou parcialmente, da esfera da condução da vida privada.

2. Sobre a limitação do desconto dos gastos do orçamento doméstico em dobro, no caso de uma ocupação no mesmo local, em um total de dois anos pela Lei Tributária Anual de 1996.

Decisão (*Beschluss*)

Do Segundo Senado em 4 de dezembro de 2002

– 2 BvR 400/98 –

[...]

Dispositivo da decisão

1. Os autos dos processos são apensados para julgamento conjunto [por conexão].

2. O § 9 Parágrafo 1, Período 3, número 5, Período, 3 da Lei do Imposto de Renda; na redação do Artigo 1, número 14, dada pela Lei Tributária Anual de 1996, de 11 de outubro de 1995 (BGBl. I, p. 1250), é incompatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 GG, na extensão em que a norma compreenda casos da permanentemente prorrogada delegação [para atual em outra localidade] (“delegação em cascata”). E é incompatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 6, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, na extensão em que ela [a referida norma] pretenda valer para ambos os cônjuges ativos profissionalmente.

3. A decisão do Tribunal Financeiro de *Hessen*, de 22 de maio de 1997 – 7 K 761/96 –; e a decisão do Tribunal Financeiro Federal, de 05 de dezembro de 1977 – VI R 104/97 –, violam o direito fundamental do reclamante 1 derivado do Artigo 3, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 6, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Suspende-se a decisão da Corte Federal de Finanças.

4. – 6. [...].

RAZÕES

A.

[...]

I. 1. – 4.; II.; III. 1. a) – b), 2. a) – b), 3. a) – b); IV. 1. – 2. a) aa) – cc), b) [...].

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas [a julgamento do mérito].

1. – 2. [...].

C.

Ambas as Reclamações Constitucionais são fundamentadas [procedentes].

[...]

I.

1. O parâmetro do Art. 3 I GG recebe, na combinação com as estruturas do direito do imposto de renda, uma série de configurações especiais.

a) Do mandamento geral de igualdade derivam, a depender do objeto regulamentado e dos atributos de diferenciação, diversas restrições para o legislador, que vão desde uma mera proibição de arbítrio até um rigoroso vínculo a exigências de proporcionalidade (cf. BVerfGE 88, 5 [12]; 88, 87 [96]; 101, 54 [101]; 103, 310 [318]; 105, 73 [110 s.] – [...]). O Art. 3 I GG é violado, em todo caso, “quando não se pode encontrar um plausível motivo objetivo, decorrente da natureza da matéria, ou qualquer outro, para a diferenciação legal ou tratamento igualitário [pelo legislador] (cf. BVerfGE 1, 14 [52]; da jurisprudência pacificada: p.ex. BVerfGE 89, 132 [141]). No mais, o mandamento geral de igualdade é violado quando um grupo de destinatários normativos ou atingidos pela norma for, na comparação com outros, tratado de maneira diferente, embora não existam entre ambos os grupos diferenças de tal tipo e magnitude que possam justificar o tratamento diverso (cf. BVerfGE 55, 72 [88]; 93, 386 [397]). Para tanto, depende também, essencialmente, de saber em que medida o tratamento desigual de pessoas ou situações possa produzir efeitos negativos sobre as liberdades protegidas por direito fundamental (cf. BVerfGE 82, 126 [146]; 88, 87 [96]; 89, 15 [22 s.]; 89, 69 [89]; 90, 46 [56]; 91, 346 [363]; 95, 267 [316 s.]; 97, 271 [290 s.]; 98, 365 [389]; 99, 367 [388]; cf. também: BVerfGE 99, 341 [355 s.]). Parâmetros mais detalhados e critérios não podem ser indicados com precisão de maneira geral e abstrata, mas tão somente quando embasados sobre os respectivamente atingidos âmbitos materiais e regulatórios (jurisprudência pacífica do Segundo Senado, p.ex.: BVerfGE 75, 108 [157]; 93, 319 [348 s.]; 93, 386 [397]; 101, 275 [291]; 103, 310 [318]; 105, 73 [111]; cf. também da jurisprudência do Primeiro Senado: BVerfGE 88, 5 [12 s.]; 88, 87 [96 s.]; 90, 226 [239]).

b) A liberdade, em princípio, do legislador de determinar, tipologicamente, aquelas matérias para as quais a lei liga a mesma consequência jurídica, qualificando-as, assim, como juridicamente iguais (cf. BVerfGE 75, 108 [157]; 105, 73 [125 s.] – [...]), é limitada em âmbito do direito tributário e, especialmente, no âmbito do direito do imposto de renda, sobretudo por meio de duas diretrizes intimamente ligadas entre si: por meio do mandamento da orientação da carga tributária pelo princípio da capacidade contributiva e por meio do mandamento da consistência. Segundo eles, tem-se de, no interesse da constitucionalmente ordenada igualdade da carga tributária (cf. BVerfGE 84, 239 [268 ss.]), fixar como meta, no caso de igual capacidade contributiva, tributar os contribuintes também com igual carga (justiça tributária horizontal), enquanto que (na direção vertical) a tributação de rendas superiores tem de ser adequada, quando comparada com a carga tributária de rendas menores (cf. BVerfGE 82, 60 [89]; 99, 246 [260]). O legislador até tem uma ampla margem discricionária quando da escolha do objeto tributário e da determinação da alíquota. Contudo, junto à configuração do tipo normativo original, ele precisa, observando, na medida do possível, o mandamento de [sempre] onerar de maneira igual todos os contribuintes, uma vez

tomada a decisão de carga tributária, aplicá-la de maneira consistente no sentido da igualdade de ônus (cf. BVerfGE 84, 239 [271]; 93, 121 [136]; 99, 88 [95]; 99, 280 [290]; 101, 132 [138]; 101, 151 [155]). Exceções de tal aplicação consistente carecem de um motivo objetivo especial (cf. BVerfGE 99, 88 [95]; 99, 280 [290]). Isso vale, especialmente, para o direito de imposto de renda, que se baseia na capacidade contributiva de cada contribuinte (BVerfGE 82, 60 [86], coerente com a jurisprudência pacífica).

c) A capacidade financeira contributiva, que é decisiva para a igualdade de carga no direito de imposto de renda, é medida pelo legislador ordinário segundo o princípio líquido objetivo e subjetivo. Segundo esse princípio, submete-se ao imposto de renda apenas a renda líquida, a saber, o saldo da diferença entre os créditos realizados, de um lado; e os custos de produção (empresariais/profissionais), bem como os gastos de manutenção (privados), de outro lado. Por isso que os gastos com o exercício profissional segundo os §§ 4, 9 EstG e os gastos de manutenção no quadro de despesas extraordinárias ou cargas inesperadas de acordo com os §§ 10 ss., 33 ss. EstG são, em princípio, dedutíveis [da base de cálculo do imposto]. Por sua vez, os gastos com a administração da vida [estilo de vida] fora do quadro das despesas extraordinárias ou cargas inesperadas não diminuem, de acordo com o § 12, nº 1 EstG, a base de cálculo; isso vale, conforme o § 12, nº 1, 2 EstG, também para aqueles custos de administração da vida “que a posição econômica ou social do contribuinte provoque, também se eles ocorrerem para o fomento da profissão ou atividade [trabalho] do contribuinte”. A mais nova jurisprudência constitucional deu contornos às dimensões constitucionais dessa sistemática legal, de modo diferenciado:

aa) Em relação ao princípio líquido objetivo, o Tribunal Constitucional Federal deixou em aberto até hoje, se a vigência desse princípio do direito de imposto de renda também é ordenada constitucionalmente. Em todo caso, o legislador pode quebrá-la no caso da presença de razões de vulto e pode se servir de regras generalizantes, tipificantes e indiferenciadas (cf. BVerfGE 81, 228 [237]). No caso, o princípio líquido objetivo ganha em significado, sobretudo, na sua relação com as exigências de consistência suficiente junto à configuração mais detalhada das decisões legislativas fundamentais: a tais pertencem a delimitação da monta tributária segundo as medidas do princípio líquido objetivo como tipo normativo originário do imposto de renda (cf. BVerfGE 99, 280 [290]); exceções da aplicação consistente da decisão de carga tomada com base no princípio líquido objetivo carecem de uma razão especial e racionalmente justificada (cf. BVerfGE 99, 280 [290]).

bb) Em âmbito do princípio líquido subjetivo deve ser observado o mandamento constitucional do respeito tributário ao mínimo existencial do contribuinte e de sua família, titular do direito alimentício (cf. BVerfGE 82, 60; 82, 198 [206 s.]; 87, 153; cf. também: BVerfGE 89, 346 [354 s.]; 99, 216 [232 ss.]). Em que medida, além da proteção do mínimo existencial, também outros gastos privados inevitáveis ou cogentes devam ser considerados como redutores da renda na base de cálculo, ainda não foi, até hoje, conclusivamente esclarecido. Antigas decisões (antes da jurisprudência sobre o [necessário] respeito ao mínimo existencial) já haviam, na substância, exigido que o direito de imposto de renda tivesse de, obrigatoriamente, “considerar” tais gastos necessários. (cf. BVerfGE 43, 108 [120]; no mesmo sentido: 61, 319 [344]; 66, 214 [223]). Mais recentemente, o Primeiro Senado (cf. BVerfGE 89, 346 [354 s.]) aceitou, especificamente para os custos de educação com os filhos, além do mínimo existencial, também uma obrigação estatal de assumir, parcialmente, tais custos ou

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

“pelo menos de reconhecê-los, quando da tributação dos pais, como diminuição de sua capacidade contributiva”. Todavia, em geral – externamente ao campo das obrigações alimentares familiares – não está bem claro se e em que extensão despesas privadas necessárias devam ser consideradas, por força constitucional, como redutoras de renda; como, por exemplo, revela a discussão em torno da tributação prévia ou *a posteriori* de aposentadorias. (cf. BVerfGE 105, 73 [82 ss.]).

Em todo caso, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu os parâmetros constitucionais para a avaliação tributária da renda de gastos com pensões, em explícito distanciamento em relação à genérica vedação legal de desconto do § 12, nº 1 EStG. Ao contrário dos lá compreendidos e não dedutíveis “custos gerais da administração da vida [manutenção do “estilo de vida]”, deve ser considerado que a capacidade contributiva é diminuída, por exemplo, no caso de pensão a filhos, por meio de tais gastos. Isso resulta do mandamento geral de igualdade, assim como do Art. 1 I e Art. 6 I GG; conseqüentemente, o Estado não pode, quando da tributação, ter acesso àqueles recursos que sejam indispensáveis à alimentação de filhos, de igual modo como no caso de recursos que o cidadão possa utilizar para a satisfação de outras mais variadas necessidades (cf. BVerfGE 89, 346 [353], em conexão a: BVerfGE 82, 60 [86 s.]; cf. também: BVerfGE 99, 216 [233], com mais referências).

Em geral vale: para a tributação ordenada constitucionalmente segundo a capacidade contributiva, não importa a diferença entre ensejo privado ou profissional de gastos, mas em todo caso também a diferença entre uso da renda livre e aleatória, de um lado; e obrigatória, de outro lado, que seja determinada por razões obrigacionais. A consideração de gastos privadamente ensejados não está, sem mais, à disposição do legislador. Este tem de apreciar as diversas razões que ensejaram o gasto, à luz de direitos fundamentais atingidos, de maneira diferenciada, também quando tais razões possam ser atribuídas, total ou parcialmente, à esfera da administração geral (privada) da vida.

II.

Segundo tais parâmetros constitucionais, ambas as Reclamações Constitucionais encontram-se fundamentadas [são procedentes].

1., 2. a) – c), 3. a) – b), aa) – cc), c) [...].

III.

Outros grupos de administração de orçamento doméstico em dobro não compõem o objeto das Reclamações Constitucionais; especialmente não está para ser decidido se, e em que extensão, poderiam ser, igualmente, contrapostos questionamentos constitucionais à polêmica restrição de desconto, nos casos em que, também depois de passados dois anos, a tarefa de administrar um orçamento doméstico em dobro revele-se como sendo uma exigência descabida em função de motivos familiares ou sociais.

D.

I.

O choque de uma norma contra a *Grundgesetz*, também no caso de uma Reclamação Constitucional ajuizada indiretamente contra uma lei, pode levar ou à declaração de nulidade ou a que o Tribunal Constitucional Federal verifique a inconstitucionalidade ou, sinonimamente, verifique a incompatibilidade da norma com a *Grundgesetz* (cf. §§ 13, nº 8a, 31 II 2, 79 I, 95 III BVerfGG). Uma mera verificação da inconstitucionalidade é, sobretudo, ordenada, quando o legislador tiver várias possibilidades de afastar o estado de

inconstitucionalidade (cf. p.ex.: BVerfGE 61, 43 [68]; 93, 121 [148]; 99, 280 [298]; 105, 73 [133]). Este é o presente caso: o legislador tem uma grande margem de configuração e tipificação em relação à altura do gasto por ele permitido para o desconto dos custos profissionais-operacionais (cf. BVerfGE 96, 1 [6, 9 s.]; 99, 280 [290]). Também as possibilidades de o legislador fazer o ensejo profissional da manutenção de um orçamento doméstico em dobro como condição para o desconto de gastos profissionais-operacionais são diversas: ele poderia, por exemplo, decidir-se pela regulamentação vigente antes da entrada em vigor da Lei Tributária Anual de 1996, segundo a qual tão somente o ensejo profissional da fundação de uma administração de um segundo orçamento doméstico deveria ser avaliado; ele poderia também ordenar – como segundo a jurisprudência da Corte Federal de Finanças a respeito da situação jurídica válida até 31 de dezembro de 1977 – que depois de passados dois anos de administração de orçamento doméstico duplicado houvesse uma reavaliação do ensejo profissional da manutenção da administração de orçamento doméstico em dobro pela Administração Pública Financeira; no entanto, tal reavaliação teria de observar os parâmetros constitucionais, que são determinantes no caso das constelações fáticas a serem ora decididas, independentemente de elas ocorrerem, correspondentemente ao princípio da tributação por exercício [lapso temporal anual], em cada período tributável ou, pela primeira vez, depois de vários anos de manutenção de orçamento doméstico em dobro.

II.

Quando uma norma for declarada incompatível com a *Grundgesetz*, a consequência é, em regra, que ela não pode mais ser aplicada por tribunais e repartições públicas, na extensão da incompatibilidade verificada (jurisprudência pacífica; cf. BVerfGE 73, 40 [101]; 87, 153 [178]; 99, 280 [298]; 105, 73 [134]). A obrigação do legislador de – retroativamente – estabelecer uma situação jurídica correspondente à Constituição, estende-se, em princípio, sobre todo o interregno atingido pela declaração de incompatibilidade e compreende, ao menos, todas as decisões ainda não transitadas em julgado que se baseiem na regra declarada inconstitucional (cf. BVerfGE 87, 153 [178]; 99, 280 [298]; 105, 73 [134]). Esses princípios também encontram respaldo nos presentes processos de Reclamação Constitucional; vale dizer, para todos os períodos tributáveis a partir de 1996. Para a configuração retroativa da situação jurídica, o legislador terá de considerar também questões da justiça intertemporal.

E.

A decisão sobre o ressarcimento das custas processuais necessários baseia-se no § 34a II BVerfGG.

(*ass.*) Hassemer; Sommer; Jentsch; Broß; Osterloh; Di Fabio; Mellinshoff; Lübke-Wolf

23. BVerfGE 111, 176 (*Erziehungsgeld an Ausländer*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 06.07.2004

MATÉRIA

Dúvidas e litígios sobre a interpretação e aplicação das leis que disciplinam as pretensões jurídicas à prestação de benefícios sociais fazem parte da competência da jurisdição especial administrativa, subdivida em administrativa *lato sensu*, financeira e social-previdenciária (*Sozialgerichtsbarkeit*). É o caso da lei aplicada pelos tribunais que tiveram suas decisões impugnadas pela Reclamação Constitucional decidida no presente caso, a Lei da Concessão de

Auxílio-Educação e Férias Escolares (Lei Federal de Auxílio-Educação – BErzGG), mais precisamente de seu § 1 I a 1.

A reclamante, cidadã turca, entrou na República Federal da Alemanha com um pedido de asilo político e requereu junto ao órgão administrativo competente um auxílio-educação que fora indeferido por conta de o *status* de sua permissão de permanência não ser contemplado pela legislação específica. Nos autos do processo que deu origem à reclamação contra o indeferimento, a cabível ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Social de primeira instância. Contra essa sentença, interpôs o cabível recurso de apelação perante o Tribunal Estadual Social que foi provido por conta de uma interpretação conforme a Constituição em face do **Art. 3 I GG** por aquele órgão judicante.

Ocorre que a norma da causa de pedir havia sido alterada poucos dias antes do nascimento da criança e o Tribunal Estadual Social entendeu que ela poderia ter confiado na expectativa do benefício. Essa decisão foi, todavia, suspensa pela Corte Federal Social que teve sua decisão impugnada pela presente Reclamação Constitucional.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional, porque verificou uma incompatibilidade entre a regra disciplinadora do auxílio-educação indeferido e a norma suprema do Art. 3 I GG. Consequentemente, suspendeu tanto a decisão da Corte Federal Social, reenviando os autos do processo àquela Corte, quanto a eficácia da norma do § 1 I a 1 BErzGG, dando o prazo de até o dia 1º de janeiro de 2006 para o legislador promulgar nova regra plenamente compatível com o Art. 3 I GG, devendo valer para processos não transitados em julgado, provisoriamente, o disposto antes da de 26 de junho de 1993, data da derrogação da lei que levava à verificada incompatibilidade.

EMENTA

Não é compatível com o princípio da igualdade (Art. 3 I GG) excluir estrangeiros com autorização de permanência, genericamente, da garantia do auxílio-educação. O legislador pode, todavia, fazer a concessão do auxílio-educação depender da presença da condição de que um dos pais que esteja disposto a cuidar do filho não esteja juridicamente impedido de ingressar ou prosseguir em uma atividade remunerada.

Decisão (*Beschluss*)

Do Primeiro Senado em 06 de julho de 2004

– 1 BvR 2515/95 –

[...]

Dispositivo da decisão

1. O § 1, Parágrafo I a, Período 1 da Lei da Concessão de Auxílio-Educação e Férias Escolares (Lei Federal de Auxílio-Educação – BErzGG), na redação da Lei de medidas para o combate de cargas financeiras herdadas no contexto da construção da unidade da Alemanha, para a garantia, em longo prazo, da construção nos novos Estados-membros, para a nova ordem jurídica da compensação financeira federal e para a desoneração dos orçamentos públicos (Lei de Aplicação do Programa Federal de Consolidação – FKPG), de 23 de junho de 1992 (BGBl. I, p. 944), era incompatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

2. Caso o legislador não substitua a regra inconstitucional até o dia 1º de janeiro de 2006 por uma nova regra, ela deverá ser aplicada até 26 de junho de 1993 aos processos ainda não concluídos.

3. A decisão do Corte Federal Social de 6 de setembro de 1995 (14 REg 1/95) viola o direito fundamental da reclamante derivado do Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Suspende-se a decisão. Devolve-se a matéria para o Corte Federal Social [para novo julgamento].

4. A República Federal da Alemanha deve ressarcir à reclamante as custas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional tem por objeto a não concessão do auxílio-educação a estrangeiros que disponham tão somente de uma autorização de permanência.

I. 1. – 2. a) – d); II. 1. – 2. a) – c), 3. [...].

III.

Sobre a Reclamação Constitucional pronunciou-se o Corte Federal Social. Os demais titulares do direito de manifestação dela declinaram.

B.

A Reclamação Constitucional é fundamentada [procedente]. O § 1 I a 1 BErzGG, de 1993, era incompatível com o Art. 3 I GG. Por isso, a decisão do Corte Federal Social não pode valer.

I.

1. O princípio geral da igualdade (Art. 3 I GG) ordena tratar todas as pessoas igualmente perante a lei. Contudo, com isso não se proíbe ao legislador toda espécie de diferenciação. A ele se confia uma larga margem de configuração, no âmbito da atuação estatal garantidora, para a delimitação dos círculos de pessoas [a serem] beneficiadas (cf. BVerfGE 99, 165 [178]; 106, 166 [175 s.]). No entanto, resulta, do princípio geral de igualdade, tão mais estreitos limites para o legislador, quanto mais forte puder o tratamento desigual influenciar o exercício de liberdades protegidas por direitos fundamentais (cf. BVerfGE 106, 166 [176], com mais referências). A proteção do casamento e da família pelo Art. 6 I GG, que deve ser considerada no presente caso, não contém uma delimitação [de proteção] restrita a alemães (cf. BVerfGE 31, 58 [67]; 51, 386 [396]; 62, 323 [329]). [Julgar] Se uma regra impugnada com a Reclamação Constitucional corresponde ao princípio geral do Art. 3 I GG, isso depende de se verificar se para a perpetrada diferenciação existiam motivos, de tal tipo e de tal magnitude, a ponto de terem tido o condão de justificar o tratamento desigual (cf. BVerfGE 109, 96 [123]; jurisprudência pacífica).

2. Com base na norma do § 1 I a 1 BErzGG, de 1993, a ser aqui examinada, estrangeiros com autorização de permanência não recebiam auxílio-educação, independentemente de quão consolidada, no caso concreto, era sua permanência na Alemanha. Excluídos do auxílio-educação foram, principalmente, os titulares de autorizações de permanência cuja autorização – como a da reclamante – de acordo com o § 94 III, nº 3 AuslG, de 1990, continuava vigente e que, segundo o § 99 I AuslG de 1990 – em todo caso em conexão com a promulgação do Direito de Estadia de 18 de outubro de 1990 –, detinham um status de permanência duradoura. Porque faltava uma regra de transição, o § 1 I a 1 BErzGG, de 1993, compreendia também aqueles estrangeiros com autorização de permanência que já moravam na Alemanha e também aqueles que já esperavam por um filho antes de a norma ter entrado em vigor. Tão

somente para os filhos já nascidos, mantinha-se o direito ao auxílio-educação, já adquirido segundo a jurisprudência dos tribunais sociais. Assim, os estrangeiros com autorização de permanência foram colocados em situação pior do que os alemães e do que os estrangeiros com o direito de permanência ou licença de permanência.

3. Essa diferenciação não restou justificada.

a) Na extensão em que o legislador, com a referência ao tipo do título da permanência do requerente no § 1 I a 1 BerzGG, de 1993, quis conceder o auxílio-educação apenas àqueles estrangeiros dos quais podia ser esperado que ficassem na Alemanha por longo tempo, esse objetivo é, de fato, legítimo. Todavia, o critério de diferenciação escolhido não é adequado a compreender, de maneira idônea, esse círculo de pessoas. Isso foi o que decidiu o Tribunal Constitucional Federal, em sua decisão de 6 de julho de 2004 (1 BvL 4/97; 1 BvL 5/97; 1 BvL 6/97), em relação à correspondente regra do direito de auxílio-educação. Segundo a referida decisão, só o tipo formal do título de permanência não é apto como fundamento de um prognóstico a respeito da duração da permanência na Alemanha e, com isso, não é apto como critério de delimitação para a garantia de auxílio-filiação (Impresso, p. 22 s.). Nada diferente pode valer para o auxílio-educação. Também aqui, caso se condicione somente à autorização de permanência, não são tratados de maneira procedente [aqueles] estrangeiros, como é o caso da reclamante, que, embora disponham apenas de tal título de permanência, detenham, igualmente, um consolidado status de permanência.

b) Igualmente, o propósito primordial do auxílio-educação de viabilizar a pais o cuidado dos seus filhos por eles mesmos, mediante desistência de dedicação a uma atividade remunerada ou sua limitação, não justificou a referência [condicionante] à autorização de permanência do requerente feita no § 1 I a 1 BErzGG, de 1993. O legislador até age em consonância com o Art. 3 I GG, quando ele exclui do recebimento do auxílio-educação os estrangeiros que, devido a razões jurídicas, de toda forma não possam se dedicar a uma atividade remunerada. A concessão de uma prestação social que pretenda criar um estímulo à desistência de uma atividade remunerada (cf. também BVerfG, 3ª Câmara do Primeiro Senado, SozR 7833 § 3, nº 2) não atinge seu objetivo, quando tal atividade remunerada não for permitida àquele pai ou àquele mãe que esteja pronto para a criação do filho. Contudo, a regra do § 1 I a 1 BerzGG, de 1993, não era adequada ao alcance desse objetivo legítimo, porque um estrangeiro que dispunha apenas de uma permissão de permanência na forma de uma autorização de permanência não era, já por conta disso, excluído no mercado de trabalho. Ela não conseguiu efetuar a diferenciação entre estrangeiros com e estrangeiros sem direito à atividade remunerada.

aa) Não existia uma relação na legislação do estrangeiro entre o tipo do título da permanência e a autorização para trabalhar. Segundo o § 14 II 2 - 4 AuslG, de 1990, podia ser qualquer forma de permissão de permanência acompanhada de uma ressalva pela qual uma atividade remunerada na Alemanha fosse proibida, desde que isso não contrariasse uma já existente licença de trabalho ou direito de trabalho.

bb) Também as normas do direito de licença do trabalho não suscitaram, necessariamente, uma relação com o tipo do título da permanência. No lapso temporal relevante para a presente Reclamação Constitucional, para o exercício de uma ocupação careciam os estrangeiros, segundo o § 19 I 1 da Lei de Fomento do Trabalho (AFL), pela última vez derogada por intermédio da Lei de 21 de dezembro de 1993 (BGBl. I p. 2353; cf. hoje: § 284

SGB III), de uma autorização da então Instituição Federal para o Trabalho, desde que Acordos entre Estados [países soberanos, membros da comunidade internacional de Estados] não determinassem algo diferente. A autorização foi concedida, de acordo com o § 19 I 2 AFG, segundo a situação e desenvolvimento do mercado de trabalho, sob observância dos fatores envolvidos no caso concreto. As particularidades da concessão da licença de trabalho eram regulamentadas pelo Decreto sobre a Licença de Trabalho para Empregados Não-Alemães (a seguir: AEVO), na redação dada pelo Nono e Décimo Decreto para Alteração do Decreto de Licença de Trabalho, de 21 de dezembro de 1990 (BGBl. I, p. 3009) e de 1º de setembro de 1993 sobre a base do § 19 IV AFG. Segundo o § 5 AEVO, a concessão de uma licença de trabalho – desde que uma regra específica não interviesse, pressupunha uma permissão de permanência no sentido do § 5 AuslG. Assim, eram abrangidos, de igual modo, a permissão, a outorga, o direito e a autorização de permanência. A concessão da licença de trabalho continuava, segundo o § 1 AEVO, dependente da situação e desenvolvimento do mercado de trabalho, assim como, em face de certos grupos de pessoas, dependente de uma determinada duração da permanência regular juridicamente. Essa exigência de um tempo de espera atingia apenas os possuidores de certas permissões de permanência temporárias (de qualquer tipo) e certas tolerâncias (§ 1 II AEVO). No mais, a autorização podia ser limitada a certa atividade profissional e a uma determinada empresa (§ 1 I, nº 1 AEVO).

Determinados grupos de pessoas tinham, entretanto, segundo o § 2 I AEVO, um direito à concessão de uma licença de trabalho, independentemente da situação e do desenvolvimento do mercado de trabalho e sem as limitações decorrentes do § 1 I, nº 1 AEVO. Estes eram, entre outros, estrangeiros que, segundo o § 33 AuslG, foram recebidos e que possuíam uma autorização de permanência e tais que tivessem permanecido, ininterruptamente, por 6 anos na Alemanha e que dispusessem de uma licença de permanência ou de uma autorização de permanência (§ 2 I, nº 5 e 6 AEVO). De resto, tinham os estrangeiros que possuísem uma licença ou autorização de permanência; que tivessem entrado na Alemanha antes de completarem seu 18º ano de vida; e que tivessem aqui, por exemplo, adquirido um diploma escolar ou que tivessem firmado um contrato de formação [geralmente técnica, com uma empresa] um direito à concessão de uma licença de trabalho (§ 2 III AEVO). Por fim, o mesmo direito à licença de trabalho deveria, segundo o § 2 IV AEVO, ser concedido a um estrangeiro que possuíse uma licença ou autorização de permanência até o término de seu 18º ano de vida, se ele tivesse permanecido legal e ininterruptamente na Alemanha nos últimos cinco anos. Além disso, a decisão nº 1/80 do Conselho Associado da EWG/Turquia, de 19 de setembro de 1980 (Notícias Oficiais da Instituição Federal para o Trabalho, nº 1/1981, p. 4 ss.), previa para empregados turcos e seus familiares, decorrido determinado lapso temporal de ocupação regular, direitos especiais no contexto da entrada no mercado de trabalho de um Estado-membro da União Europeia.

No cômputo geral, o direito de licença de trabalho vigente no lapso temporal em questão não fazia referência ao tipo do título da permanência. Também os titulares de direitos de permanência podiam ser legitimados por meio de uma concessão de licença de trabalho para o início de uma atividade remunerada. Por outro lado, mesmo os estrangeiros com licença de permanência não recebiam, sem mais [pressupostos], uma licença de trabalho. No lapso temporal relevante para a Reclamação Constitucional, estrangeiros com mera autorização de

permanência tinham, nesse ponto, em não poucos casos, um direito à concessão de licença de trabalho.

c) Os demais propósitos perseguidos pelo legislador com a concessão do auxílio-educação (cf. acima, sob **A I 1**) alcançam estrangeiros com autorização de permanência não com menos força do que alemães e estrangeiros com o direito ou licença de permanência. Isso vale para a preocupação do legislador de, por meio do auxílio-educação, facilitar uma decisão pelo filho e contra o aborto, mas vale também na medida em que a comunidade estatal queira reconhecer com o auxílio-educação a prestação educacional ou que deva o auxílio-educação servir à regeneração da mãe. Também quando se parte da tese de que o auxílio-educação devesse contribuir para que empresas empreguem aqueles que procuram emprego em razão da substituição dos pais enquanto durar o tempo de educação dos filhos [em uma espécie de desoneração da folha de pagamento dos empregadores] (cf. Meisel/Sowka, *op. cit.*, Introdução à BErzGG, nº à margem 1), esse argumento não pode embasar a diferenciação em pauta.

d) A desvantagem de estrangeiros com autorização de permanência efetivada pelo § 1 I a 1 BErzGG, de 1993 [...] também não foi justificada como uma tipificação constitucionalmente admissível.

Até está presente um motivo suficiente de diferenciação para uma desvantagem fixada em lei que, sem ele, não é justificável, na tipificação e generalização de fatos, os quais o legislador, de outro modo, dificilmente poderia dominar (cf. BVerfGE 103, 310 [319]). Isso vale especialmente para ocorrências em massa no [campo do] direito [objetivo] de prestação social (cf. BVerfGE 51, 115 [122 s.]; cf. no entanto também: BVerfGE 63, 119 [128]). Porém, a carga ligada à tipificação apenas pode ser aceita se as dificuldades nela implícitas não forem especialmente vultosas e que só muito dificilmente pudessem ser evitadas (cf. também: BVerfG, DVBl. 2004, p. 1104 [1105 s.] = acima, nº 4, p. 115 [137]).

Já se apresenta duvidoso se o condicionamento escolhido pelo legislador do auxílio-educação à autorização de permanência do requerente, pelo menos no caso típico, compreendeu aqueles estrangeiros que, por razões jurídicas, não teriam podido ser trabalhadores remunerados e, por isso, também não precisavam ter sua decisão por cuidar e educar eles próprios de seus filhos em detrimento de um (possível) trabalho remunerado fortalecida pela outorga do auxílio-educação. Em todo caso, a desvantagem ligada ao indeferimento do auxílio-educação tem inquestionavelmente importância; ao todo se tratava de uma quantia em dinheiro de até 14.400 DM Marcos Alemães por filho. Por outro lado, a regra do § 1 I a 1 BErzGG, de 1993, desonerou a Administração Pública só em pequena monta. No caso de uma referência [da hipótese normativa, i.e., condicionante] à licença de trabalho, as repartições competentes para a outorga do auxílio-educação teriam de ter verificado se o requerente dispunha de tal permissão ou lhe fora proibida uma atividade remunerada por meio de um termo de conduta com lastro na legislação do estrangeiro. Essa verificação não teria causado, substancialmente, um investimento mais elevado [dispêndio maior de tempo] do que o exame do tipo do título de permanência [causara].

II.

O § 1 I a 1 BErzGG, de 1993, chocou-se contra o Art. 3 I GG, e era portanto inconstitucional, não se carece mais de uma decisão a respeito de saber se a regra, além disso, satisfazia [outras] exigências constitucionais.

C. – I.

1. A inconstitucionalidade de uma prescrição legal leva, em regra, à sua nulidade (§ 82 I c.c. § 78 1, § 95 III BVerfGG). Mas porque no presente caso o legislador tem várias possibilidades à sua disposição para afastar o estado de inconstitucionalidade, vem à pauta apenas uma declaração de incompatibilidade [e não de nulidade]. Ele pode, principalmente, no quadro de uma nova regulamentação, condicionar a outorga do auxílio-educação à prova do direito ao início e prosseguimento de uma atividade remunerada.

2. Caso o legislador não substitua a regra inconstitucional até o dia 1º de janeiro de 2006 por uma nova regra, deve ser aplicado o direito vigente até 26 de junho de 1993 aos processos ainda recorríveis ou não concluídos com trânsito em julgado. O § 1 VI 2, nº 3 BErzGG, na redação dada pela Terceira Lei de Derrogação da Lei Federal de Auxílio-Educação, de 12 de outubro de 2000, e da Lei Imigratória de 30 de julho de 2004, não deve ser incluído, em aplicação correspondente do § 78, 2 BVerfGG, à declaração de incompatibilidade, porque essas regras compreenderam o círculo dos legitimados mais amplamente do que a norma [aqui] impugnada. Todavia, o legislador deve, tendo em vista a presente decisão, avaliar as regras subseqüentes em face de sua constitucionalidade.

II.

Uma vez que a decisão do Corte Federal Social impugnada com a Reclamação Constitucional fundamenta-se sobre a norma inconstitucional, ela deve ser anulada com fulcro no § 95 II BVerfGG. A matéria será devolvida à Corte Federal Social [para – futuro – novo julgamento de mérito]. O processo originário deve ser suspenso para que a reclamante obtenha a possibilidade de extrair o gozo da nova regra a ser criada pelo legislador ou a partir do fato de o legislador não criar [tal] nova regra dentro do prazo estabelecido (cf. C I).

III.

A decisão sobre os ônus da sucumbência baseia-se no § 34 a II BVerfGG.

(*ass.*) *Papier*; a juíza *Jaeger* deixou a investidura [decorrência do prazo de 12 anos] ficando, por isso, impedida de assinar; *Papier*; *Haas*; *Hömig*; *Steiner*; *Hohmann-Dennhardt*; *Hoffmann-Riem*; *Bryde*.

24. B VerfGE 116, 243 (*Transsexuelle IV*)

Controle Normativo Concreto; 18.07.2006

MATÉRIA

A decisão insere-se em uma sequência de decisões sobre o estatuto jurídico de **transexuais**, sendo a 4ª decisão do TCF a respeito (*Transsexuelle IV*). Prolatada em sede de controle concreto, a partir de uma Representação Judicial proposta pela Corte Suprema de Bayern (Bayerisches Oberstes Landesgerichts), o TCF julgou a norma questionada, qual seja a norma de abertura da Lei de Transexuais sobre alteração de prenome, incompatível com o direito fundamental à igualdade (**Art. 3 I GG**) combinado ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG c.c. Art 1 I GG).

O tratamento desigual referia-se à exclusão de estrangeiros da possibilidade de alterar, junto ao competente registro público, o prenome associado ao gênero não sentido pelo titular do direito fundamental para o prenome adequado ao gênero sentido. Segundo o disposto no § 1 I, nº 1 da Lei de Transexuais:

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

(1) Os prenomes de uma pessoa que por causa de seu caráter transexual não se sinta mais pertencente ao gênero declarado em seu registro de nascimento mas ao outro gênero e se encontre desde pelo menos três anos sob a coerção de viver correspondentemente aos seus desejos, devem ser mudados com base em um requerimento, se:

1. for alemã no sentido da Grundgesetz ou se como qualidade de não cidadão de nenhum Estado ou estrangeiro apátrida ou se tiver sua permanência habitual ou se tiver seu domicílio no âmbito de vigência dessa lei como titular do direito de asilo ou fugitivo estrangeiro; e

2. [...].

(2) [...].

O TCF deixou de proferir o efeito tradicional da nulidade, dando a oportunidade ao legislador de buscar uma solução compatível com os direitos fundamentais violados pela norma questionada. O legislador recebeu o prazo de até 30 de junho de 2007 para promulgar uma regra totalmente compatível com os direitos fundamentais que serviram de parâmetro do exame e levaram à declaração de inconstitucionalidade.

EMENTA

O § 1 I, nº 1 da Lei de Transexuais viola o mandamento de tratamento igualitário (Art. 3 I GG) combinado com o direito fundamental à proteção da personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG), na extensão em que ele excetua transexuais estrangeiros que permaneçam, legalmente e não apenas temporariamente, na Alemanha, da legitimidade ativa para requerer a mudança do prenome e para o registro de pertinência a gênero segundo o § 8 I, nº 1 da Lei de Transexuais, desde que no direito de seu país de origem não haja regras similares.

Decisão (*Beschluss*)

Do Primeiro Senado em 18 de julho de 2006

– 1 BvL 1, 12/04 –

no processo para o exame constitucional [pelo qual se investiga] se a limitação da legitimidade ativa a alemães e pessoas com status pessoal alemão [domicílio longo na RFA e, destarte, com fortes laços jurídico-pessoais com a RFA], em processo para o registro da pertinência a gênero segundo o § 8 I, nº 1 c.c. § 1 I, nº 1 TSG, é compatível com o Art. 3 I e III GG, nos casos em que um transexual estrangeiro com permanência fixa na Alemanha apresentar o requerimento declaratório ("*Feststellungsantrag*") [para o efeito de determinar o desejado assento no registro público] e o direito de seu país de origem não previr um processo correspondente, – Decisão de Suspensão e de Representação Judicial do Supremo Tribunal Estadual de Bayern, de 8 de dezembro de 2003 (1Z BR 52/03) – 1 BvL 1/04 –; [...]

Dispositivo da Decisão

1. O § 1 I, número 1 da Lei de Alteração de Prenomes e do Registro da Pertinência a Gênero em Casos Especiais (Lei de Transexuais – TSG), de 10 de setembro de 1980 (BGBl. I, p. 1654), não é compatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 combinado com o direito fundamental à proteção da personalidade (Artigo 2, Parágrafo 1 combinado com o Artigo 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*), na extensão em que ele excetua transexuais estrangeiros que permaneçam, legalmente e não apenas temporariamente, na Alemanha, da legitimidade ativa para requerer a mudança do prenome e para o registro da pertinência a gênero segundo o § 8 I, nº 1 da Lei de Transexuais, desde que, no direito de seu país de origem, não haja regras similares.

2. O § 1 I, nº 1 da Lei de Transexuais permanece aplicável até a entrada em vigor de uma nova regulamentação legislativa.

3. Concede-se ao legislador chegar a uma nova regulamentação compatível com a Constituição até 30 de junho de 2007.

RAZÕES

O processo de Representação Judicial tem por objeto a exclusão de transexuais estrangeiros da possibilidade aberta pela Lei de Transexuais de alterar seu prenome ou de fazer registrar a alterada pertinência a gênero também quando o direito de seu país de origem não preveja tal possibilidade.

I.; II. 1. – 2. a) – b); III. 1. a) – b). 2. a) – b); IV. 1. – 7. (...)

B.

O § 1 I, nº 1 TSG não é compatível com o mandamento de igualdade (Art. 3 I GG) combinado com o direito fundamental à proteção da personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) na extensão em que ele excetua transexuais estrangeiros que permaneçam, legalmente e não apenas temporariamente, na Alemanha, da legitimidade ativa para requerer a mudança do prenome e para o registro de pertinência a gênero segundo o § 8 I, nº 1 da Lei de Transexuais, desde que, no direito de seu país de origem, não haja regras similares.

I.

A legitimidade ativa para requerer, no processo de mudança de prenome, limitada a alemães e a pessoas com status pessoal alemão conforme § 1 I, nº 1 TSG, assim como no processo de registro da pertinência a gênero conforme o § 8 I, nº 1 c.c. § 1 I, nº 1 TSG efetua um tratamento desigual em relação aos alemães e às pessoas com status pessoal alemão de estrangeiros transexuais que estejam, legalmente e não apenas transitoriamente, na Alemanha; e cujo direito doméstico não conheça regra equivalente. Esse tratamento desigual não é objetivamente justificado.

1. O princípio geral da igualdade (Art. 3 I GG) ordena o tratamento igual de todas as pessoas perante a lei. Com isso, não se vedou, entretanto, ao legislador toda e qualquer diferenciação, principalmente não a diferenciação segundo a nacionalidade. À sua margem discricionária impõem-se limites tão mais rigorosos, quanto mais intensamente um tratamento desigual de pessoas ou situações possa exercer influência negativa sobre as liberdades protegidas por direito fundamental (cf. BVerfGE 88, 87 [96]). Se o tratamento desigual de grupos de pessoas for ligado a uma afetação do direito de personalidade, ele carecerá de uma justificação medida com base na gravidade da [aludida] afetação.

2. A Lei de Transexuais, em seu § 1 I, nº 1, ao qual também o § 8 I, nº 1 TSG remete, como condição de legitimidade ativa, abre somente a alemães e a pessoas com status pessoal alemão a possibilidade de requerer uma mudança de prenome que corresponda ao sexo sentido pelo requerente ou mudança do registro do gênero, mas não a todas as demais pessoas com nacionalidade estrangeira. Isso vale também quando eles cumprirem as demais condições dos §§ 1 e 8 TSG para a desejada mudança e estejam legalmente e não apenas transitoriamente na República Federal da Alemanha. Com essa exclusão, os estrangeiros transexuais são, indiretamente, remetidos para o direito de seu país de origem e a um pedido a ser lá feito. Contudo, se o direito do país de origem ou a jurisprudência nele baseada não previrem uma regra correspondente, que possa levar a uma mudança do prenome adequada

ao sexo sentido ou a mudança do registro (pertinência) do gênero, a possibilidade de um reconhecimento jurídico de sua pertinência sexual fica, permanentemente, inexistente por intermédio de sua exclusão no § 1 I, nº 1 TSG. Aqui se configura um tratamento desigual de dois grupos de pessoas, porque a norma diferencia, de um lado, entre alemães e pessoas com status pessoal alemão, e não alemães, de outro lado. No mais, especial importância essa diferenciação obtém naqueles casos em que a exclusão de aplicação estatuída no § 1 I, nº 1 TSG inviabilize a estrangeiros, cujo direito do país de origem não permita tais mudanças jurídicas, qualquer acesso a uma mudança do prenome ou mudança do registro [de pertinência a] de gênero.

3. Essa desvantagem leva a uma afetação grave da proteção da personalidade de transexuais estrangeiros com fulcro no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG que, pela falta de regulamentação no direito do país de origem, são excluídos, pelo § 1 I, nº 1 TSG, de qualquer possibilidade de obter, juridicamente, o reconhecimento de seu gênero sentido [*Geschlechtlichkeit*]. As razões apresentadas pelo legislador para o tratamento desigual não têm o condão de justificar essa afetação, quando pela exclusão forem atingidas pessoas que, legalmente e não apenas transitoriamente, permaneçam na Alemanha.

a) No entanto, com a limitação do círculo de pessoas contempladas com a legitimidade ativa de requerer a alemães e a pessoas com status pessoal alemão, o legislador perseguiu um propósito legítimo que fora orientado pelo princípio da nacionalidade. Ele reserva ao respectivo país de origem dos transexuais estrangeiros a decisão sobre seu nome e a pertinência a gênero. Isso se baseia no respeito a ordenamentos jurídicos de Estados, aos quais pertencem os atingidos; e deve, no mais, servir ao propósito de se evitar a incerteza jurídica que possa resultar de diferentes classificações jurídicas de gênero e dação de nome, que uma mesma pessoa possa sofrer por meio de seu país de origem, de um lado, e do Estado em que mantenha residência, de outro lado. Em princípio, o direito internacional privado alemão segue o princípio da nacionalidade. Este se fundamenta no respeito à autonomia de outros ordenamentos jurídicos e na suposição pela qual corresponderia ao interesse do estrangeiro ser julgado em questões pessoais conforme o direito de seu país de origem, porque, em uma apreciação geral, a nacionalidade documentaria uma conexão pessoal duradoura com o Estado de origem e o direito nacional de seu país seria o [por ele] mais conhecido. Essas considerações justificam, em princípio, seguir o direito de registro público de nome e de gênero do país de origem de um estrangeiro (cf. BVerfGE 31, 58 [79]). Assim, determina o Art. 10 EGBGB que o nome de uma pessoa submete-se ao direito do Estado ao qual ela pertença e, segundo a opinião dominante, que seguiu o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Bayern, em sua decisão de Representação Judicial, em aplicação analógica do Art. 7 EGBGB, também para a fixação do gênero aplica-se o direito do país de origem de um estrangeiro.

O § 1 I, nº 1 TSG também é adequado e necessário para o alcance do objetivo perseguido pelo legislador. Ele exclui estrangeiros do direito de apresentar o pedido, entretanto não regulamenta expressamente qual direito vale para eles, tendo em vista uma alteração de prenome ou alteração da pertinência a gênero. Contudo, porque para eles assim o direito alemão permanece inacessível, pode valer para os mesmos apenas o direito do Estado do qual eles sejam nacionais. A intencionada estrita remissão ao ordenamento jurídico do país de origem de um estrangeiro transexual levou o legislador também àquela construção jurídica

pela qual se limita a alemães ou a pessoas com status pessoal alemão já [até mesmo] a legitimidade ativa para o pedido e não se cria uma norma de colisão, segundo a qual deveria ser aplicado o direito do país de origem, de acordo com as regras do direito internacional privado, no caso da apresentação de um pedido e, a depender da presença [da configuração das aludidas regras de DIP], também [deveria ser aplicada] a *ordre public* alemã. Isso o Governo Federal sublinhou, mais uma vez, em seu parecer, na medida em que ele indicou que o respeito pelo direito do país de origem seria, no caso de nomes e da pertinência de gênero, de tal sorte fundamental que um intervir da cláusula de reserva do Art. 6 EGBGB não deveria vir à pauta. Medido com base nessa determinação de objetivo, o § 1 I, nº 1 TSG é um meio adequado e necessário a excluir que tribunais alemães, no quadro do direito internacional privado alemão, aplicassem o direito estrangeiro, no caso do requerimento de uma alteração do prenome ou alteração da pertinência a gênero.

b) A remissão sem exceção de transexuais estrangeiros que permaneçam com regularidade e não apenas transitoriamente na Alemanha ao direito do Estado do qual são nacionais desfavorece aqueles cujo direito nacional não contenha regras equivalentes para a alteração do prenome ou da pertinência a gênero, em contraposição a alemães e a pessoas com status pessoal alemão. Essa desvantagem tem grande peso, pois ela compromete os atingidos, ao mesmo tempo, na sua garantida proteção da personalidade, derivada do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

aa) O Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG protege o prenome de uma pessoa, primeiro, como meio de sua busca de identidade e desenvolvimento da própria identidade; de outra feita, como expressão de sua identidade sexual vivida e adquirida. Assim, determina-se a classificação de uma pessoa a um sexo não somente segundo suas características sexuais físicas, mas depende essencialmente também de sua constituição psíquica e de sua permanentemente sentida sexualidade (cf. BVerfGE 115, 1 [15]). O desejo protegido pelo direito de personalidade da expressão da própria sexualidade no prenome compreende, destarte, também o direito de ser tratado e reconhecido segundo a sexualidade sentida e de, no dia-a-dia, não precisar se revelar, extraordinariamente, perante terceiros ou repartições públicas, tendo em vista a própria sexualidade (cf. BVerfGE 88, 87 [97 s.]).

À realização dessa proteção exigida pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, serve o § 1 TSG. Com ele, abre-se a possibilidade de, presentes os pressupostos mais bem definidos na lei, receber um prenome modificado que corresponda ao gênero ao qual alguém se sinta pertinente, independentemente de ter sido ou não realizada uma operação modificadora das características genitais externas. No entanto, nega-se essa possibilidade a estrangeiros transexuais pelo § 1 I, nº 1 TSG. Não obstante, a desvantagem nele existente em face dos legitimados para requerer, e que podem conseguir uma alteração de prenome perante tribunais alemães, não leva a afetações substanciais no caso daqueles cujos ordenamentos jurídicos nacionais prevejam, de igual modo, a possibilidade de um reconhecimento jurídico do sexo mudado por meio de alteração do nome. Eles têm de tão somente se dirigir ao seu país de origem e lá introduzir o correspondente procedimento. Todavia, para aqueles cujos Estados de origem não permitam uma alteração do prenome com base no sentimento de pertinência ao outro gênero, a recusa da legitimidade para requerer no § 1 I, nº 1 TSG tem consequências bem profundas. Eles precisam continuar sendo tratados pelo seu prenome anterior, o que contraria a própria identidade sexual, sendo, com isso, obrigados caso queiram evitar

equivocos que surjam nesse contexto a tornar pública sua transexualidade. Isso provoca um grave comprometimento de sua identidade sexual pessoal e de sua esfera íntima.

bb) O direito fundamental de personalidade do Art. 2. I c.c. Art. 1 I GG torna também imperativo atribuir o status pessoal de uma pessoa ao sexo ao qual ela pertença segundo sua constituição física e psíquica (cf. BVerfGE 49, 286 [298]).

A proteção de direito fundamental do âmbito íntimo de sexualidade compreende também a autodeterminação sexual da pessoa e, assim, o encontrar e o reconhecer a própria identidade sexual. A referida proteção exige que se reconheça, juridicamente, a identidade sexual de uma pessoa, sentida permanentemente, para a ela viabilizar-se a possibilidade de viver de maneira correspondente ao sexo sentido, sem ser exposta em sua esfera íntima por causa da contradição entre a exteriorização adequada ao seu gênero sentido e seu tratamento jurídico. Especialmente no caso de transexuais que se submeteram a intervenções cirúrgicas para aproximação à aparência do gênero sentido, resulta do recorrido que se deve reconhecer a eles essa sexualidade também no que tange à legislação de registro público.

Isso corresponde ao § 8 TSG que abre um procedimento pelo qual um transexual, presentes os pressupostos elencados na norma, pode conseguir a verificação judicial que ele deve ser reconhecido como pertinente ao outro gênero. Por meio da remissão contida no § 8 I, nº 1 TSG ao § 1, nº 1 TSG permanece, todavia, também essa possibilidade da alteração de estado no registro público determinada judicialmente a transexuais estrangeiros que não detenham o status de nacional alemão, sem exceção, excluída. Se seu Estado de origem não permite tal alteração do registro público de estado pessoal, eles têm de continuar vivendo na ambiguidade entre o seu sexo sentido, bem como sua aparência, de um lado, e a atribuição jurídica do outro gênero encontrada em todos os seus documentos oficiais e no tratamento oficial, de outro. Também isso desfavorece esse grupo de pessoas em face dos legitimados a requerer pelo § 1 I, nº 1 TSG de maneira grave, porque fere, de modo sensível, ao mesmo tempo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à proteção da esfera privada decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG dos atingidos.

c) Para esse tratamento desigual de transexuais que permaneçam na Alemanha, legal e não apenas transitoriamente, e para aqueles cujos Estados de origem não prevejam nenhuma similar possibilidade do reconhecimento jurídico de seu gênero sentido, não existe justificação. A afirmação da vigência irrestrita do princípio da nacionalidade com a exclusão de estrangeiros objetivada no § 1 I, nº 1 TSG na alteração do prenome ou da atribuição de gênero não representa um motivo suficientemente importante.

aa) O reconhecimento da soberania de outros Estados, bem como a observância da autonomia de outros ordenamentos jurídicos, justificam, em princípio, seguir o princípio da nacionalidade no próprio direito; e, para certas e determinadas relações jurídicas de estrangeiros, derivar a regra [do caso], em princípio, não das regras alemãs, mas dos respectivos Estados nacionais (cf. BVerfGE 31, 58 [79]). Até aqui não há o que ser objetado constitucionalmente no fato de o princípio da nacionalidade ter encontrado respaldo no direito internacional privado alemão, nele valendo também para o direito ao nome e ao estado de gênero de um estrangeiro.

No entanto, nem o direito internacional público, nem o direito constitucional exigem a aplicação do princípio da nacionalidade, mas permitiriam também a vinculação ao local de domicílio ou local habitual de residência. Também o próprio legislador estatuiu, nesse meio tempo, exceções à imposição do princípio da nacionalidade no direito internacional privado.

Assim, ele submeteu ao direito alemão a constituição e o término de uma união registrada [entre pessoas do mesmo sexo] na Alemanha, assim como seus efeitos patrimoniais e os direitos recíprocos dos parceiros pelo Art. 17b EGBGB também para estrangeiros e ordenou que o direito alemão fosse aplicado, quando o direito do Estado de origem não conhecer regras correspondentes. No caso, o que guiou o legislador [a tal determinação] foi a consideração de que, em se vinculando ao direito do Estado de origem, a constituição de uma união registrada [entre pessoas do mesmo sexo] restaria inacessível para um grande número de nacionais estrangeiros que vivem na República Federal da Alemanha (cf. BTDrucks 14/3751, p. 60).

Com isso, o legislador observou que, no caso de certas relações jurídicas, pode haver razões que exijam o afastamento do princípio da nacionalidade. Isso vale, antes de tudo, quando o respectivo direito estrangeiro, do ponto de vista do direito constitucional alemão, estiver ressaltando direitos relevantes em termos de direitos fundamentais ou que tenha fixado regras cuja aplicação viole direitos fundamentais dos atingidos. Tal afetação de direito fundamental de estrangeiros residentes na Alemanha não se justifica com a prevenção de relações jurídicas claudicantes que, de todo modo, frequentemente aparecem junto a matérias relacionadas ao exterior, porque o direito internacional privado dos Estados nunca segue as mesmas regras (cf. BVerfGE 31, 58 [83]).

No direito internacional privado alemão, o Art. 6 EGBGB leva em consideração a proteção de direito fundamental que é expressão da *ordre public* e determina que, [mesmo] em casos de aplicação do direito do Estado de origem, não se aplica uma regra de outro Estado, se isso levar a um resultado que seja claramente incompatível com os princípios essenciais do direito alemão. Especialmente, não se deve aplicar uma regra estrangeira se a aplicação for incompatível com os direitos fundamentais (Art. 6, 2 EGBGB). Com isso, essa norma possibilita, sobretudo no caso de violações de direitos fundamentais ligadas à aplicação do direito estrangeiro, o recurso ao direito alemão para se evitar tais violações. Assim, a reserva de *ordre public* tem aplicabilidade em estando presente uma suficiente relação com o país [Alemanha] na matéria subjacente, ou seja, em regra, em havendo permanência consolidada do atingido dentro do país (cf. BTDrucks. 10/504, p. 43), sendo que, segundo a jurisprudência, precisarão ser as exigências da relação [de permanência consolidada] com o país tanto menos intensas, quanto mais intensamente a norma estrangeira se chocar contra máximas de Justiça aqui [na Alemanha] vigentes (cf. BGHZ 118, 312 [349]).

bb) O § 1 I, nº 1 TSG segue o princípio do Estado nacional. Para esse propósito, a regra exclui os estrangeiros que não se encontrem subordinados ao status pessoal alemão já da legitimidade de requerer, em processo judicial, uma alteração do prenome ou a verificação da pertinência ao outro gênero. Com isso, a norma retira de estrangeiros, desde o início, a possibilidade de uma avaliação jurídico-material de seu pedido por tribunais alemães. Com efeito, ela determina, de um lado, que o direito contido no § 1 e 8 TSG não é aberto a estrangeiros, não contendo, por outro lado, diferentemente do que o Art. 10 EGBGB determina para o direito de nome ou o Art. 7 EGBGB, em aplicação analógica, para o direito de estado pessoal [*Personenstandsrecht*], um mandamento de aplicação jurídica em face do respectivo direito do Estado de origem dos interessados, o qual teria o condão de fazer com que os tribunais alemães tivessem de aplicá-lo. Isso leva à situação em que os tribunais, no caso de requerentes estrangeiros, nem podem reconhecer os direitos da Lei Alemã de

Transexuais, nem aplicar o correspondente direito estrangeiro, tendo de avaliar, nesse caso, se a aplicação do respectivo direito do Estado de origem se chocaria contra a *ordre public*. Com isso, exclui-se que o direito alemão pudesse ser aplicado com base no Art. 6 EGBGB. Desse modo, para a imposição do princípio da nacionalidade, o § 1 I, nº 1 TSG aceita, já com a retirada da legitimidade de apresentar perante os tribunais alemães competentes um pedido de alteração de prenome ou registro de pertinência ao outro gênero, contrariando as regras do direito internacional privado alemão, violações de direitos fundamentais de transexuais estrangeiros que vivam na Alemanha, sem que os tribunais tivessem a possibilidade de evitar essas violações. A exclusão de estrangeiros da legitimidade de requerer segundo o § 1 I, nº 1 TSG que não detenham a cidadania alemã, encontra-se inequivocamente na redação, corresponde à intenção legislativa e não é, portanto, acessível a uma interpretação conforme a Constituição.

cc) A norma apresentada a exame efetua, destarte, muito além da imposição do princípio da nacionalidade no direito internacional privado, uma exclusão da proteção de direito fundamental garantida pelo Art. 6 EGBGB de transexuais estrangeiros cujo direito do país de origem não conheça [a possibilidade de] uma alteração do prenome ou da pertinência a gênero com a consequência de que os atingidos ficam expostos a uma grave afetação de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da proteção de sua esfera íntima decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

No caso daqueles que se encontrem há pouco tempo e, presumivelmente, só permaneçam provisoriamente na Alemanha, a afetação pode ser justificada com o legítimo objetivo do legislador de evitar que estrangeiros só viajem para a Alemanha para poderem apresentar um pedido conforme o § 1 e § 8 TSG. Mas para aqueles que vivam, legal e não apenas provisoriamente, na Alemanha, esse objetivo não vem à pauta. Para eles, a retirada dos direitos decorrentes do § 1 e § 8 TSG significa uma desvantagem permanente e, ao mesmo tempo, uma permanente afetação de seu direito de personalidade. Tal grave e ampla afetação não pode ser justificada pelo argumento de que isso serviria à imposição do princípio da cidadania, principalmente porque existe a possibilidade, como o direito internacional privado alemão mostra, de cumprir esse princípio sem ter de aceitar violações de direitos fundamentais. Também por causa de um importante princípio, não pode ser omitida a proteção de direito fundamental, principalmente no caso de graves afetações de direitos fundamentais (cf. BVerfGE 31, 58 [83]).

Também vários problemas de execução [...].

II.

1. – 3. (...).

Papier, Haas, Steiner, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem, Bryde, Gaier, Eichberger.

25. B VerfGE 117, 316 (*Künstliche Befruchtung für Verheiratete*)

Controle Normativo Concreto; 28.02.2007

MATÉRIA

Novamente a partir de uma Representação Judicial, dessa vez proposta pelo Tribunal Social (1ª instância) de Leipzig, foi submetida ao TCF a verificação da constitucionalidade de norma prejudicial em relação à resolução de uma lide em torno da interpretação e aplicação de

norma do direito administrativo social e com base na convicção do órgão judicante representante a respeito da inconstitucionalidade da norma apresentada.

O TCF admitiu, apenas parcialmente, a Representação Judicial e, no mérito, confirmou a constitucionalidade de uma norma do Código Social que excluía do seguro saúde legal o procedimento de **fertilização artificial** para casais não casados, restringindo-os a **casados** (*Künstliche Befruchtung für Verheiratete*) em face do parâmetro jusfundamental do **Art. 3 I GG**.

EMENTA

É compatível com a *Grundgesetz* que o § 27 a I, nº 3 SGB V limite a prestação de medidas medicinais para a provocação de uma gravidez (fertilização artificial) pelo seguro saúde legal a pessoas que estejam casadas entre si.

Decisão (*Urteil*)

Do Primeiro Senado em 28 de fevereiro de 2007

com base na audiência de julgamento de 21 de novembro de 2006.

– 1 BvL 5/03 –

[...]

Dispositivo da Decisão

O § 27 a, parágrafo I, número 3 do Quinto Livro do Código Social é compatível com a *Grundgesetz*, na extensão em que a prestação de medidas médicas para a provocação de uma gravidez (fertilização artificial) pelo seguro saúde legal seja limitada a pessoas que estejam casadas entre si.

A. I.1. – 2.; II. 1. – 2.; III.; 1. – 5. (...)

B.

A Representação Judicial é admitida [a julgamento de mérito]; a questão [objeto] da Representação deve ser, todavia, delimitada. [...]

C.

O § 27 a I, nº 3 SGB V é compatível com a *Grundgesetz*. Ele não viola nem o Art. 3 I GG (I) nem o qualquer outra norma de direito constitucional (II).

I.

A norma apresentada para o exame não fere o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG.

1. O Art. 3 I GG ordena que todas as pessoas sejam tratadas igualmente perante a lei. Com isso, entretanto, não se proíbe ao legislador toda e qualquer diferenciação. Mas ele viola o direito fundamental, quando tratar um grupo de destinatários da norma de maneira diferente do que outros, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e de tal magnitude que acabem por justificar um tratamento desigual (cf. BVerfGE 112, 50 [67]; jurisprud. pacífica).

2. O § 27 a I, nº 3 SGB V exclui os parceiros de uma união não matrimonial, com seguro legalmente constituído, da prestação material de uma providência medicinal segundo o teor da norma, mesmo se os demais pressupostos estiverem presentes. Eles são por ela desfavorecidos financeiramente em relação aos casais casados e precisam eles próprios arcar com os custos totais, caso queiram se submeter à desejada fertilização artificial.

3. Esse tratamento desigual é, todavia, racionalmente justificado.

a) Contudo, o tratamento desigual apresentado não poderia ser justificado, no sistema do seguro saúde legalmente constituído, caso as providências médicas regulamentadas no § 27 a SGB V servissem à cura de uma doença prevista no § 11 I, nº 4 e § 27 I 1 SGB V. Então a norma não teria validade perante o Art. 3 I GG, caso tal prestação da seguradora legal beneficiasse apenas casados, mas não pessoas não casadas. Por outro lado, o legislador não enxergou em providências medicinais para a provocação de uma gravidez, uma hipótese de tratamento de doença no sentido do § 27 a SGB V, mas apenas subordinadas às regras do SGB V vigentes para doenças (cf. BTDrucks. 11/6760, p. 14). Nesse sentido, o § 27 a SGB V não se aplica a providências para a provocação de uma gravidez de acordo com o § 27 I 4 SGB V que não são consideradas – como, por exemplo, intervenções cirúrgicas, a prescrição de medicamentos ou de um tratamento psicoterapêutico – como tratamento de doentes para a promoção da capacidade de produção de espermatozoides ou da gravidez (cf. BTDrucks, *op. cit.*). Tais providências têm prevalência sobre uma providência médica no sentido do § 27 a SGB V (cf. BTDrucks., *op. cit.*, p. 14 s.). Também é este o entendimento do Corte Federal Social: por meio do § 27 a SGB V teria sido criado um caso autônomo de seguro (cf. BSGE 88, 62 [64 s.]).

Esse plano subjacente ao § 27 a SGB V não pode ser impugnado constitucionalmente. Faz parte da liberdade por excelência do legislador [sua margem discricionária] fixar, em detalhes, os pressupostos para a concessão de prestações do seguro de saúde legal (cf. BVerfGE 115, 25 [45 ss.]), também – como aqui é o caso – na zona limítrofe entre doença e problemas psíquicos ou físicos de uma pessoa cuja solução ou melhora não seja ensejada *a priori* por intermédio das prestações do seguro de saúde legal. [...].

b) O legislador teve suficientes motivos racionais para condicionar a garantia da prestação segundo o § 27 a SGB V ao pressuposto de que as pessoas que queiram se valer dessas providências sejam casadas entre si.

aa) O legislador pôde, na sua decisão sobre a garantia de prestações do seguro saúde legal, pressupor que o Código Civil, na configuração da especial garantia de proteção do Art. 6 I GG, enxerga em parceiros casados uma união intencionada para toda a vida e os depara legalmente com a responsabilidade recíproca (§ 1353 I BGB). Essa obrigação implica o apoio recíproco em tempos de dificuldade (cf. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5ª ed. 2006, § 18 nota à margem 49), especialmente em tempos de sobrecargas físicas e psíquicas. Essa obrigação de apoio o legislador configurou como uma obrigação jurídica; seu conteúdo mais específico dependerá de cada situação concreta (*Gernhuber/Coester-Waltjen*, *op. cit.*, § 18, nº à margem 47). Na união de vida não matrimonial, essa responsabilidade pode ser assumida apenas voluntariamente. O casamento continua sendo, como sempre foi, a relação de par entre o homem e a mulher juridicamente constituída na qual a solidariedade recíproca não é vivida apenas faticamente, enquanto [e tanto quanto] ela apetece [aos unidos], mas pode ser exigida, juridicamente (Schwab, FamRZ 2007, p. 1 [3]). O legislador pôde partir do fato de o casamento representar, também naquela situação em que os pares queiram satisfazer seu desejo por filho pela via da fertilização artificial, a base para uma carga superior [a ser infligida à] parceria. A carga maior resulta, na relação com as providências de uma fertilização artificial, especialmente, do fato de serem frequentemente necessárias várias tentativas que sobrecarregam ambos os parceiros, física e psiquicamente; no mais, essas tentativas restam, não raramente, sem êxito, sendo que a concepção artificial leva a apenas 18

em 100 tratamentos ao nascimento de um filho. As tentativas podem estar relacionadas com riscos à saúde. [...]. Faz parte da discricionariedade de avaliação do legislador que ele enxergue a parceria matrimonial como especialmente adequada a enfrentar as cargas e os riscos ligados às medidas medicinais em pauta.

bb) O legislador pôde também, em uma apreciação tipificadora [normativo-classificatória dos fatos] enxergar no casamento, por conta de sua base jurídica específica, uma base vital para uma criança, que leve mais em consideração o bem estar da criança do que [ocorreria em] uma união não matrimonial [em uma mera união “de fato”, ou “estável”]; e, por isso, pôde prever, no § 27 a I, nº 3 SGB V, a reserva matrimonial. Assim, o casamento é, de acordo com o § 1353 I BGB, firmado para toda a vida e só pode ser dissolvido pela anulação (§§ 1313 ss. BGB) ou pela separação (§§ 1564 ss. BGB), enquanto as uniões não matrimoniais podem ser encerradas em qualquer tempo, também quando estas se revelem, no caso concreto, como um vínculo consolidado. Em princípio, os vínculos matrimoniais oferecem a uma criança mais segurança jurídica de ser cuidada por ambos os pais [...].

Destarte, o legislador pôde, no § 27 a I, nº 3 SGB V, fazer com que a prestação do benefício dependa de um matrimônio, sem se chocar contra o princípio de que as diferentes formas de família, no sentido do Art. 6 I GG, na sua relação entre si, devam ser vistas constitucionalmente como igualmente legítimas (cf. no mais: BVerfGE 25, 167 [196]; 106, 166 [176]).

II.

Também outros direitos fundamentais não foram violados. O Art. 6 I GG não foi tocado, porque [...].

O Art. 2 II 1 e o Art. 6 V GG já não são parâmetros constitucionais para a norma aqui apresentada para exame, porque sua ordem de proteção não compreende crianças que ainda não foram geradas.

A decisão foi tomada com sete votos a um.

(ass.) Papier; Steiner; Hohmann-Dennhardt; Hoffmann-Riem; Bryde; Gaier; Eichberger; Schluckebier.

26. BVerfGE 124,199 (*Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 07.07.2009

MATÉRIA

O TCF decidiu, no caso, uma Reclamação Constitucional movida por um funcionário público contra decisões de primeira e segunda instância e, por último, contra uma decisão da Corte Federal de Justiça que julgaram improcedente pedido de pensão sucessória com na legislação social previdenciária. O autor da ação originária e da ulterior Reclamação Constitucional ora comentada vivia em uma união vital registrada, o instituto criado pela Lei da União Registrada direcionado a dar forma institucional a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tratava-se, portanto, do questionamento de uma interpretação restritiva de tal legislação social que implicou um comprometimento do **tratamento igualitário da união vital registrada** (*Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaft*) em relação às uniões de pessoas casadas.

Nesse tratamento desigual, o TCF enxergou uma violação do princípio e mandamento geral (direito fundamental) de igualdade com fulcro no **Art. 3 I GG**. Isso o levou ao julgamento de procedência da Reclamação Constitucional com o efeito de anular todas as decisões dos tribunais instanciais e a os autos devolvidos à Corte Federal de Justiça para nova decisão sobre o recurso de revisão interposto pelo reclamante.

EMENTAS

1. O tratamento desigual entre casamento e união vital registrada [entre pessoas do mesmo sexo] no âmbito da pensão sucessória [...] não é compatível com o Art. 3 I GG.
2. Se o privilégio do casamento corresponder a uma desvantagem de outras formas de vida [conjugal], embora tais outras formas sejam equiparáveis em face dos objetivos perseguidos com a normatização, tal diferenciação não se justifica com a mera referência ao mandamento de proteção do casamento previsto no Art. 6 I GG.

Decisão (*Beschluss*)

Do Primeiro Senado em 7 de julho de 2009

– 1 BvR 1164/07 –

[...]

Dispositivo da Decisão

[...]

RAZÕES

A. – I.

A Reclamação Constitucional refere-se ao tratamento desigual entre casamento e união registrada no âmbito da pensão a sucessores para os empregados do Serviço Público de acordo com o Regulamento para Instituição de Previdência da União e dos Estados-membros (VBL).

1. a) – b), 2. a) – e) (...).

II.

1. – 3. a) – c) [...].

III.

Sobre a Reclamação Constitucional pronunciaram-se a VBL, o Tribunal Trabalhista Federal, a Corte Federal de Finanças [...] e o Grupo de Trabalho da Associação das Lésbicas e Gays na Alemanha e o Coletivo Federal Uniões Gays e Lésbicas.

1. – 10. (...).

B.

A Reclamação Constitucional admitida [conhecida, porque presentes todas as condições e pressupostos de sua admissibilidade] é fundamentada [procedente]. As decisões impugnadas violam o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 3 I GG (I.). Se a decisão da Corte Federal de Finanças também viola o seu direito ao juiz natural (Art. 101 I 2 GG) pode ser deixado de lado [não precisa ser decidido aqui].

I.

1. O princípio geral da igualdade (Art. 3 I GG) ordena tratar todas as pessoas de maneira igual perante a lei. Proibida é, também, a exclusão de vantagem incompatível com a igualdade que

ocorre quando se lha garante a um grupo de pessoas e a outro grupo de pessoas se lha omite (cf. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180]).

O regulamento da VBL deve ser medido com base nesse mandamento. Ela tem natureza jurídico-privada e se aplica a contratos de seguro em grupo que os empregadores públicos membros da VBL firmam em favor de seus empregados. Por isso, a classificação da Corte Federal de Finanças em jurisprudência consolidada das normas regulamentares como condições gerais do negócio [contratos de adesão] na forma de condições gerais de seguro (cf. BGHZ 48, 35 [37 ss.]; 103, 370 [377 ss.]; 142, 103 [105 ss.]) não revela problemas constitucionais (cf. BVerfG, Decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 22 de março de 2000 – 1 BvR 1136/96 –, NJW 2000, p. 3341 [3342]; BVerfGK 11, 130 [140]; Decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado, de 18 de abril de 2008 – 1 BvR 759/05 –, DVBl 2008, p. 780).

Não obstante, o regulamento da VBL deve ser avaliado diretamente com base no mandamento de igualdade do Art. 3 I GG, uma vez em que a VBL, como instituição de direito público, realiza uma tarefa pública (no mais, v. também BVerfGE 98, 365 [395]; 116, 135 [153]; BGHZ 103, 370 [383]).

O vínculo ao princípio da igualdade, nesse contexto, também não decai porque a regra para a pensão a sucessores (§ 38 VBLS) se deva completamente a um acordo firmado entre as partes contratuais do dissídio coletivo de trabalho (§ 10 ATV) que, por sua vez, agem no exercício de sua autonomia coletiva protegida, constitucionalmente, segundo o Art. 9 III GG. As margens de ação das partes contratuais coletivas não as desvinculam da observância do mandamento de igualdade, pelo menos quando se tratar, na matéria, de uma regulamentação da pensão sucessória no serviço público.

2. O § 38 VGLS leva a um tratamento desigual entre os segurados que são casados e aqueles que vivem em uma união registrada. Um segurado que firmou matrimônio obtém como parte de sua posição jurídico-previdenciária complementar, segundo regulamentação mais detalhada do § 38 VBLS, uma expectativa de que, por ocasião de sua morte, a pessoa com ele ligada juridicamente – seu cônjuge – receberá uma pensão sucessória. Um segurado que firmou uma união registrada não obtém tal expectativa para a pessoa com ele correspondentemente ligada juridicamente – seu parceiro de vida. O § 38 VBLS prevê uma pretensão jurídica à pensão sucessória, expressamente, só para os casados. Ele não contém uma regra correspondente ao § 46 IV SGB VI, segundo a qual, para uma pretensão de pensão de viúvo ou de viúva, valesse como matrimônio também a constituição de uma união registrada.

3. O tratamento desigual não é justificado.

a) Tendo em vista o tratamento desigual de casados e parceiros que vivam em união registrada segundo o § 38 VBLS [dispositivo impugnado], ordena-se um parâmetro rigoroso de exame, [a fim de se aferir] se está presente uma razão de diferenciação suficientemente relevante. Do princípio geral de igualdade resultam, dependendo do objeto da regulamentação e das características de diferenciação, limites diferenciados para o normatizador, que vão desde uma simples proibição de arbítrio até um vínculo rígido a exigências de proporcionalidade (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 110, 274 [291]; 117, 1 [30]; jur. pacífica). Devem ser observadas, no caso, as exigências de justificação quando presente um tratamento diverso de grupos de pessoas (**aa**). No mais, uma maior necessidade de justificação decorre do fato de o tratamento desigual entre pares casados e pares em união registrada

relacionar-se com a característica de natureza pessoal da orientação sexual (**bb**) e que o § 38 VBLS orienta-se, em grande parte, pelas regras do SGB VI para pensão de viúvos e viúvas, mas essa correlação acarreta desvantagem para a união registrada (**cc**).

aa) Se por uma norma um grupo de destinatários normativos for tratado de maneira diferente em comparação com outro grupo de destinatários normativos, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e magnitude que possam justificar o tratamento desigual, a norma estará violando o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG (cf. BVerfGE 55, 72 [88]; 84, 197 [199]; 100, 195 [205]; 107, 205 [213]; 109, 96 [123]; jur. pacífica). O Art. 3 I GG ordena que, tendo em vista o tratamento desigual, [a norma diferenciadora] valha-se de um atributo de diferenciação racionalmente justificado. Para a fundamentação de um tratamento desigual de grupos de pessoas, não é suficiente que o normatizador tenha observado um atributo de diferenciação adequado por sua natureza. Ao contrário, é preciso haver – também para a intensidade da diferenciação – uma relação intrínseca entre as diferenças já existentes e a regulamentação diferenciadora que, com bastante relevância, possa ser apresentada como um aspecto de diferenciação racionalmente defensável (cf. BVerfGE 81, 208 [224]; 88, 87 [97]; 93, 386 [401]).

bb) Os requisitos a serem atendidos junto a um tratamento desigual de grupos de pessoas serão tão mais rigorosos, quanto maior for o perigo de uma referência a características da personalidade [feita nos elementos típico-normativos], às quais sejam comparáveis àquelas do Art. 3 III GG, levar à discriminação de uma minoria (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]). Este é caso quando se trata de orientação sexual.

Um parâmetro rigoroso de controle junto a um tratamento desigual baseado na orientação sexual, que se aproxima do parâmetro previsto para outras proibições de discriminação, corresponde também ao desenvolvimento jurídico no direito europeu. Tanto o Art. 13 EGV quanto o Art. 21 I da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia incluem a inclinação sexual no grupo das proibições de discriminação. Também na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (EG-MR) são exigidas “razões sérias” como justificativa para diferenciações que se baseiem na orientação sexual, exatamente como ocorre no caso daquelas [diferenciações] lastreadas no gênero (EGMR, Decisão de 24 de Julho de 2003 – Nº 40.016/98 – Karner contra Áustria, ÖJZ 2004, p. 36 [38], com mais referências).

Segundo esse parâmetro, o tratamento desigual conforme o § 38 VBLS entre os segurados que sejam casados e aqueles que vivam em uma união registrada submete-se a um exame rigoroso, porque se relaciona com a característica pessoal da orientação sexual. A decisão do indivíduo por um casamento ou por uma união registrada é ligada, quase indissolúvelmente, à orientação sexual.

O entendimento da Corte Federal de Justiça, que na decisão impugnada partiu da tese de que o estado civil configurador do critério de diferenciação é aberto ao interessado, independentemente de sua orientação sexual, é formal demais, não correspondendo à vida real. É certo que é juridicamente permitido que pessoas de orientação heterossexual firmem uma união registrada com pessoa do mesmo sexo e que pessoas de orientação homossexual se casem com pessoa do outro sexo. Todavia, o fato de o legislador ter desistido de fixar, por conta da observância da esfera íntima dos interessados, uma comunhão sexual como pressuposto e de fiscalizar a respectiva orientação sexual antes do início de um casamento ou de uma união registrada em nada muda o fato de o instituto da união registrada ser, de

acordo com a intenção do legislador, voltado às pessoas de orientação homossexual e, na vida real, ser por elas também usado para a fundação de uma relação duradoura e juridicamente segura de um par.

Esse sentido do objetivo da Lei da União Registrada já se depreende de seu nome na forma longa (Lei de Resolução da Discriminação de Uniões Homossexuais). Nesse sentido, começa a introdução da fundamentação do Projeto-lei com um correspondente direcionamento de objetivo (“A discriminação de pares homossexuais deve ser desconstruída”, cf. BTDrucks. 14/3751, p. 1). O legislador queria reconhecer a pessoas homossexuais, pela primeira vez, direitos que lhes pudessem ajudar em um mais bem sucedido desenvolvimento de sua personalidade e que devessem levar à desconstrução de discriminações duradouras. (cf. BVerfGE 104, 51 [60]; 105, 313 [314]). Além disso, a fundamentação do Projeto-lei explicita que se busca, em conexão a uma corresponde exigência do Parlamento Europeu, evitar um tratamento desigual de pessoas com orientação homossexual e que esse desiderato deve ser executado com a Lei de União Vital [Lei da União Registrada] “tendo em vista as uniões vitais homossexuais” (cf. BTDrucks. 14/3751, p. 33). Não apenas o casamento, mas também a união vital registrada é também, portanto, segundo a concepção do legislador tipicamente uma união também sexual. Coerentemente com as vedações matrimônias a partir de um determinado grau de parentesco (§ 1307 BGB), que em todo caso também servem à proteção da autodeterminação sexual do indivíduo, essas valem, na essência, correspondentemente, como [condições negativas] para se firmar uma união registrada (§ 1 III, nº 2 e nº 3 LPartG).

Assim, pessoas homossexuais são tipicamente atingidas pelas normas que regulamentam os direitos de pares em união registrada e pessoas heterossexuais por aquelas que regulamentam os direitos de cônjuges. Se casamento e união registrada forem tratados diferentemente em face da previdência sucessória, ocorre, com isso, um tratamento desigual com base na orientação sexual (cf. sobre a desvantagem por causa da orientação sexual no sentido do Art. 2 II a da Diretriz Geral e § 1 AGG: EuGH, Decisão de 1º de abril de 2008 – Maruko – C-267/06 – ABIEU 2008, nº C 128, 6; BAG, Decisão de 14 de janeiro de 2009 – 3 AZR 20/07 –, NZA 2009, p. 489 [492]).

Porque o tratamento desigual efetuado pelo § 38 VBLS entre cônjuges e pares em união estável contém uma conexão à orientação sexual, são necessárias diferenças de vulto entre essas duas formas de parceria, firmadas para serem duradouras e juridicamente consolidadas, a fim de se poder justificar um concreto tratamento desigual.

cc) [...].

b) Quando medido com base nesses requisitos, o tratamento desigual entre casamento e união registrada não é justificado.

aa) (...).

bb) Um motivo racional para a diferenciação também não pode ser objetivamente reconhecido.

Para justificar um tratamento desigual não basta aqui uma mera referência ao casamento e sua proteção (1). Razões racionais referendáveis de um tratamento desigual no âmbito da previdência sucessória, sob a observância dos objetivos e da configuração concreta desse sistema de previdência, não estão presentes; e, principalmente, também não resultam da desigualdade da situação de vida de cônjuges e pares em união registrada (2).

(1) A *Grundgesetz* coloca, no Art. 6 I GG, casamento e família sob a especial proteção do Estado. Com isso, a Constituição não apenas garante o instituto do casamento, como também ordena, como decisão axiológica vinculante para todo o direito público e privado relativo ao âmbito do casamento e família, uma especial proteção pelo ordenamento estatal (cf. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 114 [126]; 105, 313 [346]). Para se cumprir a missão de proteção, constitui-se em especial tarefa do Estado deixar de fazer tudo o que cause dano ao casamento ou de alguma outra forma o afete e fomentá-lo por meio de medidas adequadas (cf. BVerfGE 6, 55 [76]; 28, 104 [113]; 53, 224 [248]; 76, 1 [41]; 80, 81 [92 s.]; 99, 216 [231 s.]).

Por causa da proteção constitucional do casamento, ao legislador não é, em princípio, vedado favorecê-lo em face de outras formas de vida (cf. BVerfGE 6, 55 [76 s.]; 105, 313 [348]). Assim, o Tribunal Constitucional Federal considerou justificado privilegiar o casamento no financiamento jurídico-social de uma inseminação artificial, especialmente em consideração à relação jurídica de responsabilidade e garantia de estabilidade do casamento (cf. BVerfGE 117, 316 [328 s.]). Também as normas que beneficiam o casamento no caso de prestação alimentícia, assistência e no direito tributário podem encontrar respaldo na configuração comum da trajetória de vida dos cônjuges. Isso vale, principalmente, também sob o aspecto econômico e justifica que os cônjuges, no caso de dissolução do casamento por separação ou morte, fiquem mais bem situados do que pessoas que convivam em relações de par menos vinculantes. A justificação para o privilégio do casamento, até mesmo também do casamento sem filhos, encontra-se, especialmente quando ele é considerado de maneira distinta da proteção da família, na duração da responsabilidade pelo parceiro, juridicamente assumida. Mas, nesse mister, união registrada e casamento não são diferentes entre si. Ambos são baseados na duração e fundamentam uma obrigação recíproca de apoio. Na extensão em que o privilégio do casamento se baseie no fato de surgirem crianças a partir dele, esse fomento de pais permitido e exigido constitucionalmente é, de resto, em primeira linha, objeto da proteção de direito fundamental da família e, como tal, não limitado a pais casados (cf. BVerfGE 106, 166 [176 ss.]; 112, 50 [67 ss.]; 118, 45 [62 ss.]).

Uma intenção de ordem político-familiar do legislador regulamentador, com o objetivo de crianças deverem crescer, de preferência, com pais casados; devendo existir, por causa disso, incentivos para a contração de matrimônio, não é reconhecível [no caso]. No mais, [tal intenção] poderia, na melhor das hipóteses, fundamentar um privilégio em face de pares que possam contrair matrimônio, ou seja, em face de uniões de vida não matrimoniais heterossexuais, mas não em face de uniões registradas homossexuais.

Se o privilégio do casamento coincidir com uma desvantagem para outras formas de vida, embora estas sejam comparáveis a ele, no que tange ao assunto da vida regulamentado e aos objetivos perseguidos pela normatização do casamento, uma mera referência ao mandamento de proteção do casamento não justifica tal diferenciação. Isso porque, da autorização para privilegiar o casamento em face de outras formas de vida, no cumprimento e configuração da missão constitucional de seu fomento, não se pode derivar um mandado [supostamente] contido no Art. 6 I GG de desprestígio de outras formas de vida em face do casamento. Não é possível fundamentar constitucionalmente que da especial proteção do casamento deva-se derivar que outras formas de vida conjugal tivessem de ser configuradas guardando distância em relação ao casamento e com direitos diminuídos (cf. BVerfGE 105, 313 [348]). Aqui é necessária, além de uma simples avocação do Art. 6 I GG, uma razão suficientemente

relevante que, medida junto a cada objeto e objetivo regulamentar, justifique o desfavorecimento de outras formas de vida.

(2) Uma vez medida com base nesses princípios, a não contemplação do parceiro sobrevivente na pensão sucessória carece de um motivo racional que vá além da exigência abstrata de fomento do casamento. De fato, a configuração da pensão sucessória leva em consideração coisas que ocorrem nos casamentos e nas uniões registradas do mesmo modo. Quando se parte, racionalmente, dos objetivos perseguidos com a previdência sucessória, não são reconhecíveis diferenças fáticas ou jurídicas infraconstitucionais que justifiquem tratar pior as uniões registradas do que os cônjuges casados no âmbito da pensão sucessória da VBL.

(a) A pensão sucessória da VBL é uma prestação de pensão a idosos. Prestações de pensão a idosos são verbas trabalhistas de acordo com a jurisprudência uníssona do Tribunal Trabalhista Federal e da Corte Federal de Justiça (cf. BAGE 62, 345 [350]; BGH, Decisão de 20 de setembro de 2006 – IV ZR 304/04 –, NJW 2006, p. 3774 [3776]; cf. também BVerfGE 65, 196 [212 s.]). Isso vale também para a previdência complementar da VBL. Seu caráter de verba trabalhista foi ainda mais fortalecido por intermédio da mudança para o sistema de pontos (cf. BGH, Decisão de 20 de setembro de 2006 – IV ZR 304/04 –, NJW 2006, p. 3774 [3776]). Em relação ao sentido do objetivo de garantir verba trabalhista, não são reconhecíveis diferenças entre trabalhadores casados e aqueles que vivam em uma união registrada.

(b) O mesmo vale para o fundamento, às vezes apontado como motivo para a aposentadoria, da remuneração de uma quantia média que deve ser concedida para os parentes ao término bem sucedido da relação de emprego (cf. Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 4ª. ed. 2006, Anexo § 1, nota à margem 201). Quando se vê em tal contribuição, no presumido cuidado [devido] ao parceiro, uma cobertura para a atividade profissional e estabilização da vida, não existem diferenças típicas entre casados e parceiros que vivam em união registrada. Parceiros em união registrada obrigam-se, conforme o § 2, 1 LPartG, a uma configuração comum da vida. Não é compreensível, porque uma união registrada devesse oferecer uma garantia menor para uma vida privada estável do empregado, a qual beneficie a qualidade do trabalho.

(c) Prestações da pensão a idosos tem, no mais, um caráter previdenciário. Elas devem garantir uma previdência complementar aos trabalhadores beneficiados depois da saída do mercado de trabalho e, no caso do deferimento de uma pensão sucessória, uma segurança complementar para os sucessores em caso de morte (cf. BAGE 62, 345 [350]). Por isso, podem os sistemas previdenciários criar regras que façam as prestações dependerem, em termos de fundamento e quantia, de uma típica necessidade de manutenção. Isso vale, principalmente, no caso da pensão a sucessores. A morte do segurado e a interrupção por ela causada de sua renda trabalhista ou de sua aposentadoria deixam surgir uma lacuna junto àqueles sucessores que, até então, eram total ou parcialmente sustentados por ele. Por isso, no caso da pensão a sucessores pode, de maneira tipificadora, ser conectado ao fato de existir uma pretensão jurídica a alimentos antes da morte que, com seu advento, deixa de existir. (cf. BAG, Decisão de 18 de novembro de 2008 – 3 AZR 277/07 –, NZA-RR 2009, p. 153 [156]).

Também em relação a esse aspecto, não resultam diferenças justificadoras do tratamento desigual entre os segurados da VBL que sejam casados e aqueles que vivam em uma união registrada. Para a diferenciação nesse ponto permitida e exigida segundo as

diferentes situações de necessidade, a conexão ao fato de o segurado viver em um casamento ou em uma união estável não é adequada e nem necessária.

Do estado civil do segurado não se pode derivar uma necessidade alimentícia típica do sucessor. As obrigações alimentícias dentro do casamento e da união registrada são, em larga medida, identicamente regulamentadas, de tal sorte que a necessidade alimentícia de um titular do direito a alimentos e a lacuna alimentícia, que surge no caso de morte de um obrigado à prestação de alimentos, deve ser medida segundo os mesmos parâmetros. A necessidade concreta pode até variar dependendo da situação pessoal do titular do direito aos alimentos. Ela depende de suas respectivas situações de vida e de sua biografia econômica pessoal. Não existem, entretanto, diferenças generalizáveis na verificação da necessidade alimentar de cônjuges sucessores ou sucessores de parceiros em união registrada.

Uma razão para a diferenciação entre casamento e união registrada não pode ser vista, como fez a Corte Federal de Justiça, no fato de, no caso de casais casados, existir outra típica [mas supostamente falando] necessidade de assistência por conta de lacunas na biografia de renda econômica em função da educação de filhos, quando comparada à de parceiros em união registrada (não obstante, nesse sentido também: BVerwGE 129, 129 [134]; BVerfG, Decisão da 1ª Câmara do Segundo Senado de 6 de maio de 2008 – 2 BvR 1830/06 –, NJW 2008, p. 2325, a respeito do adicional de família do direito do funcionalismo público). Não há filhos em todo casamento. Também nem todo casamento é direcionado a [ter] filhos. Quanto menos se pode pressupor que nos casamentos exista uma divisão de papéis [entre os cônjuges], sendo que um dos cônjuges fosse claramente menos direcionado à vida profissional. No caso da pensão a sucessores, decorrente do seguro legal de aposentadoria, o Tribunal Constitucional Federal, já no ano 1975, na Segunda Decisão sobre Aposentadoria de Viúvos (BVerfGE 39, 169 [187-195]), considerou a orientação a um tipificado casamento normal, com um provedor e um responsável pela administração doméstica, como sendo incompatível com o Art. 3 II GG. A ideia de um “casamento provedor” que, na realidade social, não tem mais o condão de marcar um tipo [de casamento] no qual um dos cônjuges alimenta o outro, não pode mais, conseqüentemente, servir como parâmetro para a concessão de prestações a sucessores. O casamento não pode mais ficar restrito a uma determinada distribuição de papéis. Ao contrário, corresponde ao direito dos cônjuges decorrente do Art. 6 I e Art. 3 II GG decidir, em igualdade de direitos e autonomamente, sobre o tipo e modo de sua vida conjunta matrimonial (cf. BVerfGE 99, 216 [231]; 105, 313 [345]).

Do outro lado, igualmente não se pode excluir que, em uniões registradas, haja uma distribuição de papéis de tal forma que um parceiro se concentre mais na profissão e o outro mais no âmbito doméstico, incluindo o [possível] cuidado de filhos. Em muitas uniões registradas, vivem crianças, especialmente naquelas [uniões registradas] de mulheres. Isso foi referenciado pela Associação Civil Grupo de Trabalho Federal Gays e Lésbicas em seu parecer. Segundo um estudo promovido pelo Instituto Estatal para Pesquisa da Família, na Universidade de Bamberg, vivem, estimativamente, cerca de 2.200 crianças na Alemanha que estão crescendo nas hoje por volta de 13.000 existentes uniões registradas (Rupp/Bergold, in: Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, p. 282). Esse dado fático não leva em consideração que a possibilidade de um legalmente constituído poder familiar conjunto até hoje ainda é limitada à adoção de enteado

[*Stiefkindadoption*]⁵⁴. Com isso, o percentual de crianças em uniões registradas até é bem menor do que o dos casais casados, entretanto, de forma alguma pode deixar de ser observado. O legislador levou em consideração essa realidade por meio de regras diferenciadas contidas no § 9 LPartG em relação a filhos de um parceiro (cf. também BAG, Decisão de 14 de janeiro de 2009 – 3 AZR 20/07 –, NZA 2009, p. 489 [493]). Semelhantemente ao casamento, podem surgir, também em uniões registradas, configurações de vida conjugal que impliquem um aumento da necessidade de assistência a um parceiro. Uma configuração da aposentadoria a sucessores que exclua o parceiro [em união registrada] desconsidera esse fato. Por isso, o tratamento desigual de casados e parceiros em união registrada atinge, de maneira especialmente dura, justamente aqueles parceiros sobreviventes de uma união registrada que – por exemplo, por causa da educação dos filhos ou porque, na união registrada, o parceiro falecido fora o responsável pela parte principal dos recursos para a cobertura dos custos dos gastos com sobrevivência – se encontrarem em uma situação semelhante à dos casados com uma necessidade aumentada de assistência. [...].

II.

Se a decisão da Corte Federal de Justiça viola também o direito do reclamante ao juiz legal decorrente do Art. 101 I 2 GG, porque o tribunal não cumpriu seu dever de apresentar a questão à Corte das Comunidades Europeias para uma decisão prévia em face da proibição de discriminação por causa da identidade sexual decorrente da Diretriz Geral, pode restar em aberto.

C.

(...)

Suspende-se a decisão da Corte Federal de Justiça por causa da violação do Art. 3 I GG. Devolve-se a ela a matéria de acordo com o § 95 II BVerfGG [para novo julgamento da lide originária].

A decisão sobre o ressarcimento das custas baseia-se no § 34a II BVerfGG.

(ass.) Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof, Masing

27. BVerfGE 131, 239 (*Lebenspartnerschaften von Beamten*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 19.06.2012

MATÉRIA

Em mais uma decisão sobre uma Reclamação Constitucional em que se teve como objeto uma afirmada violação do mandamento de tratamento igual de uniões vitais registradas [entre pessoas do mesmo sexo], ínsita à disciplina legal do salário-família de funcionário público, o TCF verificou uma inconstitucionalidade em face do **Art. 3 I GG**. Dessa vez, por se tratar da inarredável avaliação geral e abstrata da disciplina legal de **uniões vitais registradas de funcionários públicos** (*Lebenspartnerschaften von Beamten*), a violação não se deu apenas ao nível da interpretação judicial, mas subjacente ao próprio dispositivo legal.

⁵⁴ Excluindo-se, portanto, a possibilidade de adoção conjunta de criança que já não seja filha de um dos parceiros vitais.

Principalmente por se tratar de legislação transitória e regulamentadora de direitos configurados pelo legislador a partir da promulgação em 2001 da Lei das Uniões Vitais [entre pessoas do mesmo sexo], o TCF deixou de declarar a nulidade das normas que foram objeto da Reclamação Constitucional. Como as decisões dos tribunais administrativos basearam-se em um dispositivo incompatível com direito fundamental do reclamante, tais decisões foram suspensas e os autos retornaram para nova decisão.

EMENTAS

1. O tratamento desigual de funcionários públicos casados e aqueles que vivam em uma união registrada junto ao salário-família do nível 1 (§ 40 I, nº 1 BBesG) representa um tratamento desigual em razão de orientação sexual, a ser medido com base no princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG.
2. Se o privilégio do casamento implicar uma desvantagem de outras formas de vida [conjunta] configuradas com vínculo jurídico de maneira similar [ao casamento], embora tais formas de vida sejam similares conforme o âmbito da vida regulamentado e os propósitos perseguidos pela normatização, a mera referência ao mandamento de proteção do casamento não justifica as diferenciações. Pelo contrário, carece-se, em tais casos, além da mera avocação do Art. 6 I GG, de um motivo racional, suficientemente relevante, o qual, uma vez avaliado com base no respectivo objeto e objetivo regulamentado, justifique a desvantagem de tais outras formas de vida [conjunta] (cf. BVerfGE 124, 199 [226]).

Decisão (*Beschluss*)

Do Segundo Senado em 19 de julho de 2012

– 2 BvR 1397/09 –

[...]

Dispositivo da Decisão

1. O pedido de impedimento em face do Juiz Landau foi descartado como não admitido a julgamento [não recebido / não conhecido].
2. O § 40, Parágrafo 1, Número 1 da Lei Federal do Salário do Funcionalismo, na redação dada pela Lei de Reforma do Direito do Serviço Público (Lei Reformadora), de 24 de fevereiro de 1997 (Diário de Lei Federal [BGBl.] I, Página 322), desde a entrada em vigor da Lei para a Resolução da Discriminação de Uniões do mesmo Sexo: Uniões Vitais, de 16 de fevereiro de 2001 (Diário de Lei Federal [BGBl.] I, Página 266), até a entrada em vigor do § 17b da Lei Federal do Salário do Funcionalismo, na forma do Artigo 4 da Lei para Transferência de Regras relacionadas ao Casamento no Direito do Funcionalismo Público para as Uniões Vitais, de 14 de novembro de 2011 (Diário de Lei Federal [BGBl.] I, Página 2218), é incompatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, quando nele não se garante a parceiros em união registrada um salário-família do nível 1.
3. a) [...].
b) A decisão do Tribunal Administrativo de Hessen, de 28 de maio de 2009 – 1 A 2379/08.Z – fica suspensa e a matéria será devolvida ao Tribunal Administrativo de Hessen.
4. A República Federal da Alemanha e o Estado-membro de Hessen devem ressarcir, cada qual a metade, ao reclamante suas custas necessárias.

5. O valor da causa da atuação advocatícia fica fixado em 25.000 € (em palavras: vinte e cinco mil euros).

RAZÕES

A.

O reclamante, um funcionário público da faixa salarial A 8, que vive, desde 2002, em uma união registrada procura, sob avocação do Art. 3 I assim como do Art. 33 V GG, retroativamente, do fim do ano de 2003 até janeiro de 2009, um tratamento igual em relação aos funcionários casados, no que tange ao salário-família do nível 1, conforme o § 40 I, nº 1 da Lei Federal de Salário do Funcionalismo – BBesG – (parte relativa ao casamento no auxílio família).

I. 1. – 4.; II. 1. – 3.; III.; IV. 1. – 2. [...].

B.

O pedido de impedimento em face do Juiz Di Fabio não carece de decisão, porque ele não é mais membro do Senado chamado a decidir sobre a Reclamação Constitucional (veja também: BVerfG, Decisão da 1ª Câmara do Segundo Senado, de 31 de agosto de 2011 – 2 BvR 1979/08 –, juris).

O pedido de impedimento em face do Juiz Landau é, de plano, inadmissível.

Um pedido de impedimento que não contenha fundamentação ou que contenha tão somente textos que sejam totalmente inidôneos à fundamentação do receio de parcialidade, não é admitido. [...].

C. – I.

A Reclamação Constitucional é admitida na extensão em que o reclamante argui uma violação do Art. 3 I GG e exige um tratamento igual em relação aos funcionários públicos casados.

II.

Quando o reclamante argui uma violação da obrigação alimentícia do empregador público, decorrente do Art. 33 V GG, a Reclamação Constitucional não é admitida.

1. - 2. (...).

D.

Na extensão em que a Reclamação Constitucional é admitida, ela também é, no mérito, procedente. A regra, indiretamente impugnada, do § 40 I, nº 1 BBesG, assim como as decisões judiciais e administrativa diretamente impugnadas e naquela regra baseada violam o Art. 3 I GG.

I.

1. O princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG ordena tratar todas as pessoas igualmente perante a lei, assim como a tratar assuntos que sejam, essencialmente iguais, de maneira igual, e assuntos, essencialmente diferentes, de maneira diferente (cf. BVerfGE 79, 1 [17]; 126, 400 [416]; jur. consolidada). Proibida é, assim, também uma exclusão de um benefício perpetrada de maneira desigual pela qual um benefício é garantido a um grupo de pessoas, mas não estendido a outro grupo de pessoas (cf. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180]; 124, 199 [218]; 126, 400 [416]; jur. consolidada).

Do Art. 3 I GG derivam-se, dependendo do objeto regulamentado e de características de diferenciação, diferentes limites, que vão da mera vedação de arbítrio até uma vinculação rigorosa às exigências de proporcionalidade (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 117, 1 [30]; 124, 199

[219]; 126, 400 [416]; jur. consolidada). Parâmetros mais exatos e critérios para se aferir, no caso concreto, a partir de quais pressupostos a vedação de arbítrio ou o mandamento de tratamento igual proporcional restou violada, não podem ser fixados genérica e abstratamente, mas apenas em face de cada âmbito material e regulamentar, respectivamente em pauta (cf. BVerfGE 75, 108 [157]; 101, 275 [291]; 103, 310 [318]; 105, 73 [111]; 110, 412 [432]; 121, 108 [119]; 126, 400 [416]).

a) No caso do tratamento desigual de grupos de pessoas existe, em regra, um vínculo rigoroso do legislador às exigências do princípio da proporcionalidade. Isso vale também quando um tratamento desigual de matérias (apenas) indiretamente efetivar um tratamento desigual de grupos de pessoas (cf. BVerfGE 101, 54 [101]; 103, 310 [319]; 110, 274 [291]).

Uma norma violará, então, o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG, quando, por intermédio dela, um grupo de destinatários normativos em comparação a outros destinatários normativos forem tratados de maneira diferente, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e de tal magnitude, que possam justificar o tratamento desigual (cf. BVerfGE 55, 72 [88]; 84, 197 [199]; 100, 195 [205]; 107, 205 [213]; 109, 96 [123]; 110, 274 [291]; 124, 199 [219 s.]; 126, 400 [418]; jur. consolidada).

b) As exigências de justificação de um tratamento desigual de grupos de pessoas serão tão mais rigorosas, quanto mais as características relativas a pessoas que levaram à diferenciação, aproximarem-se das características elencadas no Art. 3 III GG, isto é, quão maior for o perigo de um tratamento desigual, conectado às referidas características, levar à discriminação de uma minoria (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]; 124, 199 [220]). Este é caso, por exemplo, de diferenciações baseadas na orientação sexual (cf. BVerfGE 124, 199 [220]; 126, 400 [419]; BVerfGK 12, 169 [176 s.]; Osterloh, in: Sachs, GG, 6a. ed. 2011, Art. 3, nº à margem 92ss.; Jarass, in: *Idem*/Pieroth, GG, 11. ed. 2011, Art. 3, nº à margem 19a).

Contra isso, não pode ser contraposto, ao contrário de uma opinião parcialmente defendida, que a tese de exigências maiores de justificação ignoraria a decisão do constituinte derivado de justamente não ter positivado a orientação sexual como uma característica complementar de diferenciação proibida no Art. 3 III GG (nesse sentido: Krings, in: Festgabe für Friauf, 2011, p. 269 [273]; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 3, nº à margem 42.1 s. [1º de abril de 2012]; Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 6, nº à margem 36.2 [1º de abril de 2012]; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12ª ed. 2011, Art. 6, nº à margem 22a; Hillgruber, JZ 2010, p. 41 [43]).

Uma vontade contrária do constituinte derivado não pode ser verificada [sob esse argumento]. É certo que, no ano de 1993, a Comissão Constituinte Comum, convocada depois da Reunificação [entre a República Federal da Alemanha e a antiga República Democrática Alemã], recusou uma ampliação do Art. 3 III GG com o fim de contemplar a característica da identidade sexual (que, por sua vez, contempla a subcategoria da orientação sexual), entre outros, com o fundamento, segundo o qual mais uma diferenciação do Art. 3 III GG deveria ser evitada, porque, por intermédio de uma atomização por grupos, a Constituição poderia restar prejudicada (veja BTDrucks. 12/6000, p. 54). Contudo, ao final, a introdução da característica da identidade sexual (cf. os projetos de lei das bancadas de oposição: BTDrucks. 17/88, 17/254 e 17/472) foi recusada pela maioria da Câmara Federal com o argumento de que uma ampliação não seria necessária, uma vez que a proteção contra discriminações por causa da

identidade sexual pelo Art. 3 I GG já vinha, ultimamente, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, cobrindo o Art. 3 III GG, sendo que, por isso, uma extensão do Art. 3 III GG representaria uma (dispensável) “política simbólica” (veja BTDrucks. 17/4775, p. 5).

c) (...).

2. O tratamento desigual de funcionários casados e de funcionários que vivam em uma união registrada pela norma do § 40 I, nº 1 BBesG representa um indireto tratamento desigual por causa da orientação sexual a ser medido pelo princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG.

Certo é que a garantia e não garantia do salário-família, de acordo com o § 40 I, nº 1 BBesG, não se orienta, expressamente, pela orientação sexual, mas sim pelo estado civil do respectivo funcionário público. Indiretamente, porém, conecta-se, dessa maneira, à orientação sexual. Isso porque, mesmo que o critério constitutivo de diferenciação para o recebimento do salário-família do estado civil seja [em tese] passível de ser atendido pelo funcionário interessado, independentemente de sua orientação sexual, a decisão do indivíduo pelo casamento ou uma união registrada praticamente não é cindível de sua orientação sexual (cf. BVerfGE 124, 199 [221]; 126, 400 [419]). Determinações legais que regulamentem os direitos de parceiros em união registrada atingem, tipicamente, pessoas homossexuais, enquanto aquelas que regulamentem os direitos de cônjuges atingem, tipicamente, pessoas heterossexuais (cf. BVerfGE 124, 199 [221 s.]; 126, 400 [419]; BVerfGK 12, 169 [176]).

II.

O tratamento desigual de funcionários públicos casados e de funcionários públicos que vivam em uniões registradas junto à pretensão à concessão do salário-família do nível 1 não é justificado. Também a especial proteção do casamento, [tal qual] ancorada no Art. 6 I GG, não tem o condão de justificar o tratamento desigual.

1. (...).

2. (...).

Assim não são reconhecíveis diferenças nos custos de moradia entre funcionários públicos casados e funcionários públicos em união registrada. Também um funcionário público que viva em união registrada precisa – da mesma forma que um funcionário público casado – de uma moradia maior do que um funcionário público solteiro (ou separado). Da mesma maneira, as obrigações alimentares dentro de casamentos e de uniões registradas já são, desde a entrada em vigor da Lei de Uniões Registradas, ampla e identicamente regulamentadas (veja: BVerfGE 124, 199 [228]). Enquanto cônjuges obrigam-se, segundo o § 1360, 1 BGB, a sustentar adequadamente a família por intermédio de seu trabalho e com seu patrimônio, a mesma obrigação atinge os parceiros em união registrada, de acordo com § 5, 1 LPartG. O § 5, 2 LPartG determina que as normas sobre conteúdo e abrangência dos alimentos conjugais no § 1360, 2, §§ 1360a, 1360b BGB são correspondentemente aplicáveis. Como no casamento, podem ser experimentadas também em uniões registradas conformações da relação comum que impliquem uma maior necessidade alimentícia junto a um dos parceiros (cf. também: BVerfGE 124, 199 [230]).

(...).

Outra intenção político-familiar não encontrável nos anais legislativos de criar, com ajuda do salário-família do nível 1, um incentivo para o firmamento de matrimônios e, com isso, para aumentar o número de crianças que cresçam nas relações “de ambiente seguro” de um casamento (nesse sentido, certamente: Schmidt, in: Plog/Wiedow, *op. cit.*, § 40 BBesG, nº à

margem 28 s.; Schinkel/Seifert, in: Fürst, *op. cit.*, K § 40, nº à margem 11), não tem, igualmente, o condão de justificar um tratamento desigual. Também as relações “de ambiente seguro” em uma união registrada podem fomentar o crescimento de filhos.

E. – I.

(...)

II. 1. – 3. [...]; III. 1. – 2. [...]

(*ass.*) Voßkuhle, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, Huber, Hermanns Müller, Kessel-Wulf

28. BVerfGE 133, 59 (Sukzessivadoption)

Controle Normativo Concreto e Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial;
19.02.2013

MATÉRIA

O TCF decidiu, conjuntamente, uma proposição de controle concreto por Representação Judicial e uma Reclamação Constitucional contra, no último caso, imediatamente, Decisão Judicial de primeira instância, confirmada por uma decisão colegiada de Tribunal Estadual e outra de Superior Tribunal Estadual em sede, respectivamente, de recurso de apelação e de revisão. Indiretamente, a Reclamação Constitucional voltava-se (assim como por definição o fazia a Representação Judicial, exclusivamente) contra um dispositivo da Lei de Uniões Vitais Registradas (LPartG) que vedava a **adoção sucessiva** (*Sukzessivadoption*), qual seja: o § 9 VII LParG. Dentro complexo sistema jurídico do direito de adoção germânico, chama-se de adoção sucessiva, originariamente, a adoção feita por um dos cônjuges (casados) de filho adotado, anteriormente, pelo outro cônjuge.

O dispositivo questionado não vedava a adoção pelo parceiro em união registrada do filho biológico do outro parceiro. Contudo, vedava a adoção sucessiva, nos seguintes termos:

(7) Um parceiro vital pode adotar, solitariamente, um filho de seu parceiro vital. Para esse caso, valem o § 1743, 1; o § 1751 II e IV 2; o § 1754 I e III; o § 1755 II; o § 1756 II; o § 1757 II; 1 e o § 1772 I 1 letra c, [todos] do Código Civil [BGB], correspondentemente.

Com esse teor, o legislador excluiu, com absoluta clareza, a validade correspondente do § 1742 BGB que previa, no correspondente capítulo do direito civil de família, o instituto da adoção sucessiva para o instituto lá normatizado e, com isso, apenas para os cônjuges casados.

O TCF julgou procedentes a Reclamação Constitucional e a Representação Judicial (proposicao de controle concreto), declarando inconstitucional a norma do § 7 VII LPartG por verificar nela violação do **Art.3 I GG**. A referida violação do Art. 3 I GG não se deu apenas de maneira objetiva (princípio da igualdade), como também em face do direito fundamental dele decorrente de titularidade tanto de parceiros em união registrada desejosos de adotar o filho adotivo do outro parceiro, quanto dos filhos adotados pelo primeiro parceiro em união registrada que se encontrem nessa situação de não poder ter um segundo responsável legal por intermédio da adoção sucessiva.

Também nesse caso, o TCF não pronunciou o efeito da nulidade, mas se limitou a declarar a incompatibilidade normativa com o Art. 3 I GG, dando um prazo ao legislador para saná-la por intermédio da promulgação de uma lei derogadora que deixasse de tratar

desigualmente as situações e pessoas em relação de comparabilidade equivalência sem justificação constitucional.

EMENTAS

1. Art. 2 I em combinação com o Art. 6 I 1 GG assegura à criança um direito à garantia estatal de cuidado familiar e educação [adoção]. Não se pode dele derivar [do referido direito do adotado] uma obrigação do legislador de viabilizar a adoção de um filho adotivo de um parceiro em união registrada pelo outro parceiro (adoção sucessiva).

2. Duas pessoas do mesmo sexo que sejam reconhecidas legalmente como pais de uma criança são pais também no sentido jurídico-constitucional (Art. 6 II 1 GG).

Uma pessoa que até então não tenha com a criança, nem uma relação de pai biológico, nem uma relação de poder familiar com fulcro no direito infraconstitucional, não é, em princípio, em consonância com o Art. 6 II 1 GG, pai [uma das duas partes responsáveis] no sentido jurídico-constitucional somente por viver em uma relação social-familiar com a criança.

3. Quando parceiros em união registrada viverem com o filho biológico ou adotado de um deles em uma comunidade social-familiar, eles constituem com o filho uma família no sentido da *Grundgesetz*. Na configuração jurídica da família, o legislador não é, sem mais, por força constitucional, obrigado a criar uma possibilidade de adoção àqueles que, faticamente, exercem uma função social paternal tão somente por causa do exercício da aludida função.

4. Na medida em que o § 9 VII da Lei da União Registrada impede a possibilidade de adoção por um parceiro em união registrada do filho adotivo do [outro] parceiro (adoção sucessiva), inobstante estejam abertas a possibilidade de adoção de uma criança [já antes] adotada do cônjuge [pelo outro cônjuge, i.e., no âmbito do casamento] e a possibilidade da adoção de um filho biológico do parceiro em união registrada (adoção enteada), violam-se os [respectivos] direitos a tratamento igualitário [direito fundamental à igualdade] tanto dos filhos, quanto dos parceiros em união registrada interessados [na adoção].

Decisão (*Urteil*)

Do Primeiro Senado, de 19 de fevereiro de 2013

Com base na audiência de 18 de dezembro de 2012

– 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –

no processo I. Para o exame jurídico-constitucional da questão [de se verificar] se a proibição da adoção sucessiva pelo parceiro em união registrada do anteriormente adotado [pelo outro parceiro], de acordo com o § 9 VII da Lei da União Registrada (LPartG), na redação de 16 de fevereiro de 2001 [...] – é compatível com a *Grundgesetz*, II. [...]

Dispositivo da decisão:

1. O § 9 VII da Lei da União Registrada não é compatível com o Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, na extensão em que, segundo ele, não seja possível a adoção de um filho adotado do parceiro em união registrada pelo outro parceiro.

2. O legislador deverá determinar, até o dia 30 de junho de 2014, uma regra compatível com a Constituição. Até a nova regra legislativa ser promulgada, o § 9 VII da Lei da União Registrada

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

deverá ser aplicado, desde que seja possível a adoção de um filho já adotado do [e pelo] parceiro em união registrada.

3. A decisão do Superior Tribunal de Hamm, de 1º de dezembro de 2009 – [...] –; a decisão (...) violam o direito fundamental da reclamante decorrente do Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Suspendem-se as decisões. Devolva-se a matéria ao juízo [de primeira instância] de Münster.

4. A República Federal da Alemanha deve ressarcir à reclamante suas custas processuais necessárias.

Razões:

A.

O processo de Representação Judicial e a Reclamação Constitucional são relativos à questão [de se verificar] se o § 9 VII LPartG, inserido por meio da Lei de Revisão do Direito da União Registrada, de 15 de dezembro de 2004 (BGBl. I p. 3396), é compatível com a *Grundgesetz*. (...).

I. 1. – 4.; II. 1. a) – b), 2. a) aa) cc), b) aa) – bb); III. 1. a) – b), 2. a) aa) – bb), b) aa) – bb) (...)

B.

A exclusão da adoção sucessiva de filhos por parceiros em união registrada é inconstitucional. Ainda que não restem violados, nem o direito da criança à garantia estatal de cuidado e educação paternas [parental, familiar] (I.), nem o direito fundamental dos pais (II.), nem o direito fundamental de família (III.): o § 9 VII LPartG é, nada obstante, incompatível com o Art. 3 I GG quando, segundo ele, não for possível a adoção de um filho adotado do parceiro em união registrada; por sua vez, contudo, sejam possíveis a adoção de um filho adotivo pelo cônjuge e a adoção de um filho biológico pelo parceiro em união registrada (do IV. até o VII.).

I. 1. – 3.; II. 1. a) – b) aa) bb), c), 2. a) – b); III. 1. a) – e), 2. (...)

IV.

A inadmissibilidade da sucessão adotiva de um filho [já] adotado do parceiro em união registrada pelo outro parceiro viola, todavia, o direito ao tratamento igualitário (Art. 3 I GG) das crianças atingidas. Ela prejudica o filho adotivo de um parceiro em união registrada, de modo inconstitucional, tanto em face de filhos adotivos de casados que, segundo o § 1742 BGB, podem ser assumidos pelo outro cônjuge, quanto também em face de filhos biológicos de um parceiro em união registrada que, conforme o § 9 VII LPartG, podem ser adotados pelo outro parceiro em união registrada.

1. a) O princípio geral da igualdade ordena ao normatizador tratar essencialmente iguais de modo igual e essencialmente diferentes de modo desigual (cf. BVerfGE 98, 365 [385]; jurisprudência pacífica). Viola-se o princípio da igualdade quando um grupo de destinatários normativos ou atingidos pela norma for, na comparação com outro, tratado diversamente, embora entre os dois grupos não existam diferenças, de tal tipo e de tal magnitude, a ponto de elas poderem justificar o tratamento desigual (cf. BVerfGE 129, 49 [69]; jur. pacífica). No caso, o Art. 3 I GG não veda ao legislador todo tipo de diferenciação. Diferenciações carecem, todavia, sempre de justificação por intermédio de motivos racionais que sejam adequados ao objetivo da diferenciação e à intensidade do tratamento desigual (cf. BVerfGE 129, 49 [68 s.];

jurisprudência pacífica). Tendo em vista as exigências jurídico-constitucionais endereçadas ao motivo racional que determina o tratamento desigual, resultam diferentes limites para o legislador, a depender do objeto regulamentado e dos atributos de diferenciação, que podem ir, desde vínculos mais frouxos, restritos à proibição de arbítrio, podendo alcançar até exigências rigorosas de proporcionalidade (cf. BVerfGE 130, 240 [254]; jurisprudência pacífica). Um vínculo mais rigoroso do legislador pode resultar, principalmente, dos respectivamente atingidos direitos de liberdade (cf. BVerfGE 130, 240 [254]; jurisprudência pacífica).

b) Segundo esses princípios, deve ser aplicado aqui um parâmetro de exame claramente mais rigoroso, quando comparado a uma mera vedação de arbítrio. As exigências constitucionais já vão além de uma mera vedação de arbítrio, porque a não autorização de uma adoção sucessiva relaciona-se com direitos fundamentais essenciais ao desenvolvimento da personalidade da criança. Mesmo quando o legislador não violar os aludidos direitos fundamentais das crianças (v. acima, sob I. e III.), permanecem fechadas aos filhos adotados de um parceiro em união registrada as possibilidades, ligadas a uma adoção sucessiva, do desenvolvimento e configuração da vida que se encontram abertas ao filho adotivo de um pai/mãe casado e ao filho biológico de um parceiro em união registrada. Afetada resta, especialmente, a garantia de cuidados paternos [parentais] (Art. 2 I c.c. Art. 6 II 1 GG); a vedação da adoção sucessiva impede que a criança receba um segundo responsável jurídico [pai/mãe] que poderia assumir, em toda sua extensão, o fomento de seu desenvolvimento, confiado pela Constituição, em primeiro lugar, aos pais biológicos (v. acima, sob I.). As restrições de competências parentais ligadas à vedação de um status de pai pleno do ponto de vista jurídico dificultam também a vida familiar do filho com seus pais, protegida pelo Art. 6 I GG, porque elas são contrapostas a uma percepção igualitária da responsabilidade paternal por ambos os parceiros em união registrada. No mais, afetada é também a função de estabilização da família, protegida pelo Art. 6 I GG, e relevante para o desenvolvimento do filho, porque a exclusão de uma adoção pelo padrasto/madrasta, válida somente para a constelação familiar de uma criança adotada por um parceiro em união registrada, pode despertar na criança a impressão de que sua relação familiar seja menos valiosa do que a relação familiar de outras famílias adotivas nas quais os pais sejam casados ou que o filho seja filho biológico de um dos parceiros em união registrada.

2. O tratamento desigual dos filhos atingidos em relação a crianças adotadas por casados não é justificado.

a) O tratamento desigual não se justifica por meio do objetivo geral de uma restrição de adoções sucessivas. A adoção sucessiva é – independentemente da questão da homo ou heterossexualidade dos pais – em princípio [juridicamente] impossível e só admitida a casados (cf. § 1742 BGB). Todavia, a união registrada não se diferencia do casamento de um modo que possa justificar um tratamento desigual em face do propósito em si legítimo da exclusão em geral da adoção sucessiva.

aa) Com a restrição a adoções sucessivas deve ser, sobretudo, impedido que uma criança seja submetida a concorrentes direitos de pais, que poderiam ser exercidos de maneira contraditória. Correto é excluir, em princípio, a possibilidade de mais uma adoção para o caso de prosseguimento da primeira adoção. No entanto, o surgimento de direitos concorrentes de pais é considerado não problemático quando se tratar de pais casados (cf. Maurer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 8, 6ª ed. 2012, § 1742 Nota à margem 8). A admissão

da adoção sucessiva para cônjuges é até aqui correta. Porém, o objetivo de prevenir o exercício conflitante de concorrentes direitos parentais para proteção da criança não explica o fato de se infligir uma desvantagem aos filhos de pessoas em união registrada em face de filhos de pessoas casadas. Não existem indícios de que pessoas em união registrada exerçam seus direitos de paternidade de maneira menos responsável do que pessoas casadas.

bb) Para o bem estar da criança, deve ser evitado que ela seja entregue, pela via da adoção, [repetida e sucessivamente] de família para família (cf. Maurer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 8, 6ª. ed. 2012, § 1742 Nota à margem 4; cf. BTDrucks 7/3061, p. 30). Por conta da probabilidade considerada maior de surgirem em famílias adotivas complicações na relação pais-filhos, enxerga-se um perigo inerente a uma repetida entrega da criança [a terceiras famílias] (cf. Kemper, in: Schulz/Hauß, Familienrecht, 2ª ed. 2011, § 1742 BGB, nota à margem 1). Entretanto, o perigo de uma entrega da criança, por meio de adoção em cadeia, não estará presente quando a seguinte adoção ocorrer justamente pelo parceiro do primeiro que assumiu a responsabilidade pela criança. Aqui, o primeiro responsável adotivo não entrega a criança a uma nova família; mas sim, pelo contrário, o vínculo familiar existente em relação ao primeiro responsável adotivo é fortalecido pela fundação de uma relação jurídica entre pai e filho também em face do parceiro do primeiro responsável adotivo. Por isso, o § 1742 BGB admite a adoção por parte do cônjuge. Essa exceção é coerente com o motivo do propósito da exclusão geral da adoção sucessiva. Mas também em face desse propósito não são diferentes a adoção por casados e a adoção feita por pessoas em união registrada. Por intermédio da adoção sucessiva de um parceiro na união registrada, a criança passa a ser, exatamente como no caso de uma adoção sucessiva por casados, um filho comum dos parceiros em união registrada. O perigo de a criança ser, por esta via, entregue de família em família seria tão pequeno quanto no caso de casais casados. Principalmente, a união registrada é, do mesmo modo que o casamento, pensada para durar e, como aquele, é marcada pela aceitação de responsabilidade vinculante (cf. BVerfGE 124, 199 [225]; 126, 400 [426]; 131, 239 [259 ss.]).

b) A exclusão da adoção sucessiva por pessoas em união registrada também não pode ser justificada com interesses da criança. Ao bem-estar da criança não se contrapõe a adoção do filho do parceiro por ele já anteriormente adotado; pelo contrário, recomenda sua viabilização.

aa) A exclusão da adoção sucessiva não pode ser justificada, porque o crescimento da criança de pais do mesmo sexo seria prejudicado.

(1) Pode-se partir do fato de que o contexto protetor de uma união registrada pode fomentar o crescimento de crianças da mesma forma que aquele havido em um casamento (cf. BVerfGE 131, 239 [264]). Questionamentos que se voltam contra o crescimento de crianças em uniões de pais homossexuais em geral foram impugnados pela grande maioria dos pareceres de especialistas (v. acima, sob **A.III.2.a)**). Também a Comissão da Câmara Federal Alemã informara, já em seu relatório sobre a Lei da União Registrada, que com a exclusão da possibilidade da adoção comum não fora intencionado um julgamento negativo a respeito da capacidade educacional de pessoas de orientação homossexual (cf. BTDrucks 14/4550, p. 6).

(2) No mais, a exclusão da adoção sucessiva seria inadequada para afastar eventuais perigos para o amadurecimento de uma criança com pais homossexuais, pois a exclusão da adoção sucessiva não consegue, não pode e não deve evitar que a criança conviva com seu responsável que o adotou e [ao mesmo tempo] com seu parceiro em união registrada

homossexual. Pessoas homossexuais podem ficar com uma criança pela via da adoção individual (§ 1741 II 1 BGB) e seguir com seu filho e seu parceiro homossexual uma vida em união familiar. Segundo o § 9 VI LPartG, também pode ser feita uma adoção individual por um parceiro vital quando uma união registrada já existir. Uma união familiar fática de dois parceiros do mesmo sexo com a criança adotada por um parceiro pode, assim, surgir logo depois de uma adoção individual, sem que, para tanto, uma adoção sucessiva fosse necessária (cf. Dethloff, FPR 2010, p. 208 [209]). Nem a adoção individual por pessoas homossexuais, nem a vida conjunta de fato de parceiros em união registrada com o filho de um dos dois parceiros poderiam ser proibidas sem graves violações à *Grundgesetz*. Uma exclusão genérica de pessoas homossexuais da adoção individual se chocaria também contra a Convenção Europeia de Direitos Humanos (cf. EGMR, Sentença de 22 de janeiro de 2008 – 43546/02 – E.B./Frankreich, NJW 2009, p. 3637). Mas isso ficou, de toda sorte, longe do pretendido pelo legislador. Ele permitiu a adoção individual por pessoas homossexuais e, além disso, fomentou a vida conjunta do filho com seu responsável que o adotou e com o parceiro em união registrada daquele. A união familiar de par homossexual com o filho de um dos parceiros em união registrada não é, portanto, apenas não proibida, como também a Lei da União Registrada apoia sua vida conjunta familiar, na medida em que ela criou regras justamente para esse caso, as quais outorgam ao parceiro em união registrada que não é pai em sentido jurídico, algumas prerrogativas semelhantes àquelas que foram outorgadas a pais, incluindo a possibilidade de usar um nome comum da união registrada (§ 9 I ao V LPartG; v. acima, sob I.3.).

bb) A adoção sucessiva também não afeta o bem estar da criança, sendo em regra enriquecedora para ela, nas constelações a serem ora examinadas.

(1) A adoção sucessiva tem efeitos estabilizadores no desenvolvimento psicológico, de acordo com a avaliação dos especialistas em psicologia ouvidos (v. acima, sob **A.III.2.a)**). As crianças em pauta são atingidas de modo intenso por sua separação dos pais biológicos. A insegurança de vínculo que se desperta com a entrega da criança pelos pais biológicos não é piorada com a adoção pelo parceiro do primeiro parceiro adotante em união registrada; pelo contrário, essa adoção seguinte serviria antes à estabilização e integração da criança em sua nova família. A criança receberia a certeza de que, no caso de perda de um dos pais, o outro permaneceria. Também a equiparação jurídica dos dois pais dentro da família poderia ter um efeito estabilizador, sendo que o poder familiar comum dos pais poderia fortalecer o sentimento de pertinência dos filhos e o sentimento de responsabilidade dos pais e facilitar a educação comum. Do outro lado, a criança poderia vivenciar a recusa do reconhecimento jurídico de sua relação com o pai social como uma resistência e reprovação [social e oficial] de sua pessoa e de sua família.

(2) A adoção pelo parceiro em união registrada melhoraria a situação jurídica do filho em caso de dissolução da união registrada ou morte. Justamente esse pensamento norteou o legislador, o que pode ser demonstrado com o estudo da fundamentação oficial do Projeto de Lei (cf. BTDrucks. 15/3445, p. 15), na permissão legal da adoção de enteado [*Stiefkindadoption*] por parceiro em união registrada (v. acima, sob **A.I.3.**), sem que lá a situação dos interesses da criança fosse diferente da situação do filho na adoção sucessiva [*Sukzessivadoption*].

(a) Especialmente, apenas com uma adoção sucessiva, uma regulamentação do poder familiar poderia fazer observar as exigências do bem-estar da criança no caso de uma dissolução da união registrada, que levasse em consideração o vínculo emocional da criança com o outro parceiro [até então] em união registrada. Depois da separação dos parceiros, o exclusivo poder familiar cabe ao pai adotivo segundo a situação jurídica ora vigente. O exercício comum do poder familiar não é possível por falta de uma relação parental jurídica do outro parceiro em união registrada com a criança. [...].

(b) Também do ponto de vista jurídico-material, a criança estaria, em princípio, juridicamente mais bem garantida por meio da adoção sucessiva. Ela teria vantagens provenientes da paternidade dupla, principalmente nos âmbitos alimentares e sucessórios (cf. BVerfGE 117, 202 [234]).

(aa) Uma vez que a criança sem adoção sucessiva não é parente do parceiro em união registrada do seu responsável adotivo, sendo que a obrigação alimentar só pode ser baseada em relação de parentesco (§ 1601 BGB), ela não tem uma pretensão a alimentos em face do parceiro em união registrada. (...).

(bb) A adoção sucessiva melhora a situação da criança em âmbito sucessório. A criança enteada não tem pretensões jurídicas sucessórias no caso de falecimento do/a padrasto/madrasta. A sua base é conseguida somente quando da constituição de uma relação de parentesco pela via da adoção.

(3) Por meio da adoção sucessiva, nem as relações de parentesco, nem as pretensões jurídicas por estas intermediadas a alimentos e sucessórias das crianças em pauta ficam comprometidas. É certo que com a adoção terminam a relação de parentesco da criança com seus parentes anteriores e os direitos e obrigações dela derivados (§ 1755 I BGB); pretensões a alimentos, o direito de herança, o poder familiar e o direito de convívio são desconstituídos. Contudo, no caso da adoção sucessiva, esses direitos em face de pais anteriores e seus parentes já foram desconstituídos com a primeira adoção. A adoção sucessiva efetua, nesse ponto, um acréscimo de direitos, não levando a mais perdas de direitos.

cc) Um risco para o bem-estar da criança por meio da admissão da adoção sucessiva também não precisa ser temido, porque toda adoção pressupõe um exame individual no qual eventuais desvantagens individuais da adoção requerida são levadas em consideração. De acordo com o § 1741 I BGB, o juízo de família somente pode deferir o pedido de adoção se ela servir ao bem-estar da criança. Se uma adoção serve ao bem-estar da criança, deve ser respondido de acordo com uma avaliação do caso concreto, no âmbito de uma decisão de prognóstico por parte do juízo de família. Aqui, o juízo de família será, em regra, de acordo com § 189 1 FamFG, apoiado pelo órgão de intermediação adotiva, que estudou o caso de maneira abrangente [...].

c) Também o propósito de se evitar uma fuga da decisão legislativa contra a permissão de uma adoção conjunta por dois parceiros em união registrada [i.e., que ela seja “contornada”] não justifica a exclusão da adoção sucessiva às uniões registradas. No caso, não se precisa aqui decidir se a exclusão da adoção conjunta é compatível com a *Grundgesetz*, embora a lei a autorize para pessoas casadas. A exclusão da adoção conjunta não poderia ser completamente contornada pela adoção sucessiva, porque ambas as formas de adoção diferenciam-se entre si em seu transcorrer, sendo que a exclusão da adoção conjunta não perderia, nesse ponto, seu efeito por causa da possibilidade da adoção sucessiva.

Se a preocupação decorrente [da aludida possibilidade] de se contornar o propósito legislativo basear-se no fato de que uma criança, no caso de adoção sucessiva por um parceiro em união registrada, como ocorre no caso da não permitida adoção conjunta ter sido confiada, graças à atuação colaborativa do Estado, a uma união de dois pais homossexuais na qual lhe faltariam elementos complementares de uma educação por pais heterossexuais, a inviabilização legal da adoção sucessiva não é adequada para se enfrentar tal preocupação. Independentemente de se saber se tal objeção [da suposta falta de “elementos complementares de uma educação por pais heterossexuais” na educação por responsáveis homossexuais] poderia [ou não] passar como um objetivo legítimo em um exame de constitucionalidade, a exclusão da adoção sucessiva não impede que uma criança – entregue pelo Estado – viva, permanentemente, com um par homossexual em união familiar. Crianças podem, pela via da adoção individual (§ 1741 II 1 BGB), ser adotadas por um pai homossexual mediante decisão de um juiz de família (§ 1752 I BGB) e então de fato – seja imediatamente, seja mais tarde – viver com o pai adotivo e seu parceiro em uma união familiar, desde que a avaliação com vistas ao bem-estar da criança, segundo o § 1741 I 1 BGB, revele, no caso concreto, que a adoção individual sirva, de fato, ao seu bem-estar. Nesse sentido, já a abertura da adoção individual, que o Estado não pôde retirar somente de pessoas homossexuais (v. acima, **b)aa(2)**), e não só a [chegada da] adoção sucessiva retira o efeito da inviabilização da adoção conjunta [i.e., o efeito pretendido pelo legislador com a referida inviabilização]. Com a adoção individual por uma pessoa homossexual, a criança já é confiada a uma família na qual, em toda regra, falta um parceiro de outro sexo e permanentemente faltará. Se essa adoção serve ao bem-estar da criança ou não, pode e precisa ser avaliado, no caso concreto, com base nos fatores de vida dos atingidos individualmente considerados.

d) A inviabilização da adoção sucessiva por meio de um parceiro em união registrada não é justificada em face de direitos familiares de terceiros [...].

e) A proteção do casamento de acordo com o Art. 6 I GG não justifica a inviabilização da adoção sucessiva pelo parceiro em união registrada.

aa) A abertura da possibilidade da adoção sucessiva por meio de parceiros em união registrada não viola o direito fundamental ao casamento em sua dimensão de direito de resistência. A adoção sucessiva por meio do parceiro em união registrada não tangencia nem a liberdade para contrair matrimônio, nem a liberdade atribuída aos cônjuges de configuração interna do casamento.

bb) A garantia institucional contida no direito fundamental do casamento não foi atingida. Regras que dão enquadramento jurídico ao casamento e configuram o enlace matrimonial com consequências jurídicas permanecem intocadas.

cc) Também a proteção especial do casamento pela ordem estatal ordenada pelo Art. 6 I GG (cf. BVerfGE 105, 313 [346]) não justifica infligir desvantagens a crianças adotadas por um parceiro em união registrada em face de crianças adotadas por um cônjuge. Mesmo que, em princípio, não se vede ao legislador por causa da proteção constitucional do casamento que ele o favoreça em relação a outras formas de vida (BVerfGE 126, 400 [420]; jurisprudência pacífica). Se, porém, o privilégio concedido ao casamento implicar uma desvantagem a outras formas de vida, embora tais sejam, segundo a matéria da vida regulamentada e os objetivos perseguidos com a normatização do casamento, comparáveis, a mera menção ao mandamento de proteção do casamento não justifica o infligir de desvantagens àquelas (cf.

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

BVerfGE 124, 199 [226]; 126, 400 [420]). Da proteção especial do casamento não pode resultar que outras uniões vitais tenham de ser configuradas guardando distância ao casamento e amparadas com menos direitos (BVerfGE 105, 313 [348]; 124, 199 [226]). Pelo contrário, necessário se faz para a justificação da desvantagem de uniões vitais comparáveis além da mera avocação do Art. 6 I GG que esteja presente um motivo racional suficientemente relevante; motivo este que, uma vez medido com base no respectivo objeto e objetivo regulamentares, justifique a desvantagem a outras formas de vida (cf. BVerfGE 124, 199 [226]). Tais motivos racionais não estão se apresentam aqui (v. acima: **a**)).

f) (...).

g) Tampouco a proteção constitucional da família (Art. 6 I GG) justifica limitar a possibilidade da adoção sucessiva a pares heterossexuais. O Art. 6 I GG protege relações familiares as mais diversas também quando não está presente o casamento. Assim, também a união familiar de pares registrados com um filho faz parte da proteção do direito fundamental de família (v. acima, sob **III**.).

h) (...).

3. Também na comparação com a situação de filhos biológicos de parceiros em união registrada não se pode justificar o tratamento desigual de filhos adotados por pares em união registrada. Entre a adoção de um filho biológico do parceiro em união registrada e a adoção de um filho adotivo do parceiro em união registrada não existem diferenças de tal tipo que pudessem justificar o tratamento diferenciado. Na essência, valem aqui os mesmos argumentos trazidos em relação à desvantagem de crianças adotadas por pessoas em união estável em face de filhos adotados por casais casados (v. acima, sob **2**.). [...].

V.

Se a desvantagem de filhos adotivos de parceiros em união registrada em face de crianças adotadas por casais casados pode, além disso, chocar-se também contra o mandamento constitucional do tratamento igual entre filhos de casais casados e não casados (Art. 6 V GG), pode restar aqui em aberto (cf. Grehl, *Das Adoptionsrecht gleichgeschlechtlicher Paare unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, 2008, p. 176 ss.; Dittberner, *Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht*, 2004, p. 167 s.).

VI.

A regra do § 9 VII LPartG choca-se contra o Art. 3 I GG, quando ele desfavorece as pessoas em união registrada na comparação com cônjuges, aos quais é possível, segundo o § 1742 BGB, adotar o filho adotivo de seu parceiro. A justificação do tratamento desigual entre casados e pessoas em união registrada segundo o § 9 VII LPartG submete-se a rigorosas exigências jurídico-constitucionais, porque o tratamento desigual diz respeito à identidade sexual (cf. BVerfGE 124, 199 [220 s.]; 126, 400 [419]; 132, 179 [188 s.]). Diferenças entre o casamento e a união registrada que pudessem justificar a diferente configuração das possibilidades de adoção, não existem; sobretudo, têm ambas as parcerias em vista, do mesmo modo, a duração; e são juridicamente consolidadas (v. acima, sob **IV.2.e)cc**)).

VII.

O § 9 VII LPartG também se choca contra o Art. 3 I GG quando ele desfavorece parceiros em união registrada, em que um deles já seja o responsável adotivo na comparação com parceiros em união registrada, em que um deles seja o genitor biológico, porque somente no caso dos

últimos mencionados a adoção do filho do parceiro é juridicamente possível. Também isso não tem como ser justificado constitucionalmente.

C. – I.

A inconstitucionalidade de uma prescrição legal leva em regra à sua nulidade (§ 82 I c.c. § 78 1 BVerfGG). Porém, porque à disposição do legislador aqui existem várias possibilidades de afastamento da situação de inconstitucionalidade, vem à pauta apenas uma declaração de incompatibilidade (cf. BVerfGE 130, 240 [260 s.]; jurisprudência pacífica). Ao lado da plausível extensão das possibilidades de adoção que existem para os cônjuges aos parceiros em união registrada, seria também imaginável uma limitação geral das possibilidades de adoção, desde que estas fossem igualmente configuradas para parceiros em uniões registradas e cônjuges.

II.

A regra de transição assegura que a adoção sucessiva por meio de parceiros em união registrada seja imediatamente viabilizada. Uma vez que a adoção produz efeitos em face do adotante somente na data de sua intimação da decisão judicial de adoção (§ 197 II FamFG), sem produzir efeitos para o interregno anterior, o Senado considera que, em face das desvantagens ligadas ao indeferimento da adoção sucessiva, não é racional fazer os interessados esperarem até a nova regulamentação pelo legislador.

A regra de transição orienta-se apenas pelas questões jurídicas discutidas nesse processo. Assim, ela não é embasada em um exame e julgamento se outras diferenças que resultem no direito hoje vigente para a adoção por cônjuges e por parceiros em união registrada sejam [ou não] compatíveis com a *Grundgesetz*. O exame dessa questão cabe, primeiro, ao legislador, no âmbito das necessárias mudanças legislativas no direito de adoção.

III.

(...)

IV.

Essa decisão foi tomada unanimemente.

(ass.) Kirchhof; Gaier; Eichberger; Schluckebier; Masing; Paulus; Baer; Britz

29. BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 07.05.2013

MATÉRIA

Em decisão não unânime e provocado por uma Reclamação Constitucional, o TCF julgou incompatível com o **Art. 3 I GG** dispositivos da legislação tributária, mais especificamente da Lei do Imposto de Renda que não estendia o benefício de declaração conjunta e **partição tributária de cônjuges** (*Ehegattensplitting*) aos parceiros em união registrada. Como de praxe deixou em casos envolvendo violação à garantia do tratamento igual pelo legislador, também aqui deixou de pronunciar o efeito da nulidade. De resto, suspendeu a decisão da Corte Federal de Finanças, determinando a devolução dos autos originais para nova decisão.

EMENTA

O tratamento desigual de casados e de parceiros [homossexuais] em união registrada nas normas dos §§ 26, 26b, 32a V EstG sobre a partição tributária matrimonial [declaração conjunta] não é compatível com o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG.

Decisão

Do Segundo Senado, de 7 de maio de 2013

– 2 BvR 909, 1981/06, 288/07 –

no processo das Reclamações Constitucionais I. 1. Do Sr. P., 2. [...] e dos pedidos de suspeição judicial.

Dispositivo da Decisão:

1. Os processos são apensos para julgamento conjunto [por conexão].
2. Os pedidos relativos à suspeição do juiz Landau, dos reclamantes [indicados] sob II. e III., não foram admitidos [a julgamento de mérito].
3. O § 26 e o § 26b da Lei do Imposto de Renda, na redação publicada da reforma de 16 de abril de 1997 (Diário Oficial [“*Bundesgesetzblatt*”] I, página 821); o § 32a, Parágrafo 5 da Lei do Imposto de Renda [a seguir, nas razões, somente “EstG”], na redação da Lei de Redução das Alíquotas e da Reforma da Tributação das empresas (*Steuersenkungsgesetz* – StSenkG), de 23 de outubro de 2000 (Diário Oficial [“*Bundesgesetzblatt*”] I, página 1433), bem como as seguintes redações dos §§ 26; 26b; § 32a, Parágrafo 5 da Lei do Imposto de Renda, desde a entrada em vigor da Lei de Resolução da Discriminação de Uniões Homossexuais: Uniões Vitais [= “Uniões Estáveis”], de 16 de fevereiro de 2001 (Diário Oficial [“*Bundesgesetzblatt*”] I, página 266), são incompatíveis com o Art. 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, quando não abrirem aos parceiros em união registrada, diferentemente [do caso] dos casados, a possibilidade de tributação conjunta e a com ela ligada utilização do procedimento de partição tributária.
4. Os §§ 26; 26b; § 32a, Parágrafo 5 da Lei do Imposto de Renda continuam aplicáveis até que entre em vigor uma nova legislação pela qual também os parceiros em união registrada cujos lançamentos tributários ainda não foram finalizados possam requerer a tributação conjunta e a utilização do procedimento da partição tributária sob as [mesmas] condições válidas para os cônjuges, com efeito [retroativo] a partir de 1º de agosto de 2001.
5. a) A intimação da decisão sobre o Imposto de Renda, [de autoria] da Delegacia Regional da Fazenda de Köln-Mitte, de 26 de maio de 2003, na redação das decisões sobre os recursos [interpostos] de 6 de janeiro de 2004; a decisão do juízo financeiro [jurisdição administrativa especial fazendária] de Köln, de 13 de junho de 2005 – 15 K 284/04 –; e a decisão da Corte Federal de Finanças, de 26 de janeiro de 2006 – III R 51/05 – violam o direito fundamental dos reclamantes [indicados] sob I., decorrente do Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Anula-se a decisão da Corte Federal de Finanças, devolvendo-se a matéria à Corte Federal de Finanças [para nova decisão de mérito].
b) A intimação da decisão sobre o Imposto de Renda da Delegacia Regional da Fazenda de Saarbrücken, de 23 de outubro de 2002, na redação da decisão do recurso, de 6 de dezembro de 2002; a decisão do Juízo Financeiro de Saarland, de 21 de janeiro de 2004 – 1 K 466/02 –; e a decisão da Corte Federal de Finanças, de 20 de julho de 2006 – III R 8/04 – violam o direito

fundamental dos reclamantes [indicados] sob II., decorrente do Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Anula-se a decisão da Corte Federal de Finanças, devolvendo-se a matéria à da Corte Federal de Finanças [para nova decisão de mérito].

c) A intimação da decisão sobre o Imposto de Renda da Delegacia Regional da Fazenda de Kreuzberg, de 12 de julho de 2002, na redação da decisão do recurso, de 14 de novembro de 2002; a decisão do Juízo Financeiro de Berlim, de 23 de fevereiro de 2006 – 1 K 1512/02 –; e a decisão da Corte Federal de Finanças, de 19 de outubro de 2006 – III R 29/06 – violam o direito fundamental do reclamante [indicado] sob III., decorrente do Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Anula-se a decisão da Corte Federal de Finanças, devolvendo-se a matéria à Corte Federal de Finanças [para nova decisão de mérito].

6. a) Aos reclamantes [indicados] sob I., a República Federal da Alemanha ressarcirá três quartos das custas necessárias e o Estado de *Nordrhein-Westfalen* [ressarcirá] o quarto [restante das mesmas custas].

b) Ao reclamante [indicado] sob II., a República Federal da Alemanha ressarcirá três quartos das custas necessárias e o Estado de Saarland, o quarto [restante das mesmas custas].

c) Ao reclamante [indicado] sob III., a República Federal da Alemanha ressarcirá três quartos das custas necessárias e o Estado de Berlim, o quarto [restante das mesmas custas].

Razões

A.

Os reclamantes, por meio de suas Reclamações Constitucionais, – apenas para julgamento conjunto – voltam-se contra o tratamento desigual de casados e parceiros em união registrada no âmbito da tributação conjunta prevista no Direito Tributário do Imposto de Renda (§§ 26, 26b da Lei do Imposto de Renda – EStG –) e da a ela ligada aplicação da partição tributária, nos termos do § 32a V EStG.

I. 1. – 5.; II. 1. a) – b, 2. a) – b), 3. a) – b), III. 1. – 3.; IV. 1. a) – b) aa) – ff), c) – d), 2. a) – b), 3. (...)

B.

(...)

C.

As Reclamações Constitucionais admitidas a julgamento são fundamentadas [precedentes]. As normas dos §§ 26, 26b e 32a V EStG violam o Art. 3 I GG, na extensão em que possibilitam aos casados, mas não aos parceiros em união registrada homossexual, a opção de tributação conjunta e aplicação da alíquota da partição tributária a ela ligada. As decisões administrativas e judiciais baseadas nessas regras ferem, por isso, o direito fundamental dos reclamantes decorrente do Art. 3 I GG.

I.

1. O princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG determina que todas as pessoas sejam tratadas igualmente perante a lei, assim como a tratar as situações essencialmente iguais de maneira igual e as situações essencialmente desiguais de maneira desigual (cf. BVerfGE 79, 1 [17]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255]; jurisprud. pacífica). Por isso, também é proibida a exclusão [de alguém] de vantagem, [que ocorra] de maneira violadora da igualdade, por meio da qual se garante uma vantagem a um grupo de pessoas, mas dela se priva outro grupo de pessoas (cf. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180]; 124, 199 [218]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255]; jurisprud. pacífica).

Do Art. 3 I GG decorrem, a depender do objeto regulamentado e dos atributos de distinção, diferentes limites, que vão desde uma mera vedação de arbítrio até o rigoroso vínculo às exigências de proporcionalidade (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 117, 1 [30]; 124, 199 [219]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255s.]; jurisprud. pacífica). Não é possível estipular, de maneira abstrata e genérica, parâmetros mais precisos e critérios para se determinar sob quais pressupostos, no caso concreto, a vedação de arbítrio ou o mandamento de tratamento igualitário proporcional foi violado. Isso só pode ser fixado se forem considerados os diferentes âmbitos materiais e normativos afetados (cf. BVerfGE 75, 108 [157]; 101, 275 [291]; 103, 310 [318]; 105, 73 [111]; 110, 412 [432]; 121, 108 [119]; 126, 400 [416]; 131, 239 [256]).

a) No caso de tratamento desigual de grupos de pessoas, há em regra um rigoroso vínculo do legislador às exigências do princípio da proporcionalidade; isso vale também quando um tratamento desigual de fatos (apenas) indiretamente levar a um tratamento desigual de um grupo de pessoas (cf. BVerfGE 101, 54 [101]; 103, 310 [319]; 110, 274 [291]; 131, 239 [256]). (cf. BVerfGE 101, 54 [101]; 103, 310 [319]; 110, 274 [291]; 131, 239 [256]).

Assim, uma norma viola o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG quando, por meio dela, um grupo de destinatários da norma é tratado de modo diferente em comparação a outro grupo, embora entre ambos os grupos inexistam diferenças, de tal tipo e magnitude que possam justificar o tratamento desigual (cf. BVerfGE 55, 72 [88]; 84, 197 [199]; 100, 195 [205]; 107, 205 [213]; 109, 96 [123]; 110, 274 [291]; 124, 199 [219s.]; 126, 400 [418]; 131, 239 [256]; jurisprud. pacífica).

b) As exigências de justificação de um tratamento desigual a um grupo de pessoas serão tão mais rígidas, quanto mais as características de pessoas que levaram à diferenciação aproximarem-se daquelas características elencadas no Art. 3 III GG, isto é, quanto maior for o perigo de que o tratamento desigual ligado àquelas características leve à discriminação de uma minoria (cf. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]; 124, 199 [220]; 131, 239 [256s.]). Este é o caso, por exemplo, das [ou que ocorre junto às] diferenciações pautadas na orientação sexual (cf. BVerfGE 124, 199 [220]; 126, 400 [419]; 131, 239 [256], e a Decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/091 –; BVerfGK 12, 169 [176s.]; Osterloh, in: Sachs, GG, 6ª ed. 2011, Art. 3, nota à margem 92ss.; Jarass, in: idem/Piero, GG, 12ª ed. 2012, Art. 3, nota à margem 19).

2. O tratamento desigual de casados e de parceiros em união registrada, nas prescrições dos §§ 26, 26b, 32a V EStG a respeito da partição tributária matrimonial representa uma discriminação indireta por causa da orientação sexual, a ser examinada com base [no parâmetro do] no princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG.

A concessão ou não concessão da alíquota de partição tributária não se determina, expressamente, pela orientação sexual, mas sim pelo estado civil daqueles que fazem a opção pela forma de tributação. Contudo, indiretamente, conecta-se à orientação sexual. Com efeito, ainda que o estado civil dos contribuintes como critério de diferenciação para o direito de optar [por uma das formas de tributação da renda] esteja aberto [a cada contribuinte], independentemente de sua [respectiva] orientação sexual, a decisão do indivíduo por um casamento ou por uma união estável registrada está ligada à sua orientação sexual de maneira praticamente inseparável (cf. BVerfGE 124, 199 [221]; 126, 400 [419]; 131, 239 [258]). As prescrições legais que regulam os direitos dos parceiros em união registrada abrangem, tipicamente, pessoas homossexuais, enquanto as prescrições legais que regulam os direitos

dos cônjuges dizem respeito, tipicamente, às pessoas heterossexuais (cf. BVerfGE 124, 199 [221s.]; 126, 400 [419]; 131, 239 [258s.]; BVerfGK 12, 169 [176]).

II.

O tratamento desigual de casados e de parceiros em união registrada junto à escolha da forma de tributação do imposto de renda e do procedimento de partição tributária ligado à tributação conjunta não é, também sob observância da proteção especial do casamento ancorada no Art. 6 I GG (1.) e da competência do legislador para tipificar, [tal qual] existente no direito tributário, (2.), justificado (3.).

1. A *Grundgesetz* coloca o casamento e a família sob a especial proteção da ordem jurídico-estatal. Com isso, a Constituição não apenas garante o instituto do casamento, como também ordena sua especial proteção pela ordem estatal, na qualidade de uma decisão axiológica vinculante para toda a área do direito público e do direito privado que se ocupe do casamento e da família (cf. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 114 [126]; 105, 313 [346]; 131, 239 [259]). O casamento, como um instituto reservado tão somente à união entre o homem e a mulher (cf. BVerfGE 105, 313 [345]), recebe, em virtude do Art. 6 I GG, uma proteção constitucional autônoma. A fim de cumprir esse mandado de proteção, constitui-se em especial tarefa do Estado abster-se de tudo aquilo que prejudique ou que, de qualquer outra forma, afete o casamento; e fomentá-lo por meio de medidas adequadas (cf. BVerfGE 6, 55 [76]; 28, 104 [113]; 53, 224 [248]; 76, 1 [41]; 80, 81 [92s.]; 99, 216 [231s.]; 131, 239 [259]). Isso é que vale, notadamente, no direito tributário.

O Art. 6 I GG garante aos cônjuges uma esfera de conformação da vida privada, a qual seja livre da influência estatal (jurispr. pacífica, p.ex.: BVerfGE 21, 329 [353]; cf. também: BVerfGE 61, 319 [346s.], com mais ref.; 99, 216 [231]; 107, 27 [53]). Por isso, o legislador tem de evitar [editar] normas que sejam aptas a intervir na livre decisão dos cônjuges sobre a distribuição das responsabilidades dentro do matrimônio (cf. BVerfGE 66, 84 [94]; 87, 234 [258s.]). Como o Tribunal Constitucional Federal já destacou há tempos, também se insere nesse âmbito a decisão sobre se um dos cônjuges será responsável, exclusivamente, pelas tarefas domésticas e pela educação dos filhos ou se exercerá uma profissão, percebendo renda própria. Assim, a especial proteção do direito constitucional do casamento e da família estende-se [tanto] aos “casais de renda única” (“*Alleinverdienerhe*”), [em que só um dos cônjuges trabalha fora de casa, obtendo renda], [quanto] “aos casais de renda dupla” (“*Doppelverdienerhe*”), [em que ambos trabalham fora de casa, obtendo renda] (cf. p.ex.: BVerfGE 66, 84 [94]; 87, 234 [258s.]; 107, 27 [53]). [A referida especial proteção do casamento] impede que os cônjuges sejam forçados a uma determinada configuração do seu casamento.

Em virtude do mandado constitucional de proteção e fomento, o legislador está, em princípio, autorizado a favorecer o casamento, na sua qualidade de relação duradoura entre duas pessoas, juridicamente vinculante, e com obrigações recíprocas de apoio (como, por exemplo, em caso de doença e pobreza), em face de outras formas de vida (cf. BVerfGE 6, 55 [76s.]; 105, 313 [348]; 117, 316 [328s.]; 124, 199 [225]; 131, 239 [259]; jurispr. pacífica). A decisão axiológica do Art. 6 I GG configura um motivo objetivo para a diferenciação – que seja apta a justificar, em primeira linha, uma atribuição de vantagem ao casamento em face de outras uniões vitais [uniões estáveis] – que sejam marcadas [quando comparadas ao casamento] por uma intensidade inferior de vínculo obrigacional recíproco (cf. aqui p. ex.:

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

BVerfGE 10, 59 [66]; 112, 50 [65]; 115, 1 [19]; 117, 316 [327]; 124, 199 [225]; 131, 239 [259s.]). Assim, o Tribunal Constitucional Federal considerou justificado, por exemplo, o favorecimento do casamento, no caso do financiamento jurídico-social-previdenciário [aplicação do direito social e previdenciário] de uma inseminação artificial, sobretudo considerando a relação de responsabilidade, assegurada juridicamente, com a garantia de estabilidade do casamento (cf. BVerfGE 117, 316 [327ss.]). Concomitantemente, o Art. 6 I GG permite ao legislador compensar, ao menos parcialmente, os encargos, global-socialmente relevantes, que cada cônjuge assume ao casar-se, por intermédio da garantia de privilégios pela legislação ordinária, como, por exemplo, junto ao direito alimentar, previdenciário, ao direito de sucessão legítima ou tributário, para colocar os casados em uma posição melhor do que a de outras relações menos vinculantes. Ademais, ele pode considerar que o casamento, como no passado e em significativa medida, propicia um ambiente seguro para a criação dos filhos (cf. BVerfGE 131, 239 [260]).

Caso o favorecimento do casamento implique o preterimento de outras formas de vida, [que foram] de modo similar [ao casamento], configuradas com vínculo jurídico, muito embora as duas sejam comparáveis quanto à matéria e aos fins perseguidos pela normatização, a mera referência ao mandado de proteção do casamento não justifica tal diferenciação (cf. BVerfGE 124, 199 [226]; 126, 400 [420]; 131, 239 [260]; 132, 179 [191s.]). Em tais casos, é necessária, além da mera referência ao Art. 6 I GG, uma razão suficientemente importante que, sendo examinada com base no respectivo objeto e objetivo normativos, justifique o preterimento dessas outras formas de vida (cf. BVerfGE 124, 199 [226]; 131, 239 [260]; 132, 179 [190ss.], e Decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – [acima, nº 5, p. 59 (96)]).

A proteção especial, sob a qual o Art. 6 I GG coloca o casamento como uma relação especial de responsabilidade, justifica as prerrogativas do casamento em face de relações não vinculantes formalmente [com vínculos meramente informais / fáticos] (cf. BVerfGE 117, 316 [327]), mas não, de qualquer forma, em face de uniões vitais [estáveis] normatizadas juridicamente que se diferenciam do casamento pela igualdade de gênero dos parceiros e que [justamente] por causa dessa diferença não concorrem com o casamento, não tendo, por isso, o condão de atingir o instituto do casamento. Ao contrário, [tais uniões vitais normatizadas como a união registrada] têm a função de possibilitar àquelas pessoas que, justamente em razão da igualdade de seu gênero, não podem contrair matrimônio, possam iniciar uma relação de responsabilidade [recíproca] que seja, em sua essência, e de igual modo, institucionalmente estabilizada (cf. BVerfGE 131, 239 [260s.]).

2. No campo do direito tributário, cabe em princípio ao legislador a competência para a simplificação e tipificação. [...].

Por tipificação, entende-se sintetizar, normativamente, determinados fatos da vida que sejam, em termos essenciais, da mesma espécie. As especificidades que sejam faticamente bem conhecidas, podem ser, em termos gerais, deixadas de lado. O legislador pode orientar-se pelo que, em regra [caso “normal”], ocorre, não estando obrigado a considerar todas as especificidades por meio de normas especiais (cf. BVerfGE 82, 159 [185s.]; 122, 210 [232]; 126, 268 [279]). Prerrogativas ou ônus podem ser fixados, até certa extensão, genericamente para cima ou para baixo, com o fim de uniformizar a atividade administrativa do Estado (BVerfGE 111, 115 [137]). Não obstante, as generalizações legais precisam partir de uma observação

inclusiva, a mais ampla possível que englobe todos os grupos atingidos e objetos normativos (cf. BVerfGE 84, 348 [359]; 87, 234 [255]; 96, 1 [6]; 122, 210 [232s.]; 126, 268 [279]; 132, 39 [49s.]). Ademais, uma configuração tipificadora de grupos só estará presente, se os pontos de conexão fática puderem ser encontrados no propósito da norma (cf. BVerfGE 111, 115 [137]; 132, 39 [56s.]; Decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 8 de Novembro de 2012 – 1 BvR 2153/08 –, juris, nota à margem 45).

As vantagens da tipificação têm de estar em uma relação plausível com a desigualdade da carga tributária nela necessariamente implícita (cf. BVerfGE 110, 274 [292]; 117, 1 [31]; 120, 1 [30]; 123, 1 [19]). A tipificação pressupõe que as dificuldades e injustiças por ela criadas muito dificilmente seriam evitáveis e que atinjam tão somente um número relativamente pequeno de pessoas, e que o choque contra o princípio da igualdade não seja muito intenso (cf. BVerfGE 63, 119 [128]; 84, 348 [360]; 126, 233 [263s.]). O espaço de conformação do legislador para tipificações será tão mais estreito, quanto mais densas forem as exigências constitucionais para além do Art. 3 I GG (cf. sobre o Art. 6 I GG: BVerfGE 28, 324 [356]; sobre o direito ao voto: BVerfGE 132, 39 [55s.]; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Tomo 1, 6ª ed., 2010, Art. 3 I, nota à margem 23). Esse espaço [de conformação discricionária do legislador] terminará quando as proibições especiais de discriminação do Art. 3 II e III GG forem atingidas (cf. BVerfGE 39, 169 [194s.]; 121, 241 [261s.]; Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, p. 169s.; Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, p. 478ss.).

3. Partindo desses princípios, a justificação constitucional do favorecimento de casados, com a exclusão dos parceiros em união registrada, [tal qual] promovido pelos §§ 26, 26b e 32a V EStG, submete-se a rigorosas exigências quanto à proporcionalidade – como já decidiu o Tribunal Constitucional Federal, no âmbito do direito tributário, sobre o tratamento desigual de parceiros em união registrada no caso do imposto sobre herança e do imposto sobre doação (cf. BVerfGE 126, 400 [416ss.]), bem como no caso do imposto sobre a aquisição de propriedade imobiliária (cf. BVerfGE 132, 179 [189s.]). O tratamento desigual do casamento e da união civil registrada, no momento da escolha pela tributação conjunta e pelo procedimento de partição tributária matrimonial a ela conexo, portanto, não é justificado, nem em virtude do dever de proteção do Art. 6 I GG **(a)**, nem por outros motivos objetivos suficientemente importantes **(b)**.

a) O dever de proteção do Art. 6 I GG por si só não pode justificar o tratamento desigual dos institutos de direito de família do casamento e da união registrada, uma vez que ambos, de modo semelhante, representam formas de vida configuradas juridicamente e vinculantes. Desde a introdução da união registrada, em 2001, esses institutos apresentam apenas diferenças pontuais em sua estrutura básica. Já por meio da Lei da União Registrada, de 2001, especialmente o grau de vinculação jurídica e as responsabilidades recíprocas [encontradas tanto] no casamento [quanto] na união registrada, foram, em larga medida, aproximados. Assim, consoante o § 2 da Lei da União Registrada, os parceiros obrigam-se à assistência e ao suporte recíprocos, bem como à configuração conjunta da vida, sendo responsáveis um pelo outro. A constituição ou revogação de uma união registrada, bem como as relações jurídicas pessoais e patrimoniais dos parceiros vêm sendo reguladas, de maneira próxima à regulação do casamento, já desde 2001 (cf. BVerfGE 131, 239 [261]). Com a entrada em vigor da Lei de Revisão do Direito da União Registrada, de 15 de dezembro de 2004, o direito da união registrada aproximou-se ainda mais do direito matrimonial, remetendo, em larga escala, às

normas do casamento (no que diz respeito aos direitos do regime de bens, a alimentos, à separação, à adoção de enteado, à seguridade social, à pensão por morte (cf. BVerfGE 124, 199 [206ss.]; BVerfGE 131, 239 [261])).

O legislador, portanto, concebeu a união registrada, desde o início, como uma união de responsabilidade vinculante, amplamente institucionalizada, de maneira comparável ao casamento, reduzindo continuamente as diferenças existentes. Nisso ele precisa deixar-se ater [ser avaliado com base no aludido desenvolvimento continuado pelo TCF]. Como o casamento, a união registrada diferencia-se tanto das relações não vinculantes [informais], como também das relações jurídicas entre parentes (cf. também sobre a diferenciação entre casamento e meras sociedades de domicílio, o parecer da Comissão de Reforma Tributária [Steuerreformkommission], de 1971, Coleção do Ministério das Finanças, Caderno 17, 1971, p. 192, nota à margem 557). No mais, ela [a união registrada] funciona como pressuposto para a constituição de poder familiar (cf. BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – [acima, nº 5, p. 59 (78ss.)]; e como base idônea de uma família (cf. BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 19 de Fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – [acima, nº 5, p. 59 (82ss.)]).

b) Faltam motivos suficientemente importantes para a colocação do casamento, por meio do procedimento de partição tributária, em uma posição mais vantajosa do que a posição da união registrada. Tais motivos não podem ser depreendidos nem do propósito dos §§ 26, 26b e 32a V EStG (**aa**) e (**bb**), nem da competência do legislador para tipificar no direito tributário (**cc**).

aa) Os §§ 26, 26b, 32aV EStG têm a função [...].

bb) Tampouco intenções de política familiar [política legislativa voltada à família] podem justificar o tratamento desigual de casamentos e uniões registradas, no que concerne ao procedimento de partição tributária.

(1) Os §§ 26, 26b, 32a V EStG não têm como substrato fático uma demanda [por recursos financeiros] de casais provocada por filhos. Segundo o teor dos dispositivos, a concessão do benefício da partição tributária depende tão somente da existência de um enlace matrimonial no qual os parceiros [os cônjuges] não vivam separados permanentemente. Em vista disso, irrelevante é a existência de filhos (cf. BVerfGE 99, 216 [240]), assim como a possibilidade de nascerem filhos do casal durante o casamento. A essa conclusão corresponde a sistemática do direito do imposto de renda. Para a necessidade complementar de filhos, foram previstas possibilidades extraordinárias de consideração jurídico-tributária na Lei do Imposto de Renda, tanto por ocasião da introdução da partição no ano de 1958, como também por ocasião da introdução da união registrada, em 2001 (cf., por exemplo, os §§ 32, 33a EStG, na redação da publicação de 23 de setembro de 1958 [BGBl. I, p. 672], bem como na redação da Lei de Redução das Alíquotas Tributárias e de Reforma da Tributação das Empresas [Steuersenkungsgesetz – StSenkG], de 23 de outubro de 2000 [BGBl. I p. 1433]).

(2) No entanto, o tratamento igual almejado com o procedimento de partição tributária (v. acima **C.II.3.b)aa**) provoca uma ampliação da margem de atuação dos cônjuges na configuração da administração de sua vida pessoal e econômica e da distribuição das tarefas dentro do casamento. Nesse sentido, o procedimento de partição tributária foi chamado, à época de sua introdução, também como sendo “um importante fomento do valor da vida familiar” (Relatório estenográfico da 17ª Sessão da 3ª Câmara Federal Alemã, de 13 de março

de 1958, p. 771; cf. também o protocolo estenográfico da Sessão Conjunta da Comissão do Orçamento com as Comissões de Questões Financeiras e Tributárias, a Comissão de Política Econômica e a Comissão da Classe Média, de 13 de fevereiro de 1958, p. 20) e considerado como um “especial reconhecimento do papel da esposa como dona de casa e mulher” (BTDrucks. 3/260, p. 34; [...] BTDrucks. 3/448, p. 6). Correspondentemente, a partição tributária matrimonial foi compreendida, à época da introdução da união registrada, como uma regulamentação “(pensada), antes de tudo, para famílias em que um dos cônjuges, por causa do trabalho doméstico – isto é, por causa da criação ou cuidado dos filhos –, não está no mercado de trabalho ou apenas em meio período” (Relatório estenográfico da 757ª Sessão do Conselho Federal Alemão de 1º de dezembro de 2000, p. 547). No entanto, equivocadamente (v. acima: sob **C.II.3.b)bb(1)**), a partição não foi incluída naquelas normas, que valem para os casais sem filhos próprios; apenas tais normas deveriam ter sido modelo para as regras sobre a união registrada (cf. o relatório estenográfico da 115ª Sessão da 14ª Câmara Federal de 7 de julho de 2000, p. 10971).

Por sua vez, também o pensamento de fomento da família não justifica colocar a união registrada em uma situação menos favorável em comparação ao casamento. A Lei da União Registrada, tal qual o direito matrimonial, reconhece aos parceiros a liberdade de conformação na condução de sua vida pessoal e econômica e baseia-se na igualdade de valores do trabalho doméstico e do trabalho remunerado pelo mercado, durante a parceria. Desde 2005, o § 5, 2 LPartG faz, por isso, referência expressa à regra do § 1360, 2 BGB. Antes, o reconhecimento da igualdade de valores do trabalho doméstico e do trabalho remunerado de mercado, em uniões registradas, resultava das normas gerais do § 2, § 5 1 LPartG que – tal qual o § 1360, 2 BGB – devem garantir aos parceiros a liberdade de disposição (BTDrucks. 14/3751, p. 37).

É evidente que parceiros em união registrada, tal como os casados, poderiam aproveitar o reconhecimento e o fomento dessa liberdade, por meio da partição tributária, a fim de possibilitar a um dos parceiros direitos sociais de assistência na família. O mesmo vale para a criação dos filhos. Também, nesse ponto, não é possível reconhecer diferenças entre a situação de vida de casados e de parceiros em união registrada, as quais pudessem justificar um tratamento desigual. De um lado, não é em todo casamento que há filhos, tampouco todo casamento é direcionado à procriação. De outro, cada vez mais são criados filhos em uniões registradas; no caso, são concebíveis e não totalmente incomuns configurações da relação [da parceria registrada] nas quais um dos parceiros assuma, primordialmente, a criação dos filhos (cf. BVerfGE 124, 199 [229s.]; 131, 239[263]). Também a união registrada possibilita a criação de filhos em um ambiente seguro e protegido (cf. BVerfGE 131, 239 [264], e a decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – [acima, nº 5, p. 59 (89s.)]).

cc) A prerrogativa do casamento em relação à união registrada, nesse cenário, não pode ser justificada pela competência do legislador de tipificar no direito tributário. Por isso, fica em aberto se, e mediante quais pressupostos, o legislador pode ser autorizado, em virtude de uma visão tipificadora, a deixar de estender uma regulamentação existente a um grupo semelhante de destinatários normativos que tenha surgido após sua promulgação. O propósito dos §§ 26, 26b, 32a V EStG não apresenta nenhuma conexão adequada a uma tipificação segundo o atributo normativo “casamento” (cf. BVerfGE 111, 115 [137]; BVerfG,

decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 8 de novembro de 2012 – 1 BvR 2153/08 –, juris, nota à margem 45).

Como a tipificação significa sintetizar, normativamente, determinadas matérias que se assemelham em seus elementos essenciais (cf. BVerfGE 111, 115 [137]; 122, 210 [232]; 126, 268 [279]), o fato de a união registrada e o casamento serem constituídos, da mesma forma, como associações de consumo e renda tornaria obrigatório um tratamento tributário igualitário junto à formação tipificadora de grupos. Também sob o aspecto do fomento à criação de filhos, não se pode aceitar um tipificado favorecimento de casados em detrimento de parceiros em união registrada no procedimento de partição tributária. De acordo com os cálculos apresentados pelo Ministério da Fazenda, aproximadamente 62% do volume total de partição tributária recaem sobre pares casados com filhos atualmente relevantes, tributariamente falando. Essa participação aumenta para, aproximadamente, 91% quando se considera os filhos hoje adultos.

Mesmo quando se conclui [a partir de tais dados] que as vantagens tributárias previstas nos §§ 26, 26b e 32a EStG beneficiam, de acordo com seu propósito, tipicamente, casados com filhos; isso não justifica, contudo, uma desvantagem fiscal [sofrida] por parceiros em união registrada na comparação com casados. Uma vez que a vantagem da partição tributária será tão maior, quanto maior for a diferença de renda entre ambos os parceiros, também as uniões registradas usufruirão da partição, quando nelas sejam criados filhos ou os filhos já sejam adultos e, por isso, um dos parceiros não tenha renda própria ou a tenha infimamente. Porque a quota de filhos em uniões registradas é bem inferior à mesma quota dos casados (cf. BVerfGE 124, 199 [230]), isso não basta para uma restrição tipificada do procedimento de partição tributária aos casados. Ao se tipificar, as generalizações legais têm de partir de uma observação mais ampla possível, que inclua todos os grupos e objetos normativos atingidos (cf. BVerfGE 96, 1 [6]; 122, 210 [232s.]; 126, 268 [279]; 132, 39 [49s.]). Pressupondo-se que as faixas estatísticas devam ser por si mesmas adequadas a determinar os ainda aceitáveis grupos de casos complexos (crítico em relação a isso: Kischel, in: Epping/Hillgruber, Comentário online da Editora Beck à *Grundgesetz*, Art. 3, nota à margem 116 [1º de janeiro de 2013]; Osterloh, in: Sachs, GG, 6ª ed., 2011, Art. 3, nota à margem 111), isso não pode valer, de todo modo, para parceiros em união registrada na comparação com casados. O desfavorecimento de uniões registradas no procedimento de partição tributária pode ser evitado pelo legislador e pela Administração sem grandes dificuldades. Desconsiderar que filhos são criados também em uniões registradas implicaria uma discriminação indireta, [motivada] justamente em virtude da orientação sexual dos parceiros. Tais tratamentos desiguais não podem ser justificados do ponto de vista da tipificação (cf. BVerfGE 63, 119 [128]; 84, 348 [360]; 126, 233 [263s.]). Do contrário, estar-se-ia abrindo ao legislador, por essa via, um espaço de discricionariedade que a Constituição proíbe justamente em razão da proteção de minorias.

D. – I.

A violação da *Grundgesetz* por uma norma – como é o caso –, a respeito da qual uma interpretação conforme a Constituição não seja possível devido à literalidade inequívoca do seu teor e da claramente reconhecível vontade oposta do legislador (cf. BVerfGE 18, 97 [111]; 54, 277 [299]; 71, 81 [105]; 98, 17 [45]; 130, 372 [398]), pode resultar ou na declaração de nulidade (§ 82 I c.c. § 78, 1, § 95 III BVerfGG), ou pode fazer com que o Tribunal Constitucional

Federal verifique a incompatibilidade da norma com a *Grundgesetz*, [tal qual] presente com a inconstitucionalidade (cf. § 31 II, § 79 I BVerfGG). Uma declaração apenas da incompatibilidade é especialmente indicada quando o legislador tiver diferentes possibilidades de afastar a violação constitucional. Isso ocorre, frequentemente, no caso da violação do princípio da igualdade (cf. BVerfGE 99, 280 [298]; 105, 73 [133]; 117, 1 [69]; 122, 210 [244s.]; 126, 268 [284s.]; jurisprud. pacífica).

Medido com base nesses parâmetros, vem à pauta apenas uma declaração de incompatibilidade. O legislador tem diferentes possibilidades para afastar o choque contra a Constituição. No mais, uma declaração de nulidade das regras sobre a partição tributária matrimonial não ajudaria os reclamantes na imposição de seu interesse, porque com a declaração de nulidade não se poderia alcançar a inclusão devida.

[...].

II.

1. O legislador é obrigado a afastar a verificada violação da Constituição, retroativamente, até o momento da introdução do instituto da união registrada (cf. sobre isso também BVerfGE 126, 400 [431]; 131, 239 [265, 267]; 132, 179 [193s.]).

a) Em princípio, a obrigação do legislador estende-se à conformação de uma situação jurídica compatível com a Constituição, retroativamente a todo o período relativo à declaração de incompatibilidade; e abrange, pelo menos, todas as decisões ainda não definitivas que se baseiem na regra declarada inconstitucional (cf. BVerfGE 87, 153 [178]; 99, 280 [298]; 107, 27 [58]). Contudo, podem ser admitidas, nas normas significativas do ponto de vista orçamentário, exceções ao princípio da retroatividade, especialmente no interesse de um responsável planejamento financeiro e orçamentário (cf. BVerfGE 93, 121 [148]; 105, 73 [134]; 117, 1 [70]; 125, 175 [258]).

[...].

b) Assim, com eficácia a partir de 1º de agosto de 2001, o legislador tem de criar a base jurídica para possibilitar também aos parceiros em união registrada cujos lançamentos tributários ainda não foram definitivamente finalizados (§ 79 II 1 BVerfGG) – sob os requisitos válidos para casados – a opção pela tributação conjunta e a com ela ligada aplicação do procedimento de partição tributária.

[...].

2. Quando normas são declaradas como incompatíveis com a *Grundgesetz*, isso acarreta, em princípio, como consequência, que os tribunais e agentes administrativos não podem mais aplicá-las, na extensão da verificada incompatibilidade, e que processos em andamento devem ser suspensos (cf. BVerfGE 73, 40 [101]; 105, 73 [134]; 126, 400 [431]; 129, 49 [76]; 132, 179 [193]). (...).

III.

Consoante o § 95 II BVerfGG, as decisões impugnadas da Corte Federal de Finanças devem ser anuladas e a matéria devolvida à Corte Federal de Finanças. A decisão sobre o ressarcimento das custas necessárias baseia-se no § 34a II BVerfGG.

E.

Essa decisão foi tomada com seis votos a dois.

(*ass.*) Voßkuhle; Lübbe-Wolff; Gerhardt; Landau; Huber; Hermanns; Müller; Kessel-Wulf

Voto divergente do Juiz Landau e da Juíza Kessal-Wulf à decisão do Segundo Senado de 7 de maio de 2013 –2 BvR 909 1981/06, 288/07 –

Não podemos acompanhar a decisão do Senado, seja em seu resultado, seja em sua fundamentação. Tendo em vista a aplicação dos parâmetros adotados pelo Senado, as Reclamações Constitucionais teriam de ter sido julgadas improcedentes. A fundamentação do Senado que levou ao resultado oposto revela-se juridicamente insustentável. Não foram suficientemente observadas pelo Senado [algumas] possibilidades de soluções mais óbvias que, ao mesmo tempo em que teriam poupado a missão e prerrogativa configuradoras do legislador, também teriam respeitado a distribuição de poderes entre legislador e Tribunal Constitucional.

A.

O Senado ignora que a união registrada, até a entrada em vigor da Lei de Revisão do Direito da União Registrada, em 1º de janeiro de 2005, não foi configurada, segundo a expressa vontade do legislador, como uma sociedade para aquisição e consumo, [que fosse] comparável ao casamento. O favorecimento do casamento pelos §§ 26, 26b e 32a V EStG foi justificado, objetivamente, nos exercícios fiscais de 2001 e 2002, ora objetos exclusivos da lide [originária].

1. A Constituição coloca o casamento e a família, por intermédio da decisão axiológica vinculante no Art. 6 I GG, sob a especial proteção da ordem estatal (cf. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 114 [126]; 105, 313 [346]; 131, 239 [259]). Essa proteção especial é conferida ao casamento porque ele pode ser uma fase preliminar para a família que, por sua vez, é condição para a continuidade de gerações e, conseqüentemente, para a perpetuação da sociedade e do Estado. O mandado de proteção e de fomento constitui um motivo racional de diferenciação, que é adequado para justificar a colocação do casamento em uma posição melhor, quando comparada à posição de outras uniões vitais marcadas por um menor grau de vínculos obrigacionais recíprocos (cf. BVerfGE 117, 316 [327]; 124, 199 [225]; 131, 239 [259s.]). Por sua vez, quando o favorecimento do casamento implicar o preterimento de outras formas de vida configuradas juridicamente de modo similar, necessário se faz – caso se queira observar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal estabelecida em 2009 – além da mera menção ao Art. 6 I GG, [apresentar] um motivo racional, suficientemente importante, que, avaliado com base no respectivo objeto e objetivo regulamentar, justifique o preterimento dessas outras formas de vida (cf. BVerfGE 124, 199 [226]; 131, 239 [260]; Decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – [acima, nº 5, p. 59 (96)]).

2. Com a união registrada, o legislador criou uma sociedade de responsabilidade institucionalizada que se aproxima do casamento em sua vinculação jurídica, mas que com ele não se confundiu diretamente em seus efeitos jurídicos. Na redação original da Lei da União Registrada de 16 de fevereiro de 2001 (citada a seguir: a.F. [antiga redação]), o legislador, conscientemente, absteve-se de estabelecer plena igualdade (cf. BTDrucks. 14/3751, p. 1, 33s.; 15/3445, p. 1, 14s.). Uma nova etapa de aproximação ocorreu apenas com a Lei de Revisão do Direito da União Registrada, de 15 de dezembro de 2004 (a seguir: n.F. [nova redação]) que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2005. Até aquele momento, existiam diferenças estruturais para o casamento, entre outras, no regime de bens e no direito de compensação previdenciária; que foram desejadas [pelo legislador], não foram acidentais. Os parceiros em união registrada também eram obrigados, até então, ao cuidado e apoio

recíprocos, bem como à garantia [de eventual] prestação alimentícia (cf. BVerfGE 105, 313 [355]), porém não constituíam nenhuma sociedade comparável ao casamento em termos de aquisição e consumo. Avaliado a partir do objeto e do objetivo regulamentares dos §§ 26, 26b e 32a V EstG, está presente, justamente nesse caso, um motivo racional suficientemente importante que tem o condão de justificar a prerrogativa do casamento nos exercícios fiscais entre 2001 e 2004, sem que seja necessário recorrer ao Art. 6 I GG.

a) O casamento é concebido, por força constitucional, como sociedade de aquisição e consumo na qual um dos cônjuges compartilha, respectivamente, a metade dos rendimentos e encargos do outro (cf. BVerfGE 61, 319 [345ss.]). Esse entendimento elementar do casamento como comunhão de vida de parceiros com direitos iguais (cf. BVerfGE 10, 59 [66s.]; 35, 382 [408]; 37, 217 [249ss.]; 103, 89 [101]) é aplicado de vários modos no direito civil e no direito da seguridade social, sendo, em larga medida, importante para o critério da comparabilidade em âmbito do regime de bens matrimoniais e do direito de compensação previdenciária.

aa) O regime legal da participação final dos aquestos (§§ 1363ss. BGB) configura, no direito infraconstitucional, o modelo constitucional segundo o qual o adquirido durante o casamento foi adquirido conjuntamente, independentemente da concreta distribuição de tarefas entre os cônjuges – a respeito da qual o Estado deve se afastar (cf. BVerfGE 53, 257 [296]). Destarte, a lei persegue o fim de considerar, em princípio como iguais, as prestações que os cônjuges realizam no âmbito da sua distribuição familiar de tarefas; a educação dos filhos e a administração do lar têm o mesmo valor para a vida em comum dos cônjuges que têm a renda [proveniente] do trabalho profissional (cf. BVerfGE 37, 217 [251]; 47, 1 [24]; 53, 257 [296]; 66, 84 [94]; 66, 324 [330]; 79, 106 [126]; 105, 1 [11]). Correspondentemente, o regime de participação final nos aquestos protege, prioritariamente, aquele cônjuge que aceita as lacunas na própria biografia profissional para criar e cuidar dos filhos e que, somente assim, propicia ao outro cônjuge a possibilidade de auferir uma renda permanentemente mais elevada. Essa proteção é assegurada processualmente, na medida em que, segundo o modelo constitucional, as disposições contrárias acerca do regime de bens, especialmente a separação de bens mencionada pelo Senado (§ 1414 BGB), somente podem ser criadas por meio do consentimento expresso de ambos os cônjuges (cf. §§ 1408ss. BGB) em instrumento público formalizado pelo notário. Desde 1º de julho de 1958 (cf. Art. 8 I, nº 3 até 5 da Lei de Igualdade de Homens e Mulheres no Âmbito do Direito Civil, de 18 de julho de 1957), a separação de bens contra a vontade de um cônjuge apenas pode ser constituída judicialmente quando o cônjuge, por seu comportamento econômico, põe em risco a continuidade da sociedade de aquisição e consumo (cf. §§ 1385ss., 1447ss., 1469s. BGB).

bb) O direito de compensação previdenciária, desde sua introdução no ano de 1977, estende o pensamento da sociedade matrimonial de aquisição e consumo, no desenvolvimento subsequente da compensação dos aquestos (cf. BVerfGE 53, 257 [294s.]), aos direitos de pensão e aposentadoria adquiridos durante o casamento e determina que, em caso de separação, também eles sejam divididos pela metade entre os cônjuges (agora: § 1587 BGB c.c. § 1 I VersAusglG). Nesse ponto, a lei leva em consideração que o casamento, como uma união [em princípio] vitalícia, já durante a fase da atividade econômica dos cônjuges também é uma sociedade previdenciária para a velhice na qual ambos os cônjuges têm direito à mesma participação no patrimônio adquirido na constância do casamento (cf. Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72ª ed. 2013, Introdução à VersAusglG, nota à margem 1; v.

também: BVerfGE 53, 257 [296]; 61, 319 [346]). A compensação previdenciária serve, tal como a compensação dos aquestos, à distribuição do patrimônio adquirido conjuntamente (cf. BVerfGE 1, 158 [163]) e, assim, tornou-se parte integrante do regime matrimonial de bens. Da mesma forma, o direito de compensação previdenciária protege um cônjuge com lacunas em sua biografia profissional causadas pelo contexto familiar – pelo cuidado e educação de filhos – contra [uma] insuficiente manutenção econômica na velhice em caso de separação (cf. BTDrucks. 7/4361, p. 18s.).

cc) A essa imagem de exigência constitucional corresponde também o direito de seguridade social. Pelas normas previdenciárias relativas à pensão por morte (§ 46 SGB VI), confere-se ao cônjuge supérstite um direito à pensão por morte decorrente, exclusivamente, do enlace matrimonial e, com isso, uma participação nos direitos de aposentadoria adquiridos pelo cônjuge falecido, sem que tivesse sido necessário prestar as próprias contribuições previdenciárias (cf. BVerfGE 48, 346 [367]; 62, 323 [332]). Sem essa proteção do cônjuge supérstite, sua situação econômica também durante o casamento seria afetada, significativamente, por causa da necessidade de construção de uma própria garantia para a velhice (cf. BVerfGE 62, 323 [332]). Como alternativa à pensão por morte (cf. § 46 II b SGB VI), os §§ 120a ss. SGB VI que entraram em vigor em 1º de janeiro de 2002, abrem aos cônjuges a possibilidade de proceder a uma partição da pensão e de dividir os direitos de pensão adquiridos conjuntamente ao tempo do casamento. Os direitos adquiridos pelos cônjuges são considerados, assim, contribuições para a vida em comum (cf. BTDrucks. 14/4595, p. 42, 52).

b) Os §§ 26, 26b e 32a V EstG tomam emprestado essa configuração do casamento no direito civil e no direito da seguridade social como sociedade de aquisição e consumo (cf. BVerfGE 61, 319 [345ss.]) e transportam-na para o âmbito do direito do imposto de renda. O objeto e objetivo normativos do procedimento de partição tributária são, segundo seu conceito, inseparavelmente ligados ao modelo do casamento como sociedade de aquisição e consumo. Isso representa a base para a compatibilidade do procedimento de partição com o princípio tributário da capacidade contributiva. O procedimento de partição assegura, por conseguinte, a unidade econômica do casamento e a liberdade de escolha dos cônjuges junto à distribuição das tarefas dentro do casamento. A sociedade conjugal de aquisição e consumo é, portanto, ao mesmo tempo fundamento de validade e objeto de proteção do procedimento de partição.

O legislador vislumbrou a partição como “reflexo” da comunhão de aquestos (BTDrucks. 7/1470, p. 222) e, assim, extraiu a consequência político-tributária do regime matrimonial de bens. O procedimento de partição protege e fortalece – consoante o mandado de proteção do Art. 6 I GG – a sociedade conjugal de aquisição e consumo. Possibilita-se a um [dos] cônjuge[s], sem prejuízos tributários, dedicar-se, permanente ou provisoriamente, a um emprego de dedicação parcial ou a se empenhar, exclusivamente, nas tarefas familiares. O Estado, desse modo, estabelece, em termos tributários, os pressupostos para que os cônjuges possam, como parceiros com os mesmos direitos, decidir se um deles, solitariamente, por meio de sua força de trabalho, empenhar-se-á por uma preferencialmente alta renda familiar, deixando o outro responsável pelo bem-estar dos filhos, ou se ambos os cônjuges dividirão, de outro modo [consensualmente determinado], as tarefas de geração de renda, de administração do lar e de cuidado dos filhos (cf. BVerfGE 61, 319 [346s.]; 107, 27 [53]). Com isso, o procedimento da partição leva em consideração, indiretamente, também o objetivo perseguido pelo Art. 6 I GG

de fortalecer a coesão econômica da família (cf. a respeito: BVerfGE 28, 104 [113]; 40, 121 [132]; 62, 323 [332]).

Tão somente o fato de o procedimento de partição também estar aberto a cônjuges que adotaram a separação de bens (§ 1414 BGB) – e, assim, decidiram-se por uma configuração parcialmente diferente do modelo legal do casamento – não serve para questionar o condicionamento, por princípio, da prerrogativa tributária do imposto de renda à [prévia] existência de uma sociedade de aquisição e consumo. Com sua compreensão oposta, o Senado ignora que a liberdade de conformação e de escolha dos cônjuges, que é protegida, jurídico-tributariamente falando, pelos §§ 26ss., 32a V EStG, também abrange a liberdade do[s] indivíduo[s] de escolher[em], consensualmente, pela responsabilidade econômica por si próprio[s]. Esse direito de autodeterminação dos cônjuges em suas relações financeiras recíprocas encontra-se sob a proteção da Constituição (cf. BVerfGE 60, 329 [339]; 61, 319 [347]; 66, 84 [94]; 68, 256 [268]; 99, 216 [231]; BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 19 de fevereiro de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –1), proteção essa que o legislador respeita por meio da abertura, sem exceções, do procedimento de partição, desistindo, desse modo, de uma tomada indireta de influência sobre a concessão ou exclusão de prerrogativas tributárias pertinentes ao imposto de renda. Por outro lado, o legislador não está impedido de fixar a realidade econômica da maioria dos casamentos que se encontra em sintonia com o modelo legal e nos quais haja uma transferência de capacidade contributiva tributária entre os cônjuges, como elementos típicos de normas tributárias (cf. BVerfGE 61, 319 [345s.]), deixando de considerar as constelações de exceção à [aludida] realidade.

c) Por sua vez, a união registrada, contrariamente ao entendimento do Senado, justamente não foi configurada, desde o início, no direito civil, como uma sociedade de aquisição e consumo comparável ao casamento. Ainda que alguns elementos até já estivessem presentes na redação original da Lei da União Registrada (cf. § 8 LPartG a.F.), a grande maioria dos elementos [típicos] constitutivos para a sociedade de aquisição e consumo foi, contudo, estendida à união registrada apenas com a Lei de Revisão do Direito da União Registrada de 15 de dezembro de 2004, com eficácia a partir de 1º de janeiro de 2005 (cf. Wellenhofer, NJW 2005, p. 705 [706ss.]).

aa) – cc) (...).

d) – e) (...).

B. 1. a) – c), 2. a) – c); C. [...]

(ass.) Landau; Kessal-Wulf

Anexo:

Excertos reunidos da *Grundgesetz* e legislação ordinária utilizada

I. Grundgesetz (GG)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
[Promulgada em 23 de maio de 1949 (BGBl. 1949, 1)]

I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Artigo 1 (Dignidade humana)

(1) ¹ A dignidade da pessoa humana é intocável. ² Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 2 (Livre Desenvolvimento da Personalidade, direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana)

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) ¹ Todos têm o direito à vida e à incolumidade física. ² A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³ Nesses direitos só se pode intervir com base na lei.

Artigo 3 (Igualdade)

(1) Todos são iguais perante a lei.

(2) ¹ Homens e mulheres são iguais em direitos. ² O Estado promove a efetiva realização da igualdade em direitos de mulheres e homens e atua em prol da eliminação de desvantagens existentes.

(3) ¹ Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu gênero, sua ascendência, sua raça, sua língua, sua pátria e naturalidade, sua crença, suas convicções religiosas ou políticas. ² Ninguém pode ser prejudicado por causa de sua deficiência.

[...]

Artigo 19 (Limitação dos direitos fundamentais, Garantia da via judicial)

(1) ¹ Quando, segundo esta *Grundgesetz*, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa deverá ter caráter geral e não ser limitada a um caso particular. ² Além disso, a lei deverá fazer menção ao direito fundamental [atingido], indicando seu Artigo [correspondente].

(2) Em nenhum caso pode ser um direito fundamental atingido em seu conteúdo essencial.

(3) Os direitos fundamentais valem também para pessoas jurídicas nacionais, desde que sejam, em face de sua natureza, a ela aplicáveis.

(4) ¹ Se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, poderá se valer da via judicial. ² Segue-se a via judicial ordinária, a não ser que outra competência seja prevista. ³ Não se derroga o Art. 10 II 2.

II. A UNIÃO E OS ESTADOS-MEMBROS

Artigo 20 (Princípios do Estado)

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social.

(2) ¹ Todo o poder estatal emana do povo. ² Ele é exercido pelo povo em eleições e votações e por intermédio de órgãos especiais do Legislativo, Executivo e Judiciário.

(3) O Legislativo é vinculado à ordem constitucional; o Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito.

(4) Todos os alemães têm o direito de se insurgir, em não havendo outro recurso, contra quem agir no sentido de destruir essa ordem.

Artigo 79 (Emenda da *Grundgesetz*)

(1) ¹ A *Grundgesetz* só pode ser emendada por meio de uma lei que explicitamente altere ou complemente o seu texto. ² Em se tratando de tratados internacionais que tenham por objeto a regulamentação da paz, a preparação de uma regulamentação da paz ou a abolição de um regime jurídico de ocupação, ou que sejam destinados a servir para a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que os dispositivos da *Grundgesetz* não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados, um complemento ao texto da *Grundgesetz* que se limite a tal esclarecimento.

(2) Tal lei carece da aprovação por dois terços dos membros da Câmara Federal e por dois terços dos votos do Conselho Federal.

(3) É inadmissível qualquer emenda a esta *Grundgesetz* que afete a divisão federativa em Estados-membros ou a participação, por princípio, dos Estados-membros na legislação ou os princípios estabelecidos nos Artigos 1 e 20.

[...]

IX. O PODER JUDICIÁRIO (*DIE RECHTSPRECHUNG*)

Artigo 92 (Organização dos Tribunais)

O Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta *Grundgesetz* e pelos tribunais dos Estados-membros.

Artigo 93 (Competência do Tribunal Constitucional Federal)

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide sobre:

1. a interpretação desta *Grundgesetz* a partir de litígios acerca da extensão dos direitos e deveres de um órgão federal superior ou de outras entidades que sejam dotadas de direitos próprios por esta *Grundgesetz* ou pelo Regimento Interno de um órgão federal superior.

2. no caso de divergências de opinião ou dúvidas acerca da compatibilidade formal e material do direito federal ou estadual com esta *Grundgesetz*, ou da compatibilidade do direito estadual com o restante do direito federal a partir de requerimento do Governo Federal, do governo de um Estado-membro ou de um terço dos membros da Câmara Federal.

2a. no caso de divergências de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições do Art. 72 II a partir de requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado-membro ou da representação do povo de um Estado-membro.

3. no caso de divergência de opinião acerca dos direitos e deveres da União e dos Estados-membros, especialmente no que tange à execução do direito federal pelos Estados-membros e ao exercício da fiscalização federal.

4. outros litígios de direito público entre a União e os Estados-membros, entre vários Estados-membros e dentro de um Estado-membro, desde que não exista outra via judicial.

4a. as Reclamações Constitucionais podem ser ajuizadas por qualquer um com a alegação de ter sofrido violação, por parte do poder público, de um de seus direitos fundamentais, ou de seus direitos contidos no Art. 20 IV, assim como nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104.

4b. as Reclamações Constitucionais ajuizadas por municípios (*Gemeinden*) ou associações de municípios em face de violação, por lei, do direito de autonomia administrativa comunal garantido pelo Artigo 28, no caso de leis estaduais, somente se a Reclamação não puder ser ajuizada perante o Tribunal Constitucional do respectivo Estado-membro.

5. os demais casos previstos nesta *Grundgesetz*.

(2) O Tribunal Constitucional Federal atuará ainda nos demais casos que lhe sejam atribuídos por lei federal.

Artigo 94 (Composição do Tribunal Constitucional Federal)

(1) ¹ O Tribunal Constitucional Federal é composto por juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pela Câmara Federal e pelo Conselho Federal. ² Não poderão pertencer nem à Câmara Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos correspondentes órgãos de um Estado-membro.

(2) ¹ Uma lei federal regulamentará a sua organização e o seu processo, determinando os casos nos quais suas decisões terão força de lei. ² Ela poderá impor como pressuposto para as Reclamações Constitucionais o anterior esgotamento da via jurisdicional e prever um procedimento especial de admissão.

Artigo 100 (Controle de constitucionalidade de normas)

(1) ¹ Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta *Grundgesetz*. ² Isso vale também se se tratar da violação desta *Grundgesetz* pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) Quando num litígio houver dúvidas sobre se uma regra de direito internacional público faz ou não parte integrante do direito federal, e sobre se produz ou não diretamente direitos e deveres para o indivíduo (Artigo 25), o tribunal deverá requerer a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

(3) Quando o tribunal constitucional de um Estado-membro divergir, na interpretação da *Grundgesetz*, de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de outro Estado-membro, deverá requerer a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

II. Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG): LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BVerfGG)⁵⁵

Primeira Parte: Constituição e Competência do Tribunal Constitucional Federal

§ 1

(1) O Tribunal Constitucional Federal é um tribunal federal autônomo e independente dos demais órgãos constitucionais.

(2) A sede do Tribunal Constitucional Federal é Karlsruhe.

(3) O Tribunal Constitucional Federal editará seu regulamento interno que será aprovado pelo seu Plenário.

§ 2

(1) O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de dois Senados.

(2) Em cada Senado serão escolhidos oito juízes.

(3) ¹ Três juízes de cada Senado serão escolhidos dentre os juízes dos Tribunais Superiores. ² Serão elegíveis somente juízes que tenham atuado por pelo menos três anos em algum Tribunal Superior.

⁵⁵ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* na redação da publicação de 11 de agosto de 1993 (BGBl. I, p. 1473), alterada, pela última vez, pelo Art. 8 V do Decreto de 31 de agosto de 2015 (BGBl. I, p. 1474).

§ 3

- (1) Os juízes devem ter mais de quarenta anos de idade, ser elegíveis para a Câmara Federal e ter declarado por escrito o seu desejo de se tornarem integrantes do Tribunal Constitucional Federal.
- (2) Eles devem ser habilitados à magistratura, consoante a Lei Alemã da Magistratura.
- (3) ¹ Não poderão ser membros da Câmara Federal, do Conselho Federal, do Governo Federal, nem dos correspondentes órgãos de um dos Estados. ² Com sua nomeação, eles se separam de tais órgãos.
- (4) ² Outra atividade profissional, que não a do ensino jurídico em uma universidade alemã, é incompatível com a atividade jurisdicional. ² A atividade como juiz do Tribunal Constitucional Federal prevalece sobre a atividade como professor universitário.

§ 4

- (1) A duração do mister de juiz é de doze anos, no máximo, até a sua aposentadoria compulsória.
- (2) Veda-se a reeleição imediata ou futura do juiz.
- (3) A aposentadoria compulsória dá-se no final do mês em que o juiz completa sessenta e oito anos de idade.
- (4) Uma vez decorrido o prazo de duração do mister de juiz, os juízes continuarão com sua função jurisdicional até a nomeação do sucessor.

§ 5

- (1) ¹ Os juízes de cada Senado serão escolhidos meio a meio pela Câmara Federal e pelo Conselho Federal. ² Dos juízes escolhidos dentre aqueles dos Tribunais Superiores, um será escolhido por um órgão eleitoral e dois serão escolhidos pelo outro órgão eleitoral; dos juízes restantes, três serão escolhidos por um órgão eleitoral e dois, pelo outro órgão eleitoral.
- (2) Os juízes serão escolhidos com pelo menos três meses de antecedência do decurso do prazo de duração do mister de seu sucessor ou, quando a Câmara Federal não funcionar nesse período, no mês seguinte à primeira sessão legislativa.
- (3) Se um juiz se retirar antecipadamente, seu sucessor será escolhido no mês seguinte pelo mesmo órgão eleitoral que escolheu o seu antecessor.

§ 6

- (1) Os juízes eleitos pela Câmara Federal serão escolhidos de forma indireta.
- (2) ² Segundo a regra da votação proporcional, a Câmara Federal elege uma comissão para a escolha dos juízes do Tribunal Constitucional Federal, a qual será composta de doze membros da Câmara Federal. ² Cada facção [orientação político-partidária no parlamento] poderá fazer uma proposta. ³ Das somas dos votos dados por cada proposta, será contabilizado, de acordo com o procedimento da maioria absoluta (*d'Hondt*), o número dos membros eleitos por cada proposta. ⁴ Os membros serão eleitos na ordem em que aparece seu nome na proposta. ⁵ Se um membro se retirar da comissão ou se encontrar impedido, ele será substituído pelo membro seguinte constante da mesma lista.
- (3) O membro mais velho da comissão convocará imediatamente os membros da comissão para que conduzam a votação dentro do prazo de uma semana e dirigirá a sessão que não será interrompida até que sejam escolhidos todos os juízes.
- (4) Os membros da comissão obrigam-se a manter sigilo sobre os dados pessoais dos candidatos sobre as quais teve conhecimento a partir de sua atividade na comissão, bem como sobre as considerações e a votação tratadas na comissão.
- (5) Será escolhido juiz quem obtiver ao menos oito votos a favor.

§ 7

Os juízes eleitos pelo Conselho Federal serão escolhidos pela maioria de dois terços dos votos.
[...].

§ 13

Anexo: excertos reunidos da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG)

O Tribunal Constitucional Federal julga sobre os casos determinados pela *Grundgesetz*, a saber:

1. sobre a perda dos direitos fundamentais (Art. 18 GG),
 2. sobre a inconstitucionalidade dos partidos (Art. 21 II GG),
 3. sobre reclamações contra decisões da Câmara Federal que se refiram à validade de uma eleição ou à aquisição ou perda da investidura de um de seus membros (Art. 41 II GG),
 4. sobre as demandas da Câmara Federal ou do Conselho Federal contra o Presidente Federal (Art. 61 GG),
 5. sobre a interpretação da *Grundgesetz* a partir de controvérsias sobre o alcance dos direitos e deveres de um dos órgãos federais superiores ou outras partes que são dotadas de direitos próprios, em virtude da *Grundgesetz* ou do regimento interno de um dos órgãos federais superiores (Art. 93 I 1 GG),
 6. em caso de divergências de opinião ou dúvidas quanto à compatibilidade formal ou material do direito federal ou direito estadual com a *Grundgesetz*, ou a compatibilidade do direito estadual com o direito federal a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros da Câmara Federal (Art. 93 I 2 GG),
 - 6a. em caso de divergências de opinião sobre se uma lei preenche os requisitos do Art. 72 II GG, a requerimento do Conselho Federal, de um Governo Estadual ou da representação popular de um Estado (Art. 93 I 2a GG),
 7. em caso de divergências de opinião sobre direitos e deveres da União ou dos Estados-membros, especialmente na aplicação do direito federal pelos Estados e no exercício da fiscalização federal (Art. 93 I 3 e Art. 84 IV 2 GG),
 8. em outras controvérsias público-jurídicas entre a União e os Estados-membros, entre diferentes Estados ou dentro de um Estado, contanto que não exista outra via jurídica (Art. 93 I 4 GG),
 - 8a. sobre Reclamações Constitucionais (Art. 93 I 4a e 4b GG),
 9. sobre as denúncias [criminais] contra juízes federais e juízes estaduais (Art. 98 II e V GG),
 10. sobre controvérsias constitucionais no interior de um Estado-membro, quando esse julgamento tiver sido atribuído pela lei estadual ao Tribunal Constitucional Federal (Art. 99 GG),
 11. sobre a compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a *Grundgesetz*, ou sobre a compatibilidade de uma lei estadual ou do direito federal com uma lei federal,⁵⁶ a requerimento de um Tribunal (Art. 100 I GG),
 - 11a. sobre a compatibilidade de uma decisão da Câmara Federal Alemã para a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito com a *Grundgesetz*, a partir de Apresentação conforme o § 36 II da Lei de Comissão Parlamentar de Inquérito,
 12. em caso de dúvidas sobre se uma regra do direito internacional é parte integrante do direito federal e se ela gera diretamente direitos e deveres ao indivíduo, a partir de requerimento do tribunal (Art. 100 II GG),
 13. se o Tribunal Constitucional de um Estado-membro, ao interpretar a *Grundgesetz*, se afastar de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do Tribunal Constitucional de um outro Estado, a partir de requerimento deste Tribunal Constitucional (Art. 100 III GG),
 14. em caso de divergências de opinião sobre a vigência de um direito como direito federal (Art. 126 GG),
 15. nos casos que lhe forem atribuídos por lei federal (Art. 93 II GG).
- [...].

§ 27a

O Tribunal Constitucional Federal poderá dar a terceiros expertos a oportunidade de se pronunciarem.
[...].

⁵⁶ A lei federal a que se refere o dispositivo é a “lei em sentido formal”, ou seja, a lei aprovada pela Câmara Federal, órgão do Poder Legislativo Federal. O “direito federal” pode ser objeto de controle em face do exame de sua compatibilidade com a lei federal, porque a expressão indica o conjunto do direito federal que abrange, no caso relevante, atos normativos infralegais (resoluções, decretos etc.).

§ 30

(1) ¹ O Tribunal Constitucional Federal julga em sessão secreta, de acordo com sua livre convicção sobre o conteúdo da audiência e do resultado das provas. ² A decisão deverá reduzir-se a termo escrito, será fundamentada e deverá ser subscrita pelos juízes que atuaram no julgamento. ³ Se tiver havido uma audiência pública, ela deverá ser publicada, informando-se as principais razões da decisão. ⁴ O prazo para se proferir uma decisão poderá ser informado na audiência pública ou ser estabelecido após o encerramento da sessão; nesse caso, ele deverá ser divulgado de imediato às partes. ⁵ Entre o encerramento da audiência e a expedição da decisão não poderão transcorrer mais de três meses. ⁶ O prazo poderá ser prorrogado mediante decisão do Tribunal Constitucional Federal.

(2) ¹ Um juiz poderá consignar, em voto dissidente, sua opinião divergente que houver durante a sessão com respeito ao mérito da decisão ou à sua fundamentação; o voto dissidente será anexado à decisão. ² Os Senados poderão divulgar a proporção dos votos em suas decisões. ³ O regimento interno disporá sobre o restante.

(3) Todas as decisões deverão ser divulgadas às partes.

§ 31

(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os tribunais e órgãos administrativos.

(2) ¹ Nos casos previstos no § 13, nº 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. ² Isso vale também nos casos do § 13, nº 8a, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a *Grundgesetz* ou nula. ³ Se uma lei for declarada compatível ou incompatível com a *Grundgesetz* ou com direito federal, ou for declarada nula,⁵⁷ o dispositivo da decisão deverá ser publicado pelo Ministério Federal da Justiça no Diário Oficial. ⁴ O mesmo vale para os dispositivos de decisão dos casos do § 13, nº 12 e 14 [desta lei].
[...].

Quinta Parte

Processo nos casos do § 13, nº. 8a [da presente lei]⁵⁸

§ 90

(1) Qualquer um pode propor uma Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal sob a alegação de estar sofrendo violação pelo poder público em seus direitos fundamentais ou nos seus direitos previstos nos Art. 20 IV, Art. 33, 38, 101, 103 e 104 da *Grundgesetz*.

(2) ¹ Se contra a violação for admitida a via jurisdicional, a Reclamação Constitucional somente poderá ser proposta após esgotada a via jurisdicional. ² O Tribunal Constitucional Federal pode, porém, decidir desde logo uma Reclamação Constitucional proposta, antes de esgotada a via judiciária, quando ela for do interesse geral ou quando ao reclamante se possa infligir um intenso e irresistível prejuízo, caso ele tenha que primeiro recorrer à via jurisdicional [ordinária].

(3) O direito de mover uma Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Estadual, segundo o direito constitucional estadual, permanece intocado.

⁵⁷ Segundo o Art. 31 GG: “direito federal prevalece sobre o direito estadual”. Por isso, ao contrário da situação jurídico-constitucional brasileira, em que não há em princípio hierarquia, mas divisão de competências legislativas entre união e demais entes federativos em razão da matéria, em havendo legislação concorrente e sendo verificada incompatibilidade de norma estadual com federal, a primeira será, em regra, declarada nula. De resto, admitem-se as demais formas mitigadas da declaração de incompatibilidade, entre outras, a declaração da mera anulabilidade.

⁵⁸ Processo da Reclamação Constitucional.

§ 91

¹ Municípios e associações de municípios podem propor a Reclamação Constitucional sob a alegação de que uma lei federal ou estadual violou a prescrição do Art. 28 da *Grundgesetz*. ² A Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal não será admitida se uma Reclamação contra a violação do direito à autodeterminação puder ser proposta, segundo o direito estadual, junto ao Tribunal Constitucional estadual.

§ 92

Na fundamentação da Reclamação deverá ser indicado o direito atingido pela violação e a ação ou omissão dos órgãos ou agentes públicos por meio das quais o reclamante se sente violado.

§ 93

(1) ¹ A Reclamação Constitucional deve ser proposta e fundamentada dentro de um mês. ² O prazo tem início com a notificação formal ou a comunicação informal da decisão reproduzida em sua plenitude, se esta tiver que ser realizada de ofício segundo as prescrições normativas procedimentais estabelecidas pela Administração Pública. ³ Nos demais casos, o prazo tem início com a publicação da decisão ou, quando esta não for publicada, com a respectiva intimação do reclamante; se, com ela [intimação], não for entregue ao reclamante a transcrição da decisão de forma completa, o prazo previsto no primeiro período [§ 93 I 1 BVerfGG] será interrompido, para que o reclamante requeira, por escrito ou mediante protocolo, aos órgãos administrativos, a entrega de forma completa da decisão atacada. ⁴ A interrupção durará até que a decisão seja entregue, de forma completa, ao reclamante pelo tribunal, ou até que o órgão administrativo ou outra parte do processo o notifique.

(2) ¹ Se o reclamante, sem culpa de sua parte, for impedido de observar esse prazo, é garantido a ele o requerimento do restabelecimento do prazo. ² O requerimento deve ser feito dentro de duas semanas após o término do impedimento. ³ Os fatos para fundamentação do requerimento devem ser demonstrados na apresentação do pedido ou no processo sobre o pedido. ⁴ Dentro do prazo para apresentação do requerimento, o ato jurídico perdido deve ser recuperado; se isto ocorrer, o restabelecimento do prazo pode ser garantido mesmo sem requerimento. ⁵ Um ano após o fim do prazo perdido é inadmissível o requerimento. ⁶ A culpa do procurador é equiparada à culpa do reclamante.

(3) Se a Reclamação Constitucional se dirigir contra uma lei ou contra determinado ato estatal, ou contra a não abertura do acesso à via jurisdicional, pode então a Reclamação Constitucional ser proposta somente dentro de um ano a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato estatal.

(4) Se uma lei tiver entrado em vigor antes de 1º de Abril de 1945, pode então a Reclamação Constitucional ser proposta até 1 de Abril de 1952.

§ 93a

(1) A Reclamação Constitucional carece da aceitação [por parte do TCF] para ir a julgamento.

(2) Ela deve ir a julgamento,

- a) desde que seja a ela atribuído significado jurídico constitucional,
- b) quando for adequada para a imposição dos direitos nomeados no § 90 I; esse pode ser o caso, também, quando houver para o reclamante, por meio da recusa de decisão sobre uma matéria, um prejuízo especialmente gravoso.

§ 93b

¹ As Câmaras podem recusar a aceitação da Reclamação Constitucional ou aceitar a Reclamação Constitucional para ir a julgamento nos casos do § 93c. ² De resto, decidirá o Senado sobre a aceitação.

§ 93c

(1) ¹ Se presentes os requisitos do § 93a II b e se a questão de direito constitucional relevante para o julgamento da Reclamação Constitucional já tiver sido decidida pelo Tribunal Constitucional Federal, a

Câmara poderá acolher a Reclamação Constitucional, se ela for evidentemente procedente. ² Essa decisão (*Beschluss*) será equiparada a uma decisão do Senado. ³ Uma decisão que pronuncie, com os efeitos do § 31 II, a incompatibilidade de uma lei com a *Grundgesetz* ou com outro direito federal, permanece reservada ao Senado.

(2) Ao processo aplicam-se o § 94 II e III e o § 95 I e II.

§ 93d

(1) ¹ A decisão é prolatada sem audiência conforme os §93b e § 93c. ² Ela é inimpugnável. ³ A recusa da admissão da reclamação constitucional não carece de fundamentação.

(2) ¹ Enquanto e na medida em que o Senado não tiver decidido sobre a aceitação de uma Reclamação Constitucional, pode a Câmara dispor sobre todas as decisões relativas ao processo da Reclamação Constitucional. ² Uma medida cautelar por meio da qual a aplicação de uma lei seja parcial ou totalmente suspensa pode ser dada apenas pelo Senado; o § 32 VII permanece intocado. ³ O Senado decide também nos casos do § 32 III.

(3) ¹ As decisões das câmaras são proferidas por decisão (*Beschluss*) unânime. ² Dar-se-á a aceitação pelo Senado se pelo menos três juízes concordarem com ela.

§ 94

(1) O Tribunal Constitucional Federal dará aos órgãos constitucionais da União ou dos Estados-membros cuja ação ou omissão for arguida na Reclamação Constitucional a oportunidade de se manifestarem dentro de um determinado prazo.

(2) Se a ação ou omissão for praticada por um Ministro ou por um agente público da União ou dos Estados-membros, será dada ao Ministro responsável oportunidade para a manifestação.

(3) Se a Reclamação Constitucional se dirigir contra uma decisão judicial, o Tribunal Constitucional Federal dará oportunidade de manifestação àquele que for beneficiado pela decisão.

(4) Se a Reclamação Constitucional se dirigir indireta ou diretamente contra uma lei, deve ser correspondentemente aplicado o § 77.

(5) ¹ Os órgãos constitucionais indicados nos parágrafos I, II e IV [§ 94 I, II e IV BVerfGG] podem participar do processo. ² O Tribunal Constitucional Federal pode prescindir do debate oral quando dele não for esperado nenhum suporte ao processo e os órgãos constitucionais titulares do direito à manifestação que participem do processo dele desistirem.

§ 95

(1) ¹ Se a Reclamação Constitucional for acolhida, deve então a decisão declarar qual dispositivo da *Grundgesetz* foi violado e por meio de qual ação ou omissão isso se deu. ² O Tribunal Constitucional Federal pode, ao mesmo tempo, declarar que qualquer repetição da medida em questão também violará a *Grundgesetz*.

(2) Se a Reclamação Constitucional contra uma decisão for acolhida, revogará o Tribunal Constitucional Federal tal decisão, devolvendo, nos casos do § 90 II 1, a matéria ao tribunal competente.

(3) ¹ Se a Reclamação Constitucional contra uma lei for acolhida, a lei deverá ser declarada nula. ² O mesmo vale quando a Reclamação Constitucional, segundo o parágrafo II [§ 95 II BVerfGG], for acolhida porque a decisão atacada se baseia numa lei inconstitucional. ³ O dispositivo do § 79 vale *mutatis mutandis*.

[...].

Bibliografia

- BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. **Verfassungsprozessrecht**: ein Lehr- und Handbuch. 2ª ed. Heidelberg: Müller, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation. **NJW**. v. 1999. P. 9 ss., 1999.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.
- FLEURY, Roland. **Verfassungsprozessrecht**. 6ª ed. Neuwied et al.: Luchterhand, 2004.
- GEBAUER, Matthias. Europäischer Haftbefehl verstösst gegen das Grundgesetz. In: **Spiegel Online**. De 18.07.2005, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/verfassungsgericht-europaeischer-haftbefehl-verstoest-gegen-grundgesetz-a-365623.html> (último acesso: 11.09.2016).
- GERSDORF, Hubertus. **Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung**. 2ª ed. Heidelberg: Müller, 2004.
- GRIMM, Dieter; KIRCHHOF, Paul *et al.* **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**: Studienauswahl. Vol. 1. 3ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- HEIMANN, Hans Markus; KIRCHHOF, Gregor; WALDHOFF, Christian. **Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht**. Munique: Beck, 2004.
- HERZOG, Roman. Teilung und Ballung von Macht im Grundgesetz. In: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P. (Org.). **Deutschland und sein Grundgesetz**. Themen einer deutsch-amerikanischen Konferenz. Baden-Baden: Nomos, 1993. P. 435 ss.
- HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. **Verfassungsprozessrecht**. Heidelberg: Müller, 2004.
- JALES, Túlio de Medeiros. **Pressupostos normativos para o stare decisis constitucional e modelo decisório escrito no Supremo Tribunal Federal**: uma abordagem normativo-institucional [Dissertação de Mestrado]. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN: Natal, 2016.
- LIMBACH, Jutta. **Das Bundesverfassungsgericht**. München: Beck, 2001.
- Limbach, Jutta. Wirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: HANAU, Peter *et al.* **Richterliches Arbeitsrecht**: Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag. München: Beck, 1999. P. 337 ss.
- Martins, Leonardo. A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil: breves considerações de *constitutione ferenda*. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. P. 249-270.
- MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

- _____. **Liberdade e Estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha: Uma breve visão panorâmica. In: HOLLENSTEINER, Stephan (Org.). **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Lumen Juris, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal**. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- _____. **Jurisdição Constitucional**: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MÖLLERS, Martin H. W. **Polizei und Grundrechte**. Ein Lehrbuch zu den Menschenrechten in der polizeilichen Praxis. 3ª ed. atualizada e ampliada. Verlag für Polizeiwissenschaft: Frankfurt, 2015.
- PESTALOZZA, Christian. **Verfassungsprozessrecht**: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder. 3ª ed. Munique: Beck, 1991.
- PETERS, Hans. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. In: KÖNSTANTOPOULOS, Dēmétrios S.; WEHBERG, Hans. **Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie**: Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag, Hamburg: Girardet, 1953. P. 669 ss.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte**. Staatsrecht II. 31ª. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2015.
- POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte**. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz F. R. **As decisões no controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes**: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013.
- SACHS, Michael. **Verfassungsprozessrecht**. Heidelberg: Verlage Recht und Wirtschaft, 2004.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 10ª. ed. München: Beck, 2015.
- SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**. Tomo 2, Mohr Siebeck: Tübingen, 2001.
- _____. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. **Der Staat**. v. 28 (1989). P. 161 ss., 1989.
- _____. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Zur Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. **EuGRZ**. v. 1984. P. 457 – 468, 1984.

Bibliografia

SCHMITT, Carl. **Die Hüter der Verfassung**. Tübingen: Mohr, 1931.

SUHR, Dieter. **Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen**: zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Übungsgemeinschaften und des Eigentums. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

Como citar esta obra ou partes dela:

I. Referência geral

Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

II. Referências específicas

1. às decisões do TCF alemão (entre as p. 40-290, exceto os textos com sombreados e todas as notas de rodapé):

Exemplo: citação (de excertos) da Decisão # 9., BVerfGE 120, 274 (*Online Durchsuchungen*):

Decisões do Tribunal Constitucional Federal. v. 120, p. 274 ss. (BVerfGE 120, 274). In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 116-136.

2. à introdução ou às sínteses e demais intervenções específicas do autor (p. 1-37, exceto “Apresentação” à p. 7s.) e todas as partes de texto com sombreado, que configuram também intervenções específicas do autor (notas introdutórias, sínteses da matéria dos casos, notas de rodapé):

Exemplo 1:

Martins, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 23-34.

Exemplo 2:

Martins, Leonardo. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). Notas introdutórias. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 49-51.

Exemplo 3:

Martins, Leonardo. BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*). Matéria. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 74-75.