

Tribunal Constitucional Federal Alemão

Volume 2

Leonardo Martins

Tribunal Constitucional Federal Alemão

Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 2:

Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e
de comunicação social; liberdades artística e científica

SÃO PAULO

Konrad-Adenauer-Stiftung - KAS – 2018

©2018 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 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e de comunicação social, liberdades artística e científica / Leonardo Martins. — São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018.

Bibliografia

ISBN 978-85-7504-213-7

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 n. 9.610/1998) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n. 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil / Printed in Brazil



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90, n. 19C-74, piso 2; Bogotá, Colômbia
Tel.: +57 1 7430947
<http://www.kas.de/rspla/es/>

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

*** Como citar esta obra ou partes dela: v. última página (272)**

Panorama do Conjunto da Obra

Volume 1

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

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, 1. variante GG)

Capítulo 4. Direito fundamental à integridade física (Art. 2 II, 2. variante GG)

Capítulo 5. Igualdade (Art. 3 GG)

Volume 2

Capítulo 6. Liberdade de consciência e crença (Art. 4 I GG)

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG)

Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG)

Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

Capítulo 12. Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

Volume 3

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

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

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 e da jurisdição constitucional alemãs

Apresentação do Volume 2

Desde a sua fundação, no ano de 1951, o Tribunal Constitucional Federal, em *Karsruhe*, vem sendo caracterizado como guardião da Constituição alemã, a assim chamada “Lei Fundamental”. Com efeito, ele contribuiu, substancialmente, em sua atividade de mais de sessenta anos, para assegurar observância e efetividade à Lei Fundamental, assim como à ordem fundamental democrático-liberal que tem nela sua expressão, encontrando-se em seus alicerces. O trabalho do Tribunal Constitucional Federal tem não apenas uma importância jurídica, mas também vultosa relevância jurídico-política, o que se revela, especialmente, em suas decisões mais recentes sobre temas socialmente polêmicos tais como, por exemplo, a decisão sobre o fundo de resgate do euro, a equiparação tributária de pares homossexuais ou a proibição do lenço islâmico, em escolas públicas não confessionais. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal goza de uma elevada reputação junto aos outros órgãos constitucionais e à população.

Este segundo volume das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal em língua portuguesa com os comentários do Prof. Dr. Leonardo Martins dedica-se à jurisprudência do Tribunal sobre a liberdade religiosa, ideológica e de consciência;¹ da liberdade de opinião, informação, de imprensa e de radiodifusão,² assim como da liberdade artística e científica.³ Sem desmerecer a importância de suas decisões sobre os demais direitos fundamentais, deve-se destacar a contribuição dada pelos guardiões da Constituição de *Karsruhe* para a proteção do direito fundamental à liberdade de opinião como bem jurídico supremo e meio para a participação de cada cidadão no Estado democrático e pluralista de direito.

Já poucos anos após a entrada em vigor da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal discutiu o alcance da liberdade de opinião, matizou e desenvolveu esse direito fundamental. Decisivo é aqui o *Lüth-Urteil* do ano 1958, depois do qual saiu fortalecida a liberdade de opinião e enfatizado seu especial significado para a democracia. A liberdade de opinião é conforme definição do Tribunal “expressão imediata da personalidade humana na sociedade” e, em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um “dos direitos humanos mais ilustres de todos”. Para uma ordem fundamental democrático-liberal, a garantia da liberdade de opinião é constitutiva, pois somente ela possibilita a “constante discussão intelectual, a luta das opiniões que é seu elemento vital”.⁴

¹ Art. 4 GG.

² Art. 5 I, II GG.

³ Art. 5 III GG.

⁴ BVerfGE 7, 198 ss. Nota à margem (versão eletrônica) n. 31.

O Tribunal Constitucional Federal deduziu desse significado preponderante da liberdade de opinião que esse direito fundamental, de acordo com o teor da Constituição, deve não apenas, por um lado, ter seus limites fixados nas “leis gerais”, mas também, por outro lado, que as mesmas leis gerais têm seus limites implícitos na própria liberdade de opinião (o assim chamado efeito interativo dos direitos fundamentais). Os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores. Cada norma jurídica alemã deve ser lida à luz dessa ordem de valores, interpretada e correspondentemente aplicada conforme a Constituição.

É certo que os direitos fundamentais alemães vinculam imediatamente apenas o Estado. Entretanto, porque eles representam uma ordem axiológica objetiva que a todos vinculam, o Tribunal Constitucional Federal corroborou, no *Lüth-Urteil*, que os direitos fundamentais têm eficácia indireta também perante os particulares. Os direitos fundamentais não valeriam apenas na relação entre Estado e cidadão, mas também horizontalmente entre particulares e permeariam, assim, também o direito privado.

A inovadora Decisão *Lüth* não somente marcou a interpretação dos direitos fundamentais na Alemanha, mas também se destacou em muitas outras ordens jurídicas nacionais. Por tornar acessível essa e outras decisões do mais influente tribunal alemão também ao público lusófono, notadamente ao público brasileiro, vai nosso especial agradecimento ao Sr. Prof. Dr. Leonardo Martins que, com dedicação e paixão, debruçou-se sobre esse desafio. O livro, assim como no caso dos quatro outros volumes dessa obra, é um instrumento indispensável de consulta para todo operador do direito, tanto para aqueles que, pela primeira vez, ocuparem-se da jurisprudência constitucional alemã, quanto para aqueles que desejarem aprofundar-se no direito comparado do sistema constitucional alemão, latino-americano e brasileiro. Sem a incansável aplicação do Prof. Martins não teria sido possível apresentar hoje este segundo volume das decisões do Tribunal Constitucional Federal.

Bogotá, 05 de fevereiro de 2018.

Dr. Marie-Christine Fuchs.

Prefácio ao Volume 2

Com muito prazer submeto à apreciação crítica da comunidade jurídico-científica, dos operadores do direito em geral e de todos os potenciais interessados nessa obra de consulta da proeminente jurisprudência constitucional alemã seu segundo volume.

O sistema temático dos direitos fundamentais (que nem sempre corresponde à sequência do texto constitucional) foi mantido nesse volume. Contemplados foram os direitos fundamentais a liberdades “de expressão” tutelados pelos Artigos 4 e 5 da Constituição alemã, aqui referida sempre com seu nome original *Grundgesetz* (“Lei Fundamental”), em assumido sinal de deferência pela talvez mais bem sucedida Constituição de perfil democrático-liberal do mundo. Paradoxalmente, como já asseverado por mim e colegas que se ocupam da matéria, tratava-se de um estatuto provisório para a República Federal da Alemanha no contexto do início da chamada Guerra Fria. Também como reiteradamente lembrado, esse sucesso da *Grundgesetz* deve-se em grande parte ao labor jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal (a seguir: TCF). Contudo, caracterizar essa Corte Constitucional como “ativista” seria uma simplificação superficial da complexidade implícita no sistema constitucional dos “poderes” estatais alemães. Também a caracterização do TCF como agente político ao lado dos demais órgãos constitucionais da Câmara Federal, Conselho Federal, Governo Federal e Presidente Federal pode até interessar àqueles que se dedicam às ciências políticas em sentido estrito. Contudo, isso não é de interesse em nossa sistematização da dogmática jurídica dos direitos fundamentais a partir da contribuição a ela dada pelo TCF. Mesmo não sendo uma unanimidade, o TCF goza de uma sustentavelmente grande reputação junto às comunidades jurídica e jurídico-científica alemãs; junto à população em geral, ele tem também índices de popularidade constantemente acima dos demais órgãos constitucionais retro mencionados. Fora da Alemanha, o TCF arrebata admiradores, apesar de algumas divergências em relação à jurisprudência das duas Cortes guardiãs do direito constitucional europeu.

Também é fato que algumas das mais recentes decisões têm sido alvo de críticas justeóricas e jurídico-dogmáticas relativamente contundentes, especialmente no caso da interpretação e aplicação dos parâmetros constitucionais trabalhados no presente volume. Para ficarmos com apenas um exemplo, cite-se a decisão *Rudolf-Heß-Gedenkfeier* (# 39.) que julgou improcedente uma Reclamação Constitucional ajuizada por representantes de grupos políticos alinhados à direita radical, revisionista e que insiste em tentar tematizar questões delicadas como a culpa de *Hitler* pela Segunda Guerra e/ou pelo chamado holocausto. Nessa decisão, em sede de conclusão do mérito, o TCF julgou compatível com o Art. 5 I 1 GG, que tutela a liberdade de expressão da opinião, uma série de condicionamentos obrigatórios à permissão de uma reunião em homenagem a um fanático nazista morto antes do final da Guerra. O fundamento foi um tipo penal em si de constitucionalidade duvidosa ou que ao menos requereria uma interpretação e aplicação orientada pelo direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. De maneira muito pouco convincente, o TCF contornou a dogmática do conceito de “leis gerais”, principal limite da liberdade de opinião definido no Art. 5 II GG. Do ponto de vista político, certamente essa decisão seria muito aplaudida entre nós brasileiros, tendo em vista as pessoas partícipes da lide original. Todavia, a tal espécie de demagogia política a ciência jurídico-constitucional alemã nunca se rendeu.

O conceito da obra inaugurada pelo v. 1 foi mantido no presente. Manteve-se, principalmente, nas traduções, a preocupação em ser fiel ao texto original, informar os leitores sobre a total extensão de cada decisão, enfatizando sempre suas complexas, mas sempre bem articuladas estruturas. Nesse quesito, remete-se o leitor às minuciosas explicações constantes na introdução ao v. 1 (p. 28–34). No que tange às “anotações”, procedi, neste volume, de modo bem mais detalhado tanto na introdução aos capítulos (“notas introdutórias”), como nas sínteses das 27 decisões contempladas e nas muitas notas de rodapé com amplas referências e explicações de conceitos ou de meros vocábulos que apareceram nas decisões.

A seleção teve como critério uma combinação de decisões mais “clássicas” e de decisões da última década que têm o condão de revelar ao atento leitor o estado da arte da jurisprudência constitucional alemã.

* * *

Como o leitor poderia supor, uma obra como a do presente volume; feita no intervalo de aproximadamente um ano, paralelamente a tantas outras atividades acadêmicas, de ensino e de pesquisa às quais nos dedicamos por prazeroso, mas árduo ofício; não dispensa o generoso engajamento de colaboradores mais próximos:

Meus mais sinceros agradecimentos por sua muito competente revisão de todo o manuscrito tributo às minhas ex-orientandas no PPGD-UFRN, hoje mestres em direito e, assim, independentes de vínculos institucionais – à exceção de continuarem integrando o Grupo de Pesquisa por mim liderado “Constituição Federal e sua Concretização pela Justiça Constitucional” –, MSc *Carmen Vasconcelos* e MSc *Suzana Côrtes*. Não por último, agradeço ao acadêmico de direito *Giovanni Begossi* por seu competente trabalho de composição da capa e sua consultoria técnico-informática em prol da conclusão do formato editorial final.

À *Fundación Konrad Adenauer*, na pessoa da diretora do *Programa Estado del Derecho para Latinoamérica*, Dra. *Marie-Christine Fuchs*, que propiciou os meios financeiros necessários à presente publicação, meu profundo agradecimento. Sem a confiança recíproca e a grande amizade institucional que nos une a realização dessa segunda etapa de nosso projeto não teria sido possível.

Natal-RN, 12 de fevereiro de 2018.

Prof. Dr. Leonardo Martins

Sumário

Panorama do Conjunto da Obra	07
Apresentação do Volume 2	09
Prefácio ao Volume 2	11
Siglas e Abreviações	15
Introdução ao Volume II	19
Capítulo 6.	
Liberdade de consciência e crença (Art. 4 I GG)	
Notas introdutórias	25
# 30. BVerfGE 32, 98 (<i>Gesundbeter</i>)	30
# 31. BVerfGE 93, 1 (<i>Kruzifix</i>)	34
# 32. BVerfGE 105, 279 (<i>Osho</i>)	42
# 33. BVerfGE 125, 39 (<i>Adventssonntage Berlin</i>)	52
# 34. BVerfGE 138, 296 (<i>Kopftuchverbot II</i>)	65
Capítulo 7.	
Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG)	
Notas introdutórias	91
# 35. BVerfGE 7, 198 (<i>Lüth-Urteil</i>)	95
# 36. BVerfGE 90, 241 (<i>Auschwitzlüge</i>)	104
# 37. BVerfGE 93, 266 (“ <i>Soldaten sind Mörder</i> ”)	111
# 38. BVerfGE 95, 173 (<i>Warnhinweise für Tabakerzeugnisse</i>)	119
# 39. BVerfGE 124, 300 (<i>Rudolf Heß Gedenkfeier</i>)	123
Capítulo 8.	
Liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG)	
Notas introdutórias	139
# 40. BVerfGE 90, 27 (<i>Parabolantenne</i>)	140
Capítulo 9.	
Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)	
Notas introdutórias	149
# 41. BVerfGE 20, 162 (<i>Spiegel-Urteil</i>)	151
# 42. BVerfGE 25, 256 (<i>Blinkfüer</i>)	160

# 43. BVerfGE 52, 283 (<i>Tendenzbetrieb</i>)	166
# 44. BVerfGE 117, 244 (<i>Cicero</i>)	173

Capítulo 10.

Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

Notas introdutórias	181
# 45. BVerfGE 12, 205 (1. <i>Rundfunkentscheidung</i>)	185
# 46. BVerfGE 35, 202 (<i>Lebach</i>).....	188
# 47. BVerfGE 119, 181 (<i>Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag</i>)	192
# 48. BVerfGE 121, 30 (<i>Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen</i>)	202
# 49. BVerfGE 136, 9 (<i>ZDF-Staatsvertrag</i>).....	208

Capítulo 11.

Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

Notas introdutórias	222
# 50. BVerfGE 30, 173 (<i>Mephisto</i>).....	225
# 51. BVerfGE 67, 213 (<i>Anachronistischer Zug</i>)	229
# 52. BVerfGE 81, 278 (<i>Bundesflagge</i>)	235

Capítulo 12.

Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

Notas introdutórias	243
# 53. BVerfGE 35, 79 (<i>Hochschulurteil</i>)	246
# 54. BVerfGE 90, 1 (<i>Jugendgefährdende Schriften</i>).....	253
# 55. BVerfGE 122, 89 (<i>Wissenschaftsfreiheit in der Theologie</i>)	261
# 56. BVerfGE 127, 87 (<i>Hamburgisches Hochschulgesetz</i>)	264

Bibliografia	269
---------------------------	-----

Como citar esta obra ou partes dela	272
--	-----

Siglas e Abreviações⁵

- a. F. *alte Fassung* – redação anterior (revogada)
- AbI. EG *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* – Diário Oficial das Comunidades Europeias
- AbI. EU *Amtsblatt der Europäischen Union* – Diário Oficial da União Europeia
- AEUV *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* – Convenção sobre o Modo de Trabalho da União Europeia
- AfP *Archiv für Presserecht* – Arquivo do Direito de Imprensa (periódico técnico-jurídico)
- AGG *Allgemeines Gleichheitsgesetz* - Lei Geral de Tratamento Igualitário
- ALM *Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten* – Grupo de Trabalho das Empresas Estaduais de Comunicação Social
- AöR *Archiv des öffentlichen Rechts* – Arquivo do Direito Público (periódico técnico-jurídico)
- ArbZG *Arbeitszeitgesetz* – Lei do Horário de Trabalho
- ARD *Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands* – Grupo de Trabalho das Empresas de Radiodifusão [Público] da Alemanha
- Art. artigo
- BayHSchLG .. *Bayerisches Hochschullandesgesetz* – Lei Estadual da Universidade da Baviera
- BayObLG..... *Bayerisches Oberstes Landesgericht* – Supremo Tribunal Estadual da Baviera
- BayVBl. *Bayerische Verwaltungsblätter* – Jornal Administrativo de Bayern (periódico jurídico)
- BayVerfGH... *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* – Corte Constitucional [Estadual] de Bayern
- BBesG *Bundesbesoldungsgesetz* – Lei de Salários Federais (soldo de juízes federais, militares *et al.*)
- BerLadÖffG. *Berliner Ladenöffnungsgesetz* – Lei Berlinense do Horário de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais
- BetrVG *Betriebsverfassungsgesetz* – Lei de Constituição Empresarial
- BGB..... *Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil
- BGBI. *Bundesgesetzbücher* – Diário (Oficial) das Leis Federais
- BGH *Bundesgerichtshof* – Corte Federal de Justiça
- BGH NJW *Bundesgerichtshof, Neue Juristische Zeitschrift* – Corte Federal de Justiça, Nova Revista Jurídica Semanal (Jurisprudência da Corte Federal de Justiça publicada na NJW)
- BGHSt. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* – Decisões da Corte Federal de Justiça em Matéria Criminal
- BGHZ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* – Decisões da Corte Federal de Justiça em Matéria Civil
- BRD..... *Bundesrepublik Deutschland* – República Federal da Alemanha [v. RFA] (até 1990: Alemanha Ocidental)
- BTDrucks. *Bundestagesdrucksachen* - Registro das Discussões Parlamentares / Anais dos Trabalhos Legislativos da Câmara Federal
- BVerfGE *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung* – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial
- BVerfGG *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)* – Lei do Tribunal Constitucional Federal
- BVerfGK..... *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* – Decisões de câmera do Tribunal Constitucional Federal (composta por três juízes)
- BVerwG *Bundesverwaltungsgericht* – Tribunal Federal Administrativo
- BVerwGE *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung* – Decisões da Corte Federal Administrativa, coletânea oficial
- BvR *[Senat der] Bundesverfassungsrichter* – [Senado dos] Juízes Constitucionais Federais

⁵ Sobre as peculiaridades da citação de dispositivos e correspondentes siglas, consultar o v. 1 da presente obra, p. 21 s.

- c.c. combinado com
CDU *Christlich Demokratische Union* – União Democrático-Cristã (Partido Político)
Cf. confira
CSU *Christlich Soziale Union* – União Social-Cristã (Partido Político)
DDR *Deutsche Demokratische Republik* – República Democrática Alemã (até 1990: Alemanha Oriental)
DM..... *Deutsche Mark* (moeda corrente vigente na RFA até 2002)
Drucks. *Drucksachen* – Anais de Reuniões Parlamentares
DVBl. *Deutsches Verwaltungsblatt* – Jornal da Administração Alemã (periódico jurídico)
DWW *Deutsche Wohnungswirtschaft*– Economia Imobiliária Alemã (periódico)
e.V. *eingetragener Verein* – Associação Registrada (associação sem fins lucrativos)
ebd. *Ebenda – ibidem*.
EG *Europäische Gemeinschaften* – Comunidades Europeias
EGMR *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte* – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
EMRK..... *Europäische Menschenrechtskonvention* – Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia para os Direitos Humanos)
EuGH *Europäischer Gerichtshof* – Corte Europeia de Justiça
EuGRZ..... *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* – Revista Europeia de Direitos Fundamentais
FDP *Freie Demokratische Partei* – Partido Democrático Liberal
FRAG..... *Freie Rundfunk Aktiengesellschaft* – Radiodifusão Livre Sociedade Anônima
GG *Grundgesetz* – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha)
GjS *Gesetz für den Jugendschutz* – Lei de Proteção à Juventude
GmbH *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*– Sociedade de Responsabilidade Limitada
GRUR..... *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* – Direito da Proteção Jurídica Industrial e Autoral (periódico jurídico)
GVBl. *Gesetz- und Verordnungsblatt* – Diário (Oficial) de Leis e Decretos
HdbDStR *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* – Manual do Direito de Estado Alemão
HmbHG..... *Hamburgisches Hochschulgesetz* – Lei Universitária de Hamburg
HPRG *Hessisches Privatrundfunkgesetz* – Lei de Radiodifusão Privada de Hessen
HRG *Hochschulrahmengesetz* – Lei Geral das Universidades
ibid. *ibidem*
JÖR N.F. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Neue Fassung* – Nova Redação (Coleção) do Anuário do Direito Público
JÖR..... *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* – Anuário do Direito Público (1. vol., 1907-25 vol., 1938)
JZ *Juristenzeitung* – Jornal dos Juristas (periódico jurídico quinzenal)
KEF..... *Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten* – Comissão de Exame e Investigação da Necessidade Financeira das Instituições [Públicas] de Radiodifusão
KG..... *Kammergericht* – Tribunal de Câmara
KirchE *Entscheidungen in Kirchensachen* – Decisões em Matéria Eclesiástica (periódico, repositório de jurisprudência)
KUG *Kunsturhebergesetz* – Lei da Propriedade Intelectual-Artística
LG *Landesgericht* – Tribunal Estadual
LK..... *Leipziger Kommentar zum StGB* – Comentários de Leipzig ao Código Penal
LMBG..... *Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)* – Lei de Trânsito de Alimentos, Produtos Tabagísticos, Cosméticos e demais Objetos de Necessidade
Ls. *Leitsatz* – Ementa

Siglas e abreviações

- LT *Landtag* – Câmara Legislativa Estadual
LTDucks. *Landestagesdrucksachen* – Anais dos Trabalhos Legislativos de Parlamento Estadual
MP *Media Perspektiven* – Perspectivas da Mídia (periódico)
n.F. *Neue Fassung* – nova redação
NHG *Niedersächsisches Gesetz* – Lei Universitária de *Niedersachsen*
NJW *Neue Juristische Wochenschrift* – Nova Revista Semanal Jurídica (periódico jurídico semanal)
NStZ *Neue Zeitschrift für Strafrecht* – Nova Revista para o Direito Penal (periódico jurídico)
NStZ-RR *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report* – Report de Jurisprudência da NStZ (periódico técnico-jurídico)
NVwZ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* – Nova Revista para o Direito Administrativo (periódico jurídico)
NW *Nordrhein-Westfalen (Bundesland)* – Estado-membro da federação da RFA
OLG *Oberlandesgericht* – Superior Tribunal de Justiça Estadual
op. cit. *opere citato* – obra citada
Org. Organizador(a/es)
OVG *Oberverwaltungsgericht* – Superior Tribunal Administrativo Estadual
p. página
p.ex. por exemplo
RÄndStV *Rundfunkänderungsstaatsvertrag* – Tratado Estadual para a Reforma da Radiodifusão
RFA República Federal da Alemanha (até 1990: Alemanha Ocidental)
RFinStV *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag* – Tratado Estadual para o Financiamento da Radiodifusão
RGBl. *Reichsgesetzblatt* – Diário Oficial das Leis do Reich (de 1871 a 1945)
RgeBStV *Rundfunkgebührstaatsvertrag* – Tratado Estadual sobre a Taxa de Radiodifusão
RGSt. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Entscheidungssammlung)* – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Penal (repositório jurisprudencial)
RGZ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)* – Decisões do Tribunal do Reich em Matéria Civil (repositório jurisprudencial)
RStV *Rundfunkstaatsvertrag* – Tratado Estadual da Radiodifusão
RVO *Rechtsverordnung* – Decreto
s. e seguinte (página)
S. *Seite(n); Satz* – página(s); período (unidade de dispositivo normativo)
SchulG BW ... *Schulgesetz von Baden-Württemberg* – Lei Escolar de *Baden-Württemberg*
SchulG NW .. *Schulgesetz von Nordrhein-Westfalen* – Lei Escolar de *Nordrhein-Westfalen*
SED *Sozialistisches Einheitspartei Deutschlands* – Partido Socialista Unificado da Alemanha (da Ex-República Democrática Alemã)
SPD *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* – Partido Social-Democrata Alemão
ss. e seguintes (páginas)
StGB *Strafgesetzbuch* – Código Penal
StGB a.F. *Strafgesetzbuch alte Fassung* – Código Penal derrogado
StPO *Strafprozessordnung* – Código de Processo Penal
StV *Strafverteidiger (Zeitschrift)* – Defensor Penal (periódico técnico-jurídico)
TabKTHmV... *Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch* – Decreto da Caracterização de Produtos do Tabaco e Quantidades Máximas de Alcatrão na Fumaça de Cigarros
TCF Tribunal Constitucional Federal
ThürVerfGH . *Thüringer Verfassungsgerichtshof* – Tribunal Estadual Constitucional de *Thüringen*
TKG *Telekommunikationsgesetz* – Lei das Telecomunicações

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

- Verf. NW..... *Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen* – Constituição Estadual de *Nordrhein-Westfalen*
- VersG..... *Versammlungsgesetz* – Lei de Reunião
- Vf. *Aktennummer der Verfassungsbeschwerde* – Número dos Autos da Reclamação Constitucional Estadual (Corte Constitucional de Bayern)
- v.g..... *verbi gratia* – por exemplo.
- VGH *Verwaltungsgerichtshof* – Corte Administrativa (fórum administrativo, primeira instância)
- v. / vol. volume / ver
- VSO..... *Volksschulordnung* – Código do Direito Escolar
- VVDStRL..... *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* – Publicações (Anais) da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado
- VwGO *Verwaltungsgerichtsordnung* – Código da Organização Judiciária Administrativa
- WissR..... *Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung* - *Zeitschrift für Recht und Verwaltung der wissenschaftlichen Hochschulen und der wissenschaftspflegenden und -fördernden Organisationen und Stiftungen* – 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 *Weimarer Reichsverfassung* – Constituição [Real] da República de Weimar
- WuM Wohnungswirtschaft und Mietrecht – Economia Imobiliária e Direito Locatício (periódico jurídico)
- ZDF *Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão de Televisão
- ZDF-StV..... *Staatsvertrag für das Zweite Deutsche Fernsehen* – Tratado Estadual do Segundo Canal Alemão de Televisão
- ZPO *Zivilprozeßordnung* – Código de Processo Civil
- ZStW *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Fachzeitschrift)* – Revista para toda a Ciência Jurídico-penal (periódico técnico-jurídico)
- ZUM..... *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht* – Revista de Direito Autoral e de Comunicação Social (periódico jurídico mensal)

Introdução ao Volume II:

Arte e ciência; opinião e comunicação social; consciência, crença e ideologia:

Liberdades individuais entre negação ao Estado e suas institucionalizações em face do Estado Constitucional eticamente neutro

Como aludido no prefácio, o complexo temático das áreas da vida social ou “de regulamentação” dos direitos fundamentais de liberdade interpretados e aplicados na jurisprudência do TCF, aqui reproduzida e explicada em seus principais excertos, pode ser reduzido e subsumido à epígrafe dos direitos fundamentais de liberdade “de expressão” ou “de comunicação”. Exceções são as liberdades de consciência e de crença em apenas uma de suas modalidades que é a liberdade de *forum internum*.⁶ Essa composição do conjunto de liberdades em princípio negativas (*status negativus*) nada esclarece, entretanto, sobre as específicas relações entre elas. São tais relações que induzem consequências jurídico-dogmáticas das mais relevantes, como é o caso da determinação das relações de concorrência como pressupostos para a fixação dos parâmetros normativos de julgamento a partir da apreciação de determinados objetos, ações e omissões de órgãos estatais potencialmente inconstitucionais.⁷

Não obstante, estabelecer o fio condutor temático dos direitos fundamentais ora contemplados não serve apenas à justificação das escolhas em termos de busca de unidade redacional, mas se torna especialmente profícuo quando se investiga as funções desses direitos fundamentais.⁸ Se no v. 1 o *status* de pessoa, seu livre desenvolvimento e a integridade dos titulares dos direitos fundamentais oponíveis não apenas contra intervenções estatais, mas também contra tratamentos desiguais injustificados, representava o eixo temático (também com uma exceção que foi a liberdade geral de ação do Art. 2 I GG como garantia subsidiária da liberdade),⁹ trata-se aqui de suas expressões em âmbitos da vida social repletos da possibilidade das assim chamadas “relações de tensão”.¹⁰ Quem expressa sua opinião ou comunica os resultados de suas atividades de crença, de consciência, artísticas ou científicas, valendo-se ou não de uma instituição de comunicação social,¹¹ fatalmente entrará mais cedo ou mais tarde em choque com interesses ou bens jurídicos de terceiros muito frequentemente também protegidos jusfundamentalmente, como é o caso especial dos direitos do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG estudados no v. 1. Jurídico-dogmaticamente, chega-se às chamadas colisões de direitos fundamentais.¹²

⁶ Cf., a seguir, as notas introdutórias ao Cap. 6.

⁷ Sobre o conceito de concorrência e sua relevância prática, v. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 171-175).

⁸ Que permitem classificar os direitos fundamentais por categorias. Cf. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 49 ss.).

⁹ Cf., no v. 1, as notas introdutórias ao Cap. 2, p. 49 - 51.

¹⁰ Sobre esse conceito de “*Spannungsverhältnisse*” muito recorrente na jurisprudência do TCF e seu tratamento sob a égide da chamada “concordância prática” (K. Hesse) de limites “imanentes à Constituição”, cf. por todos, bastante detalhado: Michael e Morlok (2016, p. 343-359).

¹¹ Sobre a delimitação entre liberdade de expressão da opinião e as liberdades de comunicação social imprensa e radiodifusão, v notas introdutórias ao Cap. 9 e 10.

¹² Sobre o conceito, com vastas referências à literatura germânica, v. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 170 S.).

Desde a publicação da muito conhecida e debatida também no Brasil e internacionalmente Decisão *Lüth*,¹³ o TCF deslocou o conceito de direitos fundamentais como sendo estritamente direitos à resistência (mais conhecidos na literatura pátria como “direitos à ou de defesa”)¹⁴ contra intervenções estatais, em parte, para seu caráter configurador de uma suposta “ordem objetiva de valores”.¹⁵ A *Grundgesetz*, “que não pretende ser uma ordem axiologicamente neutra...”, teria erigido então uma ordem ou sistema “hierarquicamente escalonado de valores” (“*Wertrangordnung*”).¹⁶ Não obstante, muito rapidamente o discurso axiológico cairia em descrédito. Valores são “tiranos”, sentenciou *Carl Schmitt* na década de 1970.¹⁷ Como compatibilizar, na sociedade contemporânea “pós-moderna”, da tecnologia da informação, da internet das coisas ou até da “internet de tudo”, os anseios pelo menos discursivos dessa sociedade pelo reconhecimento da alteridade e da diversidade com as opções axiológicas do constituinte histórico? Por mais que se queira aderir às necessárias atualizações e reconhecer mutações constitucionais, é preciso extraír-se de uma Constituição e, no caso que nos interessa, da *Grundgesetz*, sua decisão ou não por um sistema de valores, por mais elementar que seja.

Stefan HUSTER explicou o fundamento e o alcance do conceito de “neutralidade ética do Estado”.¹⁸ Trata-se de um postulado lógico a partir de uma interpretação sistemática, genética e teleológica da *Grundgesetz*: seus valores não são condensáveis em uma ideologia estatal ou comunitária. Sem desmerecer o “vínculo à – e a dependência de cada indivíduo da – comunidade”,¹⁹ ela optou por uma democracia liberal. Nesse sentido, a ordem fundamental constitucional é sempre descrita com muita propriedade pelo TCF e pela ciência jurídico-constitucional como uma “*freiheitlich-demokratische Grundordnung*”. Uma ordem fundamental (*Grundordnung*) que seja “*freiheitlich-demokratisch*” poderia ser traduzida para o vernáculo por “ordem livre e democrática”. Mas essa tradução não é precisa o bastante. Os atributos “livre” e “democrático” caracterizam não apenas a ordem em si, mas especialmente seu resultado em face daqueles que são “ordenados”, ou seja, dos titulares de direitos e obrigações a ela submetidos. Daí a opção pelo atributo “liberal”, apesar de certa ambiguidade ou até de uma recorrente identificação dele com uma determinada escola político-filosófica ou da opção a ele ligada por uma concreta política econômica em que se propugne por um diminuto tamanho e mínimo grau de interventionismo do Estado no domínio econômico. Trata-se, pelo contrário, de uma Constituição das liberdades individuais, jurídica e

¹³ Da literatura nacional, cf. por muitos, de um lado, Barroso (2007, p. 15, 26), de outro, Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 106-110).

¹⁴ Sobre essa relevante divergência terminológica e suas razões: Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 51 s.).

¹⁵ Expressão que aparece em inúmeras decisões do TCF. Cf., por exemplo, nas aqui tratadas: **Decisões # 42, 49, 50 e 56.**

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (204 s.) – *Lüth-Urteil* e, a seguir: **Decisão # 36**.

¹⁷ Cf. Schmitt (1979).

¹⁸ Em obra com esse significativo título: Huster (2002).

¹⁹ Essa que é uma “*Gemeinschaftsbezogenheit und -angewiesenheit des Einzelnen*” é um topos argumentativo da jurisprudência e teoria juspublicista germânicas que de maneira elegante, mas quase idiossincrática, reflete o óbvio do que, no jargão popular, expressa-se com a antiga máxima “nenhum homem é uma ilha”. Na substância, não altera o princípio distributivo do ônus argumentativo: são as restrições à liberdade que devem ser justificadas pelo Estado que as perpetra; não o exercício dela pelo titular do direito. A respeito, v. Martins (2012, p. 28-43).

Introdução ao Volume II

reflexivamente ordenadas,²⁰ pelo Estado; mas, antes de tudo, de uma Constituição das liberdades individuais.

Não obstante, especialmente nos âmbitos “comunicativos” da arte e ciência; opinião e comunicação social; consciência, crença e ideologia, o TCF preocupa-se com os *pressupostos institucionais* da liberdade, provocando uma grande expansão do papel da figura da *conformação* (ou *configuração*) da área de proteção dos *direitos fundamentais*²¹ pelo legislador ordinário. O legislador continua sendo o primeiro órgão estatal chamado a observar os parâmetros jusfundamentais em grande parte negativos (que oferecem obstáculos à sua discricionariedade ativa). Mas ele deve – especialmente em face de direitos de comunicação social que, de fato, mas apenas em parte, têm uma área de proteção de marca normativa como é, na seleção desse volume, o caso precípuo da radiodifusão – cumprir certos mandamentos de configuração.²²

Esse caminho, consistentemente trilhado pelo TCF desde o final de sua primeira década de jurisprudência, implica notórios riscos, especialmente aqueles relativos ao comprometimento da neutralidade ética do Estado, como demonstram a citada Decisão *Rudolf-Heß-Gedenfeier* e outras aqui trabalhadas. Contudo, trata-se de um caminho sem volta. Ao contrário do que, por vezes, escreveu-se, as razões ou os motivos determinantes nas decisões do TCF são vinculantes apenas em uma muito reduzida extensão e mediante a presença de certas condições.²³ Sem embargo, a jurisprudência do TCF vem marcando fundamentalmente tanto a pesquisa quanto o ensino jurídicos alemães há décadas. É de fato uma Corte que “determina parâmetros”²⁴ e, ao contrário de alguns tribunais por nós tão bem conhecidos que fazem as vezes de guardiões da Constituição, mantém-se, na maioria das vezes, coerente com sua jurisprudência, sem perpetrar grandes rupturas, apesar de algumas concessões ao sistema político e cultural como no caso da decisão mencionada.

Assim, há de se ter em mente que os direitos de expressão e comunicação tratados nos sete capítulos seguintes têm pressupostos dogmáticos distintos entre si revelando uma grande complexidade. Pela ordem dos dispositivos:

1. Consciência, crença e ideologia. Além das clássicas funções do mencionado foro íntimo e das várias faculdades de expressão individual e coletiva da consciência, crença e ideologia (*Weltanschauung*), especialmente por conta da recepção pela *Grundgesetz* de garantias institucionais da Constituição de *Weimar* relativas à especial proteção das duas principais

²⁰ Expressão extraída do subtítulo da obra de Poscher (2003). Sobre a não necessária identificação do atributo “liberal” com a mencionada filosofia política ou política econômica, cf. Martins (2012, p. 28-30).

²¹ Uma expressão “que faz carreira” na discussão germânica contemporânea. Cf., por exemplo, as exposições monográficas de Bumke (2009) e Cornils (2005) e sua recepção por Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 152 ss.).

²² Outros direitos fundamentais de marca normativa são, precipuamente, as garantias de institutos privados à propriedade, ao casamento e à família. Mas existem outros direitos cuja área de proteção é apenas parcialmente marcada normativamente, tais como a própria autonomia privada, liberdade de associação e a autonomia universitária. Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 60 s.).

²³ Cf. a exposição detalhada e a crítica em Martins (2018, p. 75-77).

²⁴ Expressão que intitula uma relevante contribuição de Lepsius (2011, p. 159 ss.) em obra de autoria de quatro dos principais juspelicanistas da atualidade intitulada “A Corte sem fronteiras”.

comunidades religiosas cristãs,²⁵ o TCF consolidou uma operação conjunta de direitos à abstenção de intervenções estatais e garantias institucionais, a começar pelo estatuto de pessoa jurídica *sui generis* do qual gozam as duas principais correntes do cristianismo.²⁶ Com o crescimento, dentre outras, das religiões islâmicas, o desafio será estabelecer como o princípio da neutralidade ética do Estado pode coadunar-se com as atuais prerrogativas jurídicas das religiões cristãs. Em sua faceta de direito de comunicação e pensando na concretização dos vínculos estatais negativos e positivos, crescem exponencialmente as constelações de colisões de direitos fundamentais, inclusive no âmbito das garantias institucionais dos poderes parentais e da escola (Art. 6 e 7 GG) a serem trabalhados no v. 3 da presente obra.

2. Opinião e comunicação social. Como segundo a fórmula inequívoca e com razão não contestada por ninguém do caráter constitutivo para a democracia que têm os direitos fundamentais à expressão da opinião individual ou coletiva ou à participação ativa na formação da opinião e vontade públicas das liberdades de comunicação social do Art. 5 I 2 GG, o desafio ao TCF é conseguir trafegar através da estreita via entre *Skylla* e *Charybdis*. Com efeito, de um lado, não pode chocar-se contra o precípua escopo de qualquer direito fundamental que é fixar barreiras à atuação estatal, inclusive e, sobretudo, a legislativa, suscitando eventuais decisões contramajoritárias. De outro lado, especialmente da prevenção e combate à monopolização da opinião pública, o TCF extrai um mandato constitucional a ser cumprido em verdade pelo legislador, mas por ele fiscalizado. Por tal mandato constitucional, o legislador deve assegurar, no âmbito da radiodifusão privada, a não monopolização e, no âmbito da radiodifusão juspública, deve garantir a um só tempo a independência e a autonomia das empresas em relação ao Estado e, materialmente, a contraposição ao sistema privado, a fim de realizar um equilíbrio com o fornecimento ou providência de informações básicas que reproduzam todas as relevantes vozes provenientes da sociedade civil. Nesse sistema dual (público e privado), confia-se à radiodifusão pública a imprescindível abertura à participação de todas as correntes de pensamento que se movimentem dentro do espectro político-ideológico democrático com pelo menos um mínimo de comprometimento com a *Grundgesetz*. Tal abertura não pode ser esperada e, por força constitucional, nem mesmo requerida da radiodifusão privada, uma vez que ter uma tendência e linha editorial próprias faz parte da área de proteção do direito fundamental do Art. 5 I 2, 2. variante GG.

A peculiaridade dogmática é aqui especialmente traduzida pelo impacto das configurações das áreas de proteção pelo legislador. Isso porque a perseguição dos escopos e das metas previstas implícita ou explicitamente pela Constituição não é deixada à livre discricionariedade do legislador ordinário, mas torna-se “dever de legislação”. Então o que, no caso, deveria ser a prática de uma salutar política legislativa e tratada como intervenção estatal carecedora de justificação constitucional a partir de limites previstos implícita ou explicitamente pela *Grundgesetz* torna-se uma configuração da área de proteção pelo legislador a ser revista pelo TCF. É esse especialmente o caso da classificação do combate à formação de monopólio na radiodifusão privada como configuração do direito fundamental e não intervenção estatal carecedora de justificação constitucional.

²⁵ Igreja Católica Apostólica Romana e os grêmios das várias denominações protestantes sob o manto unificador da “*Evangelische Kirche*”.

²⁶ Cf. a discussão do próprio TCF na **Decisão # 33**.

3. Arte e ciência, embora outorgados pelo mesmo Art. 5 III 1 GG, não se submetendo, portanto, aos limites previstos pelo Art. 5 II GG aos direitos de comunicação do Art. 5 I GG, a arte e a ciência têm pressupostos dogmáticos bem distintos entre si que serão analisados nos respectivos capítulos (11 e 12). Aqui importa revelar apenas que também vivem da dicotomia das dimensões jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva. Especialmente, a liberdade artística tem uma dimensão subjetiva das mais carecedoras da fiscalização da constitucionalidade de leis, atos administrativos e decisões judiciais pelo TCF, dada a sua notória vulnerabilidade. Mas pelo menos quando se trata do fomento à arte e de sua aproximação conceitual a bens jurídicos culturais, podem ser encontrados na interpretação da *Grundgesetz* pelo TCF semelhantes deveres de atuação legislativa. No que tange à ciência que, como se verá no Cap. 12, assimila os conceitos de ensino e pesquisa, a óbvia dimensão jurídico-subjetiva (negativa) é complementada pela peculiaridade de a instituição *Universidade* na Alemanha ser estatuída, tal como ocorre com parte da radiodifusão, como pessoa jurídica de direito público. Isso pode levar a situações de oponibilidade de direitos fundamentais de um membro do órgão contra este.

Também a exemplo da radiodifusão pública e das pessoas jurídicas de direito público que dão a roupagem institucional das comunidades religiosas, as universidades e seus órgãos são exceções à regra de que pessoas jurídicas de direito público não podem ser titulares de direitos fundamentais. A Constituição das liberdades individuais que é a *Grundgesetz* encontra-se na sua interpretação e aplicação pelo TCF cada vez mais entre a negação ao Estado e as suas institucionalizações tuteladoras.

Conclui-se, por ora, que, especialmente com base nos parâmetros constitucionais diretamente derivados dos direitos fundamentais aqui tratados, mas não por intermédio de sua leitura pelo TCF, resta à ciência jurídico-constitucional o dever de ofício de acompanhar criticamente o exercício da jurisdição constitucional e a jurisprudência dele decorrente. Os desafios ao Estado Constitucional eticamente neutro não têm como ser vencidos definitivamente. Ao contrário, representam uma tarefa árdua a ser enfrentada diuturnamente. Com ou sem destronização,²⁷ esse é o seu papel.

²⁷ Alusão ao marcante ensaio de Schlink (1989), intitulado: “*Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*” – “A destronização da ciência jurídico-estatal [como se costumava chamar a ciência jurídica cujo objeto é o direito público] pela jurisdição constitucional”.

Capítulo 6.

Liberdade de consciência e crença (Art. 4 I GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 4 (Liberdade de crença, consciência e confessional, Recusa da prestação do serviço militar de guerra)

- (1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.
- (2) É garantido o desimpedido exercício de religião.
- (3) Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. Uma lei federal regulamentará as particularidades da matéria.

O direito fundamental à liberdade de crença e consciência e à liberdade de confessar uma determinada religião ou visão de mundo foi outorgado como um direito fundamental unificado sem limites constitucionais expressos, especialmente sem reservas legais, no Art. 4 I GG. No dispositivo seguinte, do Art. 4 II GG, o constituinte privilegiou, aparentemente, o exercício da religião. Assim, ele teria privilegiado o aspecto institucionalizado da crença em detrimento de outras categorias de crença ou dos conceitos de consciência e visão de mundo. Porém, a literatura especializada enxerga na já referida unidade da área de proteção entre os núcleos de proteção “crença”, “consciência”, “religião” e “visão de mundo” (ou ideologia) uma negação dessa tese do privilégio do exercício da liberdade religiosa institucionalizada. Assim como o TCF, também a literatura especializada vale-se dos dispositivos dos dois parágrafos como parâmetros de julgamento conjuntamente (Art. 3 I e II GG).²⁸

²⁸ Cf. Sachs (2017, p. 341 s.), Hufen (2016, p. 355 s.), Manssen (2016, p. 90), Michael e Morlok (2016, p.122 s.), Schmidt (2016, p. 159), Ipsen (2014, p. 109), Pieper (2012, p. 112), Altevers e Pieper (2010, p. 14). Críticos em relação a essa opinião dominante, tendo em vista as nuances ao nível dos limites constitucionais: Schildheuer (2015, p. 126) e,

Outra peculiaridade é o Art. 140 GG, intitulado “direito das comunidades religiosas” e alocado no Título XI: “Das disposições finais e transitórias”. Ele incorporou os Art. 136 a 139 e 141 WRV (Constituição da República de Weimar, de 11.09.1919), como integrantes da *Grundgesetz*.

Diferente é o caso do Art. 4 III GG que, em seu primeiro período (Art. 4 III 1 GG), traz uma *lex specialis* a respeito da qual, especificamente, o constituinte fixou uma reserva legal no segundo período do mesmo parágrafo (Art. 4 III 2 GG). Trata-se lá, primeiro, do direito à recusa a prestar o serviço militar com arma por imperativo de consciência e, segundo, de uma reserva legal confiada ao legislador federal que poderá restringir esse direito. O Governo Federal aboliu o serviço militar obrigatório por ato normativo vigente desde 01.07.2011, mas, como o constituinte derivado não derrogou o Art. 3 III GG, ele pode ser reintroduzido em qualquer tempo.

Não obstante a unidade da área de proteção, é de bom alvitre especificar os aspectos dessa área de proteção até a justificação constitucional de intervenções estatais em face de seus respectivos limites constitucionais. É o que se faz nos quatro próximos tópicos.

I.

Liberdade Individual de Crença (ou Ideológica)

Em geral, protege-se a convicção religiosa ou também ideológica (*Weltanschauung* – “visão de mundo”).

a) A área de proteção abrange, primeiro, a liberdade interior de constituir ou não uma convicção religiosa ou de natureza “ideológica” a respeito do papel do ser humano no mundo, sua relação com poderes sobrenaturais e com as camadas mais profundas do ser (*forum internum*).²⁹ Não pode tratar-se apenas, como tradicionalmente, de crença religiosa no sentido de fé em um ser sobrenatural. Isso não corresponderia às necessidades de uma real liberdade de crença no Estado secularizado que deixa ao particular um âmbito jurídico para suas convicções justamente mediante a neutralidade estatal. Essa neutralidade não tem mais como ser entendida apenas no sentido positivo de “ter” uma religião, mas também no sentido negativo de convicções arreligiosas ou até mesmo hostis a convicções de crença.

b) Segundo, abrange a liberdade externa para confessar essas convicções e decisões nela pautadas e de difundi-las (*forum externum*). Trata-se, aqui, de uma liberdade de exercício religioso.

c) Abrange, por fim, o direito de agir e de comportar-se de acordo com os ditames religiosos ou ideológicos, o que encerra o maior potencial de colisão com outros bens jurídicos, inclusive com aqueles de lastro constitucional.³⁰

d) Liberdade de crença negativa: liberdade de não professar crença, para rejeitar uma convicção religiosa ou ideológica em geral, além de uma liberdade contra o constrangimento perpetrado pelo Estado ao exercício de um procedimento litúrgico ou de confissão religiosa.³¹

e) Titulares podem ser apenas as pessoas naturais (físicas).³²

principalmente, Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 142), que destacam os problemas relativos às consequências dessa opinião dominante e expectativas do advento de novos problemas decorrentes, por exemplo, da lida do TCF com novas ameaças advindas de seitas e constelações de maior potencial de colisões normativas.

²⁹ Por todos, enfatizando o caráter da transcendência do direito, cf. Hufen (2016, p. 357 s.).

³⁰ Cf. por todos: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 143 s.).

³¹ Cf., por exemplo: Schmidt (2016, p. 161 s.).

2. Intervenções estatais na área de proteção do direito fundamental à crença estarão presentes em qualquer caso em que um órgão estatal pertinente a um dos três poderes constituídos afetar o pensamento, o discurso ou a ação (comportamento individual) motivados por crença ou ideologia.

As intervenções podem ser classificadas por categorias:³³ intervenções no pensamento estão especialmente presentes quando o Estado influenciar, de modo doutrinador, a constituição e a manutenção de convicções morais ou ideológicas. As intervenções no discurso são aquelas relativas a obrigações ao silêncio, tendo em vista o exercício positivo, ou à obrigação de revelar crença ou ideologia tendo em vista o exercício negativo. As intervenções no comportamento estão presentes, sobretudo, nas obrigações de fazer ou não fazer que se chocarem contra mandamentos vinculantes e estritamente imperativos de natureza religiosa ou ideológica. Irrelevante é a correspondência a posições dominantes da denominação religiosa ou ideológica seguida. O Estado não deve funcionar como árbitro de questões e disputas eclesiásticas internas ao sistema social “religião”, não apenas por incompetência, mas também para, novamente, também nesse âmbito, não ferir seu dever de neutralidade ética.³⁴ O titular do direito fundamental deve apenas demonstrar a plausibilidade de estar seguindo um imperativo religioso ou ideológico que possa ser comprovado a partir de critérios objetivos.³⁵

Exemplos: restrições de acesso ao serviço público que tenham como razão a confissão de crença do candidato; proibição de cultivar e consumir *cannabis* com propósito de uso e/ou consumo *em culto*; obrigação de prestar juramento de cunho religioso em um processo judicial; obrigação de estudantes de crença islâmica à participação em aula de esporte ou natação ou em outros determinados eventos estudantis; oração em escola sem possibilidade de ser evitada pelos discordantes. Em geral, pode até mesmo a própria obrigação geral de frequentar a escola representar uma intervenção, BVerfG, NJW 2015, 44, 45 ss. (*Homeschooling*). No mais, configuram também intervenções: restrições impostas à Schichta (abate de animais bovinos e aves sem uso de nenhum tipo de anestesia), sancionamento penal de comportamento motivado por crença, como no caso da recusa a receber tratamento médico e da perseguição penal de lesão corporal no caso da circuncisão de crianças; confirmação pela Justiça Trabalhista da licitude em sentido amplo de demissão por faltas no trabalho em feriados centrais do islamismo (decorrente de uma dimensão objetiva do direito fundamental, efeito mediato de irradiação sobre o direito trabalhista); alteração das disciplinas ministradas por um professor de teologia; ordem estatal para ser dependurado um crucifixo em paredes de todas as salas de aula de uma escola pública não confessional; proibição endereçada a uma professora do ensino fundamental de trair o lenço de cabeça com conotação religiosa islâmica na escola, especialmente durante as aulas (**Decisão # 34.**); proibição endereçada a uma aluna de trair um véu que cubra todo seu rosto (proibição do

³² Cf. Jarass (2011, p. 162). Sobre a capacidade de crianças para exercer as liberdades do Art. 4 GG, v. *ibid.*, p. 463 s.

³³ Cf. Schmidt (2016, p. 161 s.).

³⁴ Cf. a análise de casos envolvendo os lenços de cabeça islâmicos: Hufen (2016, p. 373 s.) e, a seguir, **Decisão # 34.**

³⁵ Nesse contexto, entra em cena também o problemático autoentendimento do titular do direito fundamental. Cf., por todos: Michael e Morlok (2016, p. 125), um problema típico também da liberdade artística do Art. 5 III, 1. variante GG a ser analisado no Cap. 12.

Niqab ou nicabe) durante a aula; proibição determinada pela direção de escola da realização de rezas ritualísticas quando com elas restar ameaçada a paz escolar.

3. Como não há limites constitucionais expressos por intermédio de reservas legais, as intervenções podem ser **justificadas constitucionalmente** apenas a partir de limitações implícitas que decorram de direito constitucional colidente, ou seja, se o propósito da limitação for a proteção de um bem jurídico-constitucional colidente ao direito fundamental atingido. Não basta uma autorização para a intervenção. Se perpetrada pelos poderes Executivo e Judiciário, devem ter base na lei aprovada pelo Legislativo (reserva parlamentar) que seja formal e materialmente compatível com a Constituição e cuja interpretação e aplicação atendam à mesma condição.³⁶

Há alguns critérios para a aferição da constitucionalidade material. O principal é a verificação da proporcionalidade e, em havendo colisão de direitos fundamentais, outro complementar que a maioria dos autores germânicos alunha de concordância prática.³⁷

a) Limite Constitucional e fundamento legal de uma intervenção:

aa) Como o direito fundamental em tela não foi outorgado acompanhado de uma reserva legal, somente o propósito de proteção de um bem jurídico-constitucional material (igual nível hierárquico normativo) pode, em tese, justificar uma intervenção. À pauta vêm:

(1) Direitos fundamentais de terceiros (colisão de direitos fundamentais): liberdade negativa e positiva de crença da alteridade de pensamento ("Andersdenkende", "dissidentes", discordantes) com fulcro no mesmo Art. 4 I GG; liberdade profissional e empresarial do empregador decorrente do Art. 12 I GG; direitos fundamentais relativos ao poder familiar parental do Art. 6 GG; direito fundamental à integridade física do jovem circuncisado decorrente do Art. 2 II 1, 2. variante GG; e

(2) Demais bens jurídicos constitucionais:³⁸ dever estatal à educação e configuração de uma escola que atenda a certos objetivos e garantia da fiscalização estatal da paz escolar c.c. com o dever estatal de neutralidade (Art. 7 GG); dever estatal de proteção de animais contra tratamento cruel (Art. 20a GG).

bb) A intervenção tem de ser baseada (autorizada) em um fundamento legal. Esse tem de ser formal e materialmente constitucional. No último caso, o exame para tal aferição dar-se-á especialmente por intermédio da investigação da proporcionalidade *lato sensu* (adequação e necessidade) do meio interventivo escolhido pelo legislador com o propósito em si legítimo (porque correspondente a bem jurídico-constitucional).

Também sua interpretação e aplicação judicial têm de atender ao mesmo critério, caso a norma tenha deixado alguma margem discricionária aos órgãos administrativos e judiciais que a aplicam.

b) Limite ao limite: proporcionalidade e “concordância prática”.

³⁶ Cf. por todos: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 151 s.).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Na decisão *Osho* do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 105, 279 – # Decisão 32.) discutiu-se se uma norma constitucional que define um título de competência (outorga de competência do Art. 65, 2 GG ao Governo Federal, órgão constitucional para definir a política de informação à população) poderia servir como direito constitucional colidente e, antes, no exame, se o trabalho de informações contra riscos provenientes de seitas poderia representar ou não uma intervenção no direito fundamental à liberdade de crença.

Também conhecida como “limite ao limite”, a proporcionalidade da lei interventora, se presente, confirmará, em última instância, sua constitucionalidade material quando a lei, como meio de intervenção lícito, suscitar uma situação concreta que implique uma relação com a situação pretendida (propósito da intervenção) marcada pela adequação e necessidade. Isso se infere pela análise de dados empíricos que sustentem o prognóstico de adequação e necessidade do meio de intervenção.³⁹

Enquanto a adequação refere-se ao exame eliminatório da verificação da presença da idoneidade do meio escolhido em si, a necessidade é relativa à busca de alternativas igualmente adequadas, mas potencialmente menos onerosas à liberdade atingida. Uma vez detectada a não presença da adequação ou encontrada alternativa menos onerosa, confirma-se a hipótese de desproporcionalidade ou refuta-se a hipótese contrária.⁴⁰

Por consequência, verifica-se que a intervenção estatal na área de proteção não é justificada e o ato normativo ou fático, objeto do exame, é inconstitucional em face do parâmetro jusfundamental.

II.

Liberdade Coletiva de Crença: Comunidades Religiosas

1. A área de proteção abrange, materialmente, as ações das associações religiosas ou ideológicas que têm como objetivo a manutenção e o fomento de uma confissão religiosa e a difusão da crença de seus membros.⁴¹ Exemplos:⁴² o direito da comunidade religiosa à difusão da própria crença; o tocar ritualístico do sino de igrejas católicas ou a convocação para a primeira oração do dia pelo líder islâmico; a construção de igrejas e templos ou quaisquer outros edifícios de função litúrgica e que sejam imprescindíveis ao exercício do culto religioso; a busca pela constituição de pessoa jurídica.

Titular pode ser uma pessoa jurídica que promova os cultos ou associações afins como associações de jovens ou mulheres que prestem serviços religiosos, hospitais e escolas confessionais.⁴³

2. Intervenções estatais podem representar as seguintes medidas: proibição de uma comunidade religiosa ou ideológica ou seu tratamento desigual em relação a outras comunidades religiosas ou ideológicas; avisos estatais contra a atuação de seitas ou comunidades religiosas ou ideológicas (**Decisão # 32**); fomentos de associações cuja principal tarefa seja combater determinadas comunidades religiosas e ideológicas, notadamente seitas consideradas perigosas;⁴⁴ proibição do toque litúrgico de sino ou de construção de uma igreja, uma mesquita ou uma minarete; proibição de distribuir panfletos com conteúdo proselitista ou comercializar produtos religiosos em vias públicas ou em estabelecimentos sem alvará do poder público municipal; autorização para abertura de estabelecimentos comerciais em domingos e feriados religiosos.

³⁹ Cf. no vernáculo: Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 195 ss.).

⁴⁰ Cf. *ibid.*

⁴¹ Cf. Schmidt (2016, p. 169).

⁴² Cf. *ibid.*, p. 169 s.

⁴³ Excluídas são associações que visem apenas à atuação econômica. Cf. nesse sentido BVerfGE 99, 185 – *Scientology*; excertos e anotações no v. 1, **Decisão # 7**.

⁴⁴ Cf. com referência a uma decisão em consequência da **Decisão # 32**, porém do Tribunal Federal Administrativo: Schmidt (2016, p. 171).

3. Não há especificidades a serem tratadas na fase da justificação constitucional.

III.

Liberdade de Consciência

1. a) A área de proteção abrange a decisão de consciência: “cada decisão moral séria, isto é, orientada pelas categorias do ‘bem’ e do ‘mal’, que o titular toma a partir de uma determinada situação por ele considerada como vinculante e cogentemente obrigatória, de tal sorte que não possa agir contra ela sem cair em um sério conflito de consciência” (BVerfGE 12, 45).

b) Também abarca tanto o *forum internum* quanto o *forum externum*. Protegida é a realização da consciência, muito próxima conceitualmente ao fenômeno da crença. Por isso, há inegáveis dificuldades de delimitação. Porém, aqui não há necessariamente um lastro em código ético estabelecido. Protege-se o *forum externum* porque uma proteção jusfundamental restrita a ações que não tenham o condão ou, de modo muito menos intenso, de sofrer restrições seria inútil, sem sentido jurídico.

c) A titularidade cabe apenas a pessoas naturais.

2. Uma intervenção estatal estará presente toda vez que o Estado normatizar as atividades protegidas (intervenções legislativas) ou as afetar, faticamente, de maneira significativa. Exemplos: medidas disciplinares contra soldados por causa de recusa à execução de ordens; medidas disciplinares contra oficial dos correios que se recuse a entregar material publicitário de determinadas seitas ou determinados partidos; recusa ao pagamento de tributos por questões de consciência; recusa de pagamento a contribuições à previdência pública enquanto ela prestar financiamento a abortos; confirmação judicial da recusa ao pagamento de salários em caso de aborto; sanção para a recusa de participação em testes com animais no âmbito da formação universitária; confirmação da legalidade, pela Justiça Trabalhista, de demissão de empregado motivada por comportamento ou insubordinação decorrentes de imperativos de consciência, principalmente em hipóteses em que o empregador não puder atribuir tarefa alternativa no âmbito do contrato de trabalho.

3. Para a justificação constitucional de intervenções estatais, vêm à pauta como limites decorrentes de direito constitucional colidente: direito fundamental ao exercício da consciência e crença pelo empregador; dignidade humana de pessoas que receberão órgãos doados como limite ao exercício da liberdade de consciência e crença do médico; liberdade científica do Art. 5 III, 1 2. variante GG. Exemplos de bens jurídico-constitucionais: capacidade funcional dos órgãos de previdência social; lealdade constitucional de funcionários públicos, capacidade funcional de órgãos constitucionais.

30. BVerfGE 32, 98 (*Gesundbeter*)

Controle Abstrato / Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

A esposa do reclamante faleceu porque se recusou, por motivos religiosos, a receber uma transfusão de sangue. O reclamante professava a mesma fé de sua mulher. Por isso, deixou de persuadir a esposa a realizar uma necessária transfusão, declarando ao médico que realizou o diagnóstico revelador da necessidade da transfusão que confiava em Deus e que eles fariam

orações pela saúde da gravemente enferma. Daí serem eles **aqueles que oram pela saúde** (*Gesundbeter*), expressão que alcunha a decisão em pauta.

O reclamante foi condenado a uma pena pecuniária por omissão de socorro. Segundo a acusação, a omissão de socorro consistia no fato de não ter persuadido a esposa a aceitar a prescrição médica, a fim de realizar a necessária transfusão de sangue. Em sua Reclamação Constitucional, alegou que a convicção religiosa comum a ele e à esposa falecida ordenava-lhes a se limitar às orações.

O TCF admitiu e julgou procedente a Reclamação Constitucional para o efeito de revogar a condenação penal. Em sua fundamentação, valeu-se da figura dogmática do “efeito de irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*) – comumente traduzido, assim como no caso da *Drittewirkung*, como “eficácia horizontal”⁴⁵ – do direito fundamental à liberdade de crença do Art. 4 I GG. Ela foi utilizada para afastar a tipificação da conduta do reclamante como omissão de socorro.

Como pressuposto da tomada de influência do direito fundamental do Art. 4 I GG na esfera penal (ou seja: da *Ausstrahlungswirkung*), o TCF também realizou, nessa decisão, uma importante contribuição para a concretização da área de proteção da liberdade de crença, distinguindo entre liberdade interna e externa de crença (cf. abaixo **B. II. 2.**).

EMENTA

Da eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental da liberdade de crença em relação à condenação por omissão de socorro (§ 330c StGB).

Decisão [*Beschluss*]

Do Primeiro Senado de 19 de outubro de 1971 – 1 BvR 387/65 – [...]

Dispositivo:

A Decisão do Superior Tribunal Estadual de Stuttgart de 6 de julho de 1964 - 3 Ss 124/64 -, a Decisão do Tribunal Estadual de Ulm de 14 de janeiro de 1965 - I Ns 333/62 - [...] violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 4, Paragrafo 1 da *Grundgesetz*. Suspensem-se. A matéria é devolvida ao Superior Tribunal de Stuttgart.

O Estado-membro Baden-Württemberg deve ressarcir ao Reclamante as incidentes despesas processuais necessárias.

RAZÕES

A. – I.

O Reclamante pertence à associação religiosa “*Evangelischer Brüderverein*” (Irmandade Evangélica). Sua mulher era também membro dessa comunidade. Após o nascimento de seu quarto filho, a esposa, que sofria com uma grave anemia, negou-se a submeter-se a tratamento hospitalar de recomendação médica e, principalmente, a permitir a realização de uma transfusão de sangue. Seu marido não procurou convencer sua mulher de modo a fazer valer a recomendação médica. Um tratamento não foi realizado. A mulher, que até o fim permanecera plenamente consciente, faleceu.

1. [...].

2. Na segunda audiência principal, o Tribunal Estadual de *Ulm* condenou o Reclamante pelo crime de omissão de socorro, por meio de decisão (*Urteil*) prolatada em 14 de janeiro de 1965, ao pagamento de multa no valor de 200 DM [duzentos marcos alemães], alternativamente a 10 dias de prisão.

⁴⁵ Especialmente a segunda expressão é imprecisa nos dois idiomas. A respeito, no vernáculo, v. Martins (2012, p. 89-119).

O Tribunal Estadual verificou os seguintes fatos: [...].

[...] o médico teria reconhecido que houvera perigo de vida e recomendara tanto ao Reclamante quanto à sua mulher uma internação em um hospital para que pudesse ser realizada a transfusão de sangue. Ele deixara claro que, sem tal tratamento, ela poderia morrer. O Reclamante disse, então, ao médico que sua mulher ficaria boa novamente sem tratamento hospitalar, se fosse pedida ajuda a Deus e se houvesse grande fé; ambos seriam pessoas de fé, ensinadas a acreditar na palavra de Deus e nela confiar. Por isso, ele mesmo seria contra um tratamento hospitalar. Depois disso, falara com sua mulher e declarara que estaria deixando a ela a decisão. Se ela quisesse, ela poderia dirigir-se ao hospital. Na Assembleia [na igreja], todavia, ensinara-se outro caminho, pois que se encontra na Sagrada Escritura: “Se alguém estiver doente, que chame os presbíteros da Igreja para que rezem por ele, e a oração feita com fé salvará o doente”. Depois disso, a mulher do Reclamante declarara, então, que recusava um tratamento hospitalar e pedira, assim, que fosse chamado um irmão de sua comunidade religiosa para que rezasse com eles. Pouco tempo depois, a esposa falecera.

[...].

II., III. 1.-3. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I.

O Tribunal Constitucional Federal não tem de, nos moldes da Reclamação Constitucional, examinar as decisões (*Urteile*) dos tribunais ordinários em toda a sua extensão em face de possíveis erros de aplicação jurídica (BVerfGE 7, 198 [207]; 17, 302 [304]; 18, 85 [92 ss.]). No presente caso, deve-se examinar apenas se as decisões impugnadas ignoraram, junto à interpretação e aplicação do dispositivo penal do § 330c StGB, os efeitos dos direitos fundamentais sobre essa norma.

II.

O exame das decisões impugnadas mostra que elas intervêm, de modo inadmissível, no direito fundamental do Reclamante à liberdade de crença e de confissão religiosa (Art. 4 I GG).

1. [...].

2. Em um Estado no qual a dignidade humana é o mais elevado valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo certo espaço jurídico livre de intervenção estatal. Nele, o indivíduo pode se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ao contrário, ela inclui não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo a orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Mais do que isso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa que, todavia, é considerada como o melhor e mais adequado meio para enfrentar uma

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela crença. De outro modo, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter pleno desdoblamento.

3. A liberdade de crença não é garantida ilimitadamente.

a) Em verdade, ela não está sujeita nem ao limite do Art. 2 I GG, nem ao limite do Art. 5 II GG.⁴⁶

O Art. 4 I GG declara como invioláveis a liberdade de crença, de consciência e de confissão religiosa (cf. BVerfGE 12, 1 [4]). Ele é, em relação ao Art. 2 I GG, *lex specialis*. O entendimento de que a liberdade de crença seria restrinlavél pelos direitos de outrem, pela ordem constitucional e pela lei moral seria inconciliável com a relação de subsidiariedade do Art. 2 I GG, em face da especificidade dos direitos de liberdade individualmente considerados, tal qual reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal em jurisprudência consolidada (cf. entre outras: BVerfGE 6, 32 [36 ss.], 20, 50 [55 s.], com outras referências).

A liberdade de crença também não é limitada pelo Art. 5 II GG. Depõem contra essa tese já o teor e lócus [sistemático] do Art. 4 GG. [...].

b) A outorga de liberdade do Art. 4 I GG tem origem, como todos os direitos fundamentais, no conceito de ser humano da *Grundgesetz*, ou seja, no ser humano como personalidade autônoma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social. Esse vínculo social do indivíduo reconhecido pela *Grundgesetz* faz também com que direitos fundamentais que sejam garantidos sem reserva fiquem sujeitos a determinadas limitações mais externas. Todavia, os limites da liberdade de crença podem ser estabelecidos – assim como no caso da liberdade artística (cf. BVerfGE 30, 173 [193]) – tão somente pela própria Constituição. Uma vez que a liberdade de crença não contém reserva em favor do legislador ordinário, ela não pode ser relativizada nem pela ordem jurídica em geral, nem por uma cláusula indeterminada, a qual, sem um ponto de partida constitucional e sem suficientes mecanismos da devida segurança jurídica [princípio do Estado de direito], basta para criar uma ameaça aos bens [jurídico-constitucionais] necessários à existência da comunidade político-estatal. Ao contrário, um conflito a ser avaliado no contexto da garantia da liberdade de crença deve ser solucionado segundo o ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e sob a observância da unidade desse sistema axiológico fundamental. Como parte desse sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade de crença corresponde ao mandamento de tolerância, com base especialmente na dignidade humana garantida no Art. 1 I GG que, sendo o mais elevado valor, domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; cf. também BVerfGE 30, 173 [193]).

Tais razões excluem a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença a sanções que o Estado preveja para tais comportamentos sem consideração de sua [respectiva] motivação religiosa. A eficácia de irradiação do direito fundamental garantido pelo Art. 4 I GG vem aqui na forma de axioma que pode influenciar o tipo e a extensão da sanção estatal lícita. Para o direito penal, isso significa:

Quem, em dada situação concreta e em razão de sua convicção religiosa, decidir-se por um fazer ou não fazer pode entrar em conflito com os padrões morais dominantes na sociedade e com os deveres jurídicos neles fundados. Se esse alguém, por meio de tal comportamento, de

⁴⁶ Em relação ao Art. 2 I GG cf. o teor no v. 1 da presente obra, p. 49 ou 291; já o teor do Art. 5 II GG pode ser lido no início das notas introdutórias do Cap. 7, a seguir.

acordo com a interpretação tradicional, realizar uma conduta tipificada penalmente, deve-se perscrutar, à luz do Art. 4 I GG, se, de acordo com as circunstâncias especiais do caso, a aplicação da pena ainda corresponderia, por excelência, ao sentido da cominação penal estatal. Tal acusado não se insurge contra a ordem jurídica estatal por carência de uma mentalidade cordata, em consonância com a ordem jurídica; também ele quer manter intacto o bem jurídico protegido pela ameaça da pena. Ele se vê, porém, em uma situação limite, na qual a ordem jurídica geral encontra-se em conflito com o mandamento da crença pessoal, sentindo-se no dever de seguir, no caso, o mandamento para ele mais elevado da crença. Ainda que essa decisão possa ser objetivamente condenável, segundo conceitos axiológicos geralmente dominantes na sociedade, ela não chega a ser tão reprovável a ponto de justificar a utilização contra o acusado da arma mais poderosa disponível à sociedade, qual seja, do direito penal. A sanção criminal não é – independentemente de sua dimensão – sob nenhum aspecto (retribuição, prevenção, ressocialização do condenado) uma sanção adequada. O dever resultante do Art. 4 I GG de todo o Poder Público de respeitar a crença religiosa séria, nos mais amplos limites, deve ter como consequência o abrandamento do direito penal toda vez que o conflito concreto – entre um dever jurídico existente segundo as convicções dominantes e um mandamento religioso – provocar, no acusado, aflição espiritual de tal sorte aguda que, em face da cominação penal, que o identifica como violador da lei, a sanção passe a representar uma reação social exagerada e, por isso, violadora de sua dignidade humana.

4. A aplicação desses critérios no caso particular tem como resultado que o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual ignoraram a eficácia de irradiação do Art. 4 I GG no momento da interpretação e aplicação do § 330c StGB. Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa e em renúncia dessa mesma convicção religiosa. [...].

[...].

5. [...].

6. Uma vez que as decisões impugnadas já violam o Art. 4 I GG, não há mais a necessidade de um exame com base no parâmetro do Art. 2 I GG.

Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Brox e Dr. Simon.

31. BVerfGE 93, 1 (*Kruzifix*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial / Reclamação Constitucional contra Ato Normativo.

MATÉRIA

Segundo o claro teor do § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Bayern (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) “em toda sala de aula deve ser colocado um crucifixo” (*Kruzifix*). Por ocasião da iniciação escolar (1. Série) da Reclamante n. 3, havia, em sua sala de aula, um crucifixo completo (cruz e corpo de Cristo) de 80 cm de comprimento por 60 cm de largura, colocado logo acima e ao meio do quadro negro. Após muitas discussões entre os pais da Reclamante e a Administração da Escola, eles chegaram a um acordo provisório: troca do crucifixo com corpo por uma cruz sem corpo de tamanho menor colada lateralmente, acima da porta de entrada. Com a iniciação dos dois filhos menores e a troca de ano, o conflito veio novamente à tona.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Os pais das crianças (Reclamantes 3 a 5) ajuizaram, no mês de fevereiro de 1991, em nome próprio e de seus filhos, uma ação contra o Estado de *Bayern* requerendo a retirada dos crucifixos, com pedido de medida liminar. Com base no mencionado § 13 I 3 VSO, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar. Em sua fundamentação, lê-se, entre outros, que pela colocação de cruzes em salas de aula não teriam sido violados nem o direito dos pais a educar os filhos, nem os direitos fundamentais dos filhos. O § 13 I 3 VSO não teria o objetivo de fazer da cruz um instrumento de ensino ou objeto da aula geral. A cruz serviria tão somente a apoiar os pais junto à educação religiosa de seus filhos, o que não seria problemático do ponto de vista constitucional. Os limites do quadro constitucionalmente permitido de elementos ideológico-religiosos na educação escolar não teriam sido ultrapassados. O princípio da não identificação religiosa no ambiente estudantil requer observância diferente do que ocorreria “no âmbito puramente secular” porque, na área da educação, as ideias ideológico-religiosas teriam mais significado do que nunca. O conflito entre a liberdade religiosa negativa (dos alunos Reclamantes) e positiva (dos demais alunos) precisaria ser solucionado em observância ao mandamento de tolerância e segundo o princípio da concordância prática. Por isso, os Reclamantes não poderiam exigir que sua liberdade negativa de confissão religiosa tivesse uma prevalência absoluta em relação à liberdade positiva de confissão religiosa dos estudantes que foram educados em um determinado contexto confessional e que querem praticá-lo na escola.

Ao contrário, poderiam ser esperados dos Reclamantes tolerância e respeito em relação às convicções religiosas dos outros, quando se encontrarem, na escola, diante de seu respectivo exercício religioso. A Reclamação Ordinária (*Beschwerde*) dos Reclamantes, interposta junto ao Superior Tribunal Administrativo do Estado de *Bayern*, foi julgada improcedente. Faltariam tanto a ameaça de dano irreversível (*periculum in mora*) quanto reais chances de êxito da ação principal.

A Reclamação Constitucional foi ajuizada pelos pais dos alunos e pelos próprios alunos contra as decisões dos tribunais administrativos. Elas foram julgadas procedentes por maioria de 5 votos a 3. As decisões impugnadas violaram, segundo o TCF (a maioria do Primeiro Senado), os direitos fundamentais dos Reclamantes 1 e 2 do Art. 4 I; 6 II 1 GG, além do Art. 19 IV GG, por ter o Superior Tribunal Administrativo indeferido, de plano, o pedido liminar, sem ter detidamente analisado sua causa de pedir. Os principais fundamentos foram reproduzidos a seguir.

A minoria valeu-se de seu direito a publicar suas opiniões divergentes.⁴⁷ No caso de uma delas, da Juíza *Haas*, houve divergência, em parte, também em relação ao juízo positivo de admissibilidade da Reclamação Constitucional e da fundamentação da maioria (2 votos) na opinião minoritária conjunta. Por isso, além de ter participado da opinião conjunta com os demais dois juízes divergentes, *Haas* fez questão de publicar, à parte, sua segunda opinião divergente.

EMENTAS

1. A colocação de uma cruz ou crucifixo nas salas de aula de uma escola pública de ensino obrigatório, que não seja escola confessional, fere o Art. 4 I GG.

⁴⁷ Possibilidade que existe apenas desde 1970 com a introdução do § 30 II 1 à Lei Orgânica do TCF (BVerfGG). Analítica e instrutiva é a sua abordagem por Schlaich e Korioth (2015, p. 34-38).

2. O § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de *Bayern* é incompatível com o Art. 4 I GG e nulo.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995 – 1BvR 1087/91 –

[...]

Dispositivo:

1. O § 13 I 3 do Código para as Escolas em *Bayern* (Código Escolar - VSO) de 21 de junho de 1983 (GVBl., p. 597) não é compatível com o Artigo 4, Parágrafo 1 da *Grundgesetz* e [por isso] nulo.
2. A Decisão da Corte Administrativa de *Bayern* [...] e [...] violam os direitos fundamentais dos Reclamantes decorrentes do Artigo 4, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. [...].
3. O Estado-membro Livre de *Bayern* deve resarcir aos Reclamantes suas despesas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à colocação de cruzes ou crucifixos em salas de aula.

I.

1. Segundo o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de *Bayern* (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO), de 21 de junho de 1983 (GVBl., p. 597), deve ser colocada uma cruz em cada sala de aula das escolas fundamentais públicas. [...].
2.-3., II.-III. [...].

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

[...].

C.

A Reclamação Constitucional é procedente. [...].

I.

[...]

II.

As decisões impugnadas ofendem também os direitos fundamentais dos Art. 4 I c.c. 6 II 1 GG, dos Reclamantes 1 e 2 e o direito fundamental do Art. 4 I GG, dos Reclamantes 4, 5 e 6. Elas baseiam-se no § 13 I 3 VSO que, por sua vez, é incompatível com a *Grundgesetz* e nulo.

1. O Art. 4 I GG protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever, nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreva ou na qual encontre expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. O Art. 4 I GG deixa ao critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe sejam estranhos.

Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença, aos atos nos quais ela se manifesta e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta. Por essa razão, o

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Art. 4 I GG revela sua eficácia asseguratória de liberdade justamente em áreas da vida não deixadas à auto-organização social, mas que são tomadas, por precaução, pelo Estado (BVerfGE 41, 29 [49]). Isso leva também em conta o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV que expressamente proíbe que alguém seja coagido à participação em atividades religiosas.

O Art. 4 I GG não se limita, porém, a impedir que o Estado se imiscua nas convicções, atos e manifestações religiosas do indivíduo ou de comunidades religiosas. Ele impõe-lhe, antes, também o dever de lhes garantir uma gama de atividades na qual a personalidade possa se desenvolver em seu âmbito ideológico e religioso (cf. BVerfGE 41, 29 [49]) e de lhes proteger contra ataques ou obstáculos perpetrados por seguidores de outras orientações religiosas ou de grupos religiosos concorrentes. O Art. 4 I GG não fornece ao indivíduo e às comunidades religiosas, entretanto, uma pretensão ao auxílio estatal para a expressão de sua convicção religiosa. Pelo contrário, do Art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às diferentes religiões e confissões. O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro nas questões religiosas. Ele não pode, por isso, ameaçar a paz religiosa da sociedade. Esse mandamento encontra seu fundamento não apenas no Art. 4 I GG, mas também no Art. 3 III, Art. 33 I, assim como no Art. 140 GG c.c. Art. 136 I e IV e Art. 137 I WRV. Tais dispositivos não admitem a introdução de formas jurídicas religiosas estatais e proíbem que se privilegiem determinadas confissões, assim como a exclusão de outros crentes (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; jurisprudência consolidada). Isso não se dá em razão da representatividade numérica ou da relevância social de uma crença (ver BVerfGE 32, 98 [106]). O Estado tem de, pelo contrário, observar um tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas que seja orientado pelo princípio da igualdade (cf. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Também naqueles casos em que o Estado colabora com tais comunidades ou as incentiva, não pode haver identificação com determinadas comunidades religiosas (cf. BVerfGE 30, 415 [422]). O Art. 4 I GG abrange, associado ao Art. 6 II 1 GG, que [por sua vez] garante aos pais o cuidado com a educação de seus filhos como direito natural, também o direito à educação dos filhos em seus aspectos religioso e ideológico. É assunto dos pais a transmissão aos seus filhos daquelas convicções relativas a questões religiosas ou ideológicas que considerem corretas (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]). A isso corresponde o direito de manter a criança afastada de convicções religiosas que lhes parecerem equivocadas ou lesivas.

2. O § 13 I 3 VSO intervém nesse direito fundamental, assim como as decisões impugnadas, as quais se baseiam naquela regra.

a) O § 13 I 3 VSO prescreve a colocação de cruzes em todas as salas de aula das escolas fundamentais de *Bayern*. O conceito de cruz abrange, segundo a interpretação dos tribunais do processo originário [de conhecimento], a cruz com e sem o corpo de Cristo. No exame da norma, devem ser incluídos, por isso, ambos os significados. Os Reclamantes requereram, no seu pedido de medida liminar, em verdade, somente a retirada de crucifixos.

O Tribunal Administrativo admitiu expressamente, contudo, que ali também poderiam ser consideradas as cruzes sem o corpo de Cristo, e julgou improcedente o pedido também nesse sentido mais amplo. Aliada à obrigação escolar geral, as cruzes nas salas de aula fazem com que os estudantes, durante as aulas, em razão da vontade do Estado, deparem-se [sempre] com esse símbolo, sem que tenham a possibilidade de evitar a confrontação com um símbolo

[de religião da qual não são adeptos], sendo obrigados, destarte, a estudar “sob a cruz”. Por isso, a colocação de cruzes nas salas de aula é diferente da confrontação frequente no dia a dia com símbolos das mais variadas orientações religiosas. De um lado, esse tipo de confrontação [ora mencionado] não é provocado pelo Estado, mas consequência da difusão de diferentes convicções e comunidades religiosas na sociedade. De outro lado, esse tipo de confrontação não encerra o mesmo grau de inevitabilidade. Ainda que o indivíduo não tenha controle sobre se encontrará símbolos ou manifestações nas ruas, no transporte público ou ao entrar em prédios, trata-se, não obstante, em regra, de encontros fugazes. No mais, mesmo em havendo uma confrontação mais longa, essa não se baseia em uma coerção imponível, em havendo necessidade, por meio de sanções.

Em razão da duração e da intensidade, o efeito das cruzes nas salas de aula é ainda maior que o seu efeito nas salas de tribunal. Já em relação à coerção de participar de uma lide sob a cruz, contrariando convicções religiosas ou ideológicas pessoais, o Tribunal Constitucional Federal vislumbrou uma intervenção na liberdade de crença de um litigante judeu, que enxergava ali uma identificação do Estado com a fé cristã (cf. BVerfGE 35, 366 [375]).

[...].

b) A cruz é símbolo de uma determinada convicção religiosa, e não apenas uma expressão da cultura ocidental co-marcada pelo cristianismo.

As muitas tradições cristãs por séculos acabaram mesmo entrando nos fundamentos culturais gerais da sociedade, dos quais também os opositores do cristianismo e os críticos de sua herança histórica não podem se desvincilar. Desses devem ser distinguidos, porém, os conteúdos específicos da religião cristã ou mesmo de uma determinada confissão cristã, incluindo sua realização litúrgica e representação simbólica. Uma confissão estatal desses conteúdos religiosos, à qual ficam expostos também terceiros por meio de contatos com o Estado, atinge a liberdade de crença. O Tribunal Constitucional Federal partiu dessa tese na decisão sobre a constitucionalidade das escolas mistas com características cristãs, no sentido tradicional vigente em *Baden*,⁴⁸ quando verificou que a afirmação permitida do cristianismo refere-se, em primeiro lugar, ao reconhecimento do marcante fator educacional e cultural, como ele foi constituído na história ocidental, mas não aos postulados de crença da religião cristã. Apenas com tal limitação, essa afirmação é legitimada pelo prosseguimento de fatos históricos (cf. BVerfGE 41, 29 [52]) também em relação aos não-cristãos.

A cruz representa hoje, assim como desde sempre, um símbolo religioso específico do cristianismo. Ela é exatamente seu símbolo por excelência. Ela é a representação plástica da redenção da humanidade do pecado original levada a termo no sacrifício e morte de Cristo, ao mesmo tempo em que representa também a vitória de Cristo sobre Satã e a morte, bem como seu reinado sobre a Terra, sofrimento e triunfo em um só ato (cf. o verbete “cruz” em: *Höfner / Rahner* (Org.), *Lexikon für Theologie und Kirche* – “Léxico de Teologia e Igreja, 2. ed., 1961, v. 6, p. 605 ss.; *Fahlbusch* e outros (Org.), *Evangelisches Kirchenlexikon* – “Léxico da Igreja Evangélica”, 3. ed., 1989, v. 2, p. 1462 ss.). Para os fiéis cristãos, a cruz é, por isso, de modos diversos, objeto de reverência e de devoção. A decoração de uma construção ou de uma sala com uma cruz é entendida até hoje como alta confissão do proprietário para com a fé cristã. Para os não-cristãos ou ateus, a cruz torna-se, justamente em razão de seu significado, que lhe deu o cristianismo e que teve durante a História, a expressão simbólica de determinadas

⁴⁸ Uma das duas regiões do Sudoeste da Alemanha que formaram o Estado-membro de *Baden-Württemberg*.

convicções religiosas e o símbolo de sua propagação missionária. Seria uma profanação da cruz contrária ao autoentendimento do cristianismo e das igrejas cristãs, se se quisesse nela enxergar, como nas decisões impugnadas, somente uma expressão da tradição ocidental ou um símbolo de culto sem específica referência religiosa. A base religiosa da cruz torna-se também clara a partir do contexto do § 13 I VSO.

c) O impacto da cruz sobre os alunos também não pode ser negado, tal como fizeram as decisões impugnadas.

Ainda que seja correto dizer que a colocação de uma cruz na sala de aula não implique uma coação à identificação ou a determinados testemunhos e de modos de comportamento, tampouco tenha como consequência que a aula das disciplinas laicas seja marcada pela cruz ou que seja orientada aos seus postulados religiosos simbólicos ou exigências comportamentais, as possibilidades de impacto da cruz, todavia, não se esgotam aí. A educação escolar não serve apenas ao aprendizado de técnicas racionais fundamentais ou ao desenvolvimento de capacidades cognoscitivas. Ela deve fazer também com que os potenciais emocionais e afetivos dos alunos sejam desenvolvidos. A atividade escolar tem, assim, como escopo promover, de maneira abrangente, o desenvolvimento de suas personalidades, principalmente influenciando também seu comportamento social. É nesse contexto que a cruz em sala de aula ganha seu significado. Ela tem caráter apelativo e identifica os conteúdos religiosos por ela simbolizados como exemplares e dignos de serem seguidos. Não bastasse, isso ocorre, além do mais, em face de pessoas que, em razão de sua juventude, ainda não puderam consolidar suas formas de ver o mundo, que ainda deverão aprender e desenvolver a capacidade crítica e a formação de pontos de vista próprios, e que, por isso, são muito facilmente sujeitas à influência mental (cf. BVerfGE 52, 223 [249]).

As decisões impugnadas também não negam totalmente o caráter apelativo da cruz. Mesmo não reconhecendo na cruz um significado cristão específico em relação aos estudantes não cristãos, em face dos estudantes cristãos, todavia, as decisões impugnadas veem na cruz uma expressão essencial de sua convicção religiosa. Semelhantemente, o governador de *Bayern* sustenta que a cruz teria, nas aulas ordinárias, apenas um valor simbólico não específico, ao passo que, junto à oração escolar e nas aulas de religião, ela se transformaria em um símbolo religioso específico.

3. O direito fundamental da liberdade de crença é garantido sem reserva. Isso não significa, porém, que quaisquer limites seriam sempre inadmissíveis. Estes só podem, no entanto, derivar da própria Constituição. Não cabe ao legislador a instituição de limites que já não estejam fundados na Constituição. Não obstante, não existem, no presente caso, fundamentos constitucionais que poderiam justificar a intervenção.

a) Do Art. 7 I GG não pode ser derivada tal justificação. No entanto, o Art. 7 I GG outorga ao Estado uma tarefa educacional (ver BVerfGE 34, 165 [181]). Ele deve não somente organizar o sistema educacional, instituindo ele mesmo escolas, mas também pode estabelecer os objetivos educacionais e os métodos de formação. Neste mister, ele é independente dos pais (cf. BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 s.]). Por isso, não somente a educação escolar e a familiar podem entrar em conflito. Ao contrário, é também inevitável que, na escola, as diferentes convicções religiosas e ideológicas dos estudantes e de seus pais choquem-se de maneira especialmente intensa.

Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (*praktische Konkordanz*), o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes deva ser favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, sejam reciprocamente poupadadas e compensadas (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]).

Tal equilíbrio [compensação recíproca] não requer do Estado que ele renuncie, junto ao cumprimento da tarefa educacional outorgada pelo Art. 7 I GG, completamente a conteúdos religioso-ideológicos. Mesmo um Estado que amplamente garanta a liberdade de crença e que se obrigue, assim, à neutralidade religiosa e ideológica não pode ignorar as opiniões e as convicções axiológicas historicamente enraizadas e culturalmente transmitidas, nas quais se baseia a coesão social e das quais depende também a realização de suas próprias tarefas. A crença cristã e as igrejas cristãs tiveram, nesse contexto, pouco importando como hoje se avalia seu legado, uma extraordinária força de gênese cultural. As tradições do pensamento, as experiências sensoriais e os padrões de comportamento daí surgidos não podem ser indiferentes ao Estado. Isso vale, sobretudo, em face da escola, na qual são transmitidas e renovadas principalmente as bases culturais da sociedade. Além disso, o [mesmo] Estado que obriga os pais a enviarem seus filhos à escola pode levar em consideração a liberdade de religião daqueles pais que desejem uma educação de cunho religioso. A *Grundgesetz* reconheceu-o ao autorizar, no Art. 7 V GG, a existência de escolas públicas de cunho religioso-ideológico e de aulas de religião como matéria ordinária (Art. 7 III GG) e, além disso, ao deixar espaço para o exercício ativo da convicção religiosa (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 s.]).

Contudo, não é possível junto à organização da escola pública de ensino obrigatório atentar inteiramente para todas as concepções educacionais existentes em uma sociedade pluralista. Principalmente, não se pode concretizar o aspecto negativo e o aspecto positivo da liberdade de religião em uma mesma e única instituição estatal sem problemas. Disso decorre que o indivíduo não se pode valer ilimitadamente do Art. 4 I GG no ambiente escolar.

Cabe ao legislador estadual uma solução para a inevitável relação conflituosa entre a liberdade religiosa negativa e a positiva, levando em conta o mandamento da tolerância religiosa. Ele terá de buscar, no processo de formação da vontade pública, um acordo cujo cumprimento possa ser [constitucionalmente] exigido de todos. Em sua regulamentação, ele pode orientar-se, de um lado, no fato de o Art. 7 GG permitir influências religioso-ideológicas no âmbito do sistema educacional. Por outro lado, [deve buscar orientação no] o Art. 4 GG [que] ordena que, junto à escolha de uma determinada orientação escolar, os constrangimentos religioso-ideológicos sejam excluídos tão completamente quanto possível. Ambos os dispositivos [constitucionais mencionados] devem ser vistos conjuntamente e harmonizados na interpretação, pois somente a concordância [prática] dos bens jurídicos protegidos nos dois artigos é correspondente à vontade da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 41, 29 [50 s.]).

O Tribunal Constitucional Federal chegou, a partir do exposto, à conclusão de que a introdução de referências cristãs na configuração da escola fundamental pública em si não é proibida ao legislador estadual, não importando se os responsáveis legais, que não podem junto à educação formal de seus filhos subtrair-se da escola, não desejem uma educação religiosa. Pressuposto é, entretanto, que somente o mínimo indispensável de elementos de coação sejam utilizados. Isso significa, principalmente, que a escola não pode entender sua

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

tarefa na esfera religioso-ideológica de maneira missionária, não pode desejar vinculação [da aula de religião] a conteúdos religiosos cristãos. A afirmação do cristianismo baseia-se, desse modo, no reconhecimento do marcante fator cultural e de formação e não em determinadas verdades religiosas. Faz parte do cristianismo, como fator cultural, justamente a ideia da tolerância em face do pensamento diferente. A identificação dessa afirmação do cristianismo com uma concepção do mundo de cunho cristão não implica, em todo caso, uma desvalorização discriminatória de convicções filosóficas não cristãs, tão logo não se trate de uma transmissão de crença [proselitismo], mas do esforço pela realização da personalidade autônoma no âmbito religioso-ideológico, segundo a determinação fundamental do Art. 4 GG (cf. BVerfGE 41, 29 [51 s.]; 41, 65 [85 s.]). O Tribunal Constitucional Federal declarou, por isso, que a regra a respeito das escolas comunitárias cristãs do Art. 135 II da Constituição de *Bayern* é compatível com a *Grundgesetz* somente com base em uma interpretação conforme a Constituição (cf. BVerfGE 41, 65 [66 e 79 ss.]), ressaltando, em face da escola mista com caráter cristão, no sentido tradicional vigente em *Baden*, não se tratar de uma escola biconfessional (cf. BVerfGE 41, 29 [62]).

A colocação de cruzes nas salas de aula ultrapassa os limites traçados, segundo o exposto, da orientação religioso-ideológica da escola. Como já verificado, a cruz não pode ser separada de sua específica referência ao conteúdo religioso do cristianismo. Não pode ser reduzida a um signo geral da tradição cultural ocidental. Ela simboliza o núcleo essencial da convicção religiosa cristã que, ainda que tenha moldado de modo variado o mundo ocidental, não é de forma alguma compartilhada por todos os membros da sociedade, mas, pelo contrário, rejeitada por muitos no exercício de seu direito fundamental previsto no Art. 4 I GG. Sua colocação em escolas públicas de ensino obrigatório é, destarte, incompatível com o Art. 4 I GG, desde que não se trate de escolas religiosas cristãs.

b) A colocação da cruz também não é justificada pela liberdade de crença positiva dos pais e alunos cristãos. A liberdade de crença positiva cabe a todos os pais e alunos da mesma maneira e não apenas aos cristãos. O conflito daí derivado não é resolvido segundo o princípio majoritário, pois justamente o direito fundamental da liberdade de crença visa à proteção, de maneira especial, das minorias. Além disso, do Art. 4 I GG não pode ser deduzida uma pretensão ilimitada dos titulares do direito fundamental ao exercício de sua [respectiva] convicção religiosa em instituições estatais. Quando a escola, em harmonia com a Constituição, deixar espaço para tanto, como ocorre no caso das aulas de religião, da oração escolar e de outros eventos religiosos, tais atividades têm de ser marcadas pelo princípio da voluntariedade, deixando àqueles que não partilhem da crença cristã possibilidades não discriminatórias de afastamento [ou não participação]. Esse não é o caso da colocação de cruzes em salas de aula, de cuja presença e apelo uma pessoa não cristã não pode esquivar-se. Finalmente, não seria compatível com o mandamento da concordância prática reprimir os sentimentos daqueles que pensam diferente [não cristãos] para que os alunos cristãos pudessem, além da aula de religião e devoção voluntária, estudar, também nas matérias laicas, sob o símbolo de sua religião.

D.

[...]

Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger e Haas

Opinião divergente dos Juízes Seidl e Söllner e da juíza Haas

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995 – 1 BvR 1087/91 –

A decisão tomada pela maioria do Senado, segundo a qual o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de *Bayern* que determina a colocação de uma cruz em cada sala de aula viola a *Grundgesetz*, não é por nós aquiescida [...].

I.-III. [...].

Seidl, Söllner e Haas

Opinião divergente da juíza Haas

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995 – 1 BvR 1087/91 –

Além disso, eu não compartilho nem da fundamentação da maioria do Senado sobre a admissibilidade da Reclamação Constitucional, nem dos argumentos sobre o fundamento da ordem [derivada do julgamento de procedência – efeito específico da decisão].

1.-2. [...].

Haas.

32. BVerfGE 105, 279 (Osho)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

A Reclamação Constitucional foi movida por associações religiosas, especificamente cinco associações de meditação do Movimento conhecido como **Osho**, contra decisões judiciais da jurisdição administrativa contenciosa. Em suas Reclamações, alegando violação de seus direitos fundamentais à liberdade de crença, voltavam-se contra manifestações do Governo Federal que, em resposta a questões formuladas pela Câmara Federal (Parlamento), rotularam-nas, entre outros adjetivos depreciativos, de seitas de jovens e pseudo-religião.

O movimento Osho deriva de uma seita de meditação criada pelo guru indiano *Rajneesh Chandra Mohan*, que emigrou para os EUA, alterando seu nome, primeiro para *Bhagwan Shree Rajneesh* e, depois, para somente Osho. Trata-se de uma denominação religiosa minoritária não classificável como pertinente aos principais gêneros religiosos e, por isso, denominada, com o termo “seita” que pode ser, a depender do contexto, carregado ou não de um juízo de valor negativo. Seita ou religião, o movimento Osho combina elementos da psicologia oriental e da psicologia ocidental que lograram atrair muitos jovens. Isso despertou a preocupação de pais por conta de um suposto risco de alienação que estariam correndo seus adeptos por intermédio de subterfúgios psicológicos. Os cidadãos viram-se instados a apresentar petições a órgãos estatais buscando informação prévia, a fim de ser avaliado o potencial grau de perigo que poderia decorrer do Movimento Osho, o que suscitou a criação de uma comissão que culminou com as manifestações críticas do Governo Federal, objetos das ações administrativas originais ajuizadas pelos Reclamantes.

Esgotadas as instâncias administrativas ordinárias, a Reclamação Constitucional foi admitida a julgamento e, em face do seu mérito, o TCF verificou, nas decisões judiciais administrativas impugnadas que não enxergaram nas manifestações governamentais nenhuma inconstitucionalidade, uma intervenção estatal indireta (fática) implícita no trabalho de informação do Governo Federal, uma intervenção estatal na área de proteção do art. 4 I GG. Tal intervenção foi considerada em parte justificada, isto é, apenas em relação a alguns dos rótulos empregados pelo Governo Federal a respeito do movimento Osho.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

(nomeadamente: “destrutivo” e “pseudo-religioso”), mas não em relação a todos, como no caso da expressão “seita psíquica”, cujo caráter de intervenção não foi sequer reconhecido pelo TCF.

A decisão foi recepcionada pela literatura especializada com críticas centradas na verificação pelo TCF de uma área de proteção do Art. 4 I GG muito restrita e também em face de certa hesitação da Corte na operação com o conceito de intervenção estatal.⁴⁹

EMENTAS

1. O direito fundamental à liberdade religiosa e ideológica do Art. 4 I e II GG não ordena proteção contra a possibilidade de o Estado e seus órgãos discutirem – também de maneira crítica – com os titulares desse direito fundamental, assim como com seus objetivos e atividades. Entretanto, essa discussão deve observar o mandamento de neutralidade religiosa e ideológica do Estado e tem de se dar de modo parcimonioso. Exposições difamantes, discriminatórias e caluniosas de uma comunidade religiosa ou ideológica permanecem vedadas ao Estado.

2. O Governo Federal estará autorizado, com fulcro em sua tarefa de administração estatal, ao trabalho de informação, sempre que lhe couber uma responsabilidade geral, que possa ser cumprida com a ajuda de informações.

3. Para a ação informacional do Governo Federal, necessário se faz, no quadro da administração estatal, além da atribuição da tarefa de administração estatal, também uma autorização legal especial, quando aquela levar a fáticas e indiretas afetações de direitos fundamentais.

Decisão [*Beschluss*]

Do Primeiro Senado de 26 de junho de 2002 – 1 BvR 670/91 –

No processo da Reclamação Constitucional 1. De [...] contra: a) o acórdão do Tribunal Federal Administrativo de 13 de março de 1991 – BVerwG 7 B 99.90 –, b) a Decisão do Superior Tribunal Administrativo do Estado de *Nordrhein-Westfalen* de 22 de maio de 1990 – 5 A 1223/86 –, e c) a Decisão do Tribunal Administrativo de *Köln* de 31 de janeiro de 1986 – 10 K 5029/84 –.

Dispositivo:

A Decisão do Superior Tribunal Administrativo do Estado de *Nordrhein-Westfalen* de 22 de maio de 1990 – 5 A 1223/86 – viola os direitos fundamentais do Reclamante derivados do Artigo 4 Parágrafo 1 e 2 da *Grundgesetz*. Ela fica suspensa, na extensão em que a ação do Reclamante tenha sido indeferida com base nos atributos “destrutivo”, “pseudo-religioso” e na acusação de manipulação de membros [da denominação religiosa].

Assim, torna-se prejudicado, nessa extensão, o acórdão do Tribunal Federal Administrativo de 13 de março de 1991 – BVerwG 7 B 99.90.

Na abrangência dessa suspensão, devolve-se a matéria ao Tribunal Federal Administrativo.

Em relação ao resto, indefere-se a Reclamação Constitucional.

O Estado de *Nordrhein-Westfalen* deve ressarcir aos Reclamantes a metade das custas pertinentes ao processo da Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional refere-se a expressões do Governo Federal sobre o movimento do Rajneesh Chandra Mohan e as comunidades a ele pertencentes.

I.

⁴⁹ Cf. por todos: Marauhn (2005, p. 85-88).

Desde os anos sessenta do século passado, apareceram, na República Federal da Alemanha, pequenos grupos antes desconhecidos que logo suscitaram o interesse da opinião pública, sendo caracterizados, principalmente, como “seitas”, “seitas de jovens”, “religiões de jovens”, “seitas psíquicas” ou semelhantes. Por causa de seus objetivos que, segundo seu próprio entendimento, [eram] marcante e proeminente religiosos e ideológicos, sua estrutura interna e suas práticas de relacionamento com os membros e seguidores tornaram-se rapidamente objeto de uma crítica discussão pública. Aos mencionados grupos foram, sobretudo, imputados fatos segundo os quais eles separariam seus membros do mundo externo, especialmente alienando-os da própria família, eles os manipulariam psicologicamente e os explorariam financeiramente. Isso os teria levado [os membros] à interrupção da educação formal, a violações de normas jurídicas sociais e trabalhistas, à dependência dos membros do respectivo grupo e a graves danos psíquicos, precipuamente entre os mais jovens. O fenômeno desses grupos e dos movimentos que estão por trás deles ocupou, desde os anos setenta, também os governos na União e nos Estados que, em resposta a petições enviadas aos [respectivos] parlamentos, manifestaram-se, reiteradamente, sobre a problemática de tais grupos, informando o público [a respeito] por meio de publicações, coletivas de imprensa e palestras.

[...].

B.

A Reclamação Constitucional é parcialmente procedente. Em sede de conclusão, não se pode impugnar que, no processo originário, tenham sido consideradas inofensivas caracterizações como “seita”, “religião de jovens”, “seita de jovens” e “seita psíquica”, das quais se serviu o Governo Federal na informação ao público sobre o Movimento Osho e as comunidades a ele pertencentes. Por sua vez, não pode ter validade a Decisão sobre o recurso de apelação do Superior Tribunal Administrativo na extensão em que nela se considerou constitucional o uso dos atributos “destrutivo” e “pseudo-religioso”, assim como a acusação da manipulação de membros dessas comunidades.

I.

A Decisão viola, nessa extensão, o Art. 4 I e II GG.

1. Os Reclamantes são titulares desse direito fundamental. Não o contradiz o fato de eles serem, em sua qualidade de associações de direito civil segundo o § 21 BGB, pessoas jurídicas. Segundo o art. 19 III GG, o direito fundamental da liberdade de religião e ideológica vale também para pessoas jurídicas nacionais, se seu propósito for a manutenção e o fomento de uma confissão religiosa e ideológica (cf. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [247]; 99, 100 [118]). Esse é o caso dos Reclamantes, segundo as verificações fáticas realizadas pelo Tribunal Administrativo [juízo de 1. instância] e pelo Superior Tribunal Administrativo. Com efeito, os Reclamantes têm, de acordo com seus regulamentos, respectivamente, o propósito de comunitariamente cultivar os ensinamentos de Osho-Rajneesh. Eles determinariam, como o expressou o Tribunal Federal Administrativo, os objetivos do homem, tocando-o na essência de sua personalidade, e explicariam o sentido do mundo e da vida humana de um modo abrangente. Não se pode impugnar jurídico-constitucionalmente que o Tribunal Federal Administrativo extraiu disso sua conclusão de que se trata, no caso dos objetivos e conteúdos do Movimento Osho, pelo menos, de uma visão de mundo [ideologia] no sentido do Art. 4 I GG.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Não contradiz esse reconhecimento o fato de os Reclamantes, assim como todo o Movimento Osho, também atuarem economicamente. No mais, tal como verificaram os tribunais dos fatos [que levantaram as provas dos autos], aos Reclamantes e a seus seguidores servem os objetivos ideais desse movimento não apenas como fachada para atividades econômicas. A atividade dos Reclamantes nem seria predominantemente direcionada ao ganho financeiro. Com base em tais verificações fáticas, os tribunais administrativos reconheceram aos Reclamantes, corretamente, a proteção do Art. 4 I e II GG.

2. O direito fundamental da liberdade religiosa e ideológica abrange – ao lado da liberdade do indivíduo à confissão privada e pública de sua religião ou ideologia – também a liberdade de se associar a outros a partir de crenças ou ideologias comuns (cf. BVerfGE 53, 366 [387]; 83, 341 [355]). A associação constituída graças à junção goza – ela própria – do direito à atuação religiosa ou ideológica para a expressão da crença, para a difusão da ideologia, assim como para a manutenção e fomento da respectiva confissão (cf. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [246 s.]; 53, 366 [387]). Também protegida é a liberdade de fazer propaganda da própria crença ou convicção e o direito de dissuadir outros de suas religiões e ideologias (cf. BVerfGE 12, 1 [4]; 24, 236 [245]).

Significado e alcance dessas garantias encontram especial ressonância por ser o Estado obrigado, segundo o Art. 4 I GG, mas também segundo o Art. 3 III 1, Art. 33 III e Art. 140 GG combinado com o Art. 136 I, IV e Art. 137 I WRV, a se comportar de maneira neutra em questões de confissão religiosa ou ideológica e, por sua vez, a não ameaçar a paz religiosa na sociedade (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 93, 1 [16 s.]; 102, 370 [383]). O Art. 4 I GG protege, assim, contra representações difamantes, discriminadoras ou caluniosas de uma comunidade religiosa ou ideológica. Contudo, nada impede que o Estado e seus órgãos ocupem-se, em geral, de tais questões. Também o Estado neutro não é impedido de julgar o comportamento de fato de um grupo religioso ou ideológico ou de seus membros segundo critérios profanos, mesmo que esse comportamento seja, em última instância, motivado religiosamente (cf. BVerfGE 102, 370 [394]).

Da mesma forma, não se proíbe, já desde o início, aos responsáveis estatais por informar o Parlamento, a opinião pública, ou a cidadãos e cidadãs interessados a respeito de grupos religiosos e ideológicos e de suas atividades. O Art. 4 I e II GG não protege contra o fato de órgãos estatais ocuparem-se pública – e também criticamente – de titulares do direito fundamental. Vedadas ao Estado são apenas a regulamentação de questões genuinamente religiosas ou ideológicas, a intromissão partidária nas convicções e ações e na representação de indivíduos ou comunidades religiosas e ideológicas (cf. BVerfGE 93, 1 [16]; 102, 370 [394]). Não podem nem ser privilegiadas certas confissões – como por meio de identificação com ele [Estado] – nem podem ser outras prejudicadas por causa de seus conteúdos confessionais –, por exemplo, mediante isolamento. Em um Estado em que convivam seguidores de convicções religiosas e ideológicas as mais variadas, a coexistência pacífica somente pode ocorrer se o próprio Estado defender a neutralidade em questões religiosas e ideológicas (cf. BVerfGE 93, 1 [16 s.], com mais referências). Por isso, no seu relacionamento com comunidades religiosas e ideológicas, ele tem de impor a si próprio uma especial parcimônia, cuja medida concreta define-se de acordo com as circunstâncias do [mesmo] caso concreto.

3. As manifestações do Governo Federal, que tiveram de ser avaliadas no processo originário em relação ao movimento Osho e a suas comunidades, não satisfizeram esses princípios plenamente.

a) aa) Apesar disso, deve-se concordar com as decisões impugnadas, que não encontraram nessas manifestações problemas jurídico-constitucionais, na extensão em que nelas se caracterizaram o movimento Osho e as comunidades a ele pertencentes como "seitas", "religiões de jovens", "seitas de jovens" e "seitas psíquicas". Essas expressões não tangenciam a área de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e ideológica. Elas não contêm representações difamantes ou caluniosas, mas se movimentam no quadro de uma atividade de informação racionalmente dirigida a respeito das comunidades em tela e mantêm, destarte, uma parcimônia à qual estão obrigados o Estado e seus órgãos em razão do mandamento de neutralidade religiosa e ideológica.

(1) Todavia, a denominação "seita" não deverá ser mais, no futuro, utilizada – conforme a recomendação de uma Comissão Parlamentar "Os Assim Chamados Grupos Psíquicos e Seitas", da Câmara Federal Alemã [Parlamento] – em comunicados de repartições estatais sobre grupos do tipo ora discutido. O uso, no seu contexto temporal, [ainda] não podia ser impugnado jurídico-constitucionalmente.

O Juízo Administrativo [primeira instância] considerou inofensivo o conceito "seita", entre outros motivos, porque ele abrangeia várias comunidades religiosas menores, independentemente de sua origem e, em todo caso, caracterizaria tais grupos tendo em vista o círculo das novas religiões e dos novos movimentos ideológicos. Contra esse julgamento não podem ser levantadas objeções jurídico-constitucionais (cf., em face da abertura do conceito de seita, além do relatório final da Comissão Parlamentar "Os Assim Chamados Grupos Psíquicos e Seitas", BTDrucks. 13/10950, p. 18, também König, Sekten, in: Staatslexikon, 7. ed., 4. v., 1988, coluna 1147 ss.). O mesmo vale para o entendimento do Superior Tribunal Administrativo. Para ele, o conceito de "seita" é usado, geral e tipicamente, no âmbito religioso. Não raramente, indicaria, por intermédio de diferenças especialmente pontuais na [respectiva] doutrina, um destacado papel de minoria que, no caso do Movimento Osho, teria sua expressão no fato de ele voltar-se, precipuamente, a adolescentes e jovens adultos.

Tendo em vista esse contexto e à luz do mandamento de neutralidade e parcimônia em questões religiosas e ideológicas, não é problemático o fato de esse conceito ter, em relação a novos grupos religiosos e ideológicos, em parte, uma conotação negativa. Esse entendimento deriva, necessariamente, da própria extensão e das diferenciações de conteúdo do conceito de seita. De resto, em sua discussão pública sobre grupos religiosos e ideológicos, ao Estado não se veda, por conta de sua obrigação de neutralidade religiosa e ideológica, o uso daqueles adjetivos atribuídos aos grupos que correspondam ao uso geral da língua e que, também nesse sentido, sejam compreendidos pelos destinatários das respectivas manifestações.

(2) É o que vale para o uso dos conceitos "religião de jovens" e "seita de jovens". O Superior Tribunal Administrativo classificou-os, também em relação ao Movimento Osho e às organizações a ele ligadas, como inofensivos. Isso porque os referidos conceitos voltar-se-iam, predominantemente, a jovens adultos, sendo que o último poderia ainda, em um sentido mais amplo, ser correspondido ao âmbito da "juventude" que, segundo o uso geral da língua e a práxis social, englobaria também seguidores de grupos etários claramente além dos 20 anos.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Esse entendimento corresponde, como mostra o texto do relatório intermediário da Comissão Parlamentar "Os Assim Chamados Grupos Psíquicos e Seitas" da Câmara Federal Alemã, ao estado da arte da discussão [à época] sobre os novos grupos religiosos e ideológicos e movimentos. Deu-se, segundo os reconhecimentos possíveis à época, nos anos em que ocorreram as manifestações em pauta. Segundo o estudo, os grupos em tela foram percebidos, quase exclusivamente, como um novo problema social que atingia, predominantemente, adolescentes ou jovens adultos (cf. BTDrucks. 13/8170, p. 52). No âmbito de tal debate, o Estado não viola o mandamento de neutralidade e parcimônia a ele imposto em assuntos religiosos e ideológicos se, por intermédio de seus órgãos, valer-se de adjetivos e conceitos que, de maneira plástica e compreensível aos destinatários de suas manifestações, descrevam a situação [então] atual, desde que essas manifestações não sejam em si difamantes ou, de alguma forma, discriminadoras. Esse pressuposto está presente no caso dos conceitos "religião de jovens" e "seitas de jovens" sob as condições descritas, principalmente porque seu uso vem associado, não raramente, a complementos e formas de expressão [considerados pelo interlocutor como] relativizadores e limitadores ("assim chamado", uso dos conceitos entre aspas).

(3) Por fim, também o uso do adjetivo "seita psíquica" ainda mantém a neutralidade imposta ao Estado em questões religiosas e ideológicas. O Superior Tribunal Administrativo explicou esse conceito em relação ao Movimento Osho com o fato de – segundo o não problemático entendimento do Tribunal Federal Administrativo – serem oferecidos, em larga escala, cursos de meditação terapêutica e de ele caracterizar sua própria doutrina como uma síntese da sabedoria oriental com a psicologia ocidental.

Também esse dado é corroborado com os dados levantados pela Comissão Parlamentar, "Os Assim Chamados Grupos Psíquicos e Seitas", da Câmara Federal Alemã, em relação à época na qual se deram as manifestações; expressões contra as quais os Reclamantes voltaram-se. Desse modo, pertenceriam ao assim chamado mercado psíquico, com suas diversas ofertas psicológicas e pseudopsicológicas para a ajuda na vida, orientação da vida e desenvolvimento da personalidade fora da psicologia profissional e do sistema público de saúde (cf. BTDrucks. 13/10950, p. 19) também as correntes orientadas à meditação como [é o caso do] o Movimento Bhagwan/Osho (cf. *Ibid.*, p. 48, 86 s.). Diante de tal contexto, não significou discriminação dos grupos em tela e de seus membros, mas, pelo contrário, manteve-se a neutralidade jurídico-constitucional, quando esses grupos foram classificados como "seitas psíquicas" na discussão pública a seu respeito por parte do Estado. Principalmente também porque isso frequentemente acontecia de um modo que ao conceito acoplava-se o complemento restritivo "assim chamado".

bb) Em sentido contrário, não são mais neutros, no ordenado sentido jurídico-constitucional, os atributos "destrutivo" e "pseudoreligioso", com os quais foram taxadas as comunidades pertencentes ao Movimento Osho, e a acusação segundo a qual os membros seriam manipulados – em larga escala mediante sua exclusão [dos olhares] da opinião pública.

(1) Como considerou, de modo claro, o próprio Juízo Administrativo [primeira instância] em sua decisão – que nessa parte não é impugnável – é notório o caráter difamante dos atributos "destrutivo" e "pseudoreligioso". No mais, o tribunal verificou que a qualificação como destrutivo do Movimento Osho e dos grupos a ele pertencentes não seria relativa a algumas [eventuais] consequências particulares decorrentes de ser membro de tais comunidades, as

quais pudesse ser classificadas como [pontualmente] perigosas. Mas, ao contrário, que o movimento em tela seria, genericamente, injuriado por meio dessa adjetivação. Também o uso da expressão "pseudoreligioso" difamaria os conteúdos do Movimento Osho e não apresentaria um conteúdo semântico que fosse além daquele. Igualmente, o Superior Tribunal Administrativo enxergou nos citados atributos um julgamento de demérito do Movimento Osho. Que o tribunal o tenha considerado justificado, isso não altera em nada o reconhecimento de que a obrigatoriedade neutralidade e a parcimônia na discussão com comunidades religiosas e ideológicas não tenha sido assegurada.

(2) O mesmo vale para a acusação do Governo Federal verificada no processo originário, segundo a qual membros do Movimento Osho e de suas comunidades seriam manipulados em larga escala mediante sua exclusão da vida pública. Segundo a interpretação perpetrada pelo Tribunal Administrativo, as expressões em pauta – por ele caracterizadas como negativas – não são relativas a certas e determinadas atividades do Movimento, por exemplo, em âmbito do direito trabalhista e sindical, mas às associações a ele pertinentes como um todo. Deveria ser passada [assim a avaliação sobre o discurso do Governo Federal] a mensagem de que o Movimento Osho como um todo teria influência sobre seus membros a partir de métodos reprováveis eticamente. O Superior Tribunal Administrativo anuiu, na sua avaliação da expressão, à caracterização dela como generalizante e também não ignorou um significado fortemente depreciativo do vocábulo "manipulação" (cf. KirchE 28, p. 106 [125]). Por motivos constitucionais, essa avaliação não se apresenta como equivocada.

Com os conceitos "manipulação" e "manipular" liga-se, não apenas em consonância com o uso ordinário da língua, a ideia de uma tomada de influência de pessoas por outras. Ao contrário, por meio do uso dessas palavras expressa-se, também, o pensamento do direcionamento e comando de pessoas sem o seu consentimento ou contra sua vontade, seu uso como objeto e a consecução de vantagens com métodos de charlatanismo ou [apenas] aparentemente legais. (cf. os verbetes "manipulação" e "manipular" em: Brockhaus-Enzyklopädie, 19. ed., v. 27, 1995, p. 2191; [...]). Com isso, a fronteira de uma avaliação neutra e parcimoniosa de processos religiosos e ideológicos será em todo caso ultrapassada, quando isso – como aqui – não se basear em fatos concretos.

b) O uso dos atributos "destrutivo" e "pseudoreligioso" e a apresentação da imputação de manipulação de membros afetam o direito dos Reclamantes garantido pelo Art. 4 I e II GG a um tratamento neutro e parcimonioso sob a perspectiva religiosa e ideológica. Contudo, as características de uma intervenção em direito fundamental no sentido tradicional não estão presentes. Por ele [tal sentido tradicional do conceito], entende-se como intervenção em direito fundamental, em geral, um procedimento formal-jurídico que conduza, imediata e objetivamente (fim), por meio de um mandamento ou proibição disponibilizada ao Estado e, se necessário, coercitivamente imponível – ou seja: imperativamente – a uma redução de liberdades jusfundamentais. Nenhuma dessas características pode ser encontrada no caso das expressões ora avaliadas.

A caracterização do Movimento Osho e das comunidades a ele pertinentes como "destrutivos" e "pseudoreligiosos" e a afirmação segundo a qual essas comunidades manipulariam seus membros – em larga escala mediante exclusão da vida pública – não se deram pela forma jurídica. Ao contrário, eram conteúdos de discursos e contribuições ao debate nas respostas parlamentares e fora do Parlamento. Elas também não eram endereçadas imediatamente às

organizações do Movimento Osho e a seus membros. Mas, o Parlamento e a opinião pública pretendiam adquirir conhecimento sobre os grupos desse movimento, seus objetivos e atividades. No mais, não era o propósito das expressões infligir àquelas comunidades e aos seus membros desvantagens. Pelo contrário, era apenas demonstrar ao Parlamento, à opinião pública e, sobretudo, aos cidadãos e às cidadãs preocupados, os riscos que, segundo o entendimento do Governo Federal, poderiam estar ligados à entrada, como novo membro, em um grupo pertencente ao Movimento Osho. Todavia, efeitos colaterais desvantajosos para a comunidade específica foram desconsiderados. Quando tais efeitos colaterais ocorriam, não tinham a ver com um mandamento ou uma proibição estatal, imponíveis, se necessário, coercitivamente. Mas, referiam-se ao fato de os indivíduos reagirem às informações que lhes chegavam, permanecendo longe do grupo em tela; dele saírem; influenciarem seus parentes e outras pessoas a fazerem o mesmo; ou desistirem de apoiar (ou continuar apoiando) financeiramente aquela comunidade.

Não obstante, isso não impede de medir as expressões do tipo ora analisadas com base no Art. 4 I e II GG. A *Grundgesetz* não vinculou a proteção contra afetações a direitos fundamentais ao conceito de intervenção ou fixou previamente seu conteúdo. As expressões mencionadas tinham um efeito fático imediato em face dos Reclamantes. Não obstante, como afetações do direito fundamental decorrentes do Art. 4 I e II GG, também elas não podem ser impugnadas constitucionalmente, quando puderem ser suficientemente justificadas jurídico-constitucionalmente.

c) Esse não é o caso. Com suas manifestações, o Governo Federal até agiu no quadro de sua competência de informar (**aa**). Contudo, pelos conteúdos delas, os Reclamantes foram afetados de maneira desproporcional em seus direitos fundamentais decorrentes do Art. 4 I e II GG (**bb**).

aa) O Governo Federal podia informar o Parlamento e a opinião pública sobre o Movimento Osho, os grupos a ele pertencentes, assim como sobre seus objetivos e atividades. No caso, ele podia basear-se em sua tarefa constitucional imediata sem que tivesse sido necessária uma autorização legal complementar.

(1) (a) A autorização para o compartilhamento de tais informações decorre da tarefa confiada ao Governo Federal de, no quadro de seu trabalho de relações públicas, ocupar-se também de questões atuais polêmicas e intensamente interessantes à opinião pública e, assim, agir de modo condutor em nome do Estado.

Essa tarefa, junto à qual se trata da liderança política, da direção responsável do todo na política interna e externa, e que o Governo Federal divide com outros órgãos constitucionais convocados para sua realização (sobre a administração estatal como tarefa do Governo Federal, cf. já BVerfGE 11, 77 [85]; 26, 338 [395 s.]), não se cumpre apenas com os meios da legislação (sobre a direção estatal mediante lei, cf. BVerfGE 70, 324 [355]) e da atuação direcionadora na execução da lei. Ao contrário, a administração estatal pelo Governo Federal é também realizada pela via da diurna ação informacional, especialmente no intercâmbio com o Parlamento, mas também com toda a opinião pública interessada, assim como com os cidadãos e cidadãs respectivamente atingidos.

A participação estatal na comunicação pública transmutou-se significativamente no decorrer do tempo e continua modificando-se sob as condições atuais.

[...].

(b) A informação da opinião pública [...] será também coberta pela tarefa da administração estatal confiada pela *Grundgesetz* ao Governo Federal, quando à atuação comunicativa conectarem-se afetações fáticas e diretas de direitos fundamentais, [...] como foi o caso aqui. [...].

(aa) Sob a vigência da *Grundgesetz*, não se limita a proteção jusfundamental apenas a intervenções no sentido tradicional, mas se estende também a afetações diretas e fáticas. Com isso, o ordenamento jurídico reagiu a situações de ameaça [a direitos fundamentais] diferentes [e novas]. Ao mesmo tempo, foi ampliada a reserva legal, não apenas no interesse da proteção de direitos subjetivos, como também para o fortalecimento da responsabilidade parlamentar e da legitimização democrática da atuação estatal a ela ligada.

[...].

(bb) Isso ocorre, em todo caso, com a atuação informacional do Governo Federal que, com lastro em reações dos cidadãos, conduza a afetações fáticas e diretas de direitos fundamentais.

[...].

(c) No entanto, o fato de a reserva de lei não exigir, para além da atribuição de tarefa, uma especial autorização legal ao Governo Federal para a atividade informacional não significa que essa atividade não fosse submetida a limites jurídico-constitucionais.

[...].

(2) De acordo com esses parâmetros, as expressões do Governo Federal não são impugnáveis sob aspectos [formais] de [titularidade e observância de] competência.

(a) As expressões eram parte do trabalho informacional de Administração estatal do Governo Federal. [...].

(b) Para legitimar suas expressões, o Governo Federal podia também basear-se na competência unificada da União sobre uma atuação informacional de Governo. [...].

bb) As caracterizações do Movimento Osho e de seus grupos individuais como "destrutivos" e "pseudoreligiosos" e as acusações contra eles levantadas, segundo as quais seus membros seriam manipulados, em larga escala mediante exclusão da vida pública, não podem passar, na qualidade de expressões que ferem o mandamento de neutralidade, no crivo jurídico-constitucional. Elas não são justificadas de acordo com os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

Quando se trata, como aqui, de uma avaliação de acontecimentos que sejam relativos a grupos religiosos e ideológicos, seus objetivos e seus modos de comportamento, as expressões que afetem a área de proteção do Art. 4 I e II GG precisam ser adequadas, especialmente em face do motivo que as ensejaram. Nesse contexto, é significativo [averiguar] quais as consequências onerosas aos titulares de direitos fundamentais, atingidos fática e indiretamente, podem tornar-se objeto de ponderação. A caracterização do Movimento Osho e seus grupos como "destrutivos" e "pseudoreligiosos" e a acusação segundo a qual eles manipulariam seus membros – em larga escala mediante sua exclusão da vida pública – foram inadequadas [no sentido de desproporcionais em sentido estrito].

O Governo Federal até podia, [segundo as verificações dos fatos], principalmente as do Superior Tribunal Administrativo, partir da avaliação de que especialmente os adolescentes e jovens adultos, ao permanecerem sob influência do Movimento Osho e de suas respectivas organizações, poderiam trazer para si, mas também para suas famílias e para a sociedade como um todo, consequências que, à época, preocupavam grande parte da população. Diante

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

desse quadro, foi legítimo contribuir com uma atuação informacional de esclarecimento dos cidadãos.

Todavia, não foi justificado marcar o Movimento Osho e os grupos a ele pertencentes com os atributos "destrutivo" e "pseudoreligioso" e acusá-los de manipular seus membros. Esses atributos e essa acusação são uma difamação dos Reclamantes. Também é compreensível que eles tenham afirmado que teriam de temer, por causa dessas expressões, desvantagens vultosas; algo como perda de atuais e não consecução de novos membros ou a falta de prestações de apoio financeiro. Motivos suficientemente importantes e baseados em fatos concretos, os quais, não obstante, pudessem justificar as expressões do Governo Federal em face do mandamento de parcimônia, não foram nem apresentados, nem são de alguma forma perceptíveis. Especialmente, eles não podem ser depreendidos da situação na qual foram feitas as avaliações pelo Governo Federal. Por isso, tanto no discurso do Ministro Federal para a Juventude, Família e Saúde quanto também nas respostas dadas pelo Governo Federal aos pedidos que lhe foram formulados diante da Câmara Federal, deveriam ter sido evitadas expressões e classificações como as aqui discutidas. Tendo em vista o significado do direito fundamental da liberdade ideológica e da obrigação de neutralidade do Estado, foi exagerado e inadequado [no sentido de desproporcional em sentido estrito] decidir-se pelas expressões em tela sobre o Movimento Osho e organizações que sejam fiéis – como os Reclamantes – a esse movimento.

4. Destarte, das decisões judiciais impugnadas é incompatível com Art. 4 I e II GG a Decisão no processo de apelação do Superior Tribunal Administrativo, na extensão em que indeferiu, na ação originária, o pedido do Reclamante de condenação da demandada República Federal da Alemanha à proibição de imputar ao Movimento Osho e aos grupos a ele pertencentes os atributos "destrutivo" e "pseudoreligioso" em publicações oficiais de todo tipo e, no mais, de afirmar, publicamente, que os membros de tais grupos seriam, em larga escala, manipulados mediante sua exclusão da vida pública.

Por sua vez, não se pode questionar, jurídico-constitucionalmente, a Decisão judicial-administrativa [do juízo de primeira instância]. Uma vez que os Reclamantes não interpuseram recursos de apelação contra o indeferimento da ação, na extensão em que ela se relacionava ao uso futuro dos adjetivos "culto destrutivo" e "culto psíquico" pelo Governo Federal, a referida Decisão submete-se ao julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal apenas na extensão em que ela, além disso, considerou não fundamentado o pedido dos Reclamantes de proibir ao Governo Federal o uso do conceito de "seita". Contudo, por meio do uso desse conceito, não se atinge, como demonstrado, a área de proteção do Art. 4 I e II GG. Por conta disso, não se podem levantar objeções contra o indeferimento da ação em face desse direito fundamental.

Por fim, o acordão impugnado do Tribunal Federal Administrativo não se baseia em considerações que tivessem de ser criticadas jurídico-constitucionalmente. O Tribunal Federal Administrativo avocou para si uma avaliação das caracterizações e conceitos que, no processo originário, ainda restavam polêmicas na instância recursal de apelação. Pelas passagens em que os parâmetros por ele encontrados para o julgamento das expressões do Governo Federal no âmbito da atuação informacional divergem dos princípios aqui apresentados, não resta perceptível que a observância de tais princípios conduziria a outra decisão do Tribunal Federal Administrativo. Portanto, não existe motivo para, ao lado da Decisão em sede de recurso de

apelação do Superior Tribunal Administrativo, atacar-se, jurídico-constitucionalmente, também o acórdão do Tribunal Federal Administrativo sobre a inadmissibilidade [não conhecimento] da [do recurso de] revisão.

II.

Outros direitos constitucionais dos Reclamantes não foram violados. [...].
[...].

III.

A Decisão do Superior Tribunal Administrativo deve ser, segundo o § 95 II BVerfGG, suspensa por causa dessa violação com remessa da matéria ao tribunal recursal de apelação [...]. O acórdão do Tribunal Federal Administrativo sobre a inadmissibilidade [não conhecimento] da [do recurso de] revisão resta, nessa extensão, prejudicado.

Papier, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem e Bryde

33.BVerfGE 125, 39 (*Adventssonntage Berlin*)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

Trata-se do julgamento conjunto de duas Reclamações Constitucionais movidas pela Igreja Evangélica de Berlin, Brandenburg e Schlesisch (a “Igreja Evangélica” representa a reunião das denominações religiosas cristãs protestantes) e pela Arquidiocese de Berlin *diretamente* contra ato normativo estadual.

Eram duas pessoas jurídicas de direito público. Ocorre que, na Alemanha, desde 1919, com a entrada em vigor da Constituição da República de Weimar (de 1919 a 1933 quando foi *de fato* revogada pela instauração do regime totalitário nacional-socialista mediante a chamada Lei de Procuração de 31.01.1933), as duas principais correntes do cristianismo são constituídas juridicamente de tal forma. Trata-se de uma peculiaridade do direito alemão. No que tange à titularidade de direitos fundamentais e legitimidade para propor a Reclamação Constitucional, trata-se também de uma das três exceções à regra de que somente pessoas físicas e – conforme a essência do direito fundamental (Art. 19 III GG) evocado – também a pessoa jurídica de direito privado podem ser titulares de direitos fundamentais. As demais exceções são a titularidade da liberdade científica por parte de universidades constituídas na forma de pessoa jurídica de direito público e a titularidade da liberdade de radiodifusão por órgãos de radiodifusão pública.⁵⁰

As Reclamações Constitucionais foram movidas *diretamente* contra dispositivos de lei estadual editada pelo Estado-membro da Cidade-Estado de Berlin que continha uma disciplina bastante liberal do ponto de vista do direito trabalhista. Com efeito, a lei impugnada autorizava o funcionamento mais longo de estabelecimentos comerciais e, com isso, uma jornada de trabalho de seus empregados nos chamados **domingos do advento** (*Adventssonntage*). Com fulcro nas duas grandes religiões cristãs, assim são chamados todos os quatro domingos que antecedem as festividades do natal que ocorrem entre o dia 24 e o dia 26 de dezembro, inclusive.

⁵⁰ Cf. Michael e Morlok (2016, p. 235-237) que procedentemente partem de uma específica e setorial situação de ameaça as liberdades mencionadas, tendo em vista as características *sui generis* de cada uma dessas liberdades.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Por *Urteil*, ou seja, por uma decisão de fundamentação normalmente mais complexa, a qual sucede a realização de uma audiência pública,⁵¹ o TCF julgou o dispositivo atacado da lei berlimense incompatível com o Art. 4 I e II GG, especialmente por ter o dispositivo impugnado inobservado um mandado jurídico-objetivo de proteção dos domingos e feriados decorrente do Art. 140 GG aplicado conjuntamente com o expressamente recepcionado pela *Grundgesetz* Art. 139 da Constituição da República de Weimar (WRV).

EMENTAS

1. O dever do legislador ordinário de proteção decorrente dos direitos fundamentais – aqui do Art. 4 I e II GG – é concretizado por meio do mandado jurídico-objetivo de proteção dos domingos e feriados [decorrente] do Art. 139 WRV em comento com o Art. 140 GG.
2. A regulamentação do domingo de advento no § 3 I da Lei Berlinense do Horário de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais é incompatível com a garantia da guarda dos domingos e feriados.

Decisão [*Urteil*]

Do Primeiro Senado de 1. de dezembro de 2009 com base na audiência pública de 23 de junho de 2009
– 1 BvR 2857, 2858/07 –

No processo das Reclamações Constitucionais: 1. [...], 2. [...] contra o § 3 I, 2. Alternativa; § 4 I, n. 4; II, n. 1 e § 6 I, 2 da Lei Berlinense do Horário de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais (BerLadÖffG), de 14 de novembro de 2006 (GVBl., p. 1045), na redação dada pela Primeira Lei de Derrogação da Lei Berlinense do Horário Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais, de 16 de novembro de 2007 (GVBl., p. 580) – 1 BvR 2858/07 –.

Dispositivo:

A regulamentação do domingo de advento no § 3, Parágrafo 1, 2. Alternativa da Lei Berlinense de Horário de Funcionamento de Lojas (BerLadÖffG), de 14 de novembro de 2006 [...] é incompatível com o Artigo 4, Parágrafo 1 e Parágrafo 2 em conexão com o Artigo 140 da *Grundgesetz* e com o Artigo 139 da Constituição Imperial de Weimar.

O dispositivo retro citado permanece aplicável até 31 de dezembro de 2009.

No mais, as Reclamações Constitucionais são improcedentes.

O Estado de Berlin deve ressarcir aos Reclamantes pela metade as necessárias custas processuais.

RAZÕES

A.

Os Reclamantes são Comunidades Religiosas constituídas por direito público no sentido do Art. 140 GG em conexão com o Art. 137 V da Constituição Imperial der Weimar (WRV). Eles se voltam, com suas Reclamações Constitucionais, diretamente contra a regulamentação das possibilidades de abertura de estabelecimentos comerciais nos domingos e feriados no Estado de Berlin.

I. 1.a)-b), 2.a)-c), II. 1.a)-b), 2. a)-b(aa)-ii), III. 1.a)-b), 2.-17., IV. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais são, em relação ao seu mérito, parcialmente procedentes.

I.

As Reclamações Constitucionais são admitidas. As Comunidades Religiosas constituídas por direito público, autoras das Reclamações Constitucionais, são legitimadas e autorizadas à propositura da Reclamação Constitucional (1.). O mandamento do esgotamento da via jurisdicional também não se contrapõe à sua admissibilidade (2.).

1. [...].

a) Uma possível lesão a direito fundamental próprio seria, de plano, excluída, se [...].
[...].

⁵¹ Cf. Martins (2018, p. 65).

b) No mais, os Reclamantes também demonstraram, suficientemente, serem eles próprios atingidos, embora não fossem eles os destinatários diretos das regulamentações estaduais sobre o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais. De sua explanação, deduz-se a possibilidade de uma significativa desvantagem jurídica para eles. [...].

c) Os Reclamantes são atingidos também atualmente pelas normas em comento, porque a Lei Berlinense de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais já está em vigor. [...].

2. O mandamento do esgotamento da via jurisdicional (§ 90 I 1 BVerfGG) e o princípio da subsidiariedade não se contrapõem à admissibilidade da Reclamação Constitucional.

a)-c) [...].

II.

As Reclamações Constitucionais são parcialmente procedentes. O conceito de proteção que está na base das regras para o funcionamento de estabelecimentos comerciais nos domingos e feriados no Estado de Berlin não observa suficientemente a obrigação de proteção pelo legislador estadual decorrente do Art. 4 I e II GG em sua concretização pelo Art. 139 WRV (c.c. Art. 140 GG).

O direito fundamental decorrente do Art. 4 I e II GG é concretizado, em seu caráter de dever de proteção do legislador (**1.**), por meio do mandado de proteção jurídico-objetivo para a guarda de domingos e feriados do Art. 139 WRV (c.c. Art. 140 GG) que, ao lado de seu significado social-profano, deita suas raízes em uma tradição religiosa cristã (**2.**). Assim, deve ser garantido pelo legislador um nível mínimo de proteção dos domingos e dos legalmente reconhecidos – aqui religiosos – feriados (**3.**). Tal nível mínimo não é de todo atingido pelo conceito berlinense de proteção de feriados e domingos. A possibilidade lá prevista de funcionamento de estabelecimentos comerciais em todos os quatro domingos de advento não pode ser mais compatibilizada com requisitos mínimos endereçados a uma proteção outorgada também por direito fundamental. A regulamentação do horário de funcionamento com base em uma medida administrativa geral nos quatro próximos domingos e feriados observa, apenas no caso de uma interpretação restritiva, as exigências de uma proteção mínima a serem garantidas pelo legislador (**4.**). De resto, os dispositivos atacados passam no exame jurídico-constitucional, no quadro de um conceito de proteção perseguido pelo legislador estadual (**5.**).

1. O direito fundamental decorrente do Art. 4 I e II GG é atingido aqui em sua acepção de dever de proteção do Estado.

A Lei Berlinense de Horário Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais não intervém intencionalmente na liberdade religiosa dos Reclamantes nem está presente, nos vários dispositivos e opções de funcionamento de estabelecimentos comerciais nos domingos e feriados, o “equivalente funcional” a uma intervenção. Ela destina-se, com as aqui impugnadas normas, aos proprietários de estabelecimentos comerciais, abrindo-lhes possibilidades de funcionamento em domingos e feriados.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não se esgota a proteção de direito fundamental no seu clássico conteúdo como direito subjetivo de resistência em face de intervenções estatais. Ao contrário, dos direitos fundamentais deve ser também derivado um dever de proteção do Estado em prol do bem jurídico protegido, cujo não cumprimento pode ser questionado pelo atingido com a Reclamação Constitucional (cf. BVerfGE 92, 26 [46]; similar: BVerfGE 56, 54 [80 s.]; 77, 170 [215]; 79, 174 [202]). Também a liberdade religiosa não se limita à função de um direito de resistência, mas ordena também, em um sentido positivo,

assegurar espaço para uma engajada atuação da convicção de crença e para a realização da personalidade autônoma no âmbito religioso-ideológico. (cf. BVerfGE 41, 29 [49]). Esse dever de proteção o Estado carrega também em face das comunidades religiosas constituídas por entidades de direito público.

O Estado tem de cumprir esse dever de proteção por meio de medidas suficientes. De um dever de proteção não deriva, por sua vez, pressupostos determinados da [devida] atuação. Pelo contrário, os órgãos estatais competentes, especialmente o legislador, têm de decidir, sob própria responsabilidade, como eles cumprirão seus deveres de proteção. Cai, fundamentalmente, na esfera do legislador criar um conceito de proteção e o executar normativamente. No caso, cabe a ele uma margem discricionária de mensuração, julgamento e configuração. O Tribunal Constitucional Federal somente pode verificar uma violação de tal dever de proteção quando medidas de proteção ou simplesmente não foram tentadas, ou quando as regulamentações e medidas forem notoriamente inadequadas ou totalmente inúteis ao alcance do objetivo de proteção ordenado, ou quando elas ficarem muito aquém do objetivo de proteção (cf. BVerfGE 92, 26 [46]; similarmente: BVerfGE 56, 54 [80 s.]; 77, 170 [215]; 79, 174 [202]).

2. Do Art. 4 I e II GG, apenas, não se pode derivar um dever estatal de colocar os domingos e feriados religiosos cristãos sob proteção de uma pausa geral no trabalho a ser mais detalhadamente configurada e de fixar os dias especiais segundo o entendimento doutrinário de determinadas comunidades religiosas. Todavia, o direito fundamental do Art. 4 I e II GG passa por uma concretização por meio da garantia dos domingos e feriados segundo o Art. 140 GG em comento com o Art. 139 WRV: a garantia dos domingos e feriados influencia, por sua vez, como decisão axiológica tomada pela [própria] Constituição na interpretação e determinação do conteúdo de proteção do Art. 4 I e II GG e, por isso, deve ser observada na concretização do dever de tutela jusfundamental do legislador. O Art. 139 WRV contém um mandado de proteção ao legislador (cf. BVerfGE 87, 363 [393]) que, no sentido da garantia de um nível mínimo de proteção, dá, nesse caso, conteúdo à proteção de direito fundamental derivada do Art. 4 I e II GG.

a) O Art. 4 GG garante, em seu parágrafo 1, a liberdade da crença, da consciência e da confissão religiosa e ideológica; no parágrafo 2, garante o direito a um exercício da religião livre de estorvos. Ambos os parágrafos do Art. 4 GG contêm um direito fundamental unificado, que deve ser entendido em sentido amplo. (cf. BVerfGE 24, 236 [245 s.]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]; 108, 282 [297]), [um sentido amplo] que abranja também a liberdade de religião das corporações (cf. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [245]; 83, 341 [354 s.]).

Na definição mais detalhada do conteúdo protegido do direito fundamental do Art. 4 I e II GG, deve-se ligá-lo à garantia de proteção do Art. 139 WRV em prol da proteção dos domingos e feriados. As normas da Constituição Imperial de Weimar, recepcionadas pelo Art. 140 GG e, portanto, também o Art. 139 WRV, têm a mesma qualidade normativa dos demais dispositivos da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 111, 10 [50], com mais referências). No caso da garantia dos domingos e feriados, até não se trata de um direito fundamental ou de um direito igual a direito fundamental (cf. BVerfGE 19, 129 [135]; 19, 206 [218]).⁵² Mas, as garantias dos assim

⁵² Um “direito igual a direito fundamental” é a forma usual de a literatura germânica especializada referir-se a direitos subjetivos que foram garantidos pela *Grundgesetz*, mas fora do seu primeiro título que traz o rol de direitos fundamentais sob a epígrafe homônima.

chamados artigos religiosos [da Constituição] de Weimar direcionam-se à avocação e à realização do direito fundamental da liberdade de religião (cf. BVerfGE 42, 312 [322]; 102, 370 [387]). Os artigos religiosos incorporados da Constituição Imperial de Weimar, os quais configuraram com a *Grundgesetz* um todo orgânico (cf. BVerfGE 66, 1 [22]; 70, 138 [167]), regram a relação fundamental entre Estado e Igreja (cf. BVerfGE 42, 312 [322]). Reconhece-se que pelo menos os aspectos parciais sejam compreendidos também pelo Art. 4 GG (cf. BVerfGE 42, 312 [322]). No contexto da *Grundgesetz*, os artigos religiosos representam também um meio para o desenvolvimento da liberdade religiosa (cf. BVerfGE 102, 370 [387] em rel. ao Art. 137 V 2 WRV; veja também: BVerfGE 99, 100 [119 ss.] em rel. ao Art. 138 II WRV).

b) O direcionamento funcional dos assim chamados artigos religiosos de Weimar à avocação do direito fundamental do Art. 4 I e II GG vale também para a garantia dos dias de pausa no trabalho e de exame espiritual no Art. 139 WRV, embora nessa mesma norma não seja expressamente mencionada a base religiosa cristã. Segundo sua gênese, seu alicerce sistemático nos artigos religiosos e seus propósitos normatizantes, o Art. 139 WRV tem, ao lado de um significado social profano, também um significado religioso cristão. Com sua proteção, ele assegura uma base essencial para as possibilidades recreativas do homem e, ao mesmo tempo, para sua convivência social e, assim, também afiança a percepção de direitos fundamentais que sirvam ao desenvolvimento da personalidade. Ele revela-se, desse modo, como um elemento básico ancorado constitucionalmente de convivência social e de ordenamento estatal, devendo ser entendido como uma garantia conexa a vários direitos fundamentais. A garantia de dias de pausa no trabalho e do exame espiritual tem por meta fortalecer a proteção de direito fundamental – também no sentido de uma proteção de pressupostos de direito fundamental – e concretiza, nesse ponto, os deveres estatais de proteção decorrentes de direitos fundamentais respectivamente relevantes (cf. Häberle, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2. ed. 2006, p. 63 s., 70).

Já a gênese da norma mostra a ligação dos aspectos sociais e religiosos tradicionais da proteção dos domingos e feriados. À época de sua introdução, na Assembleia Nacional Constituinte de Weimar, o relator, Deputado Mausbach (Partido Centro), destacou que o dispositivo protegeria a "moral pública", a tradição cristã e o exercício religioso. Os grandes elementos constitutivos históricos do exercício de culto continham, no entanto, também direitos de liberdade valiosos para o indivíduo; e justamente essa faceta da pausa de domingo, o "zelo da liberdade" e o "igual valor de todas as classes" seriam [por eles] abordados. (cf. Heilfron, Die Deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919, 6. v., 1920, p. 4007). O fundamento religioso do Art. 139 WRV é confirmado por meio de sua colocação na seção dos direitos fundamentais da Constituição Imperial de Weimar sob o título "Religião e Sociedades Religiosas". A incorporação dos artigos religiosos de Weimar na *Grundgesetz* foi, em última instância, um compromisso, junto ao qual o conteúdo da garantia anterior do Art. 139 WRV não se encontrava mais em debate. Assim, em sede de conclusão, prosseguiu-se com a aliança de motivos entre projetos religiosos e político-constitucionais-trabalhistas, os quais determinaram a criação do Art. 139 WRV (cf. Korieth, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 139 WRV, nota à margem 9 s.). Portanto, é característico do Art. 139 WRV um conteúdo religioso ancorado na tradição cristã, que se coaduna com uma determinação de propósito de orientação decididamente social, neutro-profana.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

c) Na medida em que o Art. 139 WRV menciona o domingo e os feriados religiosos reconhecidos pelo Estado em seu significado tradicional como dias de descanso, livres do trabalho, remete-se, em seus efeitos, em seu resultado prático para a vida, ao significado da garantia dos feriados e domingos. Nesse ponto, ele deita suas raízes no *Sabbat judeu* (sábado). O entendimento judeu do *Sabbat* como direito sagrado de descanso foi mais tarde transferido ao domingo (cf. Bergholz, in: *Theologische Realenzyklopädie*, v. XXXI, 2000, verbete domingo, p. 451 ss.).

Na interpretação moderna pelas grandes comunidades religiosas constituídas de modo juspublicista, o domingo e os feriados religiosos cristãos cumprem também a tarefa de oferecer proteção contra uma ampla mercantilização do ser humano. Assim como se prega no Catecismo da Igreja Católica (nota à margem 2172), o domingo interromperia o cotidiano do trabalho e asseguraria um descanso; ele seria um dia de protesto contra a "devoção ao trabalho" e a "adoração do dinheiro". A vida do ser humano adquiriria pelo trabalho e o descanso seu ritmo (nota à margem 2184). No Catecismo Evangélico para Adultos (6. ed. 2000), destaca-se que o ser humano e a sociedade precisariam do domingo para vivenciar que a produção e a rentabilidade não preencheriam o sentido da vida. Segundo esse entendimento, o "ritmo de trabalho e descanso" é um "ritmo central da cultura judaico-cristã" (p. 424 s., 457).

d) Com a garantia dos dias de descanso, que sempre vêm de maneira rítmica, o Art. 139 WRV concretiza, no mais, o princípio do Estado social. Sob esse aspecto, eles têm, em larga medida, relações com direitos fundamentais. A garantia do domingo e feriados fomenta e protege não apenas o exercício da liberdade de religião. O descanso do trabalho serve, além disso, à regeneração física e psíquica e, portanto, à integridade do corpo (Art. 2 II GG). A criação de estatuto de dias comuns de descanso serve à proteção do casamento e da família (Art. 6 I GG). Também a liberdade de associação pode ser, assim, usada de maneira mais efetiva (Art. 9 I GG). À garantia do domingo e feriados pode, por fim, ser atribuída uma especial relação com a dignidade humana, porque ela traça um limite ao pensamento utilitarista e serve ao ser humano em razão dele mesmo.

O significado social da proteção do domingo e feriados e, assim, do descanso geral do trabalho no âmbito profano resulta, substancialmente, – condicionado mesmo pelo ritmo semanal – do "tic-tac" sincronizado da vida social. Enquanto as regras de proteção do trabalho e do horário de trabalho desenvolverem para o indivíduo, em cada caso, a uniformidade temporal de um descanso em geral vigente para todas as áreas, essa uniformidade será um elemento fundamental ao exercício de variadas formas de vida social. Isso é relevante, sobretudo, para famílias, principalmente aquelas nas quais existam mais trabalhadores profissionais, mas também para aglomerados sociais, nomeadamente as associações nos ramos mais variados. Além disso, deve-se ter em mente que o descanso do trabalho nos domingos e feriados é importante também para se obter as condições das atuações dos partidos políticos, dos sindicatos e demais associações, a fim de se tornarem mais efetivas, certamente na combinação com um completo "final de semana livre", viabilizando-se a realização de reuniões. A eles se conectam, destarte, também um grande significado para a configuração da participação no cotidiano de uma democracia vivenciada. Plasticamente, isso se revela quando se leva em consideração que a configuração, por lei ordinária, do dia das eleições tem de ser um domingo ou feriado legal (cf. § 16 II da Lei Federal de Eleições).

No mais, um descanso geral em domingos e feriados abre a possibilidade da regeneração física e psíquica. De uma perspectiva científico-trabalhista, liga-se a ele uma importância crucial para o bem-estar individual e para a estabilidade da saúde, como os especialistas ouvidos, Professor Dr. Peter Knauth e Professor Dr. Friedhelm Nachreiner, de maneira fundamentada apresentaram na audiência pública.

e) Ao lado desse significado para a proteção dos direitos fundamentais, determinado a partir do propósito da regulamentação, o caráter do Art. 139 WRV como garantia conexa é sublinhado no fato de garantias institucionais serem voltadas, de todo modo, ao respectivo conteúdo específico de fortalecimento de direito fundamental. Uma vez que a Constituição representa um todo de sentido teleológico (cf. BVerfGE 19, 206 [220]) e, no mais, deva ser a proteção do domingo e dos feriados no Art. 139 WRV compreendida como um valor jurídico-constitucional, deve ser esse mandado de proteção aplicado ao legislador quando da concretização de seus deveres de proteção ancorados em direitos fundamentais.

f) O dever do Estado de neutralidade religiosa ideológica não impede uma concretização do conteúdo de proteção do Art. 4 I e II GG pelo Art. 139 WRV. A própria Constituição coloca o domingo e os feriados, na medida em que [estes] sejam reconhecidos pelo Estado, sob um mandado de proteção estatal especial e, com isso, procede a uma avaliação [axiológica] que deita raízes também na tradição ocidental cristã e a ela se refere em termos de calendário. Quando isso concede às comunidades religiosas cristãs uma mínima proteção, ancorada em direitos fundamentais, dos domingos e seus feriados reconhecidos pelo Estado, então isso é uma decisão axiológica do Art. 140 GG em conexão com o Art. 139 WRV. De resto, podem também outros titulares de direito fundamental, no contexto de suas outorgas de direito fundamental, avocar para si essa proteção.

g) O mandado jurídico-objetivo de proteção, que está fundamentado na garantia do domingo e feriados (Art. 139 WRV), é assim pautado pelo fortalecimento da proteção daqueles direitos fundamentais que sejam dependentes, em especial medida, dos dias de descanso e do exame espiritual. Isso se coaduna com o dever estatal de proteção que surge dos próprios direitos fundamentais também para o Estado e seus órgãos. O mandado de proteção do Art. 139 WRV (c.c. Art. 140 GG) não enseja, portanto, apenas a função de proteção da outorga de direito fundamental do Art. 4 I e II GG em relação à proteção do domingo e feriados. Para além disso, ele concretiza também, em termos de conteúdo, os pressupostos materiais da configuração do nível mínimo de proteção jusfundamental pelo legislador, ordenada a ele em prol do domingo e dos feriados.

3. O legislador terá violado o dever de proteção derivado do Art. 4 I e II GG, se ele ficar aquém das exigências mínimas resultantes do Art. 140 GG em conexão com o Art. 139 WRV em relação à proteção do domingo e dos feriados.

a) O caráter e a extensão da garantia de proteção do Art. 140 GG em combinação com o Art. 139 WRV já foram concretizados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal:

O Art. 139 WRV contém um mandado de proteção ao legislador (cf. BVerfGE 87, 363 [393]) que, para o trabalho em domingos e feriados, estatui, entre outras, uma relação de regra-exceção (cf. BVerfGE 87, 363 [393]; 111, 10 [53]). Em princípio, deve ser interrompido o típico “funcionamento em dias úteis”. A proteção do domingo e dos feriados, garantida constitucionalmente, é restrinjível somente de modo limitado. Exceções ao descanso em domingos e feriados são possíveis para a defesa de bens jurídicos tão ou mais importantes. Em

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

todo caso, o legislador conformador tem de assegurar, entretanto, um nível suficiente de proteção do domingo e dos feriados (cf. BVerfGE 111, 10 [50]).

No caso concreto vale o seguinte: a proteção do domingo e dos feriados é descrita no Art. 139 WRV como proteção legal. Isso significa que a instituição do domingo e dos feriados é garantida imediatamente pela Constituição e que o tipo e a medida da proteção carecem, no entanto, de uma configuração legal. O legislador pode, em suas regras, fazer valer também outros interesses além da proteção do descanso do trabalho e do exame espiritual. A ele cabe, por isso, uma compensação entre o Art. 140 GG em conexão com o Art. 139 WRV, de um lado, e do Art. 12 I, mas também do Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 111, 10 [50]), de outro lado.

A proteção do Art. 140 GG em conexão com o Art. 139 WRV não é restrita a um conteúdo semântico religioso ou ideológico do domingo e dos feriados. Mesmo que seja abrangida a possibilidade de um exercício religioso nos domingos e feriados, a regra objetiva, todavia, na sociedade e no ordenamento estatal seculares, também a perseguição de objetivos profanos, tais como aqueles do descanso pessoal, da reflexão, recuperação e distração. Em princípio, deve, nos domingos e nos feriados, a atividade comercial na forma de trabalho remunerado, especialmente a execução de trabalhos em andamento, cessar para que o indivíduo possa usar esses dias só ou com outras pessoas [como quiser], desimpedido de obrigações profissionais diuturnas e responsabilidades. Protegido é, portanto, o caráter em geral perceptível do dia que se trata, em princípio, de um dia do descanso do trabalho que a todos vincula. A configuração conjunta do tempo de descanso do trabalho e exame espiritual – que na realidade social desde há muito acontece especialmente também no círculo de amigos, na vida social ativa e na família – é apenas possível e passível de planejamento se for assegurada uma uniformidade de tempo e de ritmo, ou seja, uma sincronia.

Também nesse caso, atribui-se um especial significado justamente ao domingo no ritmo de sete dias e, em todo caso, também à uniformidade de feriados regulares em todo um Estado-membro. Esse significado baseia-se no fato de os cidadãos recuperarem-se das atividades profissionais nos domingos e nos feriados. Assim, poderão fazer o que eles, individualmente, considerarem relevante para a realização de seus objetivos pessoais, como compensação do dia-a-dia. A possibilidade de exame espiritual, igualmente compreendida pelo Art. 139 WRV, deve ser compartilhada a todas as pessoas, independentemente de um vínculo religioso (cf. BVerfGE 111, 10 [51]).

b) No caso da compensação, entram em conta, no quadro da margem de configuração discricionária do legislador, bens jurídicos contrapostos. Ela pode levar em consideração as transformações no comportamento [relacionado ao] tempo livre. Contudo, a proteção da realização de desejos relativos ao tempo livre dos cidadãos conduz, nesse contexto, a um conflito, na medida em que eles carecem da disponibilização de prestações [pecuniárias] que exigem o engajamento de trabalho dos mesmos ofertantes de tais prestações [pecuniárias]. Ao plano da legislação ordinária, há muito já se permitem trabalhos nos domingos e nos feriados que sejam necessários por motivos sociais ou técnicos. Esses trabalhos “apesar do domingo e do feriado” são, em geral, admissíveis até determinado ponto. Assim, é reconhecido que se possa trabalhar em domingos e feriados para a proteção de direitos fundamentais e de outros bens jurídicos relevantes dos cidadãos ou da comunidade. Por exemplo, [é o que normalmente ocorre] nos serviços de socorro, nos bombeiros, na polícia, em todo o sistema de saúde, em prol da manutenção da infraestrutura – ao lado do

abastecimento de energia, também na garantia da mobilidade (estradas, trens, ônibus e tráfego aéreo). Desse âmbito, fazem parte também os vários serviços de salvamento de diversos setores e as exceções na área industrial por conta de razões técnico-produtivas. Para a manutenção da capacidade concorrencial na comparação internacional e, portanto, por razões de política trabalhista, há tempos aceita-se uma exceção à proteção do domingo no âmbito da indústria, principalmente porque essa exceção é, em larga medida, retirada da percepção pública e, assim, a ela não se liga um caráter marcante para o quadro de descanso externo (cf. apenas as regras de exceção do § 10 I, n. 14 até o 16 e II, assim como especialmente do § 13 I, IV e V da Lei do Horário de Trabalho – ArbZG). A isso corresponde que, por exemplo, com fulcro em determinação legal de trânsito, o transporte pesado publicamente perceptível, em princípio, cesse, como expressão da proteção do domingo. No entanto, também aqui existem exceções (cf. § 30 III do Código de Trânsito). Ao lado desses campos do “trabalho apesar do domingo”, também é reconhecido um “trabalho para o domingo” que, por exemplo, no setor de hotelaria e gastronômico e no âmbito da garantia de mobilidade do indivíduo tem por finalidade viabilizar aos cidadãos uma configuração individual de seu dia de descanso do trabalho e de seu exame espiritual.

Não obstante, sempre tem de permanecer um nível suficiente de proteção do domingo e dos feriados (cf. BVerfGE 111, 10 [51 s.]). Isso também vale com vistas à liberdade profissional (Art. 12 I GG; cf. BVerfGE 111, 10 [50, 52]).

c) Com base nisso, resulta que projetos legais de proteção para a garantia do domingo e dos feriados precisam elevar como regra, de modo reconhecível, esses dias à qualidade de dias do descanso do trabalho. Tendo em vista o ora discutido horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, isso implica que as exceções carecem de um motivo racional compatível com a proteção do domingo. Um mero interesse por lucro econômico do proprietário do estabelecimento e um interesse comercial cotidiano (“Interesse Shopping”) por compradores potenciais não são em princípio suficientes para justificar exceções à proteção do descanso do trabalho ancorada imediatamente na Constituição e na possibilidade de exame espiritual nos domingos e feriados. No mais, exceções precisam permanecer como tais reconhecíveis e não podem confluir para uma equiparação ampla das relações de domingos e feriados com os dias úteis e suas produtividades.

Em geral, o mandamento de regra-exceção terá tanto maior significado quanto menor for o peso daqueles motivos que sejam correlacionados à proteção do domingo e dos feriados e quanto mais ampla for configurada a dispensa do horário de funcionamento para estabelecimentos comerciais em relação ao território atingido, assim como para os ramos comerciais considerados e grupos de produtos. Por isso, no caso de uma dispensa abrangente e que cubra todo o comércio varejista, precisam estar presentes razões justificadoras de monta, se forem liberados vários domingos e feriados em sequência por, respectivamente, muitas horas.

4. As regras impugnadas da Lei Berlinense de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais sobre o horário de funcionamento daqueles em domingos e feriados e o sistema de proteção escolhido pelo legislador estadual não cumprem, plenamente, essas exigências de [para a configuração de] deveres de proteção de direitos fundamentais, derivadas do Art. 4 I e II GG em conexão com o Art. 140 GG e o Art. 139 WRV. O sistema de proteção [tal qual] escolhido pelo legislador estadual até é formalmente constitucional e contém elementos importantes de

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

proteção. Por outro lado, ele revela-se – também em se considerando o alcance da margem de configuração discricionária do legislador estadual – em uma parte essencial como não sendo suficientemente efetivo em face do nível mínimo de proteção ordenado e permanece, nessa extensão, muito aquém do obrigatório objetivo de proteção.

a) O legislador estadual berlinense é destinatário do dever estatal de proteção, pois a ele cabe a competência legislativa para as regras em pauta.

[...].

b) O sistema de proteção e as regras impugnadas da Lei Berlinense de Funcionamento de Estabelecimentos Comerciais não observam, totalmente, o direito fundamental dos Reclamantes derivado do Art. 4 I e II em conexão com o Art. 140 GG e o Art. 139 WRV em face da proteção mínima a ser garantida [por ele, legislador estadual]. O legislador até tomou medidas de proteção positivas, as quais devem ser consideradas junto à cogente avaliação conjunta de seu sistema de proteção. Por outra feita, os rompimentos desse sistema de proteção falham, em uma parte essencial, no que concerne ao nível mínimo de proteção necessária.

aa) [...].

bb) Ao invés disso, o sistema de proteção do legislador estadual foi, substancialmente, cerceado por meio das regras de exceção de abertura em domingos e feriados. Em uma parte essencial, não se observa, suficientemente, a imprescindibilidade da relação regra-exceção e não existem, no caso, razões satisfatórias para tanto. Em sede de conclusão, o imprescindível nível mínimo de proteção não restou, portanto, garantido.

(1) Na classificação e avaliação das quebras do descanso do trabalho em domingos e feriados, atribui-se à abertura de estabelecimentos comerciais uma grande relevância. [...].

(2) O número dos potencialmente atingidos pela abertura de estabelecimentos comerciais em domingos e feriados é, da parte dos empregados e clientes, assim como dos assim chamados ramos sequência, por exemplo, do transporte público municipal, relativamente alto. [...].

[...].

(3) Por meio da extensão máxima dos horários de funcionamento a 24 horas, ao qual se conecta, caso se faça uso deles, um correspondente engajamento de recursos humanos, o descanso do trabalho em domingos e feriados ganha ainda mais em peso e importância. Com a liberação completa dos horários de funcionamento de lojas nos dias úteis, incluindo o sábado ("shop-around-the-clock"), chega-se, necessariamente, mais vezes, ao engajamento dos empregados em turnos e funcionamento noturno. Por isso, para eles é justamente o domingo, não obstantes as normas trabalhistas sobre a jornada em prol da proteção trabalhista individual, muito relevante como único dia restante do descanso de trabalho na uniformidade rítmica: o dia da recreação e da possibilidade da convivência familiar e social. Isso vale, principalmente, em face da estrutura empregatícia no comércio varejista, no qual mulheres – que, no quadro de uma vinculação familiar, encontram-se, ainda como outrora, submetidas a uma dupla carga em suas famílias – representam a grande maioria (nesse sentido também já: BVerfGE 111, 10 [40]).

[...].

(4) Por fim, é significativo que o legislador estadual tenha levado em consideração, em larga medida, justamente a liberdade de exercício profissional dos proprietários de locais de venda, assim como a liberdade geral de ação de potenciais clientes. Ele liberou totalmente os horários de funcionamento (24 horas de abertura) e elaborou regras de exceção relativas a grupos

específicos de produtos, assim como aquelas relativas a locais e ensejos, os quais, em grande medida, correspondessem a interesses comerciais e de compras em domingos e feriados, assim como ao interesse de cobertura de necessidades e do abastecimento (cf. § 4 I, n. 1, n. 2, n. 3, n. 5; § 4 II e III; § 5, n. 2, n. 3 BerLadÖffG). Assim, o argumento da cobertura de necessidades e abastecimento em domingos e feriados tem apenas um significado marginal. Também em face de efeitos políticos relativos à empregabilidade, não se chegou até agora a nenhum indício de perigo de uma considerável quebra no comércio varejista. Os presentes reconhecimentos [até aqui], como um estudo do Instituto WABE (organizado por ver.di – Central Sindical da Prestação de Serviços, Comércio Varejista – Dados do Setor 2007/2008, Berlin, 27 de março de 2008), também apontam, com atenção aos panoramas apresentados pela Confederação Comercial *Berlin-Brandenburg*, para o fato de a abertura de lojas em domingos provocar tão somente outra distribuição das correntes de clientes e uma otimização e alargamento do engajamento dos empregados. Permanece, assim, reconhecível um interesse comercial empresarial que faz par com o interesse de shopping cotidiano de visitantes e moradores do Estado-membro de Berlin. Mas, esses interesses não são razões idôneas que possam justificar o rebaixamento vultoso do nível de proteção do domingo e dos feriados.

(5) A afetação do descanso no domingo e feriados não pode ser relativizada com a objeção apresentada pela Confederação do Trabalho das Grandes e Médias Empresas do Varejo, segundo a qual pela nova regra dos horários de funcionamento teria sido claramente suavizada a prerrogativa a ser considerada violadora da igualdade de varejistas em locais privilegiados (postos de gasolina, lojas de conveniência, aeroportos, estações de trem, cf. § 5 BerLadÖffG) e a prerrogativa do comércio online ("E-Commerce"). Essa argumentação que, em última instância, implica a exigência de uma compensação por desvantagens concorrenciais, que exsurgem graças a diversas condições fáticas e jurídicas, não pode prosperar. Jurídico-constitucionalmente, é reconhecido que, em princípio, não existe um direito à participação em benefícios. Ninguém pode derivar para si apenas do fato de que a um grupo foram concedidos benefícios, a partir de um ensejo especial, um mandamento jurídico-constitucional para poder ter o mesmo direito (cf. BVerfGE 49, 192 [208]; 67, 231 [238]), desde que para ele não exista um comparável ensejo especial. Por causa do caráter de exceção das regras para o funcionamento de estabelecimentos comerciais em certos locais, que são classificadas no âmbito do "trabalho para o domingo", não pode ser exigida sua expansão até os casos não contemplados por meio do princípio geral de igualdade (cf. BVerfGE 67, 231 [238]). Tendo em vista o comércio online, improcede a alegação de um tratamento desigual irracional, já porque suas condições contextuais apresentam-se fundamentalmente diferentes entre si.

(6) Quando, nas exposições de motivos da lei (cf. Câmara de Deputados, Drucks. 16/0015, p. 7), destaca-se que a proteção dos empregados vendedores seria observada por meio do direito [objetivo] de jornada trabalhista, isso igualmente não muda nada no efeito danoso do funcionamento de estabelecimentos comerciais em domingos e feriados. Depreende-se dessas normas de proteção dos empregados somente um efeito de proteção individual (cf. § 7 BerLadÖffG). Elas não têm influência sobre o efeito empresarial, publicamente perceptível, e que marca decisivamente o dia.

c) Com base nesse fundamento, a norma sobre o funcionamento incondicional por sete horas em todos os quatro domingos de advento conduz a um rompimento da fronteira inferior da medida de uma ordenada proteção mínima. Isso porque se trata da retirada completa da proteção dos domingos dentro de um interdependente lapso temporal mensal, sem razões suficientemente importantes. A totalmente ampla possibilidade de funcionamento [em tela] com fundamento em uma medida geral, em caso de interesse público, sem limitação temporal é compatível com a Constituição no caso de uma interpretação restritiva. As demais normas impugnadas com as Reclamações Constitucionais em larga medida não afetam a proteção mínima ordenada jurídico-constitucionalmente; elas não podem ser impugnadas jurídico-constitucionalmente.

aa) Em face do significado do funcionamento de estabelecimentos comerciais para a garantia do descanso do trabalho em domingos e feriados, a regra do domingo de advento (§ 3 I, 2. alternativa BerLLadÖffG) como liberação, genérica e materialmente livre de pressupostos, para o funcionamento de locais de venda em todos os domingos de advento das 13.00 até às 20.00 horas no Estado-membro de Berlin não se encontra mais em consonância com o direito fundamental dos Reclamantes derivado Art. 4 I e II GG em conexão com o Art. 140 GG e o Art. 139 WRV.

(1)-(2) [...].

bb) A regra segundo a qual a Administração Senatorial⁵³ pode, no interesse público, permitir, excepcionalmente, a abertura de locais de venda em, no máximo, quatro (seguidos) domingos ou feriados por medida geral (§ 6 I 1 BerLLadÖffG) é compatível com o direito fundamental dos Reclamantes decorrente do Art. 4 I e II GG em conexão com o Art. 140 GG e o Art. 139 WRV, em todo caso perpetrando-se um interpretação restritiva.

(1) No que tange ao número de quatro dias, não se pode opor nada contra a regra em face do número total de, em regra, 52 domingos no ano [...].

(2) Por sua vez, problemático revela-se o pressuposto largo e fixado genericamente da regra de exceção: necessário é tão somente que o funcionamento dê-se, excepcionalmente, no “interesse público”. No caso, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, carecedor de preenchimento que – mediante um entendimento orientado apenas pelo teor – faz com que seja suficiente a presença de qualquer interesse público, por menor que seja. Aqui é obrigatória uma interpretação que atenda à decisão [axiológica] do Art. 139 WRV. Nesse sentido, deve-se exigir do interesse público tal peso que justifique as exceções ao descanso do trabalho. Para tanto, não bastam o singular interesse comercial e de lucro, do lado do proprietário do local de venda, e o cotidiano “interesse de shopping”, do lado dos clientes.[...].

(3) Com uma interpretação conforme a Constituição, não se pode objetar que a exceção ao descanso do trabalho em domingos e feriados, no § 6 I BerLLadÖffG, nos dias atingidos, não contenha uma limitação expressa de horários. Enquanto outras regras de exceção para o funcionamento de lojas nos domingos de advento, assim como a pretexto de acontecimentos especiais, preveem uma limitação ao interregno das 13:00 até às 20:00 horas (§ 3 I, 2. alternativa; § 6 II BerLLadÖffG), falta aqui uma regra dessa natureza. O teor permite, assim, concluir que, nos quatro próximos domingos e feriados – assim como segundo a regulamentação berlimense nos dias úteis –, uma abertura de 24 horas estivesse autorizada.

⁵³ A Administração senatorial (*Senatsverwaltung*) é a denominação da Administração Pública municipal, composta pelo prefeito (*Bürgermeister*) e seus “senadores” que chefiam as pastas administrativas (secretários).

Justamente porque, no caso de outras regras de exceção – excetuando-se aquelas para postos de vendas especiais e de determinados produtos –, são nomeadas, expressamente, limitações para os horários de funcionamento, mas aqui, pelo contrário, não; não parece ser essa interpretação improcedente. Dela também partem a Câmara de Deputados e o Senado de Berlin em seus pareceres. Não obstante, tal compreensão teria como consequência que o caráter comercial do dia útil seria, nesses dias, transposto, em toda extensão, aos domingos e feriados, por causa do conhecido e marcante efeito empresarial. Nesse ponto, esses dias – pelo menos segundo a central situação jurídica – não seriam mais claramente diferentes do dia útil. O caráter de exceção da regra não mais apareceria de modo suficiente na aplicação prática e na percepção pública.

Contudo, também nesse ponto está aberta a possibilidade de uma interpretação restritiva, dirigida por direito fundamental e pela proteção do domingo da norma de exceção. Ela orienta-se pelo sistema das outras exceções que o legislador estadual estatuiu nos §§ 3 I, 2. alternativa; 6 II BerLadÖffG e que preveem limitações de horários. Todavia, caso quisesse o legislador estadual possibilitar uma abertura por 24 horas abrangente e geral, ele poderia observar a proteção a ser garantida constitucionalmente apenas se ele, para tanto, previsse um pressuposto especialmente elevado, algo como [a presença] de um excepcionalmente importante interesse público. Como isso não ocorreu, resta para a presente redação [legal] a possibilidade mais poupadora, ao invés do descarte também dessa hipótese normativa de exceção, de se exigir do regime de exceção em partes essenciais sua própria limitação temporal das 13:00 às 20:00, mas deixando a norma válida nessa interpretação. Não há pontos de apoio à tese de que uma vontade contrária do legislador estadual opor-se-ia a essa interpretação restritiva. Tal entendimento restritivo do tipo normativo de exceção corresponde, de resto, à práxis de aplicação passada no Estado-membro de Berlin, o que restou também confirmado na audiência pública, de modo incontestável.

5. As demais normas impugnadas, que acompanham o conceito de proteção do legislador estadual com exceções, não revelam problemas jurídico-constitucionais. Isso vale também para o efeito conjunto das regras que, em conformidade com as medidas das presentes razões, não devem ser censuradas.

a) [...].

b) Os Reclamantes atacam, no mais, algumas outras particularidades da lei, as quais, entretanto, têm em face do aspecto da efetividade do conceito de proteção legal quase nenhuma ou, em todo caso, uma relevância muito pequena e contra as quais constitucionalmente nada pode ser trazido.

aa)-cc), c) [...].

III.

A regra de abertura de estabelecimentos comerciais em todos os quatro domingos de advento (§ 3 I, 2. alternativa BerLadÖffG) é, portanto, declarada inconstitucional (§ 95 III BVerfGG). No entanto, ela permanece, neste ano, ainda aplicável em observância à liberdade de exercício profissional dos proprietários de estabelecimentos comerciais, à sua confiança depositada na regulamentação e às decisões já tomadas por eles para o período pré-festividades natalinas do ano 2009. Se e como o legislador estadual berlimense adequará seu sistema de proteção, cabe a seu poder de configuração segundo a medida dos princípios desta Decisão.

Aos Reclamantes devem ser resarcidas as suas custas necessárias; cada qual, pela metade; isso é adequado porque suas Reclamações Constitucionais são procedentes em uma parte

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

substancial, que se funda também no caso da concretização do parâmetro de julgamento (§ 34a II BVerfGG).

A Decisão foi tomada em relação a **B.I.1.** (legitimidade processual para Reclamação) e a **B.II.2.** (concretização do Art. 4 I e II GG pelo Art. 140 GG c.c. Art. 139 WRV) com 5 votos a 3; em relação às exigências do Art. 140 GG em conexão com o Art. 139 WRV, foi unânime.

Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof e Masing

34. BVerfGE 138, 296 (Kopftuchverbot II)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial / Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

O TCF decidiu conjuntamente duas Reclamações Constitucionais movidas por duas professoras do ensino público não confessional *diretamente* contra decisões de tribunais da jurisdição trabalhista e, *indiretamente*, contra os dispositivos normativos em si que as embasaram. Alegaram violação de seu direito fundamental à liberdade de crença por intermédio das decisões que teriam aplicado um dispositivo normativo igualmente violador do mesmo direito fundamental, os quais lhe proibiam o uso de lenço de cabeça com conotação religiosa – proibição do lenço de cabeça (*Kopftuchverbot*) – precisamente ligada a algumas correntes religiosas islâmicas.

Trata-se da segunda decisão do TCF a respeito dessa mesma matéria (daí ser sua usual denominação “*Kopftuchverbot II*” – **Proibição do Lenço de Cabeça II** – nas referências da literatura e jurisprudência especializadas, incluindo do próprio TCF). Na primeira decisão (*Kopftuchverbot I* ou apenas *Kopftuch I*),⁵⁴ de 24 de setembro de 2003, o TCF decidiu que decisões judiciais administrativas, que confirmavam a legalidade de uma não admissão ao serviço público como professora com fundamento na falta de qualificação tendo em vista a declarada intenção da candidata de usar o lenço na escola e em aula, violaram o direito fundamental especial de igualdade no acesso ao serviço público decorrente do Art. 33 II GG e de vedação de discriminação na seleção ao serviço público em razão de orientação religiosa do Art. 33 III GG.

Ao contrário da primeira decisão, que tinha por único objeto decisões judiciais administrativas, na presente decisão, as duas Reclamações Constitucionais foram movidas *diretamente* contra decisões de tribunais trabalhistas e, *indiretamente*, contra os dispositivos que as embasaram. O TCF as julgou parcialmente procedentes com o efeito de declarar nulo um dos dispositivos e anular as decisões, devolvendo-as para serem novamente decididas pelos tribunais competentes em razão da matéria jurídica infraconstitucional.

EMENTAS

1. A proteção do direito fundamental à liberdade de crença e de confissão (Art. 4 I e II GG) garante também a educadores nas escolas públicas comunitárias não confessionais a liberdade

⁵⁴ Cf. BVerfGE 108, 282. Todavia, na primeira decisão, tratava-se de decisão por *Urteil* (após audiência pública) e não *Beschluss* (sem audiência pública) como na ora tratada segunda decisão, razão pela qual também se usa a denominação *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen* (proibição do lenço de cabeça de *Nordrhein-Westfalen*).

de cumprir um mandamento de vestuário entendido como obrigatório por motivos religiosos, como pode ser o caso do uso de um lenço de cabeça islâmico.

2. Uma proibição legal vigente, em todo o Estado-membro, de manifestações religiosas (aqui: segundo o § 57 IV SchulG NW) por intermédio do vestuário, já a partir de uma idoneidade meramente abstrata à criação de um perigo à paz escolar ou à neutralidade estatal em uma escola pública comunitária não confessional, será inconstitucional se esse comportamento puder ser atribuído, de maneira compreensível, a um mandamento religioso entendido como obrigatório. Uma compensação adequada das posições ancoradas jurídico-constitucionalmente – [quais sejam] da liberdade de crença dos docentes, da liberdade negativa de crença e confessional das alunas e dos alunos, assim como dos pais; dos direitos de poder familiar e da tarefa estatal de educação – exige uma interpretação restritiva da norma de proibição: precisa estar presente um perigo suficientemente concreto para os bens jurídicos protegidos.

3. Quando, em determinadas escolas ou distritos escolares, devido a situações de conflito substanciais a respeito do comportamento religioso considerado correto em âmbitos específicos, for ultrapassada a fronteira de uma ameaça suficientemente concreta ou de um estorvo da paz escolar ou da neutralidade estatal em um número considerável de casos, então pode estar presente uma necessidade, a ser reconhecida jurídico-constitucionalmente, de se vedar manifestações religiosas por meio da aparência pessoal, não apenas no caso particular concreto, mas também, por exemplo, em determinadas escolas ou distritos escolares, durante certo lapso temporal ou, também, mais geral.

4. Quando forem vedadas legalmente manifestações religiosas por educadoras e educadores em escolas públicas comunitárias não confessionais com o propósito de se assegurar a paz escolar e a neutralidade estatal, isso deverá, então, ocorrer em face de todas as crenças e posicionamentos ideológicos sem diferenças.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 27 de janeiro de 2015 – 1 BvR 471, 1181/10 –

Nos processos das Reclamações Constitucionais I. da Sra. [...] 1. Diretamente contra: a) a Decisão do Tribunal Federal Trabalhista, de 20 de agosto de 2009 – 2 AZR 499/08 –, b) a Decisão do Tribunal Estadual Trabalhista de Düsseldorf, de 10 de abril de 2008 – 5 Sa 1836/07 –, c) A Decisão do Juízo Trabalhista [de primeira instância] de Düsseldorf, de 29 de junho de 2007 – 12 Ca 175/07 –, 2. Indiretamente contra: [...] – 1 BvR 471/10 –, II. da Sra. A... [...] 1. Diretamente contra: a) [...], b) [...], c) [...], d) [...], e) [...]; 2. Indiretamente contra: [...] – 1 BvR 1181/10 –.

Dispositivo:

1. O § 57, Parágrafo 4, Período 3 da Lei Escolar do Estado-membro de *Nordrhein-Westfalen*, de 15 de fevereiro de 2005 [...], na redação dada pela Primeira Lei Derrogatória da Lei Escolar [...] é incompatível com o Artigo 3, Parágrafo 3, Período 1 e com o Artigo 33, Parágrafo 3 *Grundgesetz* e nulo.

2. O § 57, Parágrafo 4, Períodos 1 e 2; assim como o § 58, Período 2 da retro citada lei são compatíveis com a *Grundgesetz*, na extensão em que se referirem às manifestações religiosas por meio do vestuário, conforme a medida das razões [da presente Decisão].

3. [...]. As Decisões do Tribunal Federal do Trabalho e do Tribunal Estadual do Trabalho ficam suspensas. A matéria será devolvida ao Tribunal Estadual do Trabalho.

4. [...]. As Decisões do Tribunal Federal do Trabalho e do Tribunal Estadual do Trabalho ficam suspensas. A matéria será devolvida ao Tribunal Estadual do Trabalho de Hamm.⁵⁵

⁵⁵ A redundância é meramente aparente: as passagens não traduzidas nos pontos 3 e 4 são relativas ao andamento de cada processo originário movido pelas Reclamantes. Dizem respeito, portanto, a diferentes tribunais estaduais do Estados-membro.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

5. O Estado de *Nordrhein-Westfalen* deve ressarcir às Reclamantes, respectivamente, três quartos e a República Federal da Alemanha um quarto de suas custas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

I., II. 1.a)-b)aa)-cc}(1)-(4)(a)-(c), 2.a)-c), III. 1.a)-b)aa)-bb), c), 2.a)-d), IV. 1.-9. [...]

B.

As admitidas Reclamações Constitucionais são, fundamentalmente, procedentes.

As normas do § 57 IV 1 e 2 e do § 58 2 SchulG NW são, nos casos de manifestações religiosas por meio do vestuário de educadoras e educadores, compatíveis com a *Grundgesetz* apenas segundo a medida de uma interpretação que seja adequada à liberdade de crença e confessional (Art. 4 I e II GG), por ser restritiva. As decisões judiciais trabalhistas atacadas pelas Reclamantes não atendem a essas exigências e violam, portanto, o direito fundamental delas à liberdade de crença e confessional. A norma do § 57 IV 3 SchulG NW, concebida como privilégio em favor de tradições ou valores educacionais e culturais cristãos ocidentais, não está em consonância com a vedação de desvantagens por motivos religiosos (Art. 3 III 1 e Art. 33 III GG). Contudo, isso deixa, de resto, intocada a vigência da regra e da possibilidade da interpretação conforme a Constituição dos Períodos 1 e 2 do mesmo § 57 IV SchulG NW.

I.

Objeto do julgamento jurídico-constitucional são as decisões impugnadas dos tribunais trabalhistas e o dispositivo de proibição que as embasaram do § 57 IV 1 SchulG NW, na extensão em que se relacionem a manifestações religiosas por meio do vestuário dos funcionários de ensino. A avaliação da norma deve ser ampliada também ao Período 2 e 3 do § 57 IV SchulG NW, embora os tribunais trabalhistas tenham, expressamente, pautado-se apenas na vedação de manifestação constante no Período 1. A regra firma-se sobre um conceito unificado. Isso se revela também na menção linguística ao Período 2 feita no Período 1 ("especialmente..."). O Período 3, impugnado pelas Reclamantes, conecta-se, igualmente, ao Período 1 e deve ser introduzido ao julgamento porque sua outorga de privilégio a religiões cristãs e judaicas não beneficia as Reclamantes junto à aplicação do Período 1, de modo violador da igualdade. A norma do § 58, 2 SchulG NW, que amplia o âmbito de aplicação da norma a outros funcionários educadores e assistentes sociais que atuem no trabalho de educação e formação, é objeto do exame porque ela constitui um fundamento jurídico indispensável a ser aplicado pelos tribunais trabalhistas no caso da Reclamante I.

II.

As decisões dos tribunais trabalhistas prolatadas nos processos originários baseiam-se em um fundamento legal que carece de uma interpretação conforme a Constituição, a qual seja restritiva. Tais exigências não foram atendidas pelas decisões. Uma proibição de manifestações religiosas por meio do vestuário que se satisfaça já com o perigo abstrato da ocorrência de afetação da paz escolar ou da neutralidade estatal é inadequada em face da liberdade de crença e confessional dos educadores e, portanto, desproporcional, quando a manifestação, de maneira compreensível, dever-se a um mandamento religioso entendido como vinculante. Necessário é, pelo contrário, um perigo suficientemente concreto. Uma correspondente vedação regional, possivelmente também em todo o Estado-membro, pode ser imaginada por razões constitucionais em escolas comunitárias públicas não confessionais apenas se existir um perigo suficientemente concreto aos bens jurídicos mencionados em todo o âmbito de vigência da vedação.

O Tribunal Federal do Trabalho entendeu, em ambos os processos originários – como em sede de conclusão já o tinha feito as instâncias inferiores –, que o comportamento das Reclamantes seria idôneo, no sentido § 57 IV 1 SchulG NW, a ameaçar a neutralidade do Estado-membro em face de alunos e pais, assim como a paz escolar religiosa. A proibição abrangeeria não apenas manifestações que ameaçassem, concretamente, a neutralidade do Estado-membro ou a paz escolar religiosa ou até a [de fato] estorvassem. Ela deveria prevenir já um perigo abstrato para não permitir que ameaças concretas florescessem. Um entendimento da proibição que vá tão longe conduz, em casos como os do tipo ora em pauta, a uma intervenção de intensidade elevada no direito fundamental à liberdade de crença e confessional dos funcionários de ensino. Nessa generalidade, a intervenção não pode ser justificada jurídico-constitucionalmente, uma vez que ela se revela desproporcional.

1. A proteção da liberdade de crença e confessional (Art. 4 I e II GG) garante também a educadoras e educadores, na escola comunitária pública não confessional, a possibilidade de cumprir as regras de sua crença em consonância com um mandamento religioso de vestuário, como, por exemplo, pode ser feito pelo traje de um lenço de cabeça islâmico, quando isso for fundamentado de modo suficientemente plausível.

a) Também como funcionárias contratadas do serviço público, as Reclamantes podem se valer de seu direito fundamental decorrente do Art. 4 I e II GG (igualmente para funcionários públicos: BVerfGE 108, 282 [297 s.]). A titularidade de direito fundamental das Reclamantes não se questiona, de plano ou em princípio, por meio de seu pertencimento ao âmbito de tarefas estatais escolares. No mais, o Estado permanece vinculado aos direitos fundamentais mesmo quando ele se servir de instrumentos jusprivatistas para o cumprimento de tarefas, como é o presente caso que se deu mediante o fechamento de contratos jurídico-privados com as educadoras contratadas para o cumprimento de sua missão educacional (Art. 1 III GG; cf. BVerfGE 128, 226 [245]).

b) O Art. 4 GG garante, em seu parágrafo 1, a liberdade da crença, da consciência e da confissão religiosa e ideológica; no parágrafo 2, garante o direito ao exercício religioso não estorvado. Ambos os parágrafos do Art. 4 GG contêm um direito fundamental a ser compreendido de modo amplo e unificado (cf. BVerfGE 24, 236 [245 s.]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]; 108, 282 [297]; 125, 39 [79]; 137, 273 [309, nota à margem 98]). Ele alcança não apenas a liberdade intrínseca de acreditar ou não acreditar, ou seja, de ter uma crença, de se recusar a renegar sua crença passada e de aderir à outra crença, mas também a liberdade externa de manifestar e difundir sua crença, de fazer proselitismo em prol dela e de dissuadir outros de sua [respectiva] crença (cf. BVerfGE 12, 1 [4]; 24, 236 [245]; 105, 279 [294]; 123, 148 [177]). Abrangidas são, assim, não somente ações de culto e o exercício e observância de costumes religiosos, como também a educação religiosa, assim como outras formas de expressão da vida religiosa e ideológica (cf. BVerfGE 24, 236 [245 s.]; 93, 1 [17]). Disso faz parte também o direito do indivíduo de orientar seu comportamento como um todo de acordo com as doutrinas de sua crença e de agir de acordo com essa convicção, ou seja, viver dirigido por crença; isso não se refere apenas a princípios de fé imperativos (cf. BVerfGE 108, 282 [297] com mais ref.; 137, 273 [305 nota à margem 88]).

Na avaliação do que deva ser, no caso particular, considerado como exercício de religião e ideologia, não pode permanecer fora da observação o autoentendimento de cada comunidade religiosa e ideológica e de cada titular de direito fundamental (cf. BVerfGE 24, 236 [247 s.];

108, 282 [298 s.]). Não obstante, isso não significa que qualquer comportamento de uma pessoa tenha de ser visto exclusivamente segundo sua própria determinação subjetiva como expressão da liberdade de crença. Os órgãos estatais podem avaliar e decidir se foi apresentado, de maneira suficientemente substancial, que o comportamento pode, de fato, de modo plausível, ser pertinente segundo seu conteúdo intelectual e exteriorização à área de proteção do Art. 4 GG, ou seja, se ele tem, de fato, uma motivação considerada religiosa. Por outro lado, é vedado ao Estado julgar ou até mesmo caracterizar como “certas” ou “erradas” as convicções de fé de seus cidadãos; isso vale, especialmente, quando aqui forem defendidas, dentro de uma [mesma] religião, opiniões divergentes (cf. BVerfGE 24, 236 [247 s.]; 33, 23 [29 s.]; 83, 341 [353]; 104, 337 [354 s.]; 108, 282 [298 s.]).

c) As muçulmanas que, de modo plausível, por motivos religiosos, trajem um lenço de cabeça típico em sua crença, como o que vale também para o traje de outras roupas pelas quais o cabelo e a garganta são cobertos, podem se valer da proteção da liberdade de crença e confessional do Art. 4 I e II GG (cf. BVerfGE 108, 282 [298]) no exercício de sua profissão na escola comunitária pública não confessional.

Ambas as Reclamantes apresentam com suas Reclamações Constitucionais uma motivação religiosa para o traje de suas coberturas de cabeça. Elas caracterizam o referido traje como um dever religioso incondicional e como uma parte elementar de um modo de vida orientado pelo islamismo. Essa fundamentação religiosa da escolha de vestimenta é também suficientemente plausível em consideração às diferentes concepções defendidas no islamismo a respeito do assim chamado mandamento de cobertura, segundo seu conteúdo intelectual e a aparência pessoal. No caso, irrelevante é que o conteúdo exato das normas de vestimenta para mulheres seja, em geral, discutido por intelectuais islâmicos. Basta que essa visão sobre as várias correntes do islamismo seja difundida e, especialmente, que se deva a duas passagens do alcorão (Sura⁵⁶ 24, versículo 31; Sura 33, versículo 59) (cf. Asad, Die Botschaft des Koran – Tradução e comentário, 2009, p. 676 s., 810; cf. também Heine, Kleiderordnung, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, 2000, p. 184 [186 s.]). Um mandamento de vestimenta é classificado, no islamismo, em parte também como dever incondicional (cf. Khoury, Das islamische Rechtssystem, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, 2000, p. 37 [52]). Sob tais circunstâncias, não é relevante que outras correntes do islamismo não reconheçam um mandamento de vestimenta para mulheres como dever vinculante. (cf. BVerfGE 108, 282 [298 s.]).

2. A vedação das coberturas de cabeça em tela baseada no § 57 IV (no caso da Reclamante I.) c.c. § 58, 2 SchulG NW, confirmada pelas decisões judiciais impugnadas, revela-se, em face do mandamento tido pelas Reclamantes como obrigatório, como uma intervenção grave em seu direito fundamental à liberdade de crença e confessional.

a) A classificação do traje de peças de vestuário como manifestação religiosa no sentido do § 57 IV 1 SchulG NW baseia-se em uma interpretação do direito infraconstitucional que, primeiro, coube aos tribunais instanciais. Essa interpretação em si não deve ser impugnada jurídico-constitucionalmente.

O atributo típico-normativo da "manifestação", no sentido do fundamento de direito infraconstitucional para a intervenção do § 57 IV 1 SchulG NW, não se limita a expressões

⁵⁶ A sura (na usual tradução ao vernáculo) é a denominação da principal subdivisão (como capítulos) do Alcorão que é composto de 114 suras.

verbais. Nesse ponto, o Tribunal Federal do Trabalho aceita como suficiente, de maneira plausível, qualquer "representação consciente e voltada para o mundo exterior de uma convicção religiosa". Para a investigação do valor declarado de uma representação, baseia-se naquelas possibilidades hermenêuticas que parecem procedentes a um número não insignificante de observadores. Esse entendimento da norma pautado no caráter comunicativo de uma "manifestação", no sentido do § 57 IV 1 SchulG NW e no horizonte objetivo de terceiros não envolvidos, está em consonância como o contexto de efeito fixado por essa norma entre as manifestações lá elencadas, de um lado, e os bens jurídicos por elas atingidos, isto é, da neutralidade estatal e da paz escolar, por outro lado.

Todavia, às coberturas da cabeça e a outras peças de vestuário não se pode, sem mais, atribuir o significado de um meio de comunicação não verbal no sentido do § 57 IV 1 SchulG NW. Pelo contrário, isso será, partindo-se do horizonte de observação objetiva de terceiros, tão somente o caso se a peça de vestuário for, de acordo com a sua espécie, tipicamente, desde o início, expressão de uma confissão política, ideológica, religiosa ou semelhante; ou se uma peça de roupa, em si neutra, puder ser entendida consoante uma análise completa das circunstâncias concretas, sem dúvida racional, como uma manifestação externa da natureza em pauta.

Nomeadamente, um lenço de cabeça não é em si um símbolo religioso. Um efeito similar pode ser desenvolvido apenas no seu efeito conjunto com outros fatores (cf. BVerfGE 108, 282 [304]). Até aqui, diferencia-se, por exemplo, da cruz cristã (cf. a respeito: BVerfGE 93, 1 [19 s.]). Mesmo quando um lenço de cabeça islâmico servir apenas ao cumprimento de um mandamento religioso e a ele não for atribuído pela mulher que o veste um caráter simbólico, mas for visto tão somente como peça de roupa que a religião prescreve, não se modifica o fato de que, na dependência do difundido contexto social, seja interpretado como indicativo da pertinência religiosa islâmica da mulher que o traje. Nesse sentido, é uma peça de roupa com conotação religiosa. Quando for entendido como um sinal exterior da identidade religiosa, ele provoca a confissão de uma convicção religiosa, sem que, para tanto, seja necessária uma especial intenção de manifestação ou um comportamento complementar que fortaleça o efeito. Em regra, disso está consciente a mulher que, de modo típico, traja um lenço de cabeça colocado sobre a cabeça. Esse efeito pode também resultar – a depender das circunstâncias do caso particular – de outras formas de cobertura da cabeça e garganta.

b) A intervenção, que é ligada à vedação do traje de um lenço de cabeça islâmico ou de outra cobertura de cabeça e garganta como cumprimento de um mandamento religioso, é grave.

As Reclamantes avocaram para si não apenas uma recomendação religiosa cujo seguimento fosse disponível ou que pudesse ser suspensa em relação a cada uma das fiéis. Pelo contrário, sustentaram, de modo plausível, que se trata para elas – correspondentemente ao autoentendimento de partes do islamismo (a respeito: Ministério do Trabalho, Integração e Assuntos Sociais do Estado *Nordrhein-Westfalen* [org.], *Muslimisches Leben in Nordrhein-Westfalen*, 2010, p. 95 ss.) – de um mandamento de vestuário religioso imperativo que, no mais, relaciona-se, de maneira compreensível, com sua identidade pessoal (Art. 2 I c.c. Art.1 I GG), de tal sorte que uma proibição dessa vestimenta no serviço escolar poderia comprometer seu acesso à profissão (Art. 12 I GG). Porque, desse modo, no momento, faticamente, sobretudo mulheres islâmicas são afastadas da atividade profissional qualificada, [a proibição] encontra-se, ao mesmo tempo, em uma relação de tensão carecedora de justificação com o

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

mandamento da igualdade de fato de mulheres (Art. 3 II GG). Diante desse contexto, intervém a vedação legal de manifestação em seu direito fundamental à liberdade de crença e confessional com uma grande intensidade, apesar de sua limitação temporal e regional ao âmbito escolar, como se no caso estivesse presente [apenas] o exercício religioso sem pretensões vinculantes plausíveis.

3. Essa intervenção na liberdade de crença e confessional das Reclamantes revela-se, com fulcro na interpretação da norma por meio dos tribunais trabalhistas, desproporcional, não sendo, por isso, justificada.

a) Restrições desse direito fundamental têm de resultar da própria Constituição porque o Art. 4 I e II GG não contem uma reserva legal. Contam como limites constitucionais imanentes os direitos fundamentais de terceiros, assim como valores comunitários de nível hierárquico constitucional (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50 s.]; 41, 88 [107]; 44, 37 [49 s., 53]; 52, 223 [247]; 93, 1 [21]; 108, 282 [297]). Como bens jurídico-constitucionais que se chocam contra a liberdade de crença, vêm aqui à pauta, ao lado do mandato educacional estatal (Art. 7 I GG), que deve ser cumprido mediante a manutenção do dever de neutralidade religiosa, o direito ao poder familiar dos pais (Art. 6 II GG) e a liberdade negativa de crença dos alunos (Art. 4 I GG) (cf. BVerfGE 108, 282 [299]). Solucionar a relação de tensão normativa entre esses bens jurídicos constitucionais mediante observância do mandamento de tolerância cabe ao legislador democrático que, no processo de formação da vontade pública, deve buscar um compromisso que seja de todos exigível. As normas da *Grundgesetz* elencadas devem ser vistas conjuntamente; sua interpretação e seu âmbito de eficácia devem ser definidos independentemente (cf. BVerfGE 108, 282 [302 s.]).

b) O legislador estadual de *Nordrhein-Westfalen* persegue objetivos legítimos com a vedação de manifestações religiosas externas no sentido do § 57 IV 1 SchulG NW, também na extensão em que queira fazer abranger a vestimenta de conotação religiosa e, especialmente, o lenço de cabeça islâmico tradicionalmente trajado. Sua preocupação é manter a paz escolar e a neutralidade estatal, assegurando, assim, a missão educacional estatal, proteger direitos fundamentais em sentido contrário de alunos e pais e, assim, evitar conflitos no âmbito que tomou para sua previdência (cf. LTDruks 14/569, p. 7 ss.). Do ponto constitucional, claramente não se pode objetar nada contra esses estabelecimentos de objetivos. Eles podem ser correlacionados, sem mais, à missão educacional estatal, ao princípio de neutralidade, à liberdade negativa de crença dos alunos, assim como ao direito ao poder familiar dos pais e, portanto, aos limites constitucionais imanentes da liberdade de crença e confessional dos funcionários do ensino.

c) A necessidade da regra do § 57 IV 1 SchulG NW que considera suficiente, em sua interpretação pelos tribunais instaciais, já a idoneidade abstrata de manifestações religiosas exteriores por meio do traje de uma cobertura de cabeça com conotação religiosa para a presença de uma ameaça dos bens jurídicos, já parece [de plano] questionável. Todavia, aqui, não se carece de verificar se, em face do hoje reconhecível grau de difusão do lenço de cabeça islâmico na sociedade alemã e do entendimento geral de seu significado, como também em atenção das certamente diferentes possibilidades de interpretação dos motivos de suas usuárias, deva ser prevenido, sem exceções, já um perigo abstrato aos bens protegidos da paz escolar e da neutralidade estatal, em todas as escolas comunitárias públicas não confessionais e faixas etárias de alunos, a fim de se impedir que surjam ameaças concretas a eles. Isso

porque as exigências de uma regulamentação legal proporcional em sentido estrito ordenam, em todo caso, um entendimento restritivo do atributo de idoneidade à ameaça de bens protegidos.

d) A proibição vigente em todo o Estado-membro de manifestações religiosas por meio da aparência pessoal, nomeadamente, do traje de roupa com conotação religiosa, baseada em uma idoneidade do traje já meramente abstrata a uma ameaça da paz escolar ou à neutralidade estatal em uma escola comunitária não confessional, revela-se, em todo caso, desproporcional em sentido estrito, quando esse comportamento estiver pautado em um mandamento religioso entendido, de maneira plausível, como obrigatório. Uma compensação adequada, que leve suficientemente em consideração a liberdade de crença das educadoras convocadas ao cumprimento de um mandamento de vestuário religioso, com posições opostas ancoradas jurídico-constitucionalmente, exige para a presente configuração fática uma interpretação restritiva da paz escolar e da norma proibitiva asseguradora da neutralidade, [de tal sorte] que tem de estar presente pelo menos um perigo suficientemente concreto aos bens protegidos.

aa) Para a avaliação dos dados fáticos e acontecimentos, da qual se dependerá para saber se posições jusfundamentais opostas de alunos e pais ou outros valores de nível constitucional justificam uma regra que obrigue docentes de todas as confissões à máxima discrição no uso de sinais com referências religiosas, o legislador dispõe de uma prerrogativa de avaliação (cf. BVerfGE 108, 282 [310 s.]). Contudo, ele tem de, principalmente no caso de uma proibição de manifestações religiosas com amplos efeitos preventivos, assegurar tanto uma relação adequada em face do peso e do significado do direito fundamental dos funcionários do ensino à liberdade de crença e confessional, como, igualmente, ele tem de observar o limite da exigibilidade junto a uma ponderação completa entre o peso da intervenção e o peso das razões que potencialmente a justifiquem (cf. BVerfGE 83, 1 [19]; 90, 145 [173]; 102, 197 [220]; 104, 337 [349]).

bb) A introdução de referências religiosas ou ideológicas na escola e na aula pelos funcionários de ensino pode atingir o mandato estatal de ensino, o qual deve ser cumprido na neutralidade, o direito ao poder familiar dos pais e a liberdade negativa de crença dos alunos. Ela abre pelo menos a possibilidade de uma tomada de influência nos alunos crianças, assim como de conflitos com pais, o que pode levar a um estorvo da paz escolar, podendo ameaçar o cumprimento do mandato educacional da Escola. Também a vestimenta de docentes, religiosamente motivada e interpretável como manifestação de uma convicção de crença, pode ter esse efeito (cf. BVerfGE 108, 282 [303]). Todavia, a nenhuma das opostas posições ancoradas jurídico-constitucionalmente atribui-se um tamanho peso que pudesse justificar uma proibição já com o [mero] perigo abstrato de sua afetação se, do outro lado, o ato de trajar uma roupa ou o símbolo com conotação religiosa puder ser explicado a partir de um mandamento religioso entendido, de maneira plausível, como imperativo.

(1) A liberdade negativa de crença das alunas e dos alunos (Art. 4 I e II GG) garante a liberdade de manter-se distante de ações de culto de uma crença não partilhada; isso se refere também a ritos e símbolos pelos quais se apresenta uma crença ou uma religião. Entretanto, em uma sociedade que deixa espaço para diferentes convicções de crença, os indivíduos não têm um direito a permanecerem livres da confrontação com manifestações de crença, ações de culto e símbolos religiosos que lhe sejam estranhos.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Disso deve ser diferenciada a situação criada pelo próprio Estado pela qual o indivíduo, sem possibilidade de evitá-lo, seja submetido a uma determinada crença, às ações nas quais essa se manifesta e aos símbolos nos quais ela se apresenta (cf. BVerfGE 93, 1 [15 s.]). Em uma situação inevitável, encontram-se alunas e alunos quando eles, como consequência da obrigação escolar geral, veem durante a aula uma professora contratada pelo Estado que traje o lenço de cabeça islâmico, sem possibilidade de se evitá-lo. Tendo em vista o efeito do meio de expressão religioso, deve-se, no entanto, distinguir-se se o sinal em pauta é usado por determinação da direção escolar ou com base em uma decisão própria de algumas educadoras e de alguns educadores que, para tanto, aqui podem se valer do direito de liberdade individual do Art. 4 I e II GG. O Estado, que com o traje de um lenço de cabeça aceita uma expressão com vínculo religioso de uma única docente ou de uma auxiliar pedagógica, não estará assumindo, apenas por isso, essa expressão como sendo sua própria e também não precisa permitir que se lhe impute uma [suposta] intenção [nesse sentido] (cf. BVerfGE 108, 282 [305 s.]).

A liberdade de crença exercida com o traje de um lenço de cabeça islâmico na escola pela docente até atinge a liberdade negativa de crença das alunas e dos alunos (cf. BVerfGE 108, 282 [301 s.]). Apesar disso, o traje de um lenço de cabeça islâmico ou de semelhante cobertura de cabeça e garganta ou de outras roupas com conotação religiosa não ocorre, de plano, com o objetivo de se atingir a liberdade negativa de crença das alunas e dos alunos.

Enquanto os docentes apenas expuserem tal aparência pessoal, não difundirem verbalmente discursos em prol de sua posição ou de sua crença e, para além de sua apresentação social, não tentarem influenciar as alunas e os alunos, não será, em princípio, atingida sua liberdade negativa de crença. As alunas e os alunos serão tão somente confrontados com a liberdade de crença dos docentes, positivamente exercida na forma de um vestuário conforme a crença, o que, de resto, por meio da apresentação social de outros docentes com outras crenças ou outras visões de mundo será, em toda regra, relativizado e compensado. Nesse ponto, reflete-se, na escola comunitária não confessional, a sociedade plural-religiosa.

(2) Do direito fundamental dos pais não resulta nada diferente. O Art. 6 II 1 GG garante aos pais o cuidado e a educação de seus filhos como direito natural e abrange, em conjunto com o Art. 4 I e II GG, também o direito à educação dos filhos no sentido religioso e ideológico. Por isso, é assunto, em primeira linha, dos pais transmitirem aos seus filhos aquelas convicções em questões de crença e ideologia que eles reputem corretas (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]; 52, 223 [236]; 93, 1 [17]). A isso corresponde o direito dos pais de manterem os filhos longe de convicções que a eles pareçam erradas ou danosas (cf. BVerfGE 93, 1 [17]). Não obstante, o Art. 6 II GG não contém uma pretensão dos pais à educação exclusiva [de seus filhos]. Autonomamente e, em seu âmbito, ao mesmo nível ao lado dos pais, o Estado exerce, na Escola, um próprio mandato educacional, ao qual, segundo o Art. 7 I GG, se confia a fiscalização sobre toda a instituição escolar (cf. BVerfGE 34, 165 [183]; 41, 29 [44]; 108, 282 [301]).

Uma pretensão qualquer de manter os alunos crianças distantes da influência de tais funcionários de ensino, que seguem uma regra religiosa difundida, não pode, assim, ser derivada do direito fundamental dos pais, desde que, destarte, a liberdade negativa de crença e confessional das alunas e dos alunos não seja atingida. Também a liberdade negativa de crença dos pais, que aqui em conexão com o direito educacional dos pais pode desenvolver seu efeito, não garante que se evite a confrontação com a vestimenta com conotação religiosa

de docentes. Ela permite apenas a revelação da pertinência a outra religião ou ideologia. Da qual, entretanto, não parte um intencionado efeito de tomada de influência. Isso vale nos casos do tipo ora em pauta justamente porque não se trata de um comportamento dirigido por crença atribuível ao Estado, mas de um reconhecível exercício de direito fundamental individual.

(3) No mais, também o mandato educacional estatal (Art. 7 I GG), que deve ser cumprido mediante observância do dever de neutralidade religiosa e ideológica, não se opõe, genericamente, ao exercício da liberdade positiva de crença das educadoras por meio do traje de um lenço de cabeça islâmico. Ele poderá justificar uma proibição de tal comportamento externo que se deva a um mandamento de crença entendido, de modo plausível, como imperativo apenas quando puder ser verificado um perigo suficientemente concreto à paz escolar necessária ao cumprimento do mandato educacional ou à neutralidade estatal.

A *Grundgesetz* cria ao Estado como lar de todos os cidadãos no Art. 4 I, Art. 3 III 1, Art. 33 III GG, assim como por meio do Art. 136 I e IV e Art. 137 I WRV em conexão com o Art. 140 GG, o dever de neutralidade ideológica. Ela não permite a introdução de formas jurídicas estatal-canônicas e veda o privilégio de determinadas confissões, assim como a marginalização de membros de denominações outras (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; 93, 1 [17]). O Estado deve observar o tratamento orientado pelo princípio da igualdade das várias comunidades religiosas e ideológicas (cf. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 93, 1 [17]; 108, 282 [299 s.]) e não pode identificar-se com uma determinada comunidade religiosa (cf. BVerfGE 30, 415 [422]; 93, 1 [17]; 108, 282 [300]). O Estado liberal da *Grundgesetz* é caracterizado pela abertura diante da diversidade de convicções ideológico-religiosas e a embasa sobre uma imagem do ser humano que é marcada pela dignidade humana e pelo livre desenvolvimento da personalidade, em autodeterminação e autorresponsabilidade (cf. BVerfGE 41, 29 [50]; 108, 282 [300 s.]).

Por outro lado, a neutralidade ideológico-religiosa ordenada ao Estado não deve ser entendida como uma neutralidade distanciada no sentido de uma estrita separação entre Igreja e Estado, mas como posição aberta e transfronteiriça que fomente a liberdade de crença em todas as confissões com igual medida. O Art. 4 I e II 2 GG ordena também, em sentido positivo, assegurar o espaço para a atuação proativa da convicção de crença e para a realização da personalidade autônoma no âmbito religioso e ideológico (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 93, 1 [16]). O Estado não pode tão somente perpetrar uma objetiva tomada de influência a serviço de determinadas orientações políticas, confessionais ou ideológicas, ou se identificar com uma determinada crença ou com uma determinada ideologia com medidas que dele partam ou que devam ser a ele atribuídas expressa ou implicitamente e, destarte, ameaçar ele próprio a paz religiosa em uma sociedade (cf. BVerfGE 93, 1 [16 s.]; 108, 282 [300]). O princípio da neutralidade religiosa e ideológica impede ao Estado avaliar uma crença e doutrina de uma comunidade religiosa em si (cf. BVerfGE 33, 23 [29]; 137, 273 [305, nota à margem 88]).

Isso vale também para o âmbito da Escola providenciada pelo Estado para o qual, por sua natureza, ideias religiosas e ideológicas um dia foram relevantes (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]). Assim, não são excluídas, por exemplo, referências cristãs junto à configuração da escola pública; a Escola precisa ser aberta, no entanto, também para outros conteúdos e valores religiosos e ideológicos (cf. BVerfGE 41, 29 [51]; 52, 223 [236 s.]). Sendo possíveis referências a várias religiões e ideologias na configuração da escola pública, não será também

per se excluída pela visualização que surge meramente na aparência pessoal da pertinência religiosa ou ideológica de alguns docentes – independentemente de a qual religião ou ideologia seja relativa –, a neutralidade religiosa e ideológica ordenada ao Estado. Nessa abertura, mantém o Estado liberal da *Grundgesetz* sua neutralidade religiosa e ideológica (cf. BVerfGE 41, 29 [50]).

(4) (a) Partindo-se disso, uma proibição peremptória e vigente em todo o Estado-membro, ligada a uma mera ameaça aos bens protegidos elencados no § 57 IV 1 SchulG NW [que partiria] de uma manifestação religiosa – conforme a interpretação dada pelos tribunais trabalhistas nas decisões impugnadas –, em todo caso nas constelações fáticas aqui presentes, não é exigível das titulares do direito fundamental e reprime, de modo desproporcional, o direito fundamental delas à liberdade de crença. Isso porque, com o traje de um lenço de cabeça pelas educadoras individualmente consideradas, não se liga – diferentemente do que ocorre com a cruz ou crucifixo na sala de aula de responsabilidade estatal (cf. BVerfGE 93, 1 [15 ss.]) – uma identificação do Estado com uma determinada crença. Também uma classificação do comportamento religiosamente orientado das educadoras, segundo a qual tal comportamento poderia ser considerado como exemplar pela escola e, já por isso, como ameaçador ou estorvador da paz escolar ou da neutralidade estatal, não pode ser atribuída a uma correspondente permissão pela direção [da escola]. Além disso, vem à pauta que as Reclamantes prestam obediência a um mandamento considerado, plausivelmente, obrigatório. Com isso, sua liberdade de crença adquire, na ponderação com os direitos fundamentais das alunas e dos alunos, assim como dos pais – ponderação essa que deve garantir a neutralidade do Estado em termos religiosos e ideológicos – um peso mais elevado do que teria no caso de uma regra de crença que fosse [apenas] disponível.

(b) Algo diferente ocorre quando a aparência pessoal de funcionários de ensino levar a uma ameaça suficientemente concreta ou a um estorno da paz escolar ou da neutralidade estatal ou contribuir significativamente para tal. Isso seria imaginável em uma situação na qual fossem – especialmente por alunos mais velhos ou pais – veementemente defendidas posições muito controvertidas a respeito do correto comportamento religioso e [que essas posições] fossem de tal modo introduzidas na escola a ponto de afetar seriamente os processos escolares e o cumprimento do mandato educacional estatal, na medida em que a visibilidade de convicções religiosas e práticas de vestuário tivessem produzido ou potencializado esse conflito. Na presença de um perigo suficientemente concreto, assim fundamentado, é exigível das educadoras e dos educadores, titulares do direito fundamental, observando-se todos os bens jurídico-constitucionais contrapostos, que se mantenham afastados de um mandamento de vestuário entendido, de modo plausível, como obrigatório, a fim de se assegurar um cumprimento ordenado do mandato educacional estatal protetor, especialmente dos direitos fundamentais dos estudantes e dos pais, assim como do mandamento de neutralidade estatal. Entretanto, também nesse caso, a repartição pública deverá, primeiro, cogitar outra possibilidade de uso pedagógico com outras consequências.

(c) Quando em certas escolas ou distritos escolares for alcançada, por causa de situações substanciais de conflito sobre o correto comportamento religioso em âmbito específico, a fronteira para uma suficientemente concreta ameaça ou estorvo da paz escolar ou da neutralidade estatal em um número considerável de casos, então pode existir uma necessidade reconhecível jurídico-constitucionalmente de vedar manifestações religiosas não

apenas no caso particular concreto, mas também, em geral, em certas escolas ou distritos escolares por um determinado tempo. Tal situação pode ser considerada pelo legislador, nessa extensão, também preventivamente (cf. BVerfGE 108, 282 [306 s.]), por meio de soluções locais. No caso, o legislador, em especial nos grandes Estados-membros, tem a possibilidade de prever soluções diferenciadas, por exemplo, delimitadas espacial e temporalmente, se o caso, com a ajuda de uma suficientemente concreta competência legislativa para edição de decretos. Também, no caso, antes de tal regulamentação deve ser, no interesse dos direitos fundamentais dos atingidos, primeiro, cogitada uma possibilidade de método pedagógico de outra natureza.

Enquanto o legislador não elaborar para isso uma regulamentação diferenciada, um preterimento da liberdade de crença de docentes apenas poderá ser considerado como uma compensação adequada dos bens constitucionais em pauta se puder restar provado, ao menos, um perigo suficientemente concreto à neutralidade estatal ou à paz escolar. Isso vale, principalmente, diante do contexto de que é justamente a tarefa específica da escola comunitária classificada como “não confessional” transmitir às alunas e aos alunos tolerância também em face de outras religiões e ideologias, pois a escola deve ser aberta a conteúdos e valores cristãos, islâmicos e outros religiosos e ideológicos. Esse ideal precisa também ser vivenciado no interesse de uma realização igualitária e efetiva de direito fundamental. É o que vale também para o traje de roupas que remetam [o observador] a religiões, que são trajados [portanto] visivelmente, tais como ao lado do lenço de cabeça também, por exemplo, a kippa judaica⁵⁷ ou das vestes das freiras ou também para símbolos como a cruz.

4. O peso da liberdade de crença e ideologia dos recursos humanos da pedagogia, na escola comunitária não confessional, exige, assim, em todo caso para as constelações fáticas aqui presentes, uma interpretação conforme a Constituição do § 57 IV 1 SchulG NW, na extensão em que veda manifestações religiosas. Aqui, o atributo normativo da idoneidade a ameaçar ou estorvar a paz escolar ou a neutralidade estatal deve ser restringido, de tal sorte a ter de partir da manifestação religiosa não apenas um perigo abstrato, mas um perigo suficientemente concreto aos bens protegidos elencados no § 57 IV 1 SchulG NW. A presença do perigo concreto deve ser provada e fundamentada. O estar trajando um lenço de cabeça islâmico não representa, fundamentalmente, no caso ordinário, um perigo suficientemente concreto. Ainda não parte de tal traje em si um efeito de publicidade ou mesmo de caráter missionário. Um lenço de cabeça islâmico não é inusitado na Alemanha, mesmo que ele não seja usado pela maioria das mulheres muçulmanas (cf. Secretaria Federal para Migração e Foragidos [org.], *Muslimisches Leben in Deutschland – A Pedido da Conferência Alemã Islâmica*, 2009, p. 194 s.; Ministério do Trabalho, Integração e Assuntos Sociais do Estado-membro de *Nordrhein-Westfalen* [org.], *Muslimisches Leben in Nordrhein-Westfalen*, 2010, p. 93). Ele reflete-se diversamente no cotidiano social e no âmbito escolar. A perceptibilidade meramente visual deve ser tolerada na escola como consequência do exercício individual de direito fundamental, assim como não há, em princípio, pretensão jurídica a ser poupado da percepção de outras confissões religiosas ou ideológicas.

Uma interpretação restritiva do § 57 IV 1 SchulG NW é possível e ordenada por força constitucional. Ela serve a que se evite um descarte de norma e, assim, é devida sob o aspecto do resguardo tão grande quanto possível da legislação [como função típica precípua do

⁵⁷ A “quipá” é a típica cobertura de cabeça de homens judeus, um dos importantes símbolos da fé judaica.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Legislativo]. Ela leva em consideração que a norma também tenha outros âmbitos de aplicação que se distingam da presente configuração fática. No caso, pode se tratar de expressões verbais e um comportamento abertamente publicitário [de uma dada religião ou ideologia]. Aqui pode a norma proibitiva encontrar seu significado também em uma interpretação que abranja já o perigo abstrato. Não se contrapõe à interpretação restritiva que o legislador, geneticamente falando, tenha considerado a proibição de lenço de cabeça como um típico caso de aplicação da norma. Reconhece-se à norma tão somente um âmbito de aplicação menos abrangente.

5. Essas orientações para a interpretação valem, correspondentemente, para o § 57 IV 2 SchulG NW. A nele prevista idoneidade do comportamento exterior a suscitar, em alunas e alunos, assim como em pais, a impressão de que uma educadora ou um educador insurja-se contra a dignidade humana, o direito à igualdade segundo o Art. 3 GG, os direitos fundamentais de liberdade ou o ordenamento fundamental democrático-liberal, somente pode ser afirmada em face da aparência pessoal na presença de indícios suficientemente concretos a partir do horizonte de um observador objetivo. Todavia, em consideração às garantias jusfundamentais do Art. 4 I e II GG, é equivocado pensar que já o estar trajando um lenço de cabeça islâmico ou outra cobertura da cabeça que indique uma pertinência à crença seria, em si, um comportamento que pudesse, consoante o previsto no § 57 IV 2 SchulG NW, suscitar nos alunos e pais, sem mais, a impressão de que a pessoa que o traje esteja contra a dignidade humana, o direito à igualdade segundo o Art. 3 GG, os direitos fundamentais de liberdade ou o ordenamento fundamental democrático-liberal. Veda-se essa conclusão genérica. Quando o traje de um lenço de cabeça aparecer, por exemplo, como expressão de uma decisão individual por um vestuário, da tradição ou identidade (cf. BVerfGE 108, 282 [303 ss.]), ou se a mulher vestida revelar-se como sendo uma muçulmana que estritamente respeite as regras de sua crença, especialmente o mandamento de vestes por ela considerado obrigatório, não se pode, sem a complementação por outras circunstâncias, interpretar como um distanciamento dos princípios jurídico-constitucionais elencados no § 57 IV 2 SchulG NW. Também as correntes do islamismo que exigem o traje do lenço de cabeça como cumprimento do mandamento de vestes [...] não podem ser acusadas de incentivarem, aguardarem ou também só esperarem de seus membros uma atuação contra a dignidade humana, o direito à igualdade segundo o Art. 3 GG, os direitos fundamentais de liberdade ou o ordenamento democrático-liberal.

6. A exigência de uma interpretação restritiva dos Períodos 1 e 2 do § 57 IV SchulG NW também deve ser mantida na extensão em que eles devam ser, segundo o § 58, 2 SchulG NW, correspondentemente aplicados aos [demais] funcionários educadores e assistentes sociais. Porque os outros profissionais da educação e da assistência social são, de maneira comparável, integrados ao cotidiano escolar e ao cumprimento do mandato educacional estatal, não pode valer para eles nada diferente.

7. As decisões impugnadas das instâncias ordinárias, nomeadamente aquelas do Tribunal Federal do Trabalho, não atendem às exigências da interpretação conforme a Constituição restritiva; elas consideraram tal interpretação como não necessária.

[...].

Nos dois processos originários, não partiram de uma compreensão da regulamentação legal correta que levasse suficientemente em consideração o direito fundamental à liberdade de crença das Reclamantes [...].

Portanto, as decisões impugnadas violam o direito fundamental das Reclamantes decorrente do Art. 4 I e II GG.

III.

O outro vício jurídico-constitucional levantado pelas Reclamantes do Período 3 do § 57 IV SchulG NW é fundamentado. A regra parcial no Período 3 da norma, querida pelo legislador como uma outorga de privilégio em prol da representação de tradições ou valores educacionais e culturais cristãos e ocidentais, representa uma desvantagem violadora da igualdade por razões de crença ou convicções religiosas (Art. 3 III 1, Art. 33 III GG). Essa violação constitucional consolidou-se nas decisões impugnadas. Essas decisões podem até não ser baseadas no Período 3 do § 57 IV SchulG NW porque o Período 3 não tem aplicabilidade no caso de ambas as Reclamantes muçulmanas. Entretanto, justamente a exclusão da outorga de privilégio prevista no Período 3 tem por consequência que também ambas as decisões a serem concretamente avaliadas prejudicaram as Reclamantes de modo inconstitucional. Caso as Reclamantes desfrutassem do privilégio, elas não estariam sujeitas às sanções justrabalhistas baseadas no § 57 IV 1 e 2 SchulG NW. A regra do § 57 IV 1 e 2 SchulG NW, assim como as decisões impugnadas, permanecem, entretanto, intocadas nesse quesito. O § 57 IV SchulG NW não é como um todo inconstitucional na aqui perpetrada interpretação conforme a Constituição.

1. O § 57 IV 3 SchulG NW conduz a uma desvantagem de membros de outras religiões, que não sejam as religiões judaico-cristãs, que não pode ser justificada jurídico-constitucionalmente.

a) O Art. 3 III 1 GG exige que ninguém seja beneficiado ou prejudicado por causa de sua crença ou de suas confissões religiosas. A norma fortalece o princípio geral da igualdade do Art. 3 I GG e a liberdade de crença protegida pelo Art. 4 I e II GG. Segundo o Art. 33 III 2 GG, não pode ser infligido a um titular de função pública uma desvantagem por conta de sua pertinência ou não a uma consciência ou a uma ideologia.

[...].

b) A concepção do § 57 IV SchulG NW deveria, segundo as ideias que foram defendidas no processo legislativo (cf. LTDrucks. 13/4564, p. 8; 14/569, p. 9), no Período 3 do [referido] dispositivo legal, provocar uma dispensa da proibição de manifestações religiosas externas do Período 1 e, com isso, um tratamento desigual imediato por razões de religião. As Reclamantes afirmam, de modo plausível, que a regra do § 57 IV SchulG NW teria o propósito de tratar a cobertura da cabeça trajada por razões religiosas de modo diferente do que daquelas peças de roupa de conotação religiosa que fossem trajadas por membros de confissões cristãs e tais do judaísmo. Esse juízo é comprovado por meio de nomeados materiais do processo legislativo (veja a seguir, sob d).

c) Tal tratamento desigual não é justificável jurídico-constitucionalmente. Caso sejam proibidas manifestações pelos funcionários de pedagogia na escola, isso deve ocorrer em princípio sem diferenças. Não podem ser vislumbradas razões convincentes para a desvantagem daquelas manifestações religiosas que não estejam relacionadas com as tradições e valores culturais cristãos ocidentais. Quando de um determinado comportamento exterior puder partir, por exemplo, uma especial força sugestiva doutrinante, isso será, sem mais, considerado por intermédio da proibição do Período 1 do § 57 IV SchulG NW, na interpretação conforme a Constituição restritiva ordenada por força constitucional. Quando se afirma, isoladamente, na literatura especializada, que no traje de um lenço de cabeça islâmico

seria visto, a partir do horizonte do observador objetivo, um sinal da defesa de um abrangente e também jurídico tratamento desigual entre o homem e a mulher por se colocar, assim, em xeque também a idoneidade a profissões pedagógicas das mulheres assim trajadas (cf., por exemplo: Bertrams, DVBI 2003, p. 1225 [1232 ss.]; Hufen, NVwZ 2004, p. 575 [576]; Kokott, Der Staat 2005, p. 343 [355 ss.]; Rademacher, Das Kreuz mit dem Kopftuch, 2005, p. 24), então veda-se uma conclusão de tal generalidade (veja, acima: **B.II.5.**). Tal suposto fundamento de justificação tem de, além disso, já ser descartado pelo fato de, em uma visão generalizadora, de modo algum poder ser oferecida uma razão diferenciadora para todos os valores culturais e tradições não cristãos ocidentais.

Tampouco surgem possibilidades de justificação convincentes para uma prerrogativa de manifestações religiosas ancoradas no cristianismo e no judaísmo. Para o cumprimento do mandato educacional, tal qual descrito no Art. 7 I e Art. 12 III da Constituição do Estado-membro de *Nordrhein-Westfalen*, não se justifica beneficiar titulares de função pública de uma determinada religião quando da criação de deveres funcionais. [...].

d) Uma interpretação conforme a Constituição restritiva do Período 3 do § 57 IV SchulG NW, tal qual fez o Tribunal Federal do Trabalho para a prevenção de uma desvantagem inconstitucional por razões religiosas, não é possível. Ela ultrapassaria as fronteiras da interpretação normativa conforme a Constituição e seria não mais compatível com o vínculo do Judiciário à lei (Art. 20 III GG).

A interpretação conforme a Constituição encontra seus limites quando ela incorrer em contradição com uma vontade do legislador que seja claramente reconhecível. O respeito pelo legislador democraticamente legitimado veda que, no processo interpretativo, atribua-se a uma lei unívoca um sentido que, de acordo com sua teleologia e teor, tenha um sentido contrário àquele [únivoco da lei] ou redefina-se praticamente todo o conteúdo normativo de um dispositivo (cf. BVerfGE 90, 263 [274 s.]; 119, 247 [274]; 128, 193 [209 ss.]; 132, 99 [127 ss.]).

O Tribunal Federal do Trabalho baseou-se no reconhecimento de que a "representação" de valores educacionais e culturais cristãos e ocidentais no sentido do Período 3 não poderia ser equiparada à "manifestação" de uma confissão individual no sentido do Período 1. No mais, o conceito de "cristão" caracterizaria [segundo aquele tribunal] um mundo axiológico desconectado de conteúdos de crença, surgidos da tradição da cultura cristã ocidental que, de modo reconhecível, também embasaria a *Grundgesetz* e reivindicaria vigência, independentemente de seu alicerce religioso.

O uso linguístico diferente no Período 1 ("manifestações") e no Período 3 ("representação") pode até fornecer uma tese para a interpretação encontrada pelo Tribunal Federal do Trabalho. Também o legislador estadual tinha consciência, conforme ia avançando o processamento do projeto de lei, da possibilidade de uma interpretação restritiva nesse sentido. Isso porque antes da promulgação definitiva pelo Parlamento Estadual, o Tribunal Federal Administrativo chegou a uma conclusão hermenêutica semelhante em relação a uma regulamentação legal estadual comparável (§ 38 II SchulG BW) em *Baden-Württemberg* (cf. BVerwGE 121, 140 [147, 150]). Em um parecer em face do Parlamento Estadual, o Governo Estadual de *Nordrhein-Westfalen* defendeu, à época, a tese de que a decisão do Tribunal Federal Administrativo não deveria ser entendida como se existissem dúvidas na

constitucionalidade do projeto como um todo. Em questão estaria tão somente uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo (LT-Vorlage 14/463, p. 2).

Não obstante, foi atribuída, igualmente como ocorreu com os promotores da lei nos passos seguintes do processo legislativo, em todo caso, a intenção de não chegar a uma regra que, por exemplo, devesse proibir a educadoras o ministério de aulas em um hábito de ordem religiosa ou o traje da kippa judaica (LTDruks 14/569, p. 9). Nesse ponto, o legislador baseou, de modo procedente e expresso, a regra do § 57 IV 3 SchulG NW na proibição de manifestação do Período 1 e a construiu como uma exceção técnico-legislativamente falando. Esse entendimento é fortalecido pelo fato de o Período 3 até mencionar, em seu teor como um todo, o mandato educacional da Constituição estadual, mas então excepcionar da proibição de comportamento do Período apenas a correspondente representação de tradições ou valores educacionais e culturais cristãos ocidentais. Por sua vez, a abertura paralela e expressamente mencionada no teor do dispositivo constitucional também para outras convicções religiosas e ideológicas do Art. 12 III 1 Verf. NW foi deixada de lado e não mais apareceu. Tudo isso torna claro que a interpretação restritiva da norma pelo Tribunal Federal do Trabalho em verdade redefine seu conteúdo normativo e, assim, também não mais corresponde à vontade do legislador, que apareceu no processo legislativo de modo claramente reconhecível. Essa vontade não se modificou por meio da discussão da possibilidade de outra interpretação ocorrida antes da conclusão do processo legislativo; a [mencionada] possibilidade faz tão somente reconhecer que o Parlamento Estadual estava consciente do risco jurídico-constitucional.

Na interpretação escolhida pelo Tribunal Federal do Trabalho, a regra do § 57 IV 3 SchulG NW cumpre, no máximo, uma função esclarecedora. A representação de tradições e valores culturais cristãos ocidentais revela-se, nessa interpretação, já de acordo com sua essência, como sendo algo, de plano, diferente da proibida manifestação de uma compreensão religiosa individual. Então, não seria necessária, todavia, a regra de exceção criada no Período 3, segundo a qual tal representação não teria de contrariar o mandamento de comportamento do Período 1. A verificação legal da admissibilidade de conteúdos de ensino apartados de tal mera representação de conteúdos de crença não se insere sistematicamente no contexto normativo do Período 1. No presente contexto normativo, no entendimento do Tribunal Federal do Trabalho, o Período 3 não tem mais conteúdo normativo que pareça ter sentido [autônomo]. Apesar disso, permanece, por essa interpretação, vigente uma norma que, por outro entendimento possível segundo seu teor, poderia ser compreendida como abertura para uma práxis administrativa discriminatória e cuja falta de precisão em relação a ela tenha sido conscientemente aceita no processo legislativo.

Mas, se a tese do Tribunal Federal do Trabalho falha, destarte, na aferição dos limites da interpretação conforme a Constituição, então resta provado que o § 57 IV 3 SchulG NW conduz a uma desvantagem violadora da igualdade por razões de crença que não tem como ser justificada.

2. O [próprio, e não apenas sua interpretação] § 57 IV 3 SchulG NW deve ser, segundo o discorrido, declarado incompatível com o Art. 3 III 1, Art. 33 III GG e nulo. As decisões impugnadas baseiam-se também nessa norma (a respeito: **III.**, antes de **1.**).

IV.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Na interpretação aqui ordenada por força jurídico-constitucional, a regra do § 57 IV (quando o caso c.c. o § 58, 2) SchulG NW, na extensão em que se refira às manifestações religiosas por meio da aparência pessoal de docentes, não se choca contra outros direitos fundamentais ou direito federal (Art. 31 GG); ela é compatível especialmente com os dispositivos que venham à pauta da Lei Geral de Tratamento Igualitário (AGG) e com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

1. Sob a medida da interpretação, ordenada à luz da liberdade de crença e de ideologia dos docentes, da proibição de manifestações religiosas por meio da aparência pessoal não se encontra, no momento, mais relevantes dúvidas jurídico-constitucionais na regra mediatamente apresentada ao exame (§ 57 IV, § 58, 2 SchulG NW).

a) Outros direitos fundamentais não garantem aqui uma proteção mais ampla do que a que deriva do Art. 4 I e II GG, assim como do Art. 3 III 1 e do Art. 33 III GG. [...].

b) O § 57 IV 1 SchulG NW não viola, [desde que se perpetre a] na ordenada interpretação restritiva, o mandamento de tratamento igualitário em razão de gênero. [...] .

[...].

c) A apelação da Reclamante a uma confiança fundada sobre sua contratação no serviço público escolar não revela deficiências relevantes, jurídico-constitucionalmente. [...].

d) O § 57 IV (quando o caso, c.c. o § 58, 2) SchulG NW é, na interpretação aqui ordenada jurídico-constitucionalmente, como norma estadual, compatível com o resto do direito federal e, por isso, também sob esse aspecto, não pode ser afastada por força constitucional (Art. 31 GG; cf. BVerfGE 80, 137 [153]). Uma extravagante violação dos direitos fundamentais das Reclamantes nesse quesito fica, portanto, fora de cogitação. A regra está, nessa interpretação, em harmonia tanto com o Art. 9 e o Art. 14 EMRK quanto, igualmente, com o § 7 I e § 8 I AGG.

aa) Uma violação de garantias da Convenção Europeia de Direitos Humanos não está presente. (1)-(2) [...].

bb) Tampouco violam as ora colocadas em pauta regulamentações legal-escolares estaduais, na aqui ordenada interpretação restritiva, as proibições de discriminação da Lei Federal Geral de Proteção Igualitária.

[...].

2. Não é necessária aqui uma discussão mais pormenorizada com a questão de saber se o Tribunal Federal do Trabalho, na qualidade de última instância ordinária, retirou das Reclamantes seu juiz natural (Art. 101 I 2 GG), na medida em que deixou de apresentar [a questão] à Corte de Justiça da União Europeia segundo o Art. 267 III AEUV. As decisões tomadas pelo Tribunal Federal do Trabalho revelam-se como não compatíveis com a *Grundgesetz* já por outras razões.

V.

Assim, a norma do § 57 IV 3 SchulG NW deve ser declarada incompatível com o Art. 3 III e o Art. 33 III GG e nula (§ 95 III BVerfGG). As decisões impugnadas dos juízos trabalhistas [de primeira instância] violam, cada qual, o direito fundamental das Reclamantes derivado do Art. 4 I e II GG. Suspendem-se as decisões dos Tribunais Estaduais do Trabalho e do Tribunal Federal do Trabalho. O Senado remete as matérias, cada qual, ao Tribunal Estadual do Trabalho [competente e atuantes no respectivo processo originário] (§ 95 II BVerfGG). Desse modo, abre-se, na instância de apreciação dos fatos, a possibilidade de verificações [comprovações fáticas] complementares, a fim de se poder aplicar a elas com base em uma

interpretação conforme a Constituição do § 57 IV SchulG NW uma nova avaliação com fulcro no direito ordinário.

C.

A decisão sobre as custas baseia-se no § 34a II e III BVerfGG.

A Decisão foi tomada por maioria de 6 votos a 2.

Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing, Paulus, Hermanns, Baer e Britz

Opinião divergente do Juiz Schluckebier e da Juíza Hermanns

Sobre a Decisão do Primeiro Senado de 27 de janeiro de 2015 – 1 BvR 471, 1181/10 –

Não podemos anuir à Decisão em amplas partes da conclusão e da fundamentação.

A interpretação restritiva do § 57 IV 1 SchulG NW exigida pelo Senado⁵⁸ constitui-se da tese de que apenas um perigo suficientemente concreto à paz escolar e neutralidade estatal teria o condão de justificar uma proibição de manifestações religiosas por meio da aparência pessoal de educadores, quando se tratar da obediência a um mandamento religioso entendido como imperativo. Essa interpretação atribui àqueles bens jurídicos de nível constitucional contrários aos direitos fundamentais individuais dos educadores um peso muito ínfimo no exame de proporcionalidade. A Decisão [em tela] ignora o significado do mandato educacional estatal, que deve ser cumprido mediante a observância do dever à neutralidade religiosa e ideológica, assim como ignora a proteção dos direitos educacionais dos pais e da liberdade negativa de crença dos alunos. Ao mesmo tempo, o Senado, desse modo, reduz, de modo inaceitável, a margem de ação do legislador estadual em matéria escolar na configuração da relação multipolar de direito fundamental que caracteriza, de modo específico, justamente a escola pública não confessional. Assim, o Senado distancia-se também das medidas e indicações da assim chamada Decisão *Kopftuch I*,⁵⁹ do Segundo Senado, de 24 de setembro de 2003 (BVerfGE 108, 282), que concede ao legislador estadual em matéria escolar justamente a tarefa de disciplinar legalmente, para o âmbito da escola pública, em que extensão ele permitirá referências religiosas na escola ou as retirará da escola por causa de uma compreensão estrita da neutralidade. Segundo nosso entendimento, a proibição pretendida pelo legislador estadual em matéria escolar de *Nordrhein-Westfalen* por conta de uma ameaça já abstrata à paz escolar e neutralidade a partir de aptas manifestações na forma da apresentação pessoal de educadores não pode ser impugnada jurídico-constitucionalmente. No entanto, deve tratar-se, no caso de manifestações por meio da conduta de trajar roupa com conotação religiosa, as quais devam ser consideradas aptas a ameaçar os bens jurídicos protegidos, de manifestações com grande força de expressão religiosa (a respeito: I.). Diferentemente do que afirma o Senado, o Período 3 do § 57 IV SchulG NW, que fixa o mandato educacional das escolas em conformidade com a Constituição Estadual de *Nordrhein-Westfalen* e a correspondente representação de tradições e valores educacionais e culturais cristãos ocidentais, não contesta o mandamento de comportamento consonante ao Período na interpretação a ele dada pelo Tribunal Federal do Trabalho, que não está equivocada. Essa interpretação, que se liga à jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo, fica dentro dos

⁵⁸ “Senado” aqui é órgão judicante do TCF responsável pela Decisão. Seria correspondente às turmas dos tribunais superiores brasileiros, mas as peculiaridades são tantas como, por exemplo, a vigência do chamado “princípio senatorial” que torna cogente a tradução fiel ao original. A respeito, v. Martins (2018, p. 8 s.).

⁵⁹ Cf. VerfGE 108, 282. No cap. 6 (**Decisão # 34.**), foi analisada a segunda Decisão do TCF sobre a constitucionalidade da proibição do uso do lenço de cabeça islâmico em salas de aula de escolas públicas não confessionais.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

limites do vínculo do Judiciário à lei (Art. 20 III GG). Assim como, com isso, não está presente uma dispensa a religiões cristãs e judaicas da proibição de manifestação do Período 1 no § 57 IV SchulG NW e, desse modo, não havendo um privilégio – que seria também segundo nosso entendimento violador da igualdade –, também assim não existe uma razão para declarar a regra parcial do Período 3 como inconstitucional e nula (a respeito: II.).

Na sequência, também não há contra as normas impugnadas do § 57 IV SchulG NW procedentes preocupações, as quais poderiam resultar de outros direitos fundamentais das Reclamantes, dos dispositivos da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, assim como de normas federais da Lei Geral de Tratamento Igualitário (a respeito: III.). Em sede de conclusão, deveria ser, por isso, considerada procedente, no máximo, a Reclamação Constitucional relativa à Reclamante I porque a cobertura de cabeça por ela trajada (gorro de algodão e cachecol da mesma cor) no campo específico da escola não poderia, sem mais, ser interpretável como manifestação religiosa. A Reclamação Constitucional relativa à Reclamante II parece-nos, pelo contrário, improcedente segundo os parâmetros retro mencionados (a respeito: IV.).

I.

A proibição pretendida pelo legislador estadual em matéria escolar de *Nordrhein-Westfalen* de manifestações religiosas também mediante a forma de apresentação de educadores consoante o § 57 IV 1 SchulG NW, quando essas manifestações forem idôneas a ameaçar ou a estorvar a paz escolar ou a neutralidade estatal, não deve ser objetada jurídico-constitucionalmente, desde que o efeito de manifestação seja suficientemente forte. Uma interpretação restritiva da norma, pela qual a proibição na constelação aqui presente exigir um perigo suficientemente concreto aos bens protegidos, não é ordenada por força constitucional. Ao contrário: na relação de direito fundamental multipolar que, na escola, deve ser trazida a uma compensação [entre posições contrárias], a interpretação em apreço atribui um peso muito diminuto ao direito educacional dos pais e à liberdade negativa de crença dos alunos, assim como ao mandato educacional estatal, que deve ser cumprido pela manutenção do dever à neutralidade religiosa e ideológica em relação à liberdade de crença dos educadores. E ela reduz a margem de configuração do legislador. É possível ao legislador proibir tais manifestações dentro do quadro dessa margem de configuração já em caso de perigo apenas abstrato aos bens jurídicos protegidos.

1. A escola comunitária pública não confessional é caracterizada pelo encontro de diferentes convicções de crença de educadores, alunos e pais, cuja garantia de liberdade abrange no cotidiano também o estar trajando roupa de conotação religiosa. O mandato educacional do Estado, que ele tem de cumprir com neutralidade incentivadora e benevolente diante das diferentes correntes religiosas e ideológicas, tendo em vista os educadores que façam uso, na escola, de sua liberdade de crença individual, exige para a configuração [legislativa] uma compensação entre as posições jurídico-constitucionais afetadas que seja adequada e suave. Nas questões essenciais, o legislador deve fornecer essa compensação. Segundo a jurisprudência até hoje praticada do Tribunal Constitucional Federal, dever-se-ia partir do dado de que a *Grundgesetz* deixa aos Estados-membros no setor escolar uma ampla liberdade de configuração. Também em relação ao caráter religioso-ideológico das escolas públicas, o Art. 7 GG tem em vista, destarte, a autonomia ampla dos Estados-membros e, dentro do quadro de sua hegemonia escolar, deixa-lhes a livre configuração, em princípio, da escola

privada (nesse sentido, por último: BVerfGE 108, 282 [302, 310 ss.]; veja também: BVerfGE 41, 29 [44 s.]; 52, 223 [242 s.]). Essa grande liberdade de conformação até hoje concedida para o setor escolar encerra, segundo a Decisão do Segundo Senado de 24 de setembro de 2003 (BVerfGE 108, 282), na configuração do mandato educacional, a possibilidade de dar à neutralidade estatal no âmbito escolar um significado mais estrito e mais distanciado do que o dado até hoje e, nesse sentido, também de manter distante dos alunos referências religiosas transmitidas, entre outras, por meio da aparência pessoal de um funcionário de ensino, a fim de se evitar, de plano, conflitos com alunos, pais ou outros funcionários de ensino (cf. BVerfGE 108, 282 [310]). Assim, é matéria, primeiro, do legislador decidir como ele conseguirá a compensação preservadora na configuração do mandato educacional na relação de direito fundamental multipolarizada da escola. No caso, ele poderá permitir, em larga medida, referências religiosas na escola comunitária não confessional (cf. BVerfGE 52, 223 – *Schulgebet*); ele poderá, no entanto, também – excepcionando-se a garantia da aula de religião (Art. 7 III GG) – deixá-las, em larga medida, fora da escola. Caso o legislador estadual decida-se – por exemplo, em consideração à crescente diversidade cultural e religiosa – por uma restrição da quantidade de referências religiosas na escola comunitária, então caberá a ele – justamente baseado no comportamento de seus educadores – de modo aberto, combater já preventivamente possíveis tomadas de influência sobre alunas e alunos, a fim de serem evitados, de plano, conflitos não improváveis entre educadores e alunos, assim como entre seus pais, mas também dentro do próprio corpo estudantil (cf. BVerfGE 108, 282 [307, 309, 310]).

Essas medidas, das quais o Segundo Senado na Decisão citada pelo menos se aproximou, ainda que o agora chamado a decidir Primeiro Senado tenha-nas, tacitamente, avaliado como não relevantes para a [presente] Decisão, deveriam ser trazidas à pauta, segundo nosso entendimento, também no interesse de uma jurisprudência constitucional previsível. Com efeito, o legislador estadual em matéria escolar que, como no presente caso em *Nordrhein-Westfalen*, tomou por ensejo de sua correspondente regulamentação legal a Decisão do Segundo Senado do ano de 2003 (BVerfGE 108, 282), partiu exatamente desse entendimento sedimentado naquela Decisão. Em várias audiências pelas comissões parlamentares estaduais também de outros Estados-membros que à época ocuparam-se das consequências da Decisão do Segundo Senado, foi correspondentemente considerada como permitida jurídico-constitucionalmente uma proibição do traje de peças de roupa com conotação religiosa, geral e válida para todas as regiões, no serviço público escolar (cf., por exemplo: Muckel, Landtag Nordrhein-Westfalen, Ata de Comissão 14/137, p. 12 ss.; Oebbecke, Landtag Nordrhein-Westfalen, Posfácio 13/3910, p. 5, assim como o Parecer 14/0184, p. 1; no mais Baer/Wrase, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Boletim 15/4513, p. 5; Masing, Bayerischer Landtag, 15. Sessão Legislativa, Comissões, Ata das discussões orais de 15 de junho de 2004, p. 12-14).

O entendimento intencionado pelo legislador da norma utilizada pelo Tribunal Federal do Trabalho em sua interpretação nos processos originários, segundo a qual já bastaria um perigo abstrato à paz escolar e à neutralidade estatal para embasar uma vedação de manifestação religiosa, também está em consonância com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ele reconheceu aos países membros uma elevada margem de avaliação e, em face das assim chamadas proibições do lenço de cabeça, sublinhou que deveria ter a liberdade religiosa de um docente um peso diminuto na ponderação por causa de seu status

diferenciado como "representative of the state". Ele também considerou não relevante identificar a existência ou não de indícios concretos de uma ameaça aos direitos dos alunos na situação do caso particular. Suficiente seria, pelo contrário, que tais efeitos não pudessem ser excluídos. Em relação ao estar trajando símbolos religiosos, isso poderia ser, então, verificado naqueles casos em que se tratasse de fortes sinais externos (cf. somente: EGMR, Dahlab v. Schweiz, Decisão de 15 de dezembro de 2001, n. 42393/98, NJW 2001, p. 2871 [2873]).

2. Consideramos não convincente a qualificação em que se pauta o Senado em seu exame de proporcionalidade sobre essa base, nomeadamente, dos textos na Decisão do Segundo Senado de 24 de setembro de 2003 (BVerfGE 108, 282). Pelo contrário, o legislador estadual em matéria escolar vale-se de boas e convincentes razões para considerar suficiente o perigo apenas abstrato à paz escolar e à neutralidade estatal para [embasar] a proibição geral em tela de manifestações religiosas também mediante a aparência pessoal. Tal solução para a execução do objetivo legítimo perseguido pelo legislador também deve ser julgada como adequada e exigível.

a) O Senado parte da tese de que o estar trajando uma roupa com conotação religiosa por educadores que, no círculo social, é percebida como manifestação religiosa, seria, de modo reconhecível, um exercício de direito fundamental. O olhar [sobre o traje] esgotar-se-ia na percepção visual e não teria como finalidade afetar de plano a liberdade negativa de crença e o direito fundamental dos pais. Também não poderia o estar trajando, por exemplo, um lenço de cabeça islâmico por educadoras ser considerado como exemplar [como necessariamente algo a ser seguido]. No mais, não haveria uma pretensão jurídica à preservação em face do exercício de direito fundamental individual de outros, enquanto isso não implicar um intencionado efeito de influência.

Assim comprehende e sopesa apenas insuficientemente o fato de que foram atingidos alunas e alunos em sua liberdade negativa de crença, assim como os pais em seu direito fundamental parental. Consideramos essa avaliação como não correspondente à realidade. Ela descuida do fato de ser a relação alunos-educadores uma específica relação de dependência, à qual estão submetidos alunos e pais de modo inevitável e não apenas de modo fugaz. O grau do comprometimento diferencia-se, fundamentalmente, daquele existente no cotidiano social, quando do encontro de várias crenças e manifestações religiosas, e com o qual as pessoas lidam na sociedade pluralista e que elas têm de tolerar, mesmo quando elas puderem, no caso particular, por exemplo, no espaço público, dele escapar apenas marginalmente. Em todo caso, tais encontros [indesejados] são em regra apenas pontuais e de curta duração. Já isso os diferencia do choque e confrontação na escola em relação à qual os alunos não podem escapar e, no caso de não participação na aula, podendo [seu comportamento] ser até mesmo sancionado. Alunos não podem aqui, portanto, evadir-se dos docentes e de suas convicções. Além disso, é tarefa dos docentes ensinar, educar, aconselhar, avaliar, fiscalizar e orientar alunas e alunos (§ 57 I SchulG NW). Daí torna-se clara também a especial relação de dependência [recíproca] entre educadores e alunos, que se encontram entre uma transferência e uma conclusão da formação escolar exitosa. Já por isso, eles não podem ser comparados com quaisquer pessoas da sociedade que sejam tão somente olhadas pelas alunas e pelos alunos e cujos entendimentos eles precisam tolerar. Pelo contrário, eles aparecem na escola como pessoas de autoridade. Isso vale também para funcionários assistentes sociais, a quem se confia a solução de conflitos escolares (cf. § 58, 2 SchulG NW).

Isso dá condições a um estado de vulnerabilidade muito mais forte em face de manifestações religiosas do que é o caso das contraposições do cotidiano social. Ambos não são comparáveis.

b) No mais, cabe aos educadores, nas suas relações com as alunas e os alunos havidas na escola, uma função de ser exemplo. A pretendida influência educacional provoca, em regra, nos alunos e, indiretamente, também nos pais, alguma forma de reação. De manifestações religiosas por meio do traje de roupa com conotação religiosa parte – independentemente da idade das alunas e dos alunos atingidos – não necessariamente, mas cuja possibilidade, em todo caso, não pode ser excluída, certo efeito apelativo, seja no sentido de que esse comportamento deva ser entendido e recebido como exemplar e digno de ser seguido, seja porque deva ser ele decisivamente rejeitado. Nesse contexto, deve ser ponderado que a educação escolar não serve apenas à aquisição de técnicas culturais elementares e ao desenvolvimento de capacidades cognoscitivas. Ela deve provocar também o desenvolvimento das capacidades emocionais e afetivas dos alunos. O que acontece na escola tem a finalidade de fomentar, de modo abrangente, o desenvolvimento da sua personalidade, influenciando, especialmente, o comportamento social. A execução disso é tarefa dos educadores (cf. § 57 I SchulG NW). O comportamento deles, como também a observância de determinadas regras de vestuário religiosas, atinge pessoas que por conta de sua juventude ainda não têm suas opiniões consolidadas, que devem ainda aprender [a desenvolver] o senso crítico e a formar opiniões próprias e, por isso, são muito facilmente acessíveis em termos de sofrerem uma influência mental (assim, o Senado em: BVerfGE 93, 1 [20] – *Kruzifix*; cf. também BVerfGE 52, 223 [249]). Toda vez que docentes estiverem pessoalmente envolvidos, será possível uma discussão realmente aberta sobre a observância de regras religiosas de vestimentas e práticas, no máximo [na melhor das hipóteses] de modo limitado por conta da relação específica de dependência na escola.

Por fim, o traje de roupa com conotação religiosa por parte de educadores pode levar a conflitos entre os alunos e pais, além de fomentá-los. Isso é possível principalmente quando os envolvidos pertencerem a várias similares correntes de crença, nas quais dominem, todavia, em relação a determinadas regras religiosas – como, por exemplo, no caso do mandamento de cobertura do corpo – diferentes entendimentos sobre o “correto” comportamento dirigido por crença. Mesmo quando tais manifestações religiosas necessariamente não tenham de levar a uma afetação da liberdade negativa de crença e do direito fundamental de pais, existe por essa perspectiva com certeza um elevado risco. O legislador pode, por isso, atribuir à proteção desses direitos fundamentais um considerável peso na ponderação.

c) Os educadores até gozam de sua liberdade de crença individual. Ao mesmo tempo, eles são funcionários públicos e assim obrigados à neutralidade estatal a ser fomentada também sob o aspecto religioso. Isso porque o Estado não pode agir como um ente anônimo, mas somente por seus funcionários públicos e seus educadores. Estes são seus representantes. A obrigação do Estado à neutralidade não pode, portanto, ser outra que não uma obrigação de seus funcionários à neutralidade. Para os educadores na escola, como indivíduos, é obrigatório, de modo diferente do que acontece com um indivíduo nos contextos exclusivamente sociais, ser reservado em sede de manifestações religiosas se suas convicções no desempenho do mandato educacional estatal colidirem com direitos fundamentais de outrem. Isso vale tanto para manifestações religiosas, como, igualmente, para manifestações políticas, que

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

certamente devam ser classificadas sob os direitos fundamentais que se submetem à reserva legal, [quais sejam] à liberdade de opinião e à liberdade geral de ação.⁶⁰

d) O legislador pôde basear-se junto à sua decisão por uma proibição, em grande medida preventiva, também no entendimento largamente consensual de educadores especialistas – ligado à Decisão Kopftuch I, do Segundo Senado (BVerfGE 108, 282), – defendido à época nas audiências públicas nos vários parlamentos estaduais. Assim, enfatizou, por exemplo, o presidente da Associação de Diretores Escolares, em uma audiência pretérita a uma regulamentação legal estadual em matéria escolar no Parlamento de *Baden-Württemberg*, que alunas e alunos de determinadas faixas etárias seriam abordados e direta ou indiretamente influenciados pela personalidade dos funcionários de ensino, da qual também faria parte a aparência pessoal. Nesse contexto, leu uma declaração do Conselho Estudantil Estadual e destacou que, por ocasião da anteriormente ocorrida Conferência Federal de todas as direções de escola, teria sido composta uma declaração unânime a respeito. Essa teria tido também como conteúdo [o reconhecimento de que] a problemática não deveria ser, de maneira alguma, deixada para as escolas em particular, mas que o legislador deveria encontrar uma solução geral (Rainer Mack, 13. Sessão Legislativa de *Baden-Württemberg*, Comissão para Assuntos Escolares e outras, 12 de março de 2004, p. 101 ss.). Essa visão correspondeu a pareceres da Confederação de Diretores Escolares de *Schleswig-Holstein* e da Associação dos Funcionários da Fiscalização Escolar do Estado-membro de *Hessen* nos processos legislativos de lá. Neles, destacou-se, de maneira clara, que, caso fosse elaborada uma regulamentação, seria um consenso que não poderia ser prevista uma decisão particular na escola *in loco*, porque ela traria um elevado potencial de conflito (Parlamento de *Hessen*, Relatório Conclusivo da Comissão KPA/16/14, p. 283; Parlamento de *Schleswig-Holstein*, edição 15/4472). Igualmente, encontram-se pareceres no processo de audiência do Parlamento de *Nordrhein-Westfalen*, nos quais são referidos especialmente também problemas em escolas do ensino fundamental e em escolas técnicas, tendo em vista as várias correntes e concepções de alunos islâmicos e pais em sua relação com o pessoal de ensino. Justamente entre essas alunas e esses alunos e seus pais existiriam discussões sobre “a correta devoção”. Uma regulamentação unificada em todo o Estado-membro seria necessária para que não precise cada escola atingida resolver ela mesma esses tipos de conflito (cf., por exemplo: Parlamento Estadual de *Nordrhein-Westfalen*, Comissão Principal e outras. Ata de Comissões 13/1218 de 6 de maio de 2004, p. 43, 44, 46 ss. [Klaus Thören, Felizitas Reinert]; Posfácio 13/3912 de 29 de abril de 2004, p. 1 [Felizitas Reinert]; Comissão Principal entre outras, Ata de Comissões 14/137 de 9 de março de 2006, p. 40 s. [Klaus Thören]).

Esses pareceres clarificam o significado de uma proibição geral de manifestações religiosas, unificada, a ter vigência em todo o Estado-membro, pressupondo-se um perigo já abstrato à paz escolar e à neutralidade estatal. No mais, é óbvio que com a restrição da proibição ao caso da presença de um perigo suficientemente concreto aos bens protegidos surgem, na prática escolar, em quantidade elevada, problemas de levantamento de dados e elaboração probatória. Esses problemas devem ser enfrentados pela administração escolar, se necessário, com a participação de alunos e pais e incrementam uma personificação de qualquer conflito

⁶⁰ Cf. os direitos fundamentais do Art. 5 I GG, tratados nos próximos Capítulos 7 a 10, que, ao contrário do direito fundamental unificado do Art. 4 I e II GG, encontram-se, em seu conjunto, outorgados com a reserva legal qualificada do Art. 5 II GG.

que é onerosa ao mandato educacional. Diante desse contexto, deve ser reconhecida a motivação do legislador em criar uma regra geral unificada, a fim de deixar fora das escolas, tanto quanto possível, conflitos religioso-ideológicos e em disciplinar, normativamente, a medida permitida de manifestações religiosas de modo previsível e independente de potencial de conflito em casos concretos.

e) A situação específica na escola é, como apresentado, marcada pela inevitabilidade, de um lado, e pelo caráter apelativo de manifestações religiosas correspondentemente fortes, assim como pela especial relação de dependência, de outro. Nessa situação, não é difícil deduzir que podem surgir dúvidas de alunos e pais a respeito da devida neutralidade dos educadores envolvidos. Esses fatores embasam a seguinte avaliação do legislador. Em uma sociedade plural, na qual não se possa por muito mais tempo contar com uma ampla homogeneidade religiosa, não se pode deixar de cogitar uma proibição de qualquer manifestação religiosa na escola que seja necessária e proporcional à proteção da liberdade positiva e negativa de crença de alunas e alunos, assim como dos correspondentes direitos fundamentais dos pais, e para a manutenção da devida neutralidade estatal junto à execução do mandato educacional, com um efeito mais intenso para as manifestações por parte dos educadores, quando elas representarem um perigo tão somente abstrato aos elencados bens protegidos. Por sua vez, descuida da situação específica havida na escola a avaliação do Senado, segundo a qual somente é proporcional e exigível quando, na relação escolar na execução do mandato educacional escolar estatal, conceder-se aos educadores o direito ao exercício de seu direito fundamental individual à liberdade de crença em tal medida que possa ser interrompida apenas no limiar para uma tomada de influência objetiva e para um perigo suficientemente concreto à paz escolar e à neutralidade estatal. Com efeito, o Estado exige de alunos e pais a participação no “Evento Escola” para a educação e formação de jovens. Os alunos são confiados a ele, assim, para a sua educação. A participação é, em grande parte, obrigatória. Isso enseja uma posição de fiador ocupada pelo Estado. Por isso, é muito insuficiente uma conclusão que se pauze somente no [suposto] fato de o Estado apenas tolerar um exercício individual de direito fundamental por seus educadores e que os alunos seriam obrigados tão somente a olhar para uma determinada roupa dos educadores, a qual, de modo reconhecível, seja explicada por sua decisão individual [em seguir dada religião]. Tal diferenciação leviana entre símbolos a serem atribuídos ao Estado e roupa com conotação religiosa individual de educadores esconde o *efeito* que também o exercício individual de direito fundamental de um funcionário do ensino possa ter sobre as alunas e os alunos.

3. Resumidamente, segundo nossa opinião, a vedação de manifestações religiosas por meio da aparência pessoal de educadores já no caso da presença de um perigo abstrato à paz escolar e à neutralidade estatal não é constitucionalmente problemática. Com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos deve ser, no entanto, restritivamente exigido que, para a vedação do traje de roupa com conotação religiosa, tenha de se tratar de uma roupa com grande força de expressão. Contudo, também se abre ao legislador, por força constitucional, a possibilidade de ele permitir, em larga medida, referências religiosas, quando, por exemplo, considerá-lo como adequado ao interesse de uma educação para a tolerância e compreensão. Por outro lado, por [pela mesma] força constitucional, ele não está obrigado a isso.

4. Uma extensão do exame jurídico-constitucional ao Período 2 do § 57 IV SchulG NW não é necessária. Esse dispositivo até foi aplicado pela administração escolar nos casos iniciais.

Capítulo 6. Liberdade de consciência, de crença e confessional (Art. 4 I GG)

Todavia, as decisões judiciais trabalhistas impugnadas não são mais nele baseadas. No entanto, concorda-se com o Senado [quando sustenta] que só o traje de um assim chamado lenço de cabeça islâmico não permite concluir que estejam presentes os pressupostos normativos dessa proibição.

II.

O entendimento do Tribunal Federal do Trabalho da norma do Período 3 do § 57 IV SchulG NW, segundo o qual a execução do mandato educacional da Escola de acordo com a Constituição Estadual de *Nordrhein-Westfalen* e da correspondente representação de tradições e valores culturais e educacionais cristãos ocidentais não se contrapõe ao mandamento de comportamento previsto no Período 1, mantém os limites do vínculo do Judiciário à lei (Art. 20 III GG) e não deve ser afastado por essa interpretação. Por isso, essa parte da norma não podia ser declarada inconstitucional.

Deve-se anuir, em princípio, ao Senado quando discorre que o entendimento do Período 3 do § 57 IV SchulG NW, no sentido de uma legítima cláusula de dispensa e privilégio em face da vedação de manifestação do Período 1, seria inconstitucional por causa de choque contra o mandamento de igualdade. Porém, a interpretação encontrada pelo Tribunal Federal do Trabalho, que segue aquela do Tribunal Federal Administrativo a respeito da correspondente regulamentação na Lei Escolar de *Baden-Württemberg* (BVerwGE 121, 140 [147, 150]), afasta tal conclusão. Essa interpretação é plausível, está em consonância com o teor da lei, não contradiz – ao contrário do entendimento do Senado –, de modo algum, a claramente reconhecível vontade do legislador e não redefine, de maneira fundamental, o conteúdo normativo da regulamentação. Até procede que as iniciativas de lei, tanto na 13. quanto na 14. Sessão Legislativa do Parlamento Estadual de *Nordrhein-Westfalen*, conectavam, demonstravelmente nas exposições de motivos do projeto de lei, ao Período 3 do dispositivo a ideia de que, diferentemente do lenço de cabeça islâmico, poderiam ser permitidas, por exemplo, determinadas formas de vestimenta tradicionais, com raízes nas crenças judaico-cristãs (cf. Razões do Projeto de Lei. LDrucks. 13/4564, p. 8. Sobre o Código Escolar de NW da época: LDrucks. 14/569, p. 9). Contudo, no caso, a conclusão a partir da gênese não se sustenta. [...].

[...].
Em sede de conclusão, deve restar consolidado que o Senado para a interpretação não se ocupou devidamente da essencial vontade objetivada do legislador trazida à norma (cf. BVerfGE 1, 299 [312]; 11, 126 [132]; 105, 135 [157]; 110, 226 [248]; jurispr. pacífica), tampouco com as ideias subjetivas dos órgãos legislativos que foram aparecendo no andamento do processo legislativo. [...].

III.

Com fulcro na avaliação jurídico-constitucional aqui defendida segundo a medida do Art. 4 I e II GG, não se pode verificar a partir das razões elencadas (acima, sob I.) uma violação de outros direitos fundamentais, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Lei Geral de Tratamento Igualitário como norma federal (cf. Art. 31 GG). Isso não será mais aprofundado no âmbito da presente opinião divergente. Não obstante, permanece a ser observado o seguinte:

A dedução de haver um tratamento desigual por razões de gênero (Art. 3 II 1 e III GG), que o Senado resolve apenas na etapa de exame da justificação, não é convincente segundo nosso entendimento.

Com base em nosso entendimento divergente a respeito da avaliação do Período 3 do § 57 IV SchulG NW, já se chega à conclusão de que o entendimento da norma assumido pelo Senado como real cláusula de exceção em prol do traje de peças de roupa que correspondam aos valores culturais e educacionais cristãos e ocidentais *não* pode ser aplicado junto ao exame de uma [suposta] desvantagem especificamente de gênero (veja sobre isso acima, sob **II**). Portanto, a proibição de manifestações religiosas mediante a aparência pessoal vale tanto para membros do gênero feminino quanto do masculino de *todas* as religiões e ideologias.

Porém, também com base na avaliação pela maioria no Senado, segundo a qual se trata, no caso do Período 3, de uma cláusula de dispensa e privilégio em relação ao Período 1 em prol de religiões judaicas e cristãs, não está presente uma desvantagem por causa do gênero. Ao contrário da visão do Senado, a proibição também não atinge preponderantemente *somente* mulheres muçulmanas. A norma do § 57 IV 1 SchulG NW, na variante da proibição de manifestações religiosas, compreende não apenas manifestações pela aparência pessoal. Ela vai muito além e veda, sobretudo, também manifestações religiosas verbais, entre outras. Por isso, o atributo típico-normativo “manifestações religiosas” refere-se a homens e mulheres de igual maneira. O Senado chega à assunção de uma desvantagem por causa de gênero apenas porque ele não considera a norma em sua aquí decisiva alternativa como um todo – como proibição de manifestações religiosas –, mas toma somente um de seus grupos de casos de aplicação fática como ponto de partida de sua avaliação: nomeadamente, a manifestação por meio da aparência pessoal. Apenas *um* de seus grupos de casos de aplicação não pode ser, entretanto, fundamento para a avaliação de uma norma legal no sentido de que ela atingiria muito preponderantemente mulheres. Com seu âmbito de aplicação completo, o § 57 IV 1 SchulG NW abrange, na variante da proibição de manifestações religiosas, pelo contrário, o comportamento de educadores de ambos os sexos. Mesmo dentro do grupo de caso de aplicação de manifestações por meio da aparência pessoal parece ser a tese do Senado questionável, pois é desconhecido o número dos casos, nos quais já o efeito preventivo da proibição de manifestação levasse a que também homens abstivessem-se da roupa e simbologia com conotações religiosas.

IV.

A Reclamação Constitucional da Reclamante I deveria ser considerada procedente também segundo nosso entendimento. As vestimentas em si por ela usadas, um gorro de algodão e um cachecol da mesma cor, não são conotadas religiosamente. Mesmo no presente contexto da Escola não é interpretável, sem mais, como uma manifestação religiosa de grande força expressiva. [...].

Por sua vez, as Reclamações Constitucionais da Reclamante II são, segundo os parâmetros anteriormente descritos, sob **I**. até **III.**, improcedentes. Imaginável seria exigir, no máximo, uma solução legal diferenciada para tais casos antigos. Isso [deve se dar] por conta de sua entrada no Serviço Público Educacional ocorrida muito antes da publicação da lei em pauta – entrada essa que se deu com a revelação de sua práxis de vestuário determinada pela crença – e por causa da longa atividade de ensino, a qual permaneceu sem desabonos em face dos bens protegidos, sob o aspecto da proteção da confiança ordenada pelo princípio do Estado de direito.

Schluckebier e Hermanns.

Capítulo 7.

Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica)

(1) ¹ *Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis.* ² A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. ³ Não haverá censura.

(2) Esses direitos têm seus limites [fixados] nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da [infância e] juventude e no direito à honra pessoal.

(3)...

A. Introdução ao sistema normativo do Art. 5 I GG

O Art. 5 I GG contém cinco direitos fundamentais que, juntos, compõem, segundo alguns, uma única “liberdade de comunicação”.⁶¹ Mas essa liberdade tem o condão de designar tão somente o *âmbito da vida* (opinião dominante e do TCF),⁶² em que se encontram as cinco seguintes “liberdades” de comunicação (individual e social), quais sejam:

⁶¹ Sem que, todavia, houvesse efeitos normativos além dos estabelecidos por cada um deles. Cf. com referências: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 154).

⁶² Sobre o conceito, também alcunhado de área de regulamentação, no vernáculo, v. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 133-135).

- liberdade de expressão da opinião ou liberdade de opinião (Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG), como o direito de livremente expressar e divulgar a opinião por palavra, escrito e/ou imagem;
- liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG), como direito de se informar livremente a partir de fontes a todos acessíveis (não engloba o direito à prestação da informação pelo Estado – protegido é apenas o *status negativus*);
- liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG);
- liberdade de noticiar por radiodifusão, ou simplesmente liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG);
- liberdade de noticiar por cinematografia, ou simplesmente liberdade de cinematografia (Art. 5 I 2, 3. variante GG).

Embora os direitos de comunicação social (os três últimos da lista, contidos no Art. 5 I 2 GG) tenham sido positivados na *Grundgesetz* a partir de sua área de proteção objetiva (ex.: “a liberdade de imprensa... [é] garantida”), outorgaram também direitos público-subjetivos.

Esse entendimento é praticamente unânime na literatura especializada e, pelo menos desde o *Spiegelurteil* (**Decisão # 41.**), é o entendimento do TCF. Como se verá, a *dogmática da liberdade de imprensa* em torno de suas duas dimensões (jurídico-subjetiva e objetiva) serviu em grande parte de protótipo do desenvolvimento da dogmática geral dos direitos fundamentais. As decisões abaixo tratam, à exceção da hoje praticamente sem significado prático liberdade de noticiar por cinematografia,⁶³ dos direitos fundamentais de comunicação individual e social.

B. Introdução específica ao direito fundamental de liberdade de expressão da opinião do Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG

I.

1. Abrangidas pela **área de proteção** são, primeiro, a expressão e a difusão ou transmissão de juízos de valor. Essas não são suscetíveis de avaliação pelos critérios de verdade ou correção. Trata-se de apreciações subjetivas correspondentes à convicção de quem as expressa. Como, pelo menos frequentemente, não se tem como claramente apartar juízos de valor de afirmações fáticas que os embasem (assunto tratado na **Decisão # 37**), as quais, ao contrário daqueles, são suscetíveis de comprovação, o TCF considera-os, com anuênciam da literatura jurídico-científica, também protegidas. Incluídas estão, assim, também as afirmações inverídicas, *desde que a não veracidade seja desconhecida pelo titular do direito por ocasião da expressão e, segundo a mais recente jurisprudência parcialmente contestada na literatura especializada*⁶⁴, as afirmações cuja inverdade já tivesse restado comprovada no momento da

⁶³ A liberdade para a realização de um filme continua, porém, sendo tutelada pelo Art. 5 I 1 GG e, principalmente, pelo Art. 5 III GG – liberdade artística. Também a tendência de se reunirem esses direitos fundamentais como direito de comunicação em massa – ou valendo-se do neologismo anglicista da liberdade de “mídia” – não é de bom alvitre em razão da diferença entre os pressupostos da liberdade de imprensa e de radiodifusão. Apontando a tendência nas decisões BVerfGE 107, 299 [329 ss.] e 117, 244 [258] (essa última: **Decisão # 44**), com mais referências v. os comentários ao dispositivo de Jarass (2011, p. 183).

⁶⁴ Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 155 s.): “Nisso [na jurisprudência do TCF que contempla as duas exceções aludidas] é correto que o desvio consciente da verdade, que não transmite a opinião da pessoa que se expressa, também não possa ser protegido como sua expressão de opinião. No mais, para a [definição da] área de proteção não se pode fazer depender de provas de verdade, isto é, da correção objetiva de fatos; liberdade de opinião é sempre também uma *liberdade para o erro*” (dest. no original e referência expressa à opinião contrária em BVerfGE 90, 241 (249 ss.), a seguir explorada: **Decisão # 36**).

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

expressão. Excluídas são, portanto, segundo essa opinião parcialmente divergente do TCF, apenas as afirmações fáticas comprovadamente não verdadeiras se o titular difundi-las dolosamente.

No mais, protegidas são todas as escolhas do titular relativas ao momento e à forma da comunicação, incluindo o emprego de recursos estilísticos e retóricos de crítica contundente e estratégias de convencimento dos recipientes da expressão e demais interlocutores livremente definidas e efetivamente utilizadas pelo titular. Nesse contexto, excluídos são apenas os meios não intelectuais de persuasão, como uma convocação ao boicote perpetrada por agente econômico muito poderoso com uso de ferramentas de coerção econômica contra parceiros e/ou concorrentes (cf. **Decisão # 42.**).

2. Quanto ao alcance, digna de nota é, em síntese, primeiro, que até opiniões suposta ou realmente ofensivas são protegidas. É o que se conclui pela inserção da honra pessoal como um dos limites constitucionais da liberdade de opinião previstos no Art. 5 II GG. Em segundo lugar, tem-se a contemplação da chamada liberdade negativa de opinião: o direito a não ser coagido a expressar uma opinião e a não ter essa escolha sancionada.⁶⁵ Outra acepção é a proteção contra a obrigação de difundir opiniões de terceiros como sendo próprias. As implicações em termos de liberdade são muito significativas e aparecem precipuamente na **Decisão # 38**, a seguir.

3. Jurisprudência e literatura especializada destacam a dimensão objetiva da liberdade implícita no papel da liberdade na formação da opinião pública, imprescindível ao processo democrático. Todavia, o TCF reiteradamente enfatizou que não se trata de instrumentalizar a liberdade em prol da realização do princípio constitucional democrático, pois o direito fundamental seria e permanece, em primeira linha, direito de resistência do indivíduo contra intervenções estatais.

De resto, faz parte da dimensão objetiva do direito fundamental em tela sua eficácia de irradiação sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional que, desde a famigerada Decisão *Lüth* (referência a seguir), vem sendo bastante desenvolvida para o controle de decisões judiciais. Trata-se da origem da teoria da eficácia horizontal indireta.

4. Pessoas jurídicas de direito privado também podem ser titulares do direito fundamental em razão da compatibilidade entre a essência do direito e o caráter artificial da pessoa jurídica.

II.

Intervenções estatais na área de proteção podem ocorrer por ato normativo em sentido amplo que proíbam a priori ou sancionem *a posteriori* opiniões, atos administrativos e, precipuamente, decisões judiciais. Correspondentemente à liberdade negativa retro mencionada, ordens ou medidas estatais coercitivas para revelar opinião ou fatos que a embasem representam, igualmente, intervenções estatais.

III.

Na fase do exame da **justificação constitucional** da intervenção estatal, a problemática recai sobre a interpretação e aplicação dos limites constitucionais às cinco liberdades do Art. 5 I GG, previstos no Art. 5 II GG. Nele previram-se três *reservas legais qualificadas*.⁶⁶

⁶⁵ Em geral, cf. Michael e Morlok (2016, p. 137).

⁶⁶ Sobre esse conceito tão essencial à dogmática jusfundamental e sua classificação, no vernáculo, v. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 154 ss.).

1.a) Dispositivos decorrentes de *leis gerais*. A interpretação e dogmática dessa reserva legal qualificada em razão da peculiaridade de o adjetivo “geral” aqui ter um significado paradoxalmente específico visam a excluir a possibilidade de uma lei, mesmo sendo geral e abstrata (no sentido do “limite ao limite” previsto no Art. 19 I 1 GG) ter efeito sancionador sobre uma opinião específica (vedação do assim chamado direito excepcional). A dogmática muito minuciosa remonta à discussão entre grandes juristas da República de Weimar.⁶⁷ Enquanto *Häntzschel*⁶⁸ foi o mentor da teoria da inadmissibilidade de direito excepcional (*Sonderrechtslehre*), *Smend*⁶⁹ defendia que uma lei seria geral, no sentido do Art. 5 II GG, quando estivesse protegendo um valor jurídico em si tão relevante que justificasse a restrição a ser infligida ao valor contraposto das três liberdades de comunicação do Art. 5 I GG. Essa sua proposta recebeu a alcunha de teoria da ponderação (*Abwägungslehre*). O TCF combinou ambas as teorias, adotando um entendimento intermediário desde a Decisão *Lüth* (cf. BVerfGE 7, 198 [204 ss.] – # **Decisão 35.**).

b) Dispositivos para a proteção da juventude. Trata-se de regras determinadas pelo legislador ordinário (principal concretização é a Lei Federal de Proteção da Juventude – *JSchG*) para a proteção de crianças, adolescentes e jovens contra ameaças de perigos ao seu desenvolvimento psicológico e formação cidadã na forma principalmente de opiniões veiculadas em meios de comunicação social que enalteçam a violência, a guerra, o ódio, ou representem comportamentos sexuais de modo intensamente indecoroso.

c) Dispositivos para a proteção da honra pessoal. Mesmo sendo a honra já protegida como direito geral de personalidade pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, sua menção no Art. 5 II GG reforça o princípio da reserva da lei parlamentar, ou seja, a presença de uma lei restritiva a ser aplicada pela Administração e/ou (ratificada) pelo Judiciário é imprescindível. Principais casos de concretização dessa reserva legal qualificada encontram-se na definição pelo Código Penal dos crimes contra a honra (injúria e difamação principalmente) dos §§ 185 ss. StGB e nas regras do direito obrigacional *ex delicto* dos §§ 823 e 1004 BGB.

2. Como limites aos limites, vem à pauta o princípio da proporcionalidade com peculiaridades e ênfase no chamado efeito interativo entre os limites e a outorga do direito fundamental (*Wechselwirkungslehre*).

Por fim, como os direitos gerais de personalidade que, além de encontrarem respaldo na definição dos limites específicos às cinco liberdades de comunicação do Art. 5 I GG feitas no Art. 5 II GG, são eles próprios, como aludido, direitos fundamentais outorgados pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, muito frequentemente chega-se a uma colisão de direitos fundamentais. Particularmente, é o que ocorre quando emerge de uma lide civil entre, por exemplo, um articulista e alguma pessoa que, sentindo-se ofendida, tenha ajuizado uma ação cominatória com fulcro em normas civis e penais. A parte sucumbente terá um direito fundamental seu atingido por órgão diretamente vinculado que é o juiz de direito. Nesse contexto, o TCF, para

⁶⁷ Cf. a minuciosa exposição do debate e suas consequências até hoje por Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 164-168).

⁶⁸ Cf. Häntzschel (1926, p. 228 ss.).

⁶⁹ Cf. Smend (1928, p. 51).

não se tornar uma instância de super-revisão, desenvolveu a teoria do direito constitucional específico.⁷⁰

35. BVerfGE 7, 198 (*Lüth-Urteil*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

No início da década de 1950, o cidadão alemão *Erich Lüth* conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos e o público em geral a boicotarem um filme lançado à época por *Veit Harlan*, uma antiga celebridade do cinema nazista que, com os filmes por ele dirigidos, contribuía com a incitação à violência contra o povo judeu. À época, *Lüth* era diretor do Clube da Imprensa da Cidade-Estado de *Hamburg* e *Harlan* era produtor e diretor do filme “*Jud Süß*”, de 1941, um eloquente e muito bem sucedido veículo da brutal propaganda antissemítica.

Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth* com fundamento no § 826 BGB. Essa norma do Código Civil alemão obriga todos que, por ação atentória aos bons costumes, causarem dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a condenação ao boicote), sancionando a ilicitude com o dever de indenizar pelos danos materiais. Julgada procedente pelo Tribunal Estadual de *Hamburg*, *Lüth* interpôs um recurso de apelação junto ao Superior Tribunal Estadual de *Hamburg* e, ao mesmo tempo, a cabível Reclamação Constitucional. Nela arguiu a violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão da opinião garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e anulou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, certamente, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Foram lançadas por ela as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de opinião e seus limites, mas também de uma dogmática geral (parte geral) dos direitos fundamentais. Por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados como direitos público-subjetivos de resistência direcionados contra o Estado e como ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittewirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial.

EMENTAS

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.

⁷⁰ Cf. o exemplo trazido por Schmidt (2016, p. 178) e sobre o chamado “direito constitucional específico”, suas implicações (principalmente a devida restrição à constitucionalização do ordenamento jurídico) e fórmulas, cf. Martins (2018, p. 32-24, 59 e 76).

2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente, sendo realizável pelo juiz, principalmente, pela via das cláusulas gerais.
3. O juiz de varas cíveis pode violar direitos fundamentais por meio de sua decisão (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O TCF revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.
4. As normas do direito civil também podem ser “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG e, assim, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão da opinião.
5. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão da opinião para o Estado democrático-liberal.
6. O direito fundamental do Art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião como tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.
7. Uma expressão de opinião que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente em sede de ponderação de todos os fatores envolvidos no caso pela liberdade de expressão da opinião.

Decisão [Urteil]

do Primeiro Senado, de 15 de janeiro 1958 — 1 BvR 400/51 — [...]

Dispositivo:

A Decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual de Hamburg, de 22 de novembro de 1951 [...] viola o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 5 I GG, sendo, por isso, anulada. Devolve-se a matéria ao Tribunal Estadual de Hamburg [para nova decisão].

RAZÕES

A.

O Reclamante, à época diretor do conselho e gerente da Imprensa Oficial da Cidade Livre e Portuária de *Hamburg*, declarou, em 20 de setembro de 1950, por ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, como presidente do Clube da Imprensa de *Hamburg*, perante produtores e distribuidores de filmes, o seguinte:

“Depois que a cinematografia alemã no Terceiro Reich perdeu sua reputação moral, um homem em especial é com certeza o menos apto de todos a recuperar essa reputação: trata-se do roteirista e diretor do filme ‘Jud Süß’. Poupemo-nos de mais prejuízos incomensuráveis em face de todo o mundo, o que pode ocorrer na medida em que se procura apresentar justamente ele como sendo o representante da cinematografia alemã.”

Sua absolvição em Hamburg foi tão somente uma absolvição formal. A fundamentação daquela decisão [já] foi uma condenação moral. Neste momento, exigimos dos distribuidores e proprietários de salas de cinema uma conduta que não é tão barata assim, mas cujos custos deveriam ser assumidos: caráter. É tal caráter que desejo para a cinematografia alemã. Se a cinematografia alemã demonstrá-lo, provando-o por meio de fantasia, arrojo óptico e por meio da competência na produção, então ela merece todo o apoio e poderá alcançar aquilo que precisa para viver: sucesso junto ao público alemão e internacional”.

A firma Domnick-Film-Produktion GmbH, que naquele tempo estava produzindo o filme ‘*Unsterbliche Geliebte*’ (“A amante imortal”) segundo o roteiro e sob a direção do diretor de

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

cinema *Veit Harlan*, exigiu do Reclamante uma explicação sobre qual legitimidade (legal) teria ele ao realizar as declarações supra reproduzidas contra *Harlan*. O Reclamante respondeu por Carta de 27 de outubro de 1950 entregue à imprensa como “carta aberta”, entre outras coisas, o seguinte:

“O Tribunal do júri não negou o fato de que Veit Harlan foi, por um longo período, o ‘diretor número 1 da cinematografia nazista’ e que seu filme ‘Jüd Süß’ foi um dos expoentes mais importantes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus. Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com o retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo para a reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote na luta contra esse indigno representante do cinema alemão.”.

A Domnick-Film-Produktion GmbH e a Herzog-Film GmbH (essa como distribuidora nacional do filme ‘*unsterbliche Geliebte*’) ajuizaram, junto ao Tribunal Estadual de *Hamburg*, uma ação cautelar com pedido de medida liminar contra o Reclamante. A liminar proibia-lhe:

1. Pedir aos proprietários de salas de cinema e empresas de distribuição de filmes que não incluíssem em seus programas o filme “*Unsterbliche Geliebte*”;
2. Conclamar o público alemão a não assistir ao filme. O Superior Tribunal Estadual de *Hamburg* indeferiu a apelação do Reclamante contra a decisão do Tribunal Estadual.

Consoante o pedido do Reclamante, foi determinado às sociedades cinematográficas um prazo para o ajuizamento da ação [principal]. Ajuizada a ação, o Tribunal Estadual de *Hamburg* prolatou, no dia 22 de novembro de 1951, a seguinte decisão: “Condena-se o acusado, sob multa a ser fixada judicialmente ou pena de prisão, a deixar:

1. De pedir aos proprietários de anfiteatros e empresas de distribuição de filmes que não incluam o filme “*Unsterbliche Geliebte*”, que fora produzido pela autora “1”, cuja distribuição nacional fora confiada contratualmente à autora “2” em seus programas;
2. De concluir o público alemão a não assistir a esse filme.
[...].”.

O Tribunal Estadual enxerga nas expressões do Reclamante uma convocação imoral ao boicote. Seu objetivo teria sido impedir a apresentação de *Harlan* como “criador de filmes representativos”. A convocação do Reclamante acarretaria até mesmo “que na prática *Harlan* fosse desligado da produção de filmes normais de ficção, pois qualquer filme desse tipo poderia, mediante seu trabalho de direção, transformar-se em um filme representativo”. Uma vez, entretanto, que *Harlan* por causa de sua participação no filme ‘*Jud Süß*’ fora absolvido, tendo essa absolvição transitada em julgado, e em função da decisão no processo de desnazificação (*Entnazifizierung*), segundo a qual ele não precisaria mais se submeter a nenhuma limitação no exercício de sua profissão, essa atitude do Reclamante estaria se chocando contra a “democrática visão moral e jurídica do povo alemão”. Não se teria acusado o Reclamante porque ele teria expressado uma opinião negativa sobre a reapresentação de *Harlan*, mas porque ele convocou o público a, mediante certo comportamento, tornar impossível o retorno de *Harlan* [ao mercado] como diretor de cinema. Tal convocação ao boicote ter-se-ia voltado contra as autoras, sociedades civis do setor cinematográfico, pois se

a produção do filme em pauta não tivesse retorno financeiro, elas estariam ameaçadas por um sensível prejuízo patrimonial. Os elementos objetivos do tipo de uma ação ilícita [delito civil] do § 826 BGB estariam, portanto, presentes no caso, existindo o direito [do autor] à fixação da obrigação do réu de abstenção [das expressões].

O Reclamante apelou dessa sentença junto ao Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*. Ao mesmo tempo, impetrou sua Reclamação Constitucional pela qual argui violação de seu direito fundamental à livre expressão da opinião (Art. 5 I 1 GG). [Segundo sua petição,] Ele teria feito crítica moral e política em face do comportamento de *Harlan* e das sociedades cinematográficas. Ele teria o direito a isso, pois o Art. 5 GG não garantiria somente a liberdade do discurso sem a intenção de provocar um efeito, mas justamente a liberdade para a provocação do efeito por meio da palavra. Suas expressões teriam representado juízos de valor. O tribunal teria erroneamente julgado se a expressão seria correta no que tange ao seu conteúdo e se poderia ser aceita, ao passo que relevante teria sido tão somente julgar se ela seria juridicamente permitida. Isso elas seriam, pois o direito fundamental da liberdade de expressão da opinião teria um caráter social e garantiria um direito público-subjetivo à coautoria na formação da opinião pública por ação intelectual e à participação no “traçado do povo para o Estado”. Esse direito encontraria seus limites tão somente nas “leis gerais” (Art. 5 II GG). Quando, por meio da expressão da opinião, pretendesse-se influenciar a vida pública e política, poderiam ser consideradas como “leis gerais” somente aquelas que contivessem normas de direito público, não podendo dessas participarem as normas do Código Civil sobre delitos [*unerlaubte Handlungen*]. Ao contrário, aquilo que na esfera do direito civil não seria permitido, poderia ser justificado na esfera do direito público por meio do direito constitucional; os direitos fundamentais, como direitos subjetivos com dignidade constitucional, seriam para o direito civil “causas [normativas] superiores de justificação”.

[...]

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida [...].

II.

O Reclamante afirma que o Tribunal Estadual feriu seu direito fundamental à livre expressão da opinião fundado no Art. 5 I 1 GG por meio de sua decisão [condenatória].

1. A Decisão do Tribunal Estadual, um ato do poder público na forma especial de ato do Poder Judiciário, só poderia violar *por seu conteúdo* um direito fundamental do Reclamante se esse direito fundamental tivesse de ser observado no momento da formação da convicção judicial. A decisão proibiu ao Reclamante expressões por meio das quais ele pudesse induzir outros a se juntarem à sua concepção sobre a volta ao mercado de *Harlan*, condicionando suas condutas diante de filmes por ele feitos de acordo com essa concepção [ou seja: fazendo com que o público não fosse assistir ao novo filme de *Harlan*]. Isso significa objetivamente uma limitação na livre expressão da opinião pelo Reclamante. O Tribunal Estadual fundamenta sua decisão na classificação das expressões do Reclamante como uma ação não permitida [delito civil], segundo o § 826 BGB, em face das autoras e reconhecendo a elas, por isso, e com fulcro nas normas do direito civil, o direito à proibição das expressões. Desse modo, o direito decorrente da lei civil reconhecido pelo Tribunal Estadual levou, por meio de sua decisão, a uma determinação do poder público que limitou a liberdade de expressão do Reclamante. A decisão poderia violar o direito fundamental do Reclamante do Art. 5 I 1 GG apenas se as normas aplicadas do direito civil fossem, pela norma de direito fundamental, de tal sorte

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

influenciadas e modificadas em seu conteúdo a ponto de elas não poderem mais justificar aquela Decisão do Tribunal.

A questão crucial de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito devesse ser visto em cada caso é controvertida [...]. As posições mais extremas nessa discussão apresentam-se, de um lado, pela tese de que os direitos fundamentais seriam exclusivamente direcionados contra o Estado; por outro lado, apresenta-se a concepção de que os direitos fundamentais, ou pelo menos alguns, no mínimo os mais importantes entre eles, também valeriam nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos. [...]. Também agora não existe motivo para discutir exaustivamente a questão controvertida sobre a “eficácia horizontal”. Para se chegar aqui a uma conclusão adequada ao presente problema, basta o seguinte:

Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isso é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos] a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.

Da mesma forma é correto afirmar, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ss., 197 ss.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, uma ordem axiológico-objetiva e que, justamente em função dela, ocorre um aumento por princípio da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade e que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito. O Legislativo, a Administração Pública e o Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais como normas objetivas desenvolve-se, no direito privado, por intermédio do veículo [*Medium*] das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, no que tange ao seu conteúdo será o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes dessas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual, uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha de seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental faz-se notar, sobretudo, em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim

uma parte da *ordre public lato sensu*, i.e., junto aos princípios que devam ser vigentes em razão do bem comum também na formação das relações jurídicas entre os particulares e, por isso, sejam retirados do domínio da vontade privada. Tais normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se, principalmente, de “cláusulas gerais” para a realização dessa influência, as quais, como no § 826 BGB, remetem o julgamento do comportamento humano a critérios extra cíveis ou até a critérios extrajurídicos, como os “bons costumes”. Com efeito, para a decisão a respeito da questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas alcançadas por um povo em uma determinada época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de entrada” (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil (*Dürig*, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, die Grundrechte, Tomo II, p. 525). O juiz tem de, por força de um mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental do modo descrito; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta dessa influência junto à interpretação e à aplicação daquelas normas. Esse é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação desses critérios e se sua sentença basear-se na inobservância dessa influência constitucional sobre as normas de direito civil, irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância também pelo Judiciário o cidadão tem o direito subjetivo constitucional. Contra tal decisão, o TCF pode ser acionado pela via da Reclamação Constitucional sem afetar o afastamento do erro de direito [que é da competência exclusiva das instâncias ordinárias] pelas instâncias cíveis. O tribunal constitucional tem de julgar se o tribunal ordinário avaliou de maneira procedente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais na área do direito civil. Disso resulta, ao mesmo tempo, a limitação de seu exame revisional: não é da competência do tribunal constitucional julgar as decisões dos juízes cíveis em sua plenitude no que tange a erros de direito; ele precisa avaliar tão somente o chamado “efeito de radiação” (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional. O sentido do instituto da Reclamação Constitucional é fazer com que todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possam ser avaliados quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG). Nem o TCF é competente para agir contra os tribunais cíveis como instância revisional ou mesmo super-revisional; tampouco pode ele isentar-se do exame superveniente dessas decisões e passar ao largo de uma em si já praticada inobservância de normas e critérios de direito fundamental.

2. A problemática da relação dos direitos fundamentais com o direito privado parece colocada de maneira diferente no caso do direito fundamental da livre expressão da opinião (Art. 5 GG). Esse direito fundamental é garantido pela Constituição – assim como o fora na Constituição de Weimar (lá, pelo seu Art. 118) – somente dentro dos limites das “leis gerais” (Art. 5 II GG).

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

Mesmo antes de perscrutar quais leis são “leis gerais” nesse sentido, poder-se-ia defender a posição de que, em tal caso, a Constituição mesma, por meio da remissão ao limite das leis gerais, restringiu, desde o início, a vigência dos direitos fundamentais àquela área à qual os tribunais, por sua interpretação de tais leis, ainda os deixam. A conclusão dessa interpretação precisaria ser aceita, ainda que ela representasse uma limitação do direito fundamental, não podendo, por isso, jamais ser considerada como uma “violação” do direito fundamental.

Esse não pode ser, no entanto, o sentido da referência às “leis gerais”. O direito fundamental à livre expressão da opinião é, como expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des droits les plus précieux de l'homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal democrático-liberal, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, em certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*” (Cardozo).

Desse significado primordial da liberdade de expressão da opinião resulta para o Estado democrático-liberal que, partindo da visão desse sistema constitucional, não seria procedente deixar o alcance material, principalmente desse direito fundamental, passível de qualquer relativização por parte da lei ordinária (e, portanto, necessariamente por meio da jurisprudência dos tribunais que interpretam as leis). Pelo contrário, aqui também vale o princípio que foi acima desenvolvido genericamente para a relação dos direitos fundamentais com o ordenamento de direito privado: as leis gerais precisam ser interpretadas, no que tange ao seu efeito limitador dos direitos fundamentais, de tal forma a garantir que o conteúdo axiológico desse direito que, na democracia liberal, fundamenta uma presunção a favor da liberdade do discurso em todas as áreas, vale dizer, sobretudo, na vida pública, seja sempre protegido. A relação recíproca entre o direito fundamental e a “lei geral” não deve ser entendida, portanto, como uma limitação unilateral da vigência do direito fundamental por meio das “leis gerais”. Ocorre, pelo contrário, um efeito de troca recíproca ou sinaligmático [*Wechselwirkung*] no sentido de que se as “leis gerais” colocam, de um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro, elas mesmas precisam ser interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico desse direito fundamental no Estado democrático-liberal, limitadas naqueles pontos em que manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental.

[...].

3. O conceito da “lei geral” sempre foi controverso. Não se faz necessário saber se o termo chegou ao Art. 118 da Constituição de 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*) por causa de um lapso de redação (cf. sobre isso: Häntzschel, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, Tomo II, p. 658). Em todo caso, ele foi interpretado durante o período de vigência daquela Constituição de tal modo que sob o termo deveriam ser entendidas todas as leis que “não proibissem uma opinião em si, que não se voltassem contra a expressão da opinião em si”, mas que, ao contrário, “servissem à proteção de um bem jurídico por excelência, sem ocupar-se de uma opinião específica”, que servissem à proteção de um valor coletivo que tivesse prevalência sobre a liberdade de expressão (cf. a junção das formulações de conteúdo convergentes feita por Klein e v. Mangoldt, *op. cit.*, p. 250 s., assim como as “Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito Público” – *Veröffentlichungen der Vereinigung*

der Deutschen Staatslehrer, v. 4, 1928, p. 6 ss., principalmente p. 18 ss., 51 ss.). A essa tese anuem também os intérpretes da *Grundgesetz* (cf. Ridder, in: Neumann – Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Tomo II, p. 282: “Leis que não inibam o puro efeito da pura expressão da opinião”). Em sendo o conceito de “leis gerais” assim entendido, conclui-se como sendo o sentido da proteção do direito fundamental, resumidamente, o seguinte:

A concepção segundo a qual somente a expressão de uma opinião é protegida pelo direito fundamental, mas não o efeito pretendido sobre as outras pessoas por meio dela, tem de ser rejeitada. O sentido da expressão da opinião é justamente deixar o “efeito intelectual atuar sobre o meio”, “mostrar-se convincente e formador de opinião diante da coletividade” (Häntzchel, HdbDStR II, p. 655). Por isso que os juízos de valor, que sempre têm um efeito intelectual, isto é, objetivam o convencimento dos interlocutores, são protegidos pelo Art. 5 I 1 GG. A proteção do direito fundamental baseia-se, em primeira linha, no posicionamento do falante que expressa um juízo de valor, por meio do qual ele procura influenciar outras pessoas. Uma separação entre expressão protegida e efeito não protegido da expressão não faria sentido.

A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, for violado um bem jurídico de outra pessoa protegido por lei, cuja proteção mereça a prevalência em face da liberdade de expressão, então a intervenção não deixará de ser permitida, porque ela se efetivou por meio de uma expressão de opinião. Faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”:

O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto] impor-se se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se de analisar todas as circunstâncias do caso.

4. Partindo desse entendimento, não existe problema em reconhecer, também em relação a normas de direito civil, a qualidade de “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG. Se isso ainda não aconteceu na literatura (o que também fora apontado por Klein, v. Mangoldt, *op. cit.*, p. 251), quer dizer que os autores viam os direitos fundamentais apenas em seu efeito entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura eram consideradas leis gerais limitadoras somente aquelas que regravam a ação do Estado em face do indivíduo, ou seja, leis de direito público. Se, no entanto, o direito fundamental da livre expressão da opinião também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado e sua importância revela-se aqui em prol da admissibilidade de uma expressão da opinião também em face de cada concidadão, então precisa ser também observado, de outro lado, o eventual efeito contrário, qual seja: o efeito limitador do direito fundamental, próprio de uma norma de direito privado, desde que ela exista para a proteção de bens jurídicos superiores. Não se poderia aceitar o fato de prescrições do direito civil que protejam a honra ou outros bens jurídicos substanciais da personalidade humana não poderem ser consideradas suficientes para colocar limites ao exercício do direito fundamental da livre expressão da opinião sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem de ser fixadas.

O Reclamante teme que, por meio da limitação da liberdade da expressão em face de um indivíduo, pudesse-se provocar o risco de o cidadão ver a sua possibilidade de influenciar a opinião pública pela expressão de sua opinião reduzida a um grau ínfimo, sendo que, com isso, a liberdade indispensável à discussão pública de questões importantes para a coletividade não

restaria mais garantida. Esse perigo existe de fato (v. a respeito *Ernst Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 1957, p. 65, 83-85, 153). Para enfrentá-lo, não é necessário, entretanto, que o direito civil seja tirado, no quadro geral, desse grupo das leis gerais. Necessário é aqui também tão somente que o conteúdo de liberdade do direito fundamental seja defendido com consequência. O direito fundamental terá de pesar na balança, sobretudo naqueles casos em que seu uso não se realizar em função de lides privadas, mas naqueles casos em que aquele que se expressa pretender, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública, de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídico-privadas de outra pessoa seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por exceléncia de sua expressão. Justamente nesse contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra esse bem jurídico privado, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, quando se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial à opinião pública feita por pessoa legitimada para tanto; nesse ponto, existe a presunção pela admissibilidade do livre discurso.

Conclui-se, portanto: mesmo decisões de um juízo cível que, com fundamento em “leis gerais” do direito civil, chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem de sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar dessa visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e, assim, fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao TCF.

III.

O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais anteriormente desenvolvidas traz como conclusão que a arguição do Reclamante é fundamentada [...].

1. [...].

2. [...].

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é atentatória aos bons costumes [“*sittenwidrig*”], carece-se de verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disso, deve-se examinar se o Reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada, comprometendo os interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas.

a) Com certeza não têm os motivos que levaram o Reclamante às suas expressões nada de atentatório aos bons costumes. O Reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com *Harlan*. Até mesmo o Tribunal Estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o Reclamante teria agido em função de “motivos indignos ou egoísticos”. Isso não foi contestado por nenhuma das partes.

b) O objetivo das expressões do Reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que *Harlan* se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã; ele queria impedir que *Harlan* fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a

impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse de ser, necessariamente, ligado à pessoa de *Harlan*. Os tribunais não podem julgar se a fixação desse objetivo é aceitável do ponto de vista material, mas tão somente se sua manifestação na forma escolhida pelo Reclamante seria juridicamente admissível.

As expressões do Reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de *Harlan* pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde os tempos nacional-socialistas: como naqueles tempos, *Harlan* seria novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Tais preocupações correspondiam a uma questão muito substancial ao povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo à época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa aos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e condena-a, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento esse firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.

c)-d) [...].

IV.

O TCF chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do Reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão da opinião, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nessa falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do Reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser anulada.

36. BVerfGE 90, 241 (Auschwitzlüge)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Uma seccional do *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD) [Partido Nacional-democrático da Alemanha], de extrema direita, que já teve seriamente cogitada sua proibição por processo constitucional previsto no Art. 21 II GG e regulamentado na combinação do Art. 93 I, n. 5 GG com um dispositivo da Lei Orgânica do TCF (§ 13, n. 2 BVerfGG),⁷¹ convidou seus filiados, por intermédio de seu periódico interno “*Deutsche Stimme*” (“Voz Alemã”), para um evento intitulado “O futuro da Alemanha à sombra de chantagem política?” realizado em München, em maio de 1991. Para o evento foi escalado como principal orador o historiador “revisionista” *David Irving*. O convite prometia que ele iria, pela primeira vez, manifestar-se sobre uma suposta cultura dos alemães e de seus vizinhos europeus de encarar a “história contemporânea como um instrumento de chantagem política”.

Com base em dispositivo da Lei Federal de Reuniões (§ 5, n. 4 VersG), o município da Capital de Bayern, München, estipulou uma medida condicional para a permissão do evento (da reunião em locais fechados, na denominação legal). Segundo a intimação remetida à referida Seccional do NPD, ora Reclamante, ela deveria “providenciar [...] que na reunião não

⁷¹ Sobre esse processo, v. Martins (2018, p. 37 s.).

se falasse a respeito da perseguição dos judeus no Terceiro Reich, no sentido de negar-se ou colocar-se em dúvida essa perseguição. Principalmente, ela teria de informar o público presente, no início do evento, sobre o sancionamento penal de tais discursos (§§ 130, 185, 189, 194 StGB) e vetar imediatamente discursos do tipo e, se fosse o caso, interromper ou encerrar a reunião [...].”

A Administração municipal sustentou, em síntese, que com grande probabilidade seriam praticados no evento os crimes retro mencionados de incitação ao ódio (§ 130), injúria (§ 185), ofensa à memória de falecidos (§ 189), estando presentes também os pressupostos do § 194 I 2 StGB. Esse determina que a cabível ação penal deve ser promovida *ex officio* pela autoridade competente (exceção à regra da ação penal privada). Trata-se de tipos penais que são aplicados conjuntamente pela pacífica jurisprudência aos casos da presença de uma alegação da assim chamada “**Mentira de Auschwitz**” (*Auschwitzlüge*). A grande probabilidade resultaria do texto do convite. Entre outros, lia-se nele que o desenvolvimento da Alemanha no Pós-Guerra seria marcado por uma “agitação de reeducação antigermânica e humilhação coletiva por meio da imposição de uma permanente consciência de culpa”. Buscava-se, sobretudo, o desagravo da culpa exclusiva de Hitler e da acusação da destruição em massa de judeus em campos de concentração. Trata-se de um fundamentado prognóstico de que os crimes seriam cometidos, hipótese autorizadora, inclusive, da proibição do evento segundo o teor do § 5, n. 4 VersG. Nesse ponto, a Administração municipal valeu-se de uma medida menos onerosa do que a permitida pelo dispositivo.

A Reclamante trilhou sem sucesso toda a via jurisdicional administrativa (ação de verificação *a posteriori*) até o Tribunal Federal Administrativo. Esse não admitiu a reclamação (agravo) da condenada contra a decisão do tribunal *a quo* de segunda instância pela inadmissibilidade de seu Recurso de Revisão.

Em sua Reclamação Constitucional, alegou violação de seu direito fundamental à liberdade de opinião com fulcro no Art. 5 I 1 GG presente, precipuamente, no que alcunhou de um “instrumentário jurídico para a vedação de uma discussão política contemporânea indesejada”, configurando uma práxis jurídica inconstitucional. Haveria também uma jurisprudência para a repressão da pesquisa historiográfica. Por fim, “o direito geral de personalidade decorrente do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG “deveria ser alocado abaixo do Art. 5 GG.” Consequentemente “porque o Tribunal Federal Administrativo enxergaria na ‘Auschwitzlüge’ uma violação dos direitos de personalidade dos judeus, essa jurisprudência violaria o Art. 5 GG”.

EMENTA

Sobre se viola o Art. 5 I 1 GG a aplicação do § 5, n. 4 da Lei de Reuniões àquelas reuniões nas quais se espera uma negação da perseguição aos judeus.

Decisão [*Beschluss*]

Do Primeiro Senado de 13 de abril de 1994 segundo o § 24 BVerfGG – 1 BvR 23/94 –

No processo da Reclamação Constitucional do Partido Nacional-democrático da Alemanha [...] contra: a) a Decisão do Tribunal Federal Administrativo de 19 de novembro de 1993 – BVerwG 1 B 179.93 –, b) a Decisão da Corte Administrativa de Bayern de 30 de junho de 1993 – 21 B 92.3619 –, c) a Decisão do Tribunal Administrativo Bávaro de München de 9 de setembro de 1992 - M 7 K 91.3787 -, d) a notificação de impugnação do Governo da Alta Baviera de 9 de agosto de 1991 – 201-1205-8/91 –, e) a notificação da Capital do Estado, München, de 8 de maio de 1991 – HA I/11 Ba/Do –.

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional tem por objeto a admissibilidade de fixação de condições para uma reunião em que se espera a negação da perseguição de judeus no “Terceiro Reich”.

I. 1.-5., II. [...]

B. – I.

Não é necessária uma decisão sobre se a Reclamação Constitucional é admissível, pois ela é em todo caso notoriamente improcedente (§ 24 BVerfGG).

II.

As decisões impugnadas não violam o Art. 5 I 1 GG.

1. O Art. 5 I 1 GG garante a qualquer pessoa o direito de livremente expressar sua opinião e de difundi-la.

a) Predominantemente com base nesse direito fundamental devem ser as decisões medidas. Embora a fixação de condições [para a realização da reunião] combatidas pela Reclamante relacione-se com uma reunião, seu objeto são, entretanto, determinadas expressões que não poderiam ser perpetradas nem toleradas pela organizadora da reunião. A avaliação jurídico-constitucional da imposição de obrigações depende principalmente da verificação se tais expressões são ou não permitidas. Uma expressão que não possa ser vedada com fundamento na Constituição também não pode ser ensejo para uma medida restritiva a reuniões conforme o § 5, n. 4 VersG. Para a resposta dessa questão derivam-se parâmetros não do direito fundamental à liberdade de reunião (Art. 8 GG), mas da liberdade de expressão da opinião.

b) Objeto da tutela jusfundamental do Art. 5 I 1 GG são opiniões. Com elas é que se relaciona a liberdade de expressão e difusão. Opiniões são marcadas por meio da relação subjetiva do indivíduo com o conteúdo de sua expressão (cf. BVerfGE 33, 1 [14]). Característico delas é o elemento da tomada de posicionamento e da maneira de compreensão [de um objeto qualquer] (cf. BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]). Nesse sentido, elas não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas. Elas gozam da proteção do direito fundamental, sem que para tanto haja a necessidade de saber se a expressão é fundamentada ou sem base alguma; emocional ou racional; ou se é considerada valiosa ou sem valor algum; perigosa ou inócuas (cf. BVerfGE 33, 1 [14 s.]). A proteção do direito fundamental estende-se também sobre a forma da expressão. Uma expressão da opinião não perde sua proteção jusfundamental por ser formulada de modo crítico ou ofensivo (cf. BVerfGE 54, 129 [136 ss.]; 61, 1 [7]). Nessa perspectiva, pode ser apenas questionado se e em que extensão podem resultar limites da liberdade de opinião conforme a medida do Art. 5 II GG.

Afirmativas de fatos não representam, em sentido estrito, expressões de opinião. Diferentemente delas, encontra-se no caso de afirmações de fatos, em primeiro plano, uma relação objetiva entre a declaração e a realidade. Assim, elas também podem ser submetidas a uma verificação do seu teor de verdade. Contudo, somente por causa disso as afirmações de fatos não são excluídas da área de proteção do Art. 5 I 1 GG. Como as opiniões baseiam-se, em regra, sobre considerações fáticas ou posicionam-se em face de relações fáticas, são protegidas pelo direito fundamental em todo caso na extensão em que forem pressupostos da formação de opiniões, os quais o Art. 5 I GG como um todo garante (cf. BVerfGE 61, 1 [8]). Consequentemente, cessará a proteção de afirmações sobre fatos apenas quando elas em nada puderem contribuir para a formação de opinião constitucionalmente pressuposta. Sob

esse aspecto, uma informação incorreta não é um bem digno de proteção. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal considera, em pacífica jurisprudência, que a consciente ou provada falsa afirmação fática não é abrangida pela proteção da liberdade de opinião (cf. BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8]). Não obstante, o grau de exigência à obrigação de verdade não pode ser de tal sorte elevado a ponto de prejudicar a função da liberdade de opinião e também de provocar o efeito de expressões permitidas deixarem de vir à tona por receio de sanções (cf. BVerfGE 54, 208 [219 s.]; 61, 1 [8]; 85, 1 [22]).

A delimitação entre expressões de opinião e afirmações de fatos pode ser difícil de ser traçada porque ambas frequentemente estão conectadas e compõem apenas conjuntamente o sentido de uma expressão. Nesse caso, uma separação entre as partes constitutivas dos juízos de valor e dos fatos será apenas admissível caso o sentido da expressão não restar falseado desse modo. Quando isso não for possível, a expressão terá de ser vista, no interesse de uma proteção jusfundamental efetiva, como uma expressão de opinião como um todo e ser incluída na área de proteção da liberdade de opinião porque, de outra maneira, haveria a ameaça de uma redução substancial da proteção do direito fundamental (cf. BVerfGE 61, 1 [9]; 85, 1 [15 s.]).

c) A liberdade de opinião não é, todavia, garantida sem reservas. Segundo o Art. 5 II GG, ela submete-se a limites que resultam das leis gerais, assim como dos dispositivos legais para a proteção da juventude e da honra pessoal. Sem embargo, deve-se considerar junto à interpretação e à aplicação de leis que tenham efeito limitador sobre a liberdade de opinião o significado da mesma liberdade (cf. BVerfGE 7, 198 [208 s.]). Isso exige, em regra, uma ponderação no caso a ser feita no quadro dos elementos típico-normativos das normas aplicadas entre o direito fundamental limitado e o bem jurídico protegido pela lei restritiva do direito fundamental.

Para essa ponderação, o TCF desenvolveu algumas regras. Segundo elas, a liberdade de opinião não terá, de maneira alguma, sempre a proeminência sobre a proteção da personalidade tal como se manifestou a Reclamante. Ao contrário, a proteção da personalidade prevalecerá, em regra, sobre a liberdade de opinião quando estiverem presentes expressões de opinião consideradas injúria formal ou ignomínia (cf. BVerfGE 66, 116 [151]; 82, 272 [281, 283 ss.]). No caso de expressões de opinião que sejam ligadas a afirmações de fatos, poderá a dignidade de proteção depender do teor de verdade das considerações fáticas que a embasaram. Se essas forem comprovadamente inverídicas, a liberdade de opinião, igualmente, perderá para a proteção da personalidade (cf. BVerfGE 61, 1 [8 s.]; 85, 1 [17]). De resto, dependerá de qual bem jurídico merecerá a proeminência no caso particular. No caso, deve ser, no entanto, observado que em questões que toquem substancialmente a opinião pública há uma presunção em favor do discurso livre (cf. BVerfGE 7, 198 [212]). Por isso, essa presunção deve ser sempre considerada na ponderação entre as posições jurídicas das pessoas envolvidas.

2. Com fulcro em tais parâmetros, notoriamente não está presente uma violação do Art. 5 I 1 GG. A determinação da obrigação direcionada à Reclamante, em sua qualidade de organizadora da reunião, de providenciar que nela a perseguição dos judeus no Terceiro Reich não seja negada ou colocada em dúvida é compatível com esse direito fundamental.

a) O prognóstico de perigo apresentado pelo órgão estatal de fiscalização de reuniões e confirmado pelos tribunais administrativos, segundo o qual no decorrer da reunião chegar-se-

ia a expressões desse tipo, não foi impugnado pela Reclamante. Pelo contrário, ela litiga com a finalidade de poder apresentar tais afirmações.

b) Trata-se, no caso da expressão proibida segundo a qual no Terceiro Reich não teria havido perseguição a judeus, de uma afirmação de fatos que são comprovadamente inverídicos segundo incontáveis relatos de testemunhas presenciais e documentos, além de comprovações dos tribunais em muitos processos penais e os reconhecimentos da Ciência Histórica. Em si, uma afirmação com esse conteúdo não goza, portanto, da proteção da liberdade de opinião. Existe uma diferença significativa entre a negação da perseguição de judeus no Terceiro Reich e a negação da culpa alemã no estopim da Segunda Guerra Mundial, da qual se tratou na Decisão do Tribunal Federal Administrativo de 11 de janeiro de 1994 (BVerfGE 90, 1 ss.). No caso de expressões a respeito da culpa e responsabilidade sobre acontecimentos históricos, trata-se sempre de complexas avaliações que não têm como ser reduzidas a uma afirmação de fatos, enquanto a negação de um acontecimento em si terá, em regra, o caráter de uma afirmação de fatos.

c) Contudo, também quando não se toma a expressão em si, sobre a qual recai a determinação de condição, mas se a observa na sua relação com o tema da reunião e, nessa extensão, toma-se a expressão em sua qualidade de pressuposto para a formação de opinião em prol do exercício de uma pressão sobre a política alemã, as decisões impugnadas passam na avaliação jurídico-constitucional. Embora a expressão proibida goze então da proteção do Art. 5 I 1 GG, sua restrição não pode ser questionada jurídico-constitucionalmente.

aa) A restrição tem uma base legal compatível com a Constituição.

Os órgãos e tribunais administrativos embasaram a determinação de obrigação restritiva da opinião sobre o § 5, n. 4 VersG. Segundo essa norma, uma reunião em espaços fechados pode ser proibida se forem constatados fatos que revelem que o organizador ou seus seguidores defendem pontos de vista ou toleram expressões que são objeto de um crime ou uma contravenção a ser perseguido ou perseguida de ofício. Essa regra é compatível com a *Grundgesetz*.

Principalmente, ela não viola o Art. 8 I GG. Embora o direito de reunião em espaços fechados seja garantido sem reservas, isso não significa que expressões de opinião em reuniões sejam protegidas para além do Art. 5 I e II GG. Expressões de opinião que sejam combinadas com penas previstas em norma permitida pelo Art. 5 II GG também permanecem proibidas em uma reunião. Do mesmo modo, à luz do Art. 8 I GG não deve ser, em princípio, objetado que o legislador procure coibir crimes que sejam esperáveis com grande probabilidade em uma reunião já antes de seu cometimento. A delimitação dos motivos da proibição a crimes e contravenções a serem perseguidos de ofício, assim como o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado junto a todas as medidas com as quais a liberdade de reunião seja restrinuida, protegem contra uma limitação exagerada da (mesma) liberdade de reunião.

Uma violação do Art. 5 I 1 GG também não está presente. O § 5, n. 4 VersG não contém uma limitação autônoma da liberdade de opinião, mas a conecta às limitações contidas no Código Penal. Portanto, as medidas restritivas de reuniões previstas no § 5 n. 4 VersG apenas podem ser tomadas quando em uma reunião puderem aparecer expressões que sejam, de qualquer modo, submetidas à sanção penal e que devam ser perseguidas de ofício. Não obstante, a norma não se movimenta no âmbito de sanções ulteriores pelos tribunais, mas no âmbito de proibições preventivas pelos órgãos administrativos. Os perigos ligados a isso para a liberdade

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

de opinião podem ser enfrentados por meio do estabelecimento de rigorosas exigências a serem cumpridas pelo diagnóstico da situação de perigo, devendo ser a punibilidade das expressões inquestionável segundo a atual jurisprudência.

Não há dúvidas quanto à constitucionalidade das normas penais sobre as quais se baseou a determinação de condições. Os tipos penais da injúria protegem a honra pessoal que foi expressamente mencionada no Art. 5 II GG como bem jurídico que justifica uma limitação da liberdade de opinião. No caso do § 130 StGB, trata-se de uma lei geral no sentido do Art. 5 II GG que serve à proteção da humanidade (cf. BTDrucks. III/1746, p. 3) e que encontra seu fulcro final jurídico-constitucional no Art. 1 I GG.

bb) A interpretação e aplicação do § 5, n. 4 VersG em conexão com o § 185 StGB pelas decisões impugnadas são igualmente compatíveis com o Art. 5 I 1 GG.

(1) Os órgãos e tribunais administrativos embasaram suas decisões na norma penal de acordo com uma interpretação que lhe deram os tribunais da Justiça comum. Segundo ela, os judeus que vivem na Alemanha com base no destino, ao qual a população judaica fora submetida sob o domínio do nacional-socialismo, constituem um grupo passível de ser ofendido. A negação da perseguição aos judeus sob o domínio do nacional-socialismo avalia-se como uma injúria infligida a esse grupo. A Corte Federal de Justiça discorreu a respeito:

"O fato histórico em si de pessoas terem sido extraídas da sociedade segundo critérios étnicos das assim chamadas Leis de Nürnberg [...] indica uma relação especialmente pessoal dos judeus que vivem na República Federal da Alemanha como seus concidadãos [...] (BGHZ 75, 160 [162 s.])."

O legislador conectou-se a essa jurisprudência e previu para tais injúrias uma exceção à exigência de pedido [ação penal privada] no § 194 I 2 StGB (cf. BTDrucks. 10/3242, p. 9).

O entendimento da Corte Federal de Justiça tem sido contestado na doutrina penal, ele é em parte visto como uma extensão do tipo penal da injúria (Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, 24. ed., § 185 n. 3; Dreher/Tröndle, StGB, 46. ed., § 194 n. 1; Köhler, NJW 1985, p. 2390 n. rod. 11). Entretanto, o TCF não examina se a interpretação do Código Penal é correta do ponto de vista do direito ordinário ou se também outros entendimentos seriam defensáveis. Para a avaliação jurídico-constitucional é, pelo contrário, decisivo se se baseia na ignorância de direitos fundamentais. Esse não é o caso aqui.

Não se pode objetar que as decisões impugnadas seguindo essa jurisprudência tenham visto na negação da perseguição aos judeus uma pesada violação de direitos de personalidade. O contexto de fundamentação produzido pela Corte Federal de Justiça entre a negação do genocídio da população judaica no Terceiro Reich motivado por racismo e o ataque à pretensão de respeito e à dignidade humana dos judeus hoje vivos não pode ser questionado jurídico-constitucionalmente. Também nessa extensão diferencia-se a negação da perseguição aos judeus da negação da culpa alemã pela guerra (cf. BVerfG, Decisão de 11 de janeiro de 1994 - BVerfGE 90, 1 ss.). Em todo caso, o entendimento por último mencionado não afeta bens jurídicos de terceiros, independentemente de sua questionável procedência histórica.

A objeção da Reclamante de que a determinação de obrigações baseia-se em uma compreensão do § 185 StGB, que estava na base do projeto do § 140 StGB na 21. Lei Derrogatória do Direito Penal (BTDrucks. 10/1286, p. 4), mas que acabou não sendo promulgada pela Câmara Federal, não faz, igualmente, essa interpretação tornar-se inconstitucional. O fato de o legislador ter desistido de introduzir um tipo penal especial com

cominação de pena mais elevada para a negação da perseguição aos judeus não autoriza a conclusão pela não punibilidade da ação sob a norma geral do § 185 StGB, principalmente porque ele – como descrito – conecta-se à jurisprudência que enxerga uma injúria na negação do destino de perseguição.

(2) Também na ponderação entre o ferimento da honra, de um lado, e a restrição da liberdade de opinião, de outro, não pôde ser reconhecido nenhum erro jurídico-constitucional significativo. Para essa ponderação, o peso da respectiva afetação tem um papel decisivo. No caso de expressões de opinião violadoras da honra que contenham uma afirmação de fatos, é relevante saber se a afirmação de fatos é procedente ou não. Afirmações de fatos comprovadamente falsas não representam um bem digno de proteção. Caso elas conectarem-se inseparavelmente a opiniões, então até lhes favorece a proteção do Art. 5 I 1 GG; porém, essa intervenção pesa, desde o início, menos do que no caso de dados fáticos falsos [ainda como tais] não comprovados.

Assim ocorre no caso em tela. Mesmo quando se considera, no contexto do tema da reunião, uma expressão que fora vedada à Reclamante como expressão de opinião, isso não muda em nada a comprovada incorreção de seu conteúdo fático. A intervenção a isso relacionada não tem, assim, um peso especialmente grande. Em face do peso que se atribui à violação da honra, não se pode impugnar que as decisões concederam à proteção da personalidade a prevalência sobre a liberdade de opinião.

Esse quadro também não se altera em nada quando se leva em consideração que o posicionamento da Alemanha em face de seu passado nacional-socialista e suas consequências políticas, objetos que foram da reunião, seja uma questão que interesse essencialmente à opinião pública. Nesse caso, até existe uma presunção em prol do discurso livre. No entanto, ela não vem à pauta quando, na expressão, tratar-se de injúrias formais ou ignomírias, nem quando a expressão ofensiva basear-se em afirmações de fatos comprovadamente inverídicos.

Também uma expansão excessiva das exigências à obrigação de verdade que é incompatível com o Art. 5 I 1 GG, tendo em vista o núcleo fático da expressão, não afasta essa conclusão da ponderação. A delimitação da obrigação de cuidado – da qual parte o TCF no interesse da comunicação livre, assim como da função de crítica e controle dos meios de comunicação social – baseia-se em afirmações de fatos cuja correção no momento da expressão ainda seja incerta e que não possa ser esclarecida dentro de um prazo exíguo. Todavia, ela não vale para os casos em que a inverdade de uma manifestação já esteja verificada, como ocorre aqui.

(3) Como a determinação de condições impugnada não pode ser questionada já em razão do § 185 c.c. o § 194 I 2 StGB, não é mais relevante saber se isso vale também para a avaliação da punibilidade segundo os §§ 130, 189 StGB.

III.

Para uma avaliação das decisões impugnadas com base no parâmetro do Art. 8 I GG valem as mesmas considerações. Desse direito fundamental não decorre, portanto, outra conclusão.

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert e Jaeger.

37. BVerfGE 93, 266 (“*Soldaten sind Mörder*”)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Trata-se de quatro casos julgados conjuntamente. Militares ajuizaram ações penais privadas contra as seguintes manifestações:

1. O Reclamante, à época um estudante de 30 anos, hospedara-se na casa de amigos em um local próximo de um treino militar da OTAN realizado em setembro de 1988 e chamado “*Certain Challenge*”. O Reclamante, que reconhecidamente se recusara a prestar o serviço militar (*Kriegsdienstverweigerer*),⁷² ao perceber a presença, em local próximo à sua hospedagem, de 7 a 10 grandes veículos militares do Exército norte-americano, incomodou-se e escreveu em um lençol com tinta vermelha a frase “A SOLDIER IS A MURDER” (*sic*).

A faixa foi dependurada por ele por volta das 10 horas em um cruzamento à margem da cidade. Por volta das 12 horas, passou por lá um oficial das Forças Armadas Alemãs, o Coronel Ü. que, notando a presença da faixa, informou a polícia. Os policiais retiraram a faixa do local por volta das 14 horas. O coronel Ü. ajuizou contra o Reclamante uma ação penal privada, que foi julgada procedente. O Reclamante foi condenado por injúria à multa prevista no § 185 StGB. A decisão condenatória foi, em sua essência, confirmada na segunda e na terceira instâncias (Recurso de Revisão). Contra todas essas decisões, ajuizou sua Reclamação Constitucional, alegando que elas violaram, entre outros, seu direito fundamental à liberdade de expressão da opinião do Art. 5 I 1 GG.

2. O Reclamante, nascido em 1949, é conselheiro estudantil e reconhecido por ter se recusado a prestar o serviço militar (*Kriegsdienstverweigerer*). Quando, em novembro de 1989, na escola profissional da cidade onde residia, ocorreu uma exposição de caricaturas sobre as Forças Armadas intitulada “*Mexam-se!*”, o Reclamante compôs um panfleto com imagens e o seguinte texto:

“São soldados assassinos potenciais?

Uma coisa é certa:

Soldados são formados para a prática de assassinatos. O ‘Não matarás’ transforma-se em ‘Deves matar’. Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [Alemãs].

Genocídio, assassinato, destruição, brutalidade, tortura, crueldade, terror, ameaça, desumanidade, vingança, represália. ...

... aprendido na paz,

... perfeitamente aplicado na guerra.

Esse é o instrumentário do soldado.

Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [Alemãs].

Quando soldados cumprem o “seu dever”, dão ou seguem ordens, quem dança são os civis.

Militarismo mata, também sem armas, também sem guerra.

Em face disso, existe tão somente uma resposta:

⁷² O status “*Kriegsdienstverweigerer*” é certificado ao cabo de um procedimento administrativo em que o interessado demonstra a plausibilidade de seu imperativo de consciência. Principalmente a partir da extinção ou apenas suspensão para alguns (a reserva legal do Art. 4 III GG não foi retirada do texto constitucional, podendo o legislador reintroduzi-la de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade) do serviço militar obrigatório, em 2011 (cf., retro, as notas introdutórias ao Cap. 6), esse procedimento perdeu muito de sua relevância prática.

Pela paz, pelo desarmamento e pela humanidade: Não prestar o serviço militar.
Resistência contra o militarismo!".

Poucos panfletos foram entregues a pessoas (20 a 30), outros foram afixados ou colocados nos vidros dos carros estacionados. Um soldado e o Ministério da Defesa entraram com ações penais privadas. Igualmente condenado por injúria em todas as instâncias ordinárias, o Reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional com o mesmo fundamento retro mencionado.

3. O Reclamante enviou uma “carta do leitor” ao jornal “*Allgemeine Zeitung*” de Mainz. O ensejo foi a absolvição do médico Dr. A. no assim chamado “processo dos soldados de Frankfurt”. Com o título: “eu declaro a minha solidariedade – sobre a absolvição no processo dos soldados”, a carta tinha o seguinte teor:

“Lá havia, durante quatro anos, muitas milhas quadradas de terra, sobre as quais o assassinato era obrigatório, enquanto a meia hora de distância, ele [assassinato] era proibido, de maneira igualmente inflexível. Eu dizia: assassinato? É claro, assassinato. Soldados são assassinos’. Essa citação de Kurt Tucholsky tirada da [Revista] *Weltbühne* de 1931, pela qual, no mais, o editor, que depois viria a receber o Prêmio Nobel da Paz, Carl von Ossietzky, também foi acusado e absolvido (!), é também hoje atual; sim, talvez hoje até mais atual do que àquela época. Em tempos de ‘Nova língua’ orwelliana – acontece que a ‘política da insegurança militar’ é convertida em ‘política de segurança’, acontece que não se fala mais em guerra, mas em ‘defesa’ – uma língua que nomeie as coisas com precisão não é mais desejada. Em nosso país, somente são reconhecidos como pessoas que recusam o serviço militar (Kriegsdienstverweigerer), quem recusar o serviço militar [literalmente porém: “serviço de guerra” – Kriegsdienst] (essa palavra ainda existe mesmo na *Grundgesetz*) em si, como atividade abominável, como assassinato. E o que pode ser senão essa a tarefa de um exército? A decisão [política] por uma ‘defesa’ militar, por um exército, inclui sempre a prontidão para a guerra, para o genocídio legitimado pelo Estado. A diferença em relação ao citado acima de Tucholsky é que essa seria uma guerra total, tendo como consequência a extinção de toda a vida biológica complexa. Eu declaro minha solidariedade plena com o Senhor A. e declaro, pela presente, em público: ‘Todos os soldados são assassinos potenciais’”.

Vários militares ajuizaram ações penais privadas. Segue, com pequenas alterações, o mesmo ocorrido nos dois casos anteriores.

4. A Reclamante mostrou, em uma exposição de motocicletas (“*Greger-Racing-Show*”) na qual havia um Estande das Forças Armadas Alemãs, uma faixa de 1 por 3 metros de comprimento com a frase: “*Soldaten sind potentielle MÖRDER.*” (“Soldados são potenciais assassinos”). Na terça parte inferior da palavra grafada em maiúsculo, “Mörder” (assassino/s), estava sobreescrita a palavra “*Kriegsdienstverweigerer*” (“pessoas que recusam o serviço militar”). Foram distribuídos panfletos nos quais, em síntese, se acusava as Forças Armadas de enaltecer o fascínio da técnica, silenciando a respeito dos horrores da guerra. No verso do panfleto em pauta, havia uma foto com vários equipamentos de guerra e pessoas mortas no chão com o título: “Civilistas mortos na guerra do Vietnã”.

Seguem semelhantes ações de militares e condenações da Reclamante e das demais pessoas que se encontravam na manifestação.

O TCF julgou as Reclamações Constitucionais, em sua essência, admitidas ao julgamento do mérito e, na extensão de suas admissibilidades, também procedentes, anulando todas as

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

decisões judiciais por vislumbrar, sobretudo, uma *interpretação das expressões* feita pelos tribunais de modo inconstitucional. Em suma, os tribunais deixaram, segundo o TCF, de analisar possíveis interpretações das expressões que fizessem parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão da opinião e que, no momento da justificação da intervenção consubstanciada nas decisões judiciais, poderiam mostrar que, nesse caso, tais intervenções não restariam justificadas. Essa insuficiência de interpretações das expressões à luz do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG foi a “razão fundamental” (*tragender Grund*), por excelência, do reconhecimento da inconstitucionalidade das referidas decisões.

Esse julgado ecoou por um bom tempo na literatura especializada, principalmente nas revistas jurídicas. Vários comentários e observações técnico-jurídicos sobre a decisão foram publicados (*Entscheidungsanmerkungen*). Obviamente, também a grande imprensa interessou-se, tendo sido nela publicados vários ensaios a respeito. As vozes foram bem distribuídas entre os aquiescentes e os críticos. Porém, as críticas foram de ordem tão fundamental (algumas até mesmo virulentas, como raramente acontece) que o então Juiz do TCF, *Dieter Grimm*, que participou da decisão como membro do Primeiro Senado, sentiu a necessidade de publicar um artigo bastante minucioso na Nova Revista Semanal Jurídica (NJW), explicando a decisão. A decisão em relação às Reclamações 1, 3 e 4 não foram unâmines (5 x 3 votos).

Em relação à Reclamação 2, foi unânime apenas em face da conclusão, mas não da fundamentação. A Juíza *Haas* fez publicar, ao cabo da decisão, seu voto divergente.

EMENTA

Sobre a relação da liberdade de expressão da opinião e a proteção da honra em juízos de valor coletivos [críticas] sobre soldados.

Decisão [*Beschluss*]

do Primeiro Senado de 10 de outubro de 1995 – 1 BvR 1476, 1980/91 e 102, 221/92 –

Dispositivo:

1. A Decisão do juízo de *Ansbach* [...], a Decisão do Tribunal Estadual de *Ansbach* [...] e a Decisão do Supremo Tribunal de *Bayern* [...] violam o direito fundamental do Reclamante 1) decorrente do Artigo 5, Parágrafo 1, Período 1 da *Grundgesetz*. Anulam-se as decisões. Devolve-se a matéria ao juízo.

2. ...

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais julgadas conjuntamente referem-se a condenações penais por injúria contra as Forças Armadas e [alguns] soldados em particular por meio de declarações como “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos potenciais”.

I.-IV. [...].

B.

As Reclamações Constitucionais são, em sua essência, admitidas.

[...].

C.

As Reclamações Constitucionais são, na extensão de sua admissibilidade, procedentes. As decisões impugnadas não observaram o direito fundamental dos Reclamantes do Art. 5 I 1 GG na extensão necessária.

I.

1. As declarações pelas quais os Reclamantes foram condenados por injúria gozam da proteção do Art. 5 I 1 GG. Essa norma constitucional dá a todos o direito de livremente expressar e divulgar sua opinião por palavra, escrito ou imagem. Opiniões são, diferentemente de afirmações de fatos, caracterizadas pelo posicionamento ideológico subjetivo daquele que se expressa sobre o objeto da expressão (cf. por último BVerfGE 90, 241 [247 ss.]). Contém seu julgamento sobre fatos, ideias ou pessoas; a proteção do direito fundamental refere-se a esse posicionamento pessoal. Por isso ele existe, independentemente de ser a expressão racional ou emocional, fundamentada ou sem base alguma e se é considerada por outros como útil ou prejudicial, valiosa ou sem valor (BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). A proteção não se refere apenas ao conteúdo da expressão, mas também à sua forma. Pelo fato de ser formulada de modo polêmico ou ofensivo, ela não deixa de fazer parte da área de proteção do direito fundamental (BVerfGE 54, 129 [138 s.]; 61, 1 [7 s.]). Além disso, protegida é também a escolha do local e hora da expressão. Aquele que se expressa não tem apenas o direito de manifestar sua opinião. Ele também pode escolher aquelas circunstâncias com as quais espera conseguir a maior divulgação ou o maior efeito possível da divulgação de sua opinião.

No caso das expressões que fundamentaram as decisões condenatórias em face dos Reclamantes por injúria, trata-se de opiniões nesse sentido que sempre estão sob a proteção do direito fundamental. Com suas expressões, segundo as quais soldados seriam assassinos ou assassinos potenciais, os Reclamantes não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinato no passado. Muito mais expressaram um juízo de valor sobre soldados e sobre a profissão de soldado, que em certas circunstâncias força ao homicídio. Os tribunais penais consideraram a expressão como sendo um juízo de valor, não uma afirmação de fatos.

2. Existe, na condenação por causa dessas expressões, uma intervenção na área de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão da opinião.

3. O direito fundamental da liberdade de expressão da opinião não é, contudo, garantido sem reservas. Pelo contrário, segundo o Art. 5 II GG ele encontra seus limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais para proteção da [infância e] juventude e no direito da honra pessoal. A tais limites pertence também o § 185 StGB, que serve de base às decisões atacadas. Para poder sustentar a condenação, o dispositivo [do § 185 StGB] deve, por sua vez, estar de acordo com a *Grundgesetz* e, além disso, ser interpretado e aplicado de modo constitucional (BVerfGE 7, 198 [208 s.]; jurispr. consolidada).

II.

Contra o § 185 StGB não existem objeções constitucionais categóricas.

1. O dispositivo penal é compatível com o Art. 5 I 1 GG.

a) O dispositivo protege, em primeira linha, a honra pessoal. No contexto do direito geral da personalidade derivado do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, a própria honra goza de proteção de direito fundamental (BVerfGE 54, 148 [153 s.]). Ela pode ser ferida, sobretudo, por expressões de opinião. Por isso, é expressamente reconhecida no Art. 5 II GG como causa justificadora de limitações à liberdade de expressão. Disso não resulta, contudo, que o legislador possa restringir ao seu bel prazer uma liberdade de expressão em favor da honra pessoal (BVerfGE 7, 198 [208]). Ao contrário, deve, especialmente ao fazer uso da autorização do Art. 5 II GG, levar em consideração o direito fundamental restrinrido e evitar limitações exageradas da liberdade de expressão. Porém, o § 193 StGB leva em conta essa exigência na medida em que exclui a

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

ilicitude da expressão quando for feita em defesa de interesses legítimos. Esse dispositivo, que em conformidade com o prescrito no § 185 StGB deve ser observado antes de qualquer condenação, é particularmente aberto à influência da liberdade de expressão graças à sua formulação ampla. Isso permite uma compensação [que seja a] menos onerosa possível (*schonendster Ausgleich*) aos bens jurídicos colidentes (BVerfGE 12, 113 [125 s.]).

b) Como se depreende do § 194 III 2 StGB, a proteção do § 185 StGB não se refere, porém, apenas a pessoas, mas também a autoridades ou a outros órgãos que cumpram tarefas da Administração pública. Nesse ponto, a norma não pode ser justificada a partir do aspecto da honra pessoal, pois órgãos estatais não têm honra “pessoal”, nem são titulares do direito geral da personalidade. Não obstante, como norma protetora de órgãos estatais, o § 185 StGB faz parte das leis gerais na acepção do Art. 5 II GG.

Como leis gerais consideram-se todas as leis que não proíbam uma opinião, que não se dirijam contra a expressão da opinião [em si], mas que sirvam por excelência à proteção de um bem jurídico que deve ser protegido sem considerar-se [sem se voltar contra] uma opinião determinada (BVerfGE 7, 198 [209]; jurispr. consolidada). Esse é o caso do § 185 StGB. Sem um mínimo de aceitação por parte da sociedade, os órgãos estatais não podem cumprir suas tarefas. Por isso, devem ser em princípio protegidos contra ataques verbais que ameacem minar esses pressupostos (BVerfGE 81, 278 [292 s.]). No entanto, a proteção penal não deve implicar a proteção dos órgãos estatais contra a crítica pública, eventualmente também revestida de uma forma dura, a qual deve ser garantida pelo direito fundamental da liberdade de expressão de maneira especial (BVerfGE 28, 191 [202]). Essa exigência é, por sua vez, suficientemente levada em conta pelo § 193 StGB, o qual abre espaço para a influência do Art. 5 I 1 GG e ganha maior importância quando o § 185 StGB é utilizado para proteger órgãos públicos e não a honra pessoal.

2. O § 185 StGB também não é muito indefinido, por isso não fere o Art. 103 II GG. Ele até distingue-se das demais disposições do Código Penal pelo fato de identificar o tipo penal tão somente pelo conceito de injúria sem defini-lo mais detalhadamente. Mesmo se isso tivesse de ser visto como insuficiente para um dispositivo penal promulgado sob a vigência da *Grundgesetz*, o conceito de injúria recebeu um conteúdo suficientemente claro em sua essência depois da consolidação de uma jurisprudência centenária e unânime, conteúdo esse que fornece aos tribunais critérios suficientes para a sua aplicação, deixando claro aos destinatários da norma quando poderão ser punidos por injúria (BVerfGE 71, 108 [114 ss.]). Se ainda persistem controvérsias não esclarecidas sobre [o conceito de] injúria coletiva, [só] por isso a clareza da norma não é comprometida.

III.

A interpretação e a aplicação das leis penais são assuntos dos tribunais penais. Quando se tratar de leis que limitem a liberdade de expressão da opinião, o direito fundamental limitado deve ser, conforme a consolidada jurisprudência do TCF, observado para que sua importância axiológica também seja mantida ao nível da aplicação do direito (BVerfGE 7, 198 [208 s.]).

1. No estágio da interpretação normativa, o Art. 5 I 1 GG exige uma ponderação a ser feita no contexto dos elementos típicos das leis em questão entre, de um lado, o significado da liberdade de expressão e, de outro, do bem jurídico em cujo interesse a liberdade foi limitada. Uma interpretação do § 185 StGB que dilate o conceito de injúria a tal ponto de ele extrapolar as exigências da proteção à honra ou às instituições (BVerfGE 71, 162 [181]) ou que não deixe

mais espaço para a observância da liberdade de expressão (BVerfGE 43, 130 [139]) é incompatível com a referida ponderação. Da mesma forma, o Art. 5 I 1 GG proíbe uma interpretação do § 185 StGB que provoque um efeito inibidor do exercício do direito fundamental, que leve à omissão de crítica permitida por medo de sanções (BVerfGE 43, 130 [136]; jurispr. consolidada). Principalmente na interpretação do § 193 StGB, a liberdade de expressão é, por excelência, constitutiva para a ordem democrático-liberal (BVerfGE 7, 198 [208 s.]).

Por isso, um interesse legítimo não estará presente somente quando o próprio cidadão atingido tiver dado ensejo à expressão ou quando alguém defende-se contra ataques pessoais, mas também quando [o titular] estiver participando de uma discussão pública sobre relevantes questões sociais ou políticas (BVerfGE 12, 113 [125, 127]). É o que deve ser principalmente respeitado quando as normas de proteção à honra dos §§ 185 ss. StGB forem relacionadas não a pessoas, mas a órgãos estatais. Então não servem à proteção da honra pessoal, mas tentam garantir o reconhecimento público, que é necessário para que os órgãos estatais cumpram sua função. Se essa finalidade de proteção entrar em conflito com a liberdade de expressão da opinião, então a importância desta deverá ser bastante observada porque o direito fundamental surgiu justamente da necessidade de proteção da crítica ao poder e nela encontra, inalteradamente, seu significado.

2. No estágio da aplicação dos §§ 185 ss. StGB no caso concreto, o Art. 5 I 1 GG exige um sopesamento do prejuízo, de um lado, que a honra pessoal poderá sofrer e, de outro, daquele ameaçado em relação à liberdade de expressão. Junto a esse sopesamento devem ser consideradas todas as circunstâncias essenciais (BVerfGE 7, 198 [212]; jurispr. consolidada). O resultado dessa ponderação não pode ser antecipado de forma geral e abstrata devido ao seu casuismo. Mas, na jurisprudência, foi desenvolvida uma série de elementos que fornecem critérios para a ponderação concreta. Assim, a liberdade de expressão sempre terá de ceder quando a expressão atingir a dignidade de outrem. Esse princípio formulado para a liberdade artística (BVerfGE 75, 369 [380]) requer validade também para a liberdade de expressão, pois a dignidade humana como raiz de todos os direitos fundamentais não é ponderável [e não comparável a] com nenhum direito fundamental isolado [tendo sempre primazia, primazia abstrata]. Contudo, como não são apenas direitos fundamentais isolados, mas todos eles são concretizações do princípio da dignidade humana, sempre é necessária uma fundamentação cuidadosa quando se defende a tese de que o exercício de um direito fundamental chocou-se contra a dignidade humana intangível. Igualmente, a liberdade de expressão cede lugar, em regra, à proteção da honra no caso de expressões depreciativas que se apresentarem como injúria formal ou ignominiosas [*Schmähung*] (BVerfGE 61, 1 [12]).

Devido ao efeito repressor sobre a liberdade de expressão, o TCF definiu mais restritivamente o conceito de crítica ignominiosa [*Schmähkritik*] desenvolvido pelos tribunais competentes em razão da matéria. Assim, mesmo uma crítica exagerada ou até ofensiva em si não torna a expressão uma ignomínia. Muito mais deve ocorrer que, na expressão, não esteja mais em primeiro plano uma discussão do assunto, mas a difamação da pessoa. Ela também deve consistir na depreciação pessoal, além da crítica polêmica e excessiva (BVerfGE 82, 272 [283 s.]). Por esse motivo, a crítica ignominiosa em expressões sobre uma questão que essencialmente toque a opinião pública estará presente apenas excepcionalmente e, de resto, permanecerá restrita à chamada disputa particular (cf. BGH, NJW 1974, p. 1762). Caso o

tribunal considere, erroneamente, uma expressão como injúria formal ou ignomínia; com a consequência de que uma ponderação concreta, que considere todas as circunstâncias do caso particular, não seja feita; estará presente aí um erro constitucional considerável que leva à anulação da decisão se ela nele se basear (BVerfGE 82, 272 [281]).

Se a expressão não puder ser classificada nem como ataque à dignidade humana, nem como injúria formal ou ignomínia, então, para a ponderação, será decisiva a gravidade do prejuízo dos bens jurídicos atingidos. Mas aqui é indiferente, diversamente do caso de afirmações de fatos, a princípio, se a crítica é justificada ou se o juízo de valor é “correto” (BVerfGE 66, 116 [151]; 68, 226 [232]). Por outro lado, faz diferença se o direito fundamental da liberdade de expressão foi usado no contexto de uma discussão particular, na qual se perseguem interesses pessoais, ou no contexto de uma questão que toque essencialmente a opinião pública. Se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública, vale uma presunção em favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do TCF (BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes desse necessitam consequentemente de uma fundamentação que considere a importância constitutiva da liberdade de expressão para a democracia, na qual se enraíza a regra da presunção.

3. Porém, o pressuposto de qualquer apreciação jurídica de expressões é que seu sentido tenha sido apreendido corretamente. Se ocorrer uma falha [nesse sentido] na condenação por delito de expressão [crime contra a honra], isso pode redundar na repressão de uma expressão permitida. Além disso, há o perigo de que tal condenação possa ter um efeito negativo sobre o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão em geral porque aqueles que quiserem expressar-se arriscariam ser punidos devido a uma interpretação distante ou inconsistente de sua expressão (BVerfGE 43, 130 [136]). Como nessas circunstâncias já se tomam, no nível de interpretação [da expressão], decisões prévias sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de expressões, o Art. 5 I 1 GG estabelece não apenas exigências quanto à interpretação e à aplicação de leis que restrinjam os direitos fundamentais, mas também quanto à interpretação de expressões polêmicas.

A finalidade da interpretação é a verificação do sentido objetivo de uma expressão. Por isso, decisiva não é a intenção subjetiva daquele que se expressa, nem o entendimento subjetivo daquele atingido pela expressão, mas o sentido que ela tem segundo o entendimento de um público não preconceituoso e ponderado. Sempre se deve partir do teor da expressão. Mas ele não determina seu sentido plenamente. O sentido apenas será [plenamente] determinado, ao contrário, pelo contexto linguístico em que se situa a expressão polêmica e pelas circunstâncias de sua ocorrência, quanto forem reconhecíveis pelos destinatários. A análise isolada de uma parte da expressão controversa não atende, assim, normalmente às exigências de uma verificação confiável do seu sentido (BVerfGE 82, 43 [52]).

Decisões que falharem na verificação do sentido de uma expressão polêmica e nisso basearem sua apreciação jurídica infringirão o direito fundamental da liberdade de expressão. O mesmo vale quando um tribunal valer-se, junto a [interpretação de] expressões ambivalentes, somente daquele significado que leva à condenação, sem ter antes excluído outras possíveis interpretações por razões lógico-racionais (BVerfGE 82, 43 [52]). Obviamente, o tribunal não precisa investigar alternativas distantes, não baseadas no teor, nem nas circunstâncias da expressão, ou mesmo desenvolver possibilidades de interpretação abstratas que não encontram respaldo nas circunstâncias concretas. Se as formulações ou circunstâncias, porém,

admitirem uma interpretação [segundo a qual a expressão] não [seja] injuriosa, então toda decisão judicial penal que não a enfrentar violará o Art. 5 I 1 GG. Aqui se deve considerar também que algumas palavras ou conceitos podem ter diferentes significados em diferentes contextos de comunicação. Esse é o caso, entre outros, de conceitos que são usados na terminologia jurídica com acepção diferente daquela da linguagem coloquial. Por isso, trata-se, com efeito, de um considerável erro constitucional basear uma condenação no sentido técnico específico, embora a expressão tenha ocorrido em um contexto coloquial (BVerfGE 7, 198 [227]; 85, 1 [19]). As exigências do Art. 5 I 1 GG quanto à verificação do sentido de expressões são sujeitas ao reexame pelo TCF, principalmente quando se tratar, como ocorre no caso das decisões judiciais penais, de uma intervenção grave no direito fundamental. O TCF sempre o destacou (BVerfGE 43, 130 [136 s.]; 54, 129 [136 ss.]; 61, 1 [6, 9 s.]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 s.]). Não existe aqui divergência da jurisprudência consolidada sobre o alcance da competência de exame do TCF (BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 s.]). De fato, também na condenação por delitos de expressão [crimes contra a honra], o TCF examina se os tribunais ignoraram o significado e o alcance do direito fundamental da liberdade de expressão. O restante fica a cargo da exclusiva competência dos tribunais especializados. No contexto de delitos de expressão, isso diz respeito a questionamentos como: se a expressão polêmica realmente ocorreu, que teor teve, de quem se originou e em que circunstâncias foi colocada, ainda mais quando as provas [produzidas nos autos] basearem-se na única impressão geral da audiência (BVerfGE 43, 130 [137]). As alegações do voto divergente, que se afastam dessa jurisprudência consolidada, não dão ensejo para que se abandone a prática até aqui adotada de restringir a proteção de direito fundamental da expressão da opinião.

IV.

As decisões contestadas não atendem a essas exigências.

1.-3. [...].

V.

Para as decisões impugnadas com o meio processual idôneo [Reclamação Constitucional] individualmente consideradas, tem-se o seguinte:

1. Processo 1 BvR 1476/91
a) – b) [...].
2. Processo 1 BvR 1980/91
a) – c) [...].
3. Processo 1 BvR 102/92
a) – b) [...].
4. Processo 1 BvR 221/92
a) – c) [...].

VI.

Em nenhum dos quatro casos pode-se dizer que os tribunais não teriam chegado a outras conclusões se tivessem examinado outras possibilidades de interpretação das expressões, se tivessem observado a diferença entre uma expressão depreciativa sobre todos os soldados do mundo e os soldados das Forças Armadas e se tivessem usado o conceito de crítica ignominiosa no seu sentido dado pela Constituição. Por isso, as decisões atacadas devem ser anuladas e os autos reenviados. Isso não significa, porém, que os Reclamantes foram absolvidos, nem que as ofensas a alguns soldados ou a membros de certas forças armadas perpetradas por expressões como “soldados são assassinos” foram declaradas permitidas. As respectivas expressões devem ser, por sua vez, novamente apreciadas, levando-se em

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

consideração [nesse reexame pelos tribunais competentes em razão da matéria] as exigências do Art. 5 I 1 GG ora apresentadas.

Em relação às Reclamações Constitucionais 1, 3 e 4, a presente decisão resultou de cinco votos a três. Em relação à Reclamação Constitucional 2 foi unânime.

Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger e Haas.

Opinião divergente da Juíza **Haas** sobre a Decisão do

Primeiro Senado de 10 de outubro de 1995 - 1 BvR 1476/91 e 102, 221/92 –

1.-4. [...].

Haas.

38. BVerfGE 95, 173 (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

Por meio de decreto publicado em janeiro de 1991 e derrogado em 1994, determinou-se a obrigação de imprimir **advertências em face de produtos de tabaco** (*Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*) no invólucro de todos os correspondentes produtos, especialmente nas cartelas de cigarros e nos invólucros de tabaco solto para autopreparação dos cigarros pelos consumidores finais. Além da advertência genérica com o teor “fumar ameaça a saúde”, toda a indústria deveria caracterizar os produtos, com grande destaque e de forma a deixar a impressão intacta após a abertura das embalagens, com mais duas advertências: “fumar causa câncer” e “fumar causa doenças cardíacas e vasculares”, antecedidas por “O Ministro da Saúde das C.E.:” (Comunidades Europeias). Tais restrições tinham lastro em diretriz do direito comunitário europeu (Diretriz 89/622/EWG) sobre o alinhamento na etiquetação de produtos do tabaco nos países membros.

Quatro empresas produtoras e distribuidoras de tabaco e uma subsidiária de uma fábrica de tabaco e cigarros com sede em Luxemburgo ajuizaram suas Reclamações Constitucionais diretamente contra os pertinentes dispositivos desse decreto, alegando violação dos seus direitos fundamentais à liberdade de expressão da opinião, à liberdade profissional e à propriedade (respectivamente: Art. 5, 12, 14 GG).

No que tange, especificamente, à arguição de violação da liberdade de expressão da opinião pelo dispositivo impugnado,⁷³ as Reclamantes sustentaram que sua liberdade negativa de expressão da opinião teria sofrido uma intervenção estatal não justificada na medida em que o dispositivo obrigava-as a expressar uma opinião de terceiro, nomeadamente, do Ministro da Saúde das C.E., com a qual não concordavam. Pelo contrário, consideravam-na infundada. Como cediço na literatura especializada e jurisprudência, a liberdade parâmetro abrange o direito de não ser obrigado a expressar uma determinada opinião. O fato de o autor da advertência ser identificado não atenuava a intervenção, pois “o indivíduo seria protegido jufundamentalmente contra a obrigação de, mediante difusão, fomentar e apoiar uma opinião de terceiro”.

⁷³ Em relação ao exame da arguição de violação do Art. 12 e 14 GG, essa Decisão voltará a ser objeto de análise, especialmente dos correspondentes excertos aqui não reproduzidos no Cap. 24, parte do v. 5 da presente obra (planejado ano de publicação: 2021).

No mais, uma parte considerável dos consumidores entendia a advertência, apesar do referido complemento, como sendo da própria indústria; os consumidores partiriam, ao menos, de um consenso mínimo entre os produtores e o conteúdo da advertência. Por fim, a intervenção não contribuiria com o propósito de fomentar a saúde, pois não esclarecia nada do ponto de vista da política de saúde. “Tratar-se-ia, pelo contrário, de induções ao erro decretadas pelo Estado, [na forma de] declarações sobre uma suposta causalidade exclusiva que, de fato, não existiria e que não seria defensável cientificamente”. Outro decreto aprovado à mesma época do impugnado sobre substâncias perigosas prescrevia, para as substâncias lá elencadas, a advertência “*pode causar câncer*” (*grifo nosso*). Nesse segundo decreto, não se encontrava, portanto, a assertiva mais contundente “fumar causa câncer” e, de fato, infundada por sugerir tratar-se de causa única ou exclusivamente identificável, com efeito certo em 100% dos casos.

Em suma, os Reclamantes sustentaram que a intervenção consubstanciada nas normas impugnadas poderia até perseguir um propósito legítimo, mas sem a observância do princípio da proporcionalidade, restando, portanto, não justificada constitucionalmente e violadora, principalmente, do Art. 5 I 1 GG.

EMENTA

Sobre a questão se a obrigação de difundir avisos contra os perigos à saúde do hábito de fumar impresso sobre as embalagens de produtos do tabaco é compatível com os direitos fundamentais.

Decisão [Beschluss]

Do Segundo Senado de 22 de janeiro de 1997 – 2 BvR 1915/91 –

No processo da Reclamação Constitucional 1. Da Firma [...] contra o § 3 I, n. 1 e 2 do Decreto da Caracterização de Produtos do Tabaco e Quantidades Máximas de Alcatrão na Fumaça de Cigarros (TabKTHmV) de 29 de outubro de 1991 (BGBI. I, p. 2053). 2.-5. [...].

Dispositivo:

Indeferem-se as Reclamações Constitucionais.

RAZÕES

A.

As Reclamantes requerem a declaração de nulidade do § 3 I, n. 1 e 2 do Decreto da Caracterização de Produtos do Tabaco e Quantidades Máximas de Alcatrão na Fumaça de Cigarros (TabKTHmV), de 29 de outubro de 1991 (BGBI. I, p. 2053), modificado pelo Decreto de 5 de julho de 1994, BGBI. I, p. 1461) e Art. 2 do Decreto de Derrogação do Decreto do Tabaco e outros Decretos dos Produtos Alimentares, de 8 de março de 1996 (BGBI. I, p. 460).
I. 1.a)-b), 2., II. 1., 2.a)-c), 3. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais, que segundo o § 93a II, a BVerfGG devem ser [previamente, em procedimento autônomo] aceitas a julgamento, são admitidas.

As Reclamações Constitucionais impugnam, diretamente, um Decreto Federal que onera as Reclamantes, contra o qual não se encontra aberto o acesso aos tribunais administrativos (cf. § 47 VwGO). Não vem à tona um acionamento prévio da Corte Europeia. Não existia para as Reclamantes uma possibilidade exigível de sanar sua queixa de outra forma.

C.

As Reclamações Constitucionais não são procedentes.

I.

As obrigações impugnadas de caracterização baseiam-se no fundamento de autorização – independente do Direito das Comunidades Europeias – do § 21 LMBG. Elas são também partes integrantes do direito geral de concorrência na Alemanha (cf. BGH, NJW 1994, p. 730 s.) e satisfazem, com esse fundamento, as exigências dos direitos fundamentais garantidos pela *Grundgesetz*. Por isso, em sede de conclusão, na avaliação constitucional do § 3 TabKTHmV pelo TCF, não se trata de verificar se as Diretrizes das Comunidades Europeias para a execução das correspondentes normas de caracterização sejam válidas do ponto de vista do direito comunitário, quais vinculações interno-estatais elas fundamentam, se as Reclamantes podem promover um processo de controle concreto de normas perante a Corte Europeia e qual parâmetro jusfundamental seria aplicável sobre o direito comunitário derivado.

II.

A obrigação às advertências atinge produtores e comerciantes de produtos de tabaco na comercialização de seus produtos, mas não na participação no processo de expressão e difusão de opinião. Por isso, a obrigação de caracterização deve ser medida com base na liberdade profissional (Art. 12 I GG), mas não na liberdade de opinião (Art. 5 I GG). As Reclamantes podem valer-se – como pessoas jurídicas de direito privado que são – do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). Sua exposição profissional, incluindo a publicidade de seus produtos, é abrangida pelo âmbito das atividades relativas à profissão que o Art. 12 I 1 GG protege (cf. BVerfGE 85, 248 [256]; GRUR 1996, p. 899 [902]). Medidas estatais que, no caso, estejam restringindo os profissionais são intervenções na liberdade do exercício profissional (cf. BVerfG, *ibid.*). Contudo, uma violação de direito fundamental não está presente.

1. a) O direito fundamental da liberdade de opinião (Art. 5 I GG) pode ser utilizado para uma publicidade econômica em todo caso quando a publicidade tiver um conteúdo axiológico e formador de opinião ou dados que sirvam à formação da opinião (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). Falta isso aqui. Quando as indústrias de produtos do tabaco forem obrigadas a difundir sobre suas embalagens também advertências estatais, o Estado estará usando essas embalagens, sem com isso afetar a publicidade. Até aqui não se atinge a formação ou expressão da opinião das empresas, mas, exclusivamente, seu exercício profissional.

Algo diferente valeria se as advertências não fossem claramente reconhecíveis expressões de opinião de terceiros, mas pudessem ser atribuídas aos industriais de produtos do tabaco. Caso fosse infligida a um titular de direito fundamental a difusão de uma opinião de terceiro como sendo sua própria, então seria atingida a liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1 GG). Caso fosse suscitada no destinatário da publicidade a impressão de que o industrial do tabaco apoiasse, voluntariamente, a difusão das advertências, difundisse, portanto, autonomamente, essa manifestação, então poderia a liberdade de difusão de opinião oferecer o parâmetro do exame. Ao contrário, caso seja claramente reconhecível que a opinião difundida sobre as embalagens dos produtos do tabaco é atribuída a outrem e que a difusão dessas advertências seja uma condição geral para a colocação no mercado de produtos do tabaco, essa obrigação de caracterização estará regulamentando o exercício profissional.

b) Aplicando-se esse parâmetro, não foi atingido o direito fundamental das Reclamantes à liberdade de opinião por meio da regulamentação impugnada. A obrigação à impressão das advertências serve à difusão de uma opinião de terceiro, atinge todas as empresas que

comercializem cigarros e não suscita a aparência de que as empresas difundiriam essa opinião espontaneamente.

As advertências devem ser avaliadas como uma reconhecível opinião de terceiro. Expressam que o ministro da saúde das Comunidades Europeias defende a visão de que o hábito de fumar causa câncer, doenças cardíacas e vasculares. Segundo a obrigação geral do § 3 TabKTHmV, essas advertências não são difundidas apenas por algumas empresas, mas fazem parte da apresentação de cada embalagem de cigarro. Elas não contêm – de modo reconhecível ao comprador – uma manifestação atribuível à empresa em particular, mas representam condição para cada oferta comercial de cigarros e outros semelhantes produtos do tabaco. Os ministros da saúde das Comunidades Europeias perseguem seu objetivo de política de saúde justamente pelo fato de eles pretenderem tornar consciente a nocividade de cada decisão de compra e consumo. Também as Reclamantes arguem, nesse ponto, tão somente que, apesar do correspondente complemento, uma parte considerável dos consumidores entenderia as advertências como expressões das indústrias de cigarros, partiria ao menos de um consenso mínimo entre a opinião da indústria e o conteúdo da advertência. Os resultados de pesquisa por elas apresentados não comprovam tal efeito das advertências. No comentário do resultado da pesquisa de 1991 consta a respeito: “A massa dos fumantes – como antes por volta de 90% – considera que os produtores de cigarros não têm nada a ver com o conteúdo da impressão das advertências”.

2. A obrigação dos empresários à impressão das advertências faz parte, assim, da área de proteção do Art. 12 I GG.

a) Intervenções na liberdade do exercício profissional carecem segundo o Art. 12 I 2 GG de um fundamento legal que satisfaça às exigências da Constituição. Os fundamentos legais serão compatíveis com o Art. 12 I GG quando forem justificados por meio de razões suficientes do bem comum e se corresponderem ao princípio da proporcionalidade, quando, portanto, o meio escolhido for adequado ao alcance do propósito perseguido e também necessário e se, junto a uma ponderação geral entre o peso da intervenção e o peso das razões que a justifiquem, ainda tiver sido mantido o limite da exigibilidade (cf. BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259]; GRUR 1996, p. 899 [902]).

b) Esses pressupostos foram aqui atendidos.

O Decreto de Caracterização do Tabaco vale-se da autoridade do Estado e intenciona com isso uma especial confiança, juridicamente forjada [...].

[...].

aa)-ff) [...].

III.

As regras impugnadas não violam os direitos fundamentais das Reclamantes decorrentes do Art. 14 I GG.

1.-2. [...].

IV.

Depois de todo o exposto, não há de se falar também em uma violação da liberdade de disposição empresarial garantida com o Art. 2 I GG. A norma contestada atinge a liberdade de ação no âmbito do direito profissional que para sua especial garantia encontrou respaldo no Art. 12 GG. Para um exame com base no parâmetro do Art. 2 I GG não há, destarte, espaço (cf. BVerfGE 70, 1 [32]).

Limbach, Graßhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer, Jentsch e Hassemer.

39. BVerfGE 124, 300 (Rudolf Heß Gedenkfeier)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Por meio de uma Lei de Derrogação da Lei de Reuniões e do Código Penal, foi inserido em março de 2005, no Código Penal alemão, junto ao tipo da incitação ao ódio do § 130, o parágrafo 4, transscrito em sua íntegra no início dos excertos a seguir (sob A.I.), uma regra específica sancionando os atos de aprovar, glorificar ou justificar publicamente o despotismo do regime nacional-socialista vigente no chamado Terceiro Reich, cominando-o com prisão e multa.

No presente caso, o Reclamante convocava, de 2001 até 2010, todos os anos uma manifestação em local aberto com o tema “Em memória de Rudolf Heß” (daí ser a decisão alcunhada de **cerimônia em memória de Rudolf Heß – Rudolf-Heß-Gedenkfeier**). Trata-se do procurador de Hitler, um dos mais fanáticos seguidores do “Führer”.

A cada ano o Reclamante lograva aumentar o número de radicais de direita que participavam da anual marcha, marcada sempre para o dia da morte de Heß, dando-lhe a conotação de mártir, e a ser realizada pelas ruas de *Wunsiedel*,⁷⁴ cidade de *Bayern* onde ele se encontra sepultado. No ano 2004, participaram da marcha cerca de 5.000 manifestantes. Com a entrada em vigor no novo tipo penal, a Câmara legislativa de *Wunsiedel* proibiu, por meio de uma notificação, o evento marcado para agosto daquele ano de 2005 com o lema adicional “sua honra valia-lhe mais do que a liberdade”. Contra essa notificação o ora Reclamante ajuizou uma ação perante o juízo administrativo de *Bayreuth*, julgada improcedente em 09.05.2006. O recurso de apelação interposto pelo Reclamante, julgado em 26.03.2007, não foi provido. A proibição foi confirmada em última instância pelo Tribunal Federal Administrativo em 25.06.2008, que considerou constitucional a derrogação do tipo de incitação ao ódio por ser ela uma “lei geral” no sentido do Art. 5 II GG que restringe a liberdade de expressão de opinião de modo compatível com a *Grundgesetz*. Contra essa decisão, o Reclamante, enfim, ajuizou a presente Reclamação Constitucional.

Por ter se afastado de sua consolidada jurisprudência e dogmática a respeito do caráter “geral” da lei que pode restringir a liberdade de opinião e, no caso, relativizado o conceito ao aceitar, extraordinariamente, uma lei contra uma específica opinião, essa decisão foi incisivamente impugnada pela literatura especializada.

EMENTAS

1. O § 130 IV StGB é compatível com o Art. 5 I e II GG mesmo não sendo uma lei geral. Em face do não-direito, que se furt a ser medido por categorias éticas gerais, do horror que o domínio nacional-socialista trouxe sobre a Europa e a amplas partes do mundo, e do surgimento da República Federal da Alemanha, entendida como projeto àquele contraposto, o Art. 5 I e II GG é, para os dispositivos que imponham limites à glorificação propagandística do poder e despotismo nacional-socialista, uma imanente exceção da proibição do direito excepcional em leis relativas à opinião.

⁷⁴ Daí ser a decisão referida na literatura especializada também como “*Wunsiedel-Entscheidung*”.

2. A abertura do Art. 5 I e II GG para tais dispositivos excepcionais não depõe contra o conteúdo material da liberdade de opinião. A *Grundgesetz* não justifica uma proibição geral da difusão do pensamento radical de direita ou também nacional-socialista em relação ao efeito intelectual de seu conteúdo.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 04 de novembro de 2009 – 1 BvR 2150/08 –

No processo da Reclamação Constitucional do advogado R... [...] contra a Decisão do Tribunal Federal Administrativo de 25 de junho de 2008 – BVerwG 6 C 21.07 –.

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

Com sua Reclamação Constitucional, o Reclamante impugna uma Decisão em sede de recurso de revisão do Tribunal Federal Administrativo que tem por objeto a proibição de reuniões para a manifestação em memória de *Rudolf Heß*, convocada para o dia 20 de agosto de 2005, em *Wunsiedel*. A decisão é baseada no § 15 I da Lei de Reuniões e Passeatas (na nova redação de 15 de novembro de 1978, BGBl. I, p. 1789 [1791] – Lei de Reuniões [VersG]) c.c. o § 130 IV do Código Penal (StGB). O Reclamante impugna o próprio § 130 IV StGB e sua interpretação no caso concreto.

I.

A norma do § 130 IV StGB foi introduzida no Código Penal pela Lei de Derrogação da Lei de Reuniões e do Código Penal de 24 de março de 2005, entrando em vigor em 1 de abril de 2005 (BGBl. I, p. 969 [970]). Tem o seguinte teor:

(4) *Punir-se-á com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa, quem publicamente ou em uma reunião, estorvar a paz pública de modo a ferir a dignidade das vítimas ao aprovar, glorificar ou justificar o poder e o despotismo nacional-socialista.*

Sob o aspecto do direito objetivo de reunião, adquire importância o § 130 IV StGB por causa do § 15 I VersG. Seu teor:

(1) O órgão administrativo competente pode proibir a reunião ou passeata ou condicionar-a ao cumprimento de determinadas obrigações quando, de acordo com as circunstâncias reconhecíveis ao tempo da edição da medida, estiver a segurança ou ordem pública imediatamente ameaçada por sua realização.

Deve-se partir da presença de um perigo para a segurança pública segundo essa norma, entre outros, quando houver ameaça de violação de normas penais (cf. BVerfGE 69, 315 [352]).

II. 1., 2.a)-b), III., IV.1.a)-c), 2., V. [...]

B.

Pode-se julgar a Reclamação Constitucional apesar da morte do Reclamante. Ela é admitida a julgamento na extensão em que com ela arguiu-se uma violação do Art. 3 III, I, Art. 8 I c.c. Art. 5 I 1 e Art. 103 II GG. De resto, ela não é admitida [a julgamento de mérito].

I.

A respeito da questão sobre quais consequências a morte do Reclamante traz para um processo pendente de Reclamação Constitucional não há nada determinado na legislação. [...].

II.

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

Admissível é a Reclamação Constitucional, primeiro, em face das alegações baseadas no Art. 8 I c.c. Art. 5 I e II GG. Ao confirmar uma proibição de reunião, pode a decisão impugnada ter violado o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 8 I GG. Isso seria especialmente o caso se a reunião fosse proibida de modo não sustentável constitucionalmente em razão de seu conteúdo. Com efeito, o conteúdo de uma expressão de opinião, que no quadro do Art. 5 GG não pode ser vedado, não pode ser trazido para a justificação de medidas que restrinjam o direito fundamental do Art. 8 GG. Nesse sentido, o alcance da liberdade de reunião orienta-se pelo conteúdo da proteção garantida no Art. 5 I e II GG (cf. BVerfGE 90, 241 [246]; 111, 147 [154 s.]). Também em face da admissibilidade das alegações de uma violação do Art. 3 III, Art. 3 I e Art. 103 II GG não existem questionamentos. Por sua vez, não há elementos indicando um atingimento do direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 4 I GG. Inadmitida é a Reclamação Constitucional também em face do Art. 10 EMRK c.c. o princípio do Estado de direito. Não obstante, as garantias da Convenção na interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos influenciam a interpretação dos direitos fundamentais, devendo ser consideradas na interpretação do direito intraestatal pelos tribunais instanciais (cf. BVerfGE 74, 358 [370]; 83, 119 [128]; 111, 307 [317]). Uma violação desse dever de consideração pode ser alegado, no caso, em princípio, como violação do direito fundamental atingido em sua área de proteção em conexão com o princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 111, 307 [316]). Nesse ponto, ao invés disso, falta no presente caso um relato substancial. O Reclamante não discutiu de modo algum, na matéria, as garantias da Convenção.

C.

A Reclamação Constitucional é improcedente. O § 130 IV StGB é compatível com a *Grundgesetz* (**C.I – V**) e fora aplicado pelo Tribunal Federal Administrativo de modo inquestionável constitucionalmente (**D**).

I.

O § 130 IV StGB intervém na área de proteção do Art. 5 I 1 GG.

O Art. 5 I 1 GG garante a qualquer pessoa o direito de expressar sua opinião e de difundi-la. Opiniões são marcadas pela relação subjetiva do indivíduo com o conteúdo de sua manifestação (cf. BVerfGE 7, 198 [210]). Nas elas é característico o elemento da tomada de posição e avaliação axiológica (cf. BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]; 90, 241 [247]). Nesse sentido, não podem ser identificadas como verdadeiras ou falsas. Gozam de proteção do direito fundamental sem que se condicione à verificação de ser a expressão fundamentada ou sem fundamento, emocional ou racional, considerada valiosa ou sem valor, perigosa ou inócuas (cf. BVerfGE 90, 241 [247]). Os cidadãos também não são, no caso, juridicamente obrigados a pessoalmente partilhar das positivações axiológicas que embasam a Constituição. A *Grundgesetz* constrói-se sobre a expectativa de que os cidadãos aceitem seus valores gerais e os realizem, mas não impõe uma lealdade axiológica (cf. BVerfG, Decisões da 1. Câmara do Primeiro Senado de 24 de março de 2001 – 1 BvQ 13/01 –, NJW 2001, p. 2069 [2070] e de 15 de setembro de 2008 – 1 BvR 1565/05 –, NJW 2009, p. 908 [909]).

Assim, protegidas pelo Art. 5 I 1 GG são também opiniões que mirem na mudança radical da ordem política, independentemente de se saber se e em que extensão elas possam ser impostas no quadro da ordem firmada pela *Grundgesetz*. Essa confia na força do livre debate como arma efetiva também contra a difusão de ideologias totalitárias ou que desprezem a

humanidade. Correspondentemente, até mesmo a difusão do pensamento nacional-socialista como questionamento radical da ordem vigente não sai, de plano, da área de proteção do direito fundamental do Art. 5 I GG. Para se combater os perigos aqui surgidos, a ordem liberal da *Grundgesetz* confia no engajamento do cidadão no discurso político livre, assim como no esclarecimento e na educação formal nas escolas consoante o Art. 7 GG.

Na medida em que o § 130 IV StGB menciona a aprovação, glorificação e justificação do poder e despotismo nacional-socialistas e, presentes outros pressupostos, comina-os penalmente, a norma intervém na área de proteção da liberdade de opinião.

II.

A intervenção na liberdade de opinião está justificada. O § 130 IV StGB é um fundamento legal que pode justificar uma intervenção na liberdade de opinião de modo permitido constitucionalmente. Embora não se trate, na norma penal, de uma lei geral no sentido do Art. 5 II, 1. alternativa GG (**1**), como direito excepcional ela também não pode se fundar no direito da honra pessoal no sentido do Art. 5 II, 3. alternativa GG (**2**). Em relação ao regime nacional-socialista dos anos 1933 a 1945, o Art. 5 I e II GG permite, todavia, intervenções também mediante normas que não correspondam às exigências direcionadas a uma lei geral. Em face do não-direito ímpar na espécie, do horror que esse domínio trouxe sobre a Europa e amplas partes do mundo sob responsabilidade alemã e do significado marcante desse passado para a identidade da República Federal da Alemanha, podem as expressões que o saúdem suscitar efeitos os quais, solitariamente, não podem ser considerados em categorias generalizáveis (**3**).

1. § 130 IV StGB não é uma lei geral no sentido do Art. 5 II, 1. alternativa GG.

a) Segundo o Art. 5 II, 1. alternativa GG, a liberdade de opinião tem seus limites fixados nas normas das leis gerais. Sob o conceito devem ser entendidas leis que não proíbam uma opinião em si, que não se direcionem contra a expressão da opinião, mas que sirvam à proteção de um bem jurídico a ser protegido sem se considerar uma determinada opinião (cf. BVerfGE 7, 198 [209 s.]; 28, 282 [292]; 71, 162 [175 s.]; 93, 266 [291]; jurispr. pacífica). Esse bem jurídico precisa ser protegido no ordenamento jurídico em geral e, assim, independentemente de se saber se pode ser ferido por meio de expressões de opinião ou de outro modo (cf. BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260]).

aa) Ponto de partida para se saber se uma lei é geral é, primeiro, saber se uma norma refere-se a conteúdos de opinião. Se a norma compreender o comportamento em questão de maneira totalmente independente do conteúdo de uma expressão de opinião, não existirão dúvidas quanto à sua generalidade. Por outro lado, se ela referir-se ao conteúdo de uma expressão de opinião, o exame dependerá de se verificar se a norma serve à proteção de um bem jurídico protegido de todo modo pelo ordenamento jurídico. Se for esse o caso, deve-se, em regra, presumir que a lei não se direciona contra uma determinada opinião, mas objetiva, de modo geral e neutro em relação a opiniões, a defesa contra violações de bens jurídicos. Nesse ponto, nem toda e qualquer referência ao conteúdo de opiniões exclui seu caráter de lei geral. Pelo contrário, devem ser também aquelas normas que se referem a conteúdos classificadas como leis gerais se elas, de modo reconhecível, direcionarem-se à proteção de determinados bens jurídicos, mas não contra uma determinada opinião. Partindo disso, o TCF considerou leis gerais no sentido do Art. 5 II GG, por exemplo, as normas sobre as obrigações de parcimônia nas manifestações políticas de soldados e funcionários públicos (cf. BVerfGE 28, 282 [292]; 39, 334 [367]), as normas sobre a punibilidade da ofensa do Estado e seu símbolos

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

no sentido do § 90a StGB (cf. BVerfGE 47, 198 [232]; 69, 257 [268 s.]), sobre a injúria prevista no § 185 StGB (cf. BVerfGE 93, 266 [291]; BVerfGK 8, 89 [96]; BVerfG, Decisão da 1. Câmara do Primeiro Senado de 12 de maio de 2009 – 1 BvR 2272/04 –, NJW 2009, p. 3016 [3017]) ou sobre a redação anterior do tipo normativo da incitação ao ódio prevista no § 130 StGB a.F. (cf. BVerfGE 90, 241 [251]; 111, 147 [155]).

Contudo, não se pode derivar dessa jurisprudência, *a contrario sensu*, que, sempre que uma norma estiver protegendo um bem jurídico reconhecido, já apenas com isso seja certa sua generalidade (cf. Enders, JZ 2008, p. 1092 [1094]). O fato de uma lei restritiva de opinião proteger um bem jurídico reconhecido não garante sua generalidade em todos os casos, mas representa tão somente um indício da manutenção da distância [condizente com o princípio] de Estado de direito e da observância do mandamento da neutralidade diante de opiniões. O TCF sempre enfatizou que, por excelência, o bem jurídico em questão tem de ser protegido sem consideração de uma determinada opinião (cf. BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260]) e, assim, as referências da norma a conteúdos têm de permanecer na neutralidade em relação às várias correntes políticas e ideologias. Correspondentemente, foi determinante para a qualificação do § 90a StGB como lei geral que essa norma tenha cominado penalmente a ofensa à República Federal da Alemanha "independentemente de uma convicção política" (cf. BVerfGE 47, 198 [232]). Nada diferente vale para os §§ 86, 86a StGB, todos igualmente considerados leis gerais pelo TCF (cf. BVerfGE 111, 147 [155]). Embora o § 86 I, n. 4 c.c. § 86a I, n. 1 StGB tenha expressamente referido-se a organizações nacional-socialistas, não se trata, no entanto, no contexto geral da norma do § 86 I StGB, de um direito excepcional. A norma não se volta contra a difusão do pensamento nacional-socialista, mas levanta uma racionalmente restritiva pretensão de punição contra o prosseguimento orgânico de associações e partidos formalmente proibidos, alcançando, de igual modo, todas as organizações do tipo.

bb) Faltará o aspecto da generalidade de uma lei quando uma restrição relativa ao conteúdo de opinião não for cunhada de maneira suficientemente aberta e voltar-se, desde o início, apenas contra determinadas convicções, atitudes ou ideologias.

Leis para a proteção de bens jurídicos serão gerais apenas se elas, no caso de uma obrigatoriedade visão panorâmica, revelarem-se como tendo sido concebidas de modo consequente e abstrato a partir do bem jurídico e forem configuradas sem se levar em consideração existentes concepções concretas. Faz parte disso uma formulação da ação violadora dos bens jurídicos protegidos que seja composta de modo suficientemente geral, assegurando que a norma apresente-se, no campo político de forças, como aberta aos vários grupos e que a penalizada ou proibida expressão de opinião possa, em princípio, provir de várias posições políticas, religiosas ou ideológicas. Obrigatoriedade é uma redação de norma que, em distanciamento ordenado pelo Estado de direito, em face de debates concretos e na luta de opiniões, entre outras, políticas, garanta uma estrita "cegueira" diante daqueles junto aos quais, em última instância, ela deva ser aplicada. Ela pode ser direcionada apenas ao bem jurídico a ser protegido, mas não a um julgamento de valor ou desvalor em face das atitudes concretas ou visões.

Para as intervenções na liberdade de opinião, a generalidade da lei garante, correspondentemente à proibição da desvantagem ou da prerrogativa por causa de visões políticas (Art. 3 III 1, 9. alternativa GG), uma vedação específica e rigorosa diante de opiniões

determinadas. Leis que se refiram ao conteúdo de expressões, vedando ou sancionando violações de bens jurídicos por elas, são admissíveis apenas mediante a presença da estrita neutralidade e igual tratamento.

Se uma norma segundo esses princípios ainda deva ser classificada como lei geral ou como direito excepcional, é uma questão que não pode ser respondida de maneira esquemática. Dependerá, ao contrário, de uma visão global. Deve-se verificar, aqui, especialmente, em que medida uma norma positiva critérios abstratos relativos a conteúdo e abertos a atitudes variadas ou perpetra diferenciações concretas relativas a posicionamentos, especialmente de ordem ideológica (cf. semelhantemente: BVerfGE 47, 198 [232]). Um indício do direito excepcional estará presente, por exemplo, quando uma norma for entendida como resposta a um conflito concreto da luta atual de opiniões públicas ou, conectando-se a posições conteudísticas de alguns grupos existentes, seja formulada de tal modo a ser aplicada, essencialmente, apenas àqueles. O mesmo vale para sanções de um comportamento que, tipicamente, exsurja de uma concreta atitude intelectual ou de uma específica interpretação ideológica, política ou histórica, e também para as normas que se baseiem, exclusivamente, na pertinência a grupos que sejam definidos por meio de tais atitudes. Quanto mais uma norma for assim composta, de tal sorte a atingir somente partidários de determinadas concepções políticas, religiosas ou ideológicas e, destarte, tomando influência na luta pública das opiniões, mais próximo estará o reconhecimento de que a fronteira para o direito excepcional tenha sido ultrapassada. Um sinal do direito excepcional estará igualmente presente quando uma lei restritiva de opinião referir-se a determinadas interpretações históricas de acontecimentos ou se ela limitar-se à proteção de bens jurídicos de um público não mais aberto, mas já consolidado. Como um todo, dependerá de se investigar se uma norma restritiva de opinião mantém uma distância conteudística em relação às várias posições concretas na luta política e ideológica.

b) Partindo-se disso, o § 130 IV StGB não é uma lei geral. Embora a norma sirva à paz pública e, assim, à proteção de um bem jurídico que, no mais, é protegido no ordenamento jurídico de maneiras diversas, o § 130 IV StGB configura essa proteção não de modo geral e aberto a conteúdos, mas é relativo somente às manifestações de opinião que expressem uma determinada atitude em relação ao nacional-socialismo. A norma não serve à proteção de vítimas de violência em geral e não se baseia, de modo consciente, na aprovação, glorificação e justificação do poder e despotismo de regimes totalitários como um todo, mas é limitada somente a expressões relativas ao nacional-socialismo. Também segundo sua gênese, a norma foi entendida fundamentalmente como resposta a reuniões públicas e marchas de radicais de direita que, em suas manifestações, referem-se ao tempo do nacional-socialismo – não por último, direcionada também contra os eventos anuais em memória de *Rudolf Heß* (cf. Protocolo da Seção da Câmara Federal 15/158 de 18 de fevereiro de 2005, p. 14818, 14820; Protocolo da Comissão Interna 15/56 de 07 de março de 2005, p. 11, 22 ss., 44, 45, 53 s., 57; BTDrucks 15/5051, p. 6; Protocolo da Seção da Câmara Federal 15/164 de 11 de março de 2005, p. 15352). Ela é, nesse sentido, a reação do legislador a concepções políticas concretas, consideradas especialmente perigosas na luta de opiniões públicas. A norma penaliza expressões de opinião que podem resultar somente de uma determinada interpretação da história e de uma correspondente atitude. Assim, ela não é cega em face de posições básicas existentes, mas já normatiza, no seu suporte fático, critérios concretos relativos a

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

posicionamentos. Portanto, ela não é uma lei geral, mas direito excepcional para a defesa especialmente contra violações de bens jurídicos que decorram da manifestação de uma opinião determinada, vale dizer, da saudação do poder e despotismo nacional-socialistas.

2. O § 130 IV StGB, como direito excepcional, também não pode apoiar-se no direito da honra pessoal no sentido do Art. 5 II, 3. alternativa GG – aqui relativo à dignidade das vítimas. A condição da generalidade de leis restritivas de opinião no sentido do Art. 5 II, 1. alternativa GG alcança também os dispositivos para a proteção da honra.

O Art. 5 II GG positiva um conceito de lei geral segundo o qual a fronteira para o direito excepcional não se alcança quando uma lei restritiva de opinião em geral conectar-se com conteúdos de opinião, mas apenas quando já seu suporte fático contenha referências a posicionamentos concretos e a norma, com isso, não for configurada de modo neutro no que tange às opiniões. A proibição de direito excepcional existente na condição de generalidade garante, segundo esse entendimento, uma proteção contra discriminação em conexão a determinadas opiniões e visões políticas, tal como ela semelhantemente é também abrangida pelo Art. 3 III 1, 9. alternativa GG ("visões políticas") e assegura, destarte, um distanciamento próprio do Estado de direito em relação à liberdade de opinião. Mas, nesse entendimento, a proibição do direito excepcional deve valer também de modo geral e estender-se sobre todas as leis restritivas de opinião. Dispositivos legais para a proteção da juventude e da honra pessoal, tal como aqueles para a proteção de outros bens jurídicos, submetem-se àquela proibição. Correspondentemente, até hoje o TCF também enxerga no tipo penal da injúria uma lei geral (cf. BVerfGE 69, 257 [268 s.]; 93, 266 [291]; cf. também BVerfGK 1, 289 [291]). Esse entendimento também tem respaldo na história da liberdade de opinião. Já segundo o Art. 118 da Constituição do Império Alemão (Constituição Imperial de Weimar), a liberdade de opinião tinha seus limites [fixados] nas leis gerais. A norma não continha uma exceção complementar da proteção da juventude e da honra que tivesse ido além de dispositivos individuais sobre a vedação de censura. Ao contrário, tais determinações eram vistas como em princípio compreendidas pelas leis gerais e isso independentemente das várias posições sobre a interpretação do conteúdo do critério da generalidade entre a teoria do direito excepcional (cf. Häntzschel, AÖR, v. 10, 1926, p. 228 [232]; Häntzschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, v. 2, 1932, p. 651 [657 ss.]; Rothenbücher, in: VVDStRL n. 4, 1928, p. 6 [20]) e da teoria de Smend (cf. VVDStRL n. 4, 1928, p. 44 [52]). Não é plausível que, em relação a isso, o constituinte tenha pretendido com o Art. 5 I e II GG estabelecer outra decisão fundamental [uma terceira via]. A contemplação expressa da proteção da juventude e da honra no Art. 5 II GG deveria tão somente assegurar que tais normas continuassem sendo admitidas. Ela não deveria, porém, retroceder nas exigências a serem feitas a todas as leis de distanciamento de Estado de direito em termos de neutralidade diante de opiniões.

3. O § 130 IV StGB é, mesmo não sendo lei geral, compatível com Art. 5 I e II GG. Em face das categorias destituídas de generalidade do não-direito e do horror que o domínio nacional-socialista trouxe para a Europa e amplas partes do mundo e do projeto contrário aqui apresentado no surgimento da República Federal da Alemanha, o Art. 5 I e II GG representa para os dispositivos que impõem limites à saudação propagandística do regime nacional-socialista nos anos 1933 a 1945 uma imanente exceção da vedação de direito excepcional para leis relativas a opiniões.

a) Deve ser reconhecida uma exceção da condição de generalidade de leis restritivas de opinião segundo o Art. 5 II GG para normas que mirem no impedimento de uma afirmação propagandística do poder e despotismo nacional-socialistas nos anos 1933 a 1945. O regime ofensivo à humanidade daquele tempo, que trouxe sofrimento, morte e submissão à Europa e ao mundo em medida incomensurável, tem para a ordem jurídico-constitucional um significado de marca invertida de identidade que é único e que não pode ser contemplado somente sobre a base de dispositivos legais gerais. A deposição consciente do domínio antijurídico do nacional-socialismo foi historicamente a preocupação central de todas as forças partícipes da elaboração e da entrada em vigor da *Grundgesetz* (cf. Comissão Constituinte da Conferência dos Ministros-Presidentes⁷⁵ das Zonas Ocidentais de Ocupação, Relatório sobre a Convenção Constituinte em *Herrenchiemsee*, de 10 a 23 de agosto de 1948, p. 18, 20, 22, 56), especialmente também o Conselho Parlamentar (cf. Conselho Parlamentar, Relatório Escrito sobre o Projeto da *Grundgesetz* para República Federal da Alemanha, Anexo ao Relatório Estenográfico da 9. Seção do Conselho Parlamentar de 6 de maio de 1949, p. 5, 6, 9) e constitui uma estrutura interna da ordem firmada pela *Grundgesetz* (cf. apenas Art. 1, Art. 20 e Art. 79 III GG). A *Grundgesetz* pode ser interpretada justamente como projeto [diametralmente] oposto ao totalitarismo do regime nacional-socialista, tendo como propósito, desde sua estrutura até nos muitos detalhes, extrair lições das experiências históricas e excluir, de uma vez por todas, a possibilidade de uma repetição de tal não-direito. A superação definitiva das estruturas nacional-socialistas e o impedimento de novo fortalecimento de uma Alemanha nacionalista totalitária foi, já para a nova construção da estatalidade alemã pelos Aliados, um motivo central e construiu – como mostram, por exemplo, a Carta Atlântica de 14 de agosto de 1941, o Tratado de Potsdam de 02 de agosto de 1945 e a Lei do Conselho de Controle N. 2 para a dissolução e destruição de organizações nazistas de 10 de outubro de 1945 – uma base intelectual essencial para os Documentos de Frankfurt de 01 de julho de 1948, nos quais os Governos Militares, em suas zonas de ocupação, incumbiram os Ministros-Presidentes de criarem uma nova Constituição. Também para a criação das Comunidades Europeias e de muitas convenções internacionais, tais como especialmente a Convenção Europeia de Direitos Humanos, tirou-se das experiências de destruição de todas as conquistas civilizatórias pelo nacional-socialismo um decisivo impulso. Elas marcam até hoje, de modo destacado, toda a ordem do Pós-Guerra e a inclusão da República Federal da Alemanha na comunidade internacional dos povos.

Em face desse contexto, a saudação propagandística do poder e despotismo nacional-socialista, com todos os terríveis acontecimentos fáticos pelos quais ele deve responder, produz efeitos que vão muito além das situações gerais de tensão da luta de opinião pública e que não podem ser contemplados somente com base nas regras gerais sobre os limites da liberdade de opinião. A defesa desse império [nacional-socialista] na Alemanha é um ataque à identidade da instituição da comunidade política no âmbito interno com potencial de risco à paz. Nessa extensão, ela [como opinião] não é comparável a outras expressões de opinião e também pode, não por último, despertar no exterior uma profunda preocupação. O Art. 5 II GG não tem o escopo de excluir a possibilidade de essa constelação excepcional, historicamente fundada, ser contemplada por normas especiais. A condição da generalidade de leis restritivas de opinião – com a qual o Art. 5 II GG obriga o legislador, baseando-se em

⁷⁵ = Chefes de Governo dos Executivos estaduais no quadro do regime parlamentarista estadual.

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

longa tradição, a garantir a proteção de bens jurídicos perante expressões de opinião, independentemente de determinadas convicções, atitudes e ideologias – não pode valer em face dessa constelação única relativa à identidade historicamente marcada da República Federal da Alemanha e não transferível a outros conflitos. Consequentemente, porque o § 130 IV StGB é um dispositivo excepcional, que tem como objeto somente a avaliação do poder e despotismo nacional-socialista, ele não se torna inconstitucional.

b) A abertura do Art. 5 I e II GG a tais dispositivos excepcionais que se relacionam com expressões a respeito do nacional-socialismo nos anos 1933 a 1945 não retira o conteúdo material da liberdade de opinião. Especialmente, a *Grundgesetz* não conhece um princípio fundamental geral anti-nacional-socialista (cf., no entanto, nesse sentido: Battis/Grigoleit, NVwZ 2001, p. 121 [123 ss.]; OVG Münster, Decisão de 23 de março de 2001 – 5 B 395/01 –, NJW 2001, p. 2111) que permitisse uma proibição da difusão de pensamento radical de direita ou mesmo nacional-socialista já com base no efeito intelectual de seu conteúdo. Tal princípio fundamental não pode ser derivado, especialmente, do Art. 79 III GG, nem do Art. 139 GG, que com base em decisão consciente permitem que somente as normas lá mencionadas possam ser retiradas da vigência da Constituição. A *Grundgesetz* garante, ao contrário, liberdade de opinião em confiança na força do livre debate público, em princípio, também aos inimigos da liberdade. O Conselho Parlamentar professou-o também diante daquele, justamente à época, sobrepujado nacional-socialismo. Nos Art. 9 II, Art. 18 e Art. 21 II GG, determinou que não já a difusão de ideias inimigas da Constituição como tais marca a fronteira do livre debate político, mas apenas uma atitude combativa, agressiva diante da ordem fundamental democrático-liberal (cf. BVerfGE 5, 85 [141]). Consequentemente, garante o Art. 5 I e II GG a liberdade de opinião como liberdade intelectual, independentemente do julgamento conteudístico de sua correção, imponibilidade jurídica ou caráter perigoso (cf. BVerfGE 90, 241 [247]). O Art. 5 I e II GG não permite uma intromissão estatal na convicção, mas autoriza a intervenção tão somente quando expressões de opinião deixarem a esfera puramente intelectual do considerar-correcto e transformarem-se em violações de bens jurídicos ou em reconhecíveis situações de ameaça.

Mesmo a exceção à condição geral de leis restritivas de opinião, a ser reconhecida em consonância ao Art. 5 I e II GG por causa do caráter único dos crimes do poder e despotismo nacional-socialistas e da responsabilidade deles resultante para a República Federal da Alemanha, não abre aqui portas, mas deixa a responsabilidade em face do necessário combate de tais perigosas ideias para a crítica na livre discussão. A exceção permite ao legislador tão somente promulgar dispositivos extraordinários para expressões de opinião que tenham por objeto uma avaliação positiva do regime nacional-socialista em sua realidade histórica, os quais se refiram aos efeitos específicos justamente de tais expressões, levando-os em consideração.

III.

O § 130 IV StGB satisfaz as exigências do princípio da proporcionalidade. Com a proteção da paz pública, a norma persegue um propósito legítimo em face de cujo alcance ela é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

1. O § 130 IV StGB serve à proteção da paz pública. Aqui está presente um propósito legítimo de proteção que pode justificar, desde que presente um entendimento restritivo, racional e feito à luz do Art. 5 I GG, a intervenção na liberdade de opinião.

a) Pressuposto para uma intervenção no Art. 5 I GG e decisivo para sua proporcionalidade é a determinação de um propósito legítimo (cf. BVerfGE 80, 137 [159]; 104, 337 [347]; 107, 299 [316]). Legítimo é, em princípio, qualquer interesse público que não seja proibido jurídico-constitucionalmente. Saber quais propósitos são legítimos depende também do respectivo direito fundamental no qual se intervém. Ilegítima é especialmente uma suspensão do princípio de liberdade como tal encontrado no respectivo direito fundamental. Para a liberdade de opinião, isso encontra uma especial expressão na teoria do efeito interativo: Entre a proteção do direito fundamental e os seus limites ocorre um efeito interativo, no sentido de que, embora as leis gerais possam fixar limites, esses devem ser, por sua vez, interpretados [reversamente] à luz dessas outorgas de direitos fundamentais (cf. BVerfGE 7, 198 [208 s.]; 94, 1 [8]; 107, 299 [331]). Os limites da liberdade de opinião não podem colocar em questão seu conteúdo substancial. Isso vale para a interpretação, assim como para a lei restritiva, e até mesmo para os propósitos por meio dela perseguidos (cf. BVerfGE 77, 65 [75]). Disso resulta para as intervenções no Art. 5 I GG que sua determinação de objetivo não pode intencionar tomar medidas de proteção em face de efeitos puramente intelectuais de determinadas expressões de opinião. A intenção de impedir expressões com conteúdo prejudicial ou perigoso em sua consequência intelectual suspende o próprio princípio da liberdade de opinião, sendo ilegítimo (cf. já Häntzschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, v. 2, 1932, p. 651 ss.; Rothenbücher, in: VVDStRL n. 4, 1928, p. 6 ss.). Correspondentemente, vale o mesmo – inobstante o Art. 9 II, Art. 18, Art. 21 II GG – para a preocupação de se evitar a difusão de visões inimigas da Constituição. Somente a falta de valor ou também o caráter de ameaça de opiniões em si não é motivo para restringi-las (cf. BVerfGE 90, 241 [247]). O Art. 5 I GG não permite que a liberdade de opinião seja colocada sob uma reserva geral de ponderação.

Por sua vez, legítimo é impedir a violação de bens jurídicos. Se o legislador objetivar restringir expressões de opinião, quando com elas a fronteira para o perigo individualizável e concretamente aferível de uma violação de direito for ultrapassada, estará ele perseguindo um propósito legítimo. O legislador pode, nesse ponto, referir-se especialmente a expressões de opinião que, para além da formação de convicção, indiretamente intencionarem efeitos reais e, por exemplo, na forma de apelos em prol da ilicitude [aqui incluídos apelos à desobediência civil], emocionalizações agressivas ou destruição de limites de vergonha, possam suscitar diretamente consequências ameaçadoras a bens jurídicos.

Para a proteção de bens jurídicos materiais, deriva-se do exposto uma espécie de limite à intervenção para a defesa contra perigos: perigos provenientes tão somente de opiniões são muito abstratos para que eles autorizem sua proibição por parte do Estado. Enquanto um perigo consistir apenas na abstração do considerar-correto e em conversas a respeito, a resistência a perigos fica confiada ao livre debate intelectual das várias correntes sociais. Medidas restritivas de opinião relacionadas ao conteúdo de expressões podem ser, ao contrário, então admissíveis quando as opiniões reconhecidamente ameaçarem bens jurídicos de indivíduos ou bens da coletividade. A defesa em face de perigos para bens jurídicos é, assim, um objetivo legítimo do legislador. O Estado é, portanto, limitado juridicamente a intervenções para a proteção de bens jurídicos na esfera da externalidade. Por sua vez, não cabe a ele um acesso ao interior subjetivo da convicção individual, da consciência e, no caso, em conformidade com o Art. 5 I GG, também no direito de compartilhá-los e difundi-los.

Os efeitos puramente intelectuais e os efeitos violadores de direitos de expressão de opinião não se colocam reciprocamente em rígida alternatividade. Eles não são delimitáveis do ponto de vista puramente formal e podem interseccionar-se. Ao legislador cabe, no caso, uma margem de atuação junto à configuração de leis restritivas de opinião. No entanto, desde o início, ele tem de se restringir à persecução de propósitos de proteção que sejam orientados por esse limite e que não subtraiam já o próprio princípio do livre debate intelectual. Essas demarcações de fronteira têm de ser seguidas também pelo exame da proporcionalidade. Quão mais concreta e diretamente for ameaçado um bem jurídico por uma expressão de opinião, menores serão as condicionantes endereçadas à intervenção; quão mais indiretas e distantes forem as ameaças de violações de bens jurídicos, mais elevadas serão as mesmas condicionantes. Correspondentemente, as intervenções na liberdade de opinião devem ser tão mais aceitáveis quanto mais elas limitarem-se a formas e circunstâncias de uma expressão de opinião. Por sua vez, quanto mais implicarem, em sede de conclusão, uma opressão da opinião, mais elevadas serão as condicionantes endereçadas à ação concreta de ameaça a bem jurídico.

b) No § 130 IV StGB, o legislador baseou-se na proteção da paz pública (cf. BTDrucks. 15/4832, p. 3; Diário Oficial da Comissão Interna 15(4)191, p. 5; BTDrucks. 15/5051, p. 5). Isso é defensável jurídico-constitucionalmente. Entretanto, segundo os parâmetros retro apresentados, deve ser aplicado ao conceito de paz pública um entendimento restritivo.

aa) Indefensável para a justificação de intervenções na liberdade de opinião é um entendimento da paz pública que mire na proteção contra preocupações subjetivas dos cidadãos suscitadas por confrontação com opiniões provocativas e ideologias ou a manutenção de visões sociais ou éticas tidas como basilares. Uma preocupação que traga em si um debate intelectual na luta das opiniões e que decorra, exclusivamente, do conteúdo de ideias e suas consequências imaginadas é a outra face necessária da liberdade de opinião e não pode ser um propósito legítimo para sua restrição. A possível confrontação com opiniões preocupantes – também quando elas forem perigosas em sua consequência imaginada ou até mesmo quando intencionarem uma inversão da ordem vigente – faz parte do Estado liberal. A proteção contra uma afetação do “sentimento geral de paz” ou o “envenenamento do clima intelectual” configura, igualmente, tampouco um motivo de intervenção como o é a proteção da população contra a ofensa da consciência jurídica por meio de ideologias totalitárias ou uma notoriamente falsa interpretação da história. Mesmo o objetivo de fixar os direitos humanos na consciência jurídica da população não autoriza a opressão infligível a visões contrárias. A Constituição parte, pelo contrário, do pressuposto de que, também nesse aspecto, a crítica e a própria polêmica devam ser suportadas socialmente, contrariadas com engajamento cidadão e, em última instância, deve ser rejeitado em liberdade o seu seguimento. Em face disso, o reconhecimento da paz pública como limite de exigibilidade diante de ideias insuportáveis, exclusivamente por causa da opinião como tal, suspenderia a vigência do princípio de liberdade outorgado no Art. 5 I GG.

bb) Todavia, um propósito legítimo, em prol de cuja proteção o legislador pode restringir expressões de opinião de efeito público, é a paz pública em seu entendimento como garantia de pacifismo. O objetivo aqui é a proteção contra expressões que sejam, segundo seu conteúdo, reconhecidamente destinadas a ações ameaçadoras a bens jurídicos, isto é, que marquem a ponte para a agressão ou violação do direito. A proteção da paz pública relaciona-

se, nesse ponto, aos efeitos externos de expressões de opinião, por exemplo, mediante apelos ou emocionalizações que funcionem como estopim de abordadas proatividades ou que baixem o limite do decoro ou que diretamente intimidem terceiros. Aqui, também, a intervenção na liberdade de opinião conecta-se ao conteúdo da expressão de opinião. Porém, a proteção da paz pública orienta-se à manutenção da convivência pacífica. Trata-se de uma proteção prévia de bem jurídico que se liga a perigos que se avizinham e que se concretizam na realidade. Nesse sentido, a paz pública é um bem jurídico do qual se valem várias normas do direito penal desde sempre, como, por exemplo, as proibições da incitação à prática de crimes (§ 111 StGB), da ameaça de prática de crimes (§ 126 StGB), da apologia a – ou tolerância de – crimes (§ 140 StGB) ou também de outros tipos penais dos parágrafos da incitação ao ódio (§ 130 I ao III StGB).

c) O legislador baseou o § 130 IV StGB, de modo identificável pela exposição de motivos da lei, tão somente e de modo defensável, na proteção da paz pública. Por isso, pode restar sem discussão a questão de se saber se e em qual entendimento a norma também poderia ser baseada na proteção das vítimas do poder e despotismo nacional-socialistas.

2. A configuração do § 130 IV StGB é adequada a proteger a paz pública em seu entendimento como pacifismo no debate público.

O § 130 IV StGB define ações cominadas com pena a aprovação, glorificação e justificação do poder e despotismo nacional-socialistas. [...].

[...].

3. Para a proteção da paz pública pretendida pelo legislador, o § 130 IV StGB é também necessário. Um meio mais ameno que possa garantir, em relação às violações de direito aqui discutidas, a proteção da paz pública de modo igualmente efetivo não se encontra no horizonte.

4. O § 130 IV StGB é, em sua configuração, também proporcional em sentido estrito. A norma suscita, no caso de uma interpretação que leve em consideração o Art. 5 I GG, uma compensação proporcional entre a liberdade de opinião e a proteção da paz pública. Ela não é desproporcionalmente abrangente, especialmente não no sentido de que ela, por seu conteúdo, teria cominado já exclusivamente a difusão de visões radicais de direita e também ligadas à ideologia do nacional-socialismo com pena [privativa de liberdade]. Ela não proíbe genericamente uma avaliação de concordância com medidas do regime nacional-socialista, nem uma relação positiva com dias, lugares ou formas, aos quais cabe um conteúdo semântico de lembrança daquele tempo com relevante força simbólica. A cominação de pena é restrita, exclusivamente, à saudação do historicamente – e realmente – tornado poder e despotismo sob o nacional-socialismo, em face do qual a Alemanha carrega uma responsabilidade permanente, especial e historicamente fundada. Complementarmente, o tipo penal exige que esse apoio incondicional proibido também de fato ocorra – como se espera em regra – de um modo a ferir a dignidade das vítimas e que acarrete um estorvo da paz pública. Situações atípicas, nas quais no caso particular a restrição da liberdade de opinião ínsita à proibição possa ser desproporcional, podem ser compreendidas por meio desse elemento típico-normativo (veja a seguir: **C.V.2.b**). Como um todo, o § 130 IV StGB foi configurado de tal modo que é também proporcional em sentido estrito.

IV.

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

O § 130 IV StGB também não viola o Art. 3 III 1 GG (proibição de desvantagem por causa de convicções políticas), o qual protege das intervenções que se refiram ao mero fato de “ter” uma convicção política. [...].

V.

O § 130 IV StGB também se encontra em consonância com o Art. 103 II GG.

1. O Art. 103 II GG obriga o legislador a descrever os pressupostos do sancionamento penal tão concretamente a ponto de fazer com que a extensão e o âmbito de aplicação dos tipos penais sejam reconhecíveis e possam ser investigados por meio de interpretação. [...].

[...].

2. Essas exigências foram cumpridas pela configuração do § 130 IV StGB.

a) Não restam dúvidas sobre uma determinabilidade suficiente em consonância com o Art. 103 II GG no caso dos conceitos da aprovação, glorificação ou justificação do poder e despotismo nacional-socialistas, assim como das modalidades típico-normativas “publicamente ou em uma reunião” e “de um modo apto a ferir a dignidade das vítimas”. [...].

b) Também o elemento típico-normativo do estorvo da paz pública no contexto do § 130 IV StGB é compatível com o mandamento da determinabilidade.

aa)-bb) [...].

D.

A decisão impugnada não deve ser questionada jurídico-constitucionalmente também ao nível da aplicação jurídica. A interpretação do § 15 I VersG c.c. § 130 IV StGB pelo Tribunal Federal Administrativo é compatível com o Art. 8 I c.c. Art. 5 I GG.

I.

1. a) A interpretação e aplicação das leis penais é, em princípio, assunto dos tribunais competentes em razão da matéria [*Fachgerichte*]. Leis que intervenham na liberdade de opinião têm, contudo, de ser interpretadas de tal modo a manter resguardado o conteúdo principiológico desse direito, o qual, na democracia liberal, tem de conduzir a uma presunção por princípio em prol da liberdade do discurso em todos os âmbitos, nomeadamente na vida pública. Ocorre um efeito interativo no sentido de que os limites até podem, segundo seu teor, restringir o direito fundamental. Por sua vez, todavia, os limites devem ser interpretados partindo-se do reconhecimento do significado basilar desse direito fundamental no Estado democrático-liberal e, assim, serem eles mesmos restringidos em seus efeitos de limitação do direito fundamental (cf. BVerfGE 7, 198 [208 s.]; jurispr. pacífica).

As medidas constitucionais para a compatibilidade do § 130 IV StGB com o Art. 5 I GG precisam, destarte, também dirigir a interpretação da norma. Assim, os elementos típico-normativos devem ser interpretados de tal sorte a fazer com que a pretensão de punibilidade valha exclusivamente para as afetações da paz pública no entendimento descrito da pacificidade (veja retro: C.III.1.b)bb)).

Para a questão nesse ponto decisiva de saber se a expressão de uma opinião permanece exclusivamente ao nível do efeito intelectual ou se ultrapassa a fronteira para uma ameaça a bem jurídico que se avizinha, depender-se-á especialmente de se verificar se os perigos que se apresentam como consequência dessa expressão de opinião apenas ameaçam como efeito distante a ampla e livre formação da convicção ou se sua realização tenha sido introduzida já com a expressão. Quanto mais os efeitos perseguidos com a propagação de uma ideologia aparentarem ser somente uma consequência abstrata de uma construção do pensamento, mais claramente eles permanecerão na esfera intelectual que é protegida por princípio. Ao

contrário, quanto mais concretos e tangíveis tornarem-se por meio da expressão, quanto mais aproximarem-se de pessoas concretas, grupos de pessoas ou situações reais de modo ameaçador, mais facilmente poderão ser classificados na esfera real. Uma mera apresentação simbólica de convicções, doutrinas e projetos de cura poderá ser, no caso, mais facilmente classificada na esfera intelectual do que quando forem trazidas à pauta violações de direito, por exemplo, na forma de acontecimentos históricos concreta e diretamente ilustrados como desejáveis.

b) Segundo esses princípios, é necessário, para a realização do tipo do § 130 IV StGB, que a saudação compreendida nessa norma esteja relacionada, de modo reconhecível, justamente ao nacional-socialismo como um real poder e despotismo [...].

À luz do Art. 5 I GG devem ser interpretados também os elementos típico-normativos da aprovação, da glorificação e da justificação. No caso, por força constitucional não se pode impugnar, como se entende aqui também, uma aprovação tácita, ou seja, uma aprovação não expressa, mas decorrente das circunstâncias. Com efeito, ela precisa manifestar-se externamente. Necessária é, nesse ponto, uma reconhecível aprovação ativa que faça sentido em si (cf. também: BGHSt 22, 282 [286]). Ao contrário, uma aprovação em forma de – também unilateralmente falseadora da história – mera omissão da menção de ocorridos atos de violência no contexto, acompanhada de menções positivas a acontecimentos da era nacional-socialista, em princípio, não ultrapassa a fronteira para uma desinibida glorificação da violência. Por sua vez, pode estar presente uma aprovação também na homenagem glorificadora de uma pessoa histórica quando resultar das circunstâncias concretas que essa pessoa apresenta-se como uma figura simbólica ao poder e despotismo nacional-socialistas como tais.

Caso em conformidade com as medidas retro apresentadas estiverem presentes uma aprovação, glorificação ou justificação do poder e despotismo nacional-socialistas, então pode ser impugnado constitucionalmente se disso derivar-se a presunção de que, por meio de tais expressões, também a dignidade das vítimas seja ferida. O legislador baseou o § 130 IV StGB, em primeira linha e em si de modo defensável, na proteção da paz pública e, com isso, adicionou o seguinte elemento típico normativo, “de um modo que fira a dignidade das vítimas”, como uma complementação modal restritiva. Contra isso não existem problemas constitucionais, independentemente de se saber se ou em que extensão a proteção da dignidade das vítimas sempre se intersectará com a proteção da dignidade humana segundo o Art. 1 I GG. Consequentemente, para a interpretação do § 130 IV StGB, não faz diferença a presença ou não dos pressupostos especialmente rigorosos da assunção de uma violação da dignidade humana.

Correspondentemente, no caso da presença do elemento típico-normativo da saudação do poder e despotismo nacional-socialistas pode, em princípio, ser presumido um estorvo da paz pública.

O elemento típico-normativo do estorvo da paz pública serve, em primeira linha, à compreensão de situações atípicas, nas quais a presunção do estorvo da paz com base em especiais circunstâncias não seja procedente e, por isso, a liberdade de opinião deva ser imposta (cf. anteriormente: **C.V.2.b**). À pauta pode ser trazido isso quando, no caso concreto, forem excluídos efeitos de incitação à violência, intimidadores ou ameaçadores, por exemplo, quando expressões no quadro de pequenas reuniões fechadas não alcançarem efeitos amplos

Capítulo 7. Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)

e profundos, permanecendo pontuais e, conforme as circunstâncias concretas, não puderem ser levadas a sério.

2. Para a interpretação do § 130 IV StGB valem, de resto, as regras hermenêuticas gerais para o Art. 5 I 1 GG desenvolvidas pela jurisprudência do TCF. [...].

II.

Segundo esses parâmetros, a decisão impugnada não deve ser questionada constitucionalmente.

O Tribunal Federal Administrativo parte, em sua interpretação do § 130 IV StGB, de um entendimento que se encontra em consonância com o Art. 5 I 1 GG. Ele entende o § 130 IV StGB à luz do Art. 5 I GG, de maneira procedente, no sentido de que não basta a saudação de medidas tomadas sob o julgo nacional-socialista em si para o preenchimento do suporte fático, mas [...].

Também não pode ser questionado o entendimento, [...].

[...].

Também contra a tese de um estorvo da paz pública provocado pela reunião planejada não há objeções jurídico-constitucionais. [...].

Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof e Masing.

Capítulo 8.

Liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica)

(1) ¹ *Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis.* ² A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. ³

Não haverá censura.

(2)...

(3)...

Neste capítulo é analisada apenas uma decisão do TCF que configura, originalmente, a dogmática da liberdade de informação e do direito fundamental que a tutela na *Grundgesetz*.

O teor é bastante eloquente: “Todos têm o direito de [...] sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis”. Assim, como já retro aludido, não se tutela um direito prestacional à informação, mas um clássico direito de liberdade contra intervenções estatais.

I.

1. Da área de proteção faz parte especialmente a faculdade individual do titular de não ter o acesso a informações públicas impedido pelo Estado, alcunhadas pelo dispositivo como “fontes” caracterizadas como “a todos acessíveis” ou “em geral acessíveis”. Terá essa característica uma fonte de informação idônea e determinada ao público em geral, apartando-se da recepção de informações destinadas a um círculo determinado ou determinável de pessoas, protegidas por outro direito fundamental: o Art. 10 I GG, ao sigilo das comunicações interindividuais. Tanto o simples recebimento das informações provenientes das fontes

universalmente acessíveis quanto sua consecução ativa com uso dos mais variados meios lícitos são protegidos (caso da **Decisão # 40.**)

2. Além de não haver um direito prestacional, não há de ser falar em eficácia horizontal perante terceiros que, como sempre acontece nessa constelação dogmática, implicaria dilemas não solucionáveis jusfundamentalmente.

3. A liberdade abarca também o aspecto de *liberdade negativa* presente na possibilidade do titular de resistir à ciência quanto a informações indesejadas por quaisquer motivos particulares.

4. Titular pode ser qualquer pessoa física.

II.

Intervenções estatais nesse direito ocorrem, tipicamente – como a **Decisão # 40.**, a seguir explorada, revela – por intermédio da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional pelo Judiciário, sem excluir obviamente as possibilidades de intervenções legislativas e administrativas. Medidas que impeçam o acesso apenas a um meio de informação com indicação de alternativas a ele configuram também intervenções estatais (novamente: **Decisão # 40.**). Igualmente, representam intervenções as medidas que apenas dificultem ou retardem o acesso pelo titular à informação ou que determinem o registro do acesso à informação pelo titular.

III.

1. No que tange à **justificação constitucional**, vêm à pauta como limites as mesmas reservas legais qualificadas do Art. 5 II GG.

2. Por fim, intervenções somente podem ser justificadas após a correta aplicação do critério da proporcionalidade. A dificuldade aqui está na tendência de ponderação perpetrada pela jurisprudência do TCF, nomeadamente quando da aplicação da chamada proporcionalidade em sentido estrito, cumulada com o necessário controle de decisões judiciais quanto à observância da eficácia de irradiação do direito fundamental em tela.

40. BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

O Reclamante, cidadão turco, requereu da locadora do apartamento onde residia a autorização para a instalação de uma **antena parabólica** (*Parabolantene*) no edifício do condomínio para a recepção de canais de televisão turcos. A locadora denegou a autorização. Dentre outros motivos, alegou que a instalação afetaria a fachada do prédio. Inconformado, o Reclamante entrou em juízo com uma ação cominatória julgada improcedente. Seu recurso de apelação não foi provido. Os tribunais consideraram, seguindo uma jurisprudência consolidada na área do direito condominial e locatício, que a instalação de uma antena parabólica não fazia parte do *uso ordinário* do imóvel e, como *uso extraordinário*, necessitava da anuência da locadora.

Em sua Reclamação Constitucional, alegou que as decisões teriam violado seu direito fundamental à liberdade de informação. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, pois verificou a alegada violação, principalmente porque os tribunais ordinários teriam ignorado a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à

Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I, 1, 2. subperíodo GG)

liberdade de informação. Teriam errado na ponderação entre o direito de propriedade da locadora e os interesses do locatário ao terem considerado aquele, abstratamente, superior a este. Por fim, teriam aplicado erroneamente também o mandamento ou princípio da igualdade, derivado do Art. 3 GG.

EMENTAS

1. Canais de televisão e estações de rádio cuja recepção na Alemanha seja [teoricamente] possível representam informações a todos acessíveis na acepção do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG. À categoria pertencem também canais e estações estrangeiros de radiodifusão.
2. Quando a recepção depender de equipamentos técnicos que conectem a informação a todos acessíveis a indivíduos determinados, a proteção do direito fundamental estende-se também à consecução e uso de tais equipamentos.
3. Não se pode contestar do ponto de vista constitucional que os tribunais civis, em casos comuns, deneguem uma pretensão do locatário à anuência do locador para a instalação de uma antena parabólica, caso o locador disponibilize uma conexão a cabo.
4. O interesse de estrangeiros que morem na Alemanha na recepção de canais de radiodifusão de seus países de origem deve ser observado na ponderação entre os interesses do locador e do locatário. Um desrespeito do princípio da igualdade não pode, em face disso, ser identificado.

Decisão (*Urteil*)

Do Primeiro Senado de 9 de fevereiro de 1994 – 1 BvR 1687/92 – [...].

Dispositivo:

A Decisão do Tribunal Estadual de Essen [...] viola o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 5 Parágrafo 1, Período 1, 2. Subperíodo da *Grundgesetz*. Suspende-se a Decisão. Devolve-se a matéria ao Tribunal Estadual [...].

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional refere-se à instalação de uma antena parabólica por um locatário.

I.

1. O Reclamante é cidadão turco. Ele mora conjuntamente com sua esposa, sete filhos e uma enteada, desde 1990, em um apartamento locado em *Essen*. A locadora é uma sociedade de construção civil. O edifício possuía uma antena coletiva pela qual podiam ser recebidos cinco canais de televisão alemães. No início de 1992, o Reclamante requereu à locadora a sua anuência para a instalação de um equipamento de recepção por satélite para poder receber sinais também de canais turcos de televisão. Depois de a sociedade de construção civil ter-lhe negado a autorização, ajuizou uma ação judicial.

2. a) O juízo de primeira instância julgou improcedente a ação. Dos §§ 535, 536 BGB não decorreria um direito à anuência. A recepção de programas de televisão por meio de um equipamento de recepção de sinais de satélite não faria parte dos usos ordinários de um apartamento locado. Também do contrato de locação não se poderia derivar um direito à aquiescência pretendida. Junto à ponderação de interesses exigida pelo § 242 BGB, o interesse da locadora na manutenção da fachada do edifício prevaleceria sobre o interesse pela informação do Reclamante. Ele poderia manter o contato com seu país de origem também por meio de programas de rádio. Além disso, seus filhos teriam condições de traduzir-lhe as

notícias recebidas pelos canais alemães de televisão. De resto, existiria a possibilidade do acesso à informação por vídeo. Existiriam, neste sentido, videotecas turcas com uma ampla oferta. Finalmente, o Reclamante disporia em [apenas] um ano de uma conexão a cabo que transmitiria uma ampla oferta [entre outros] também de canais estrangeiros. De outra feita, encontrar-se-ia no comprometimento óptico permanente da fachada um prejuízo intenso que a locadora não poderia aceitar, entre outros motivos, também porque, por causa do mandamento de tratamento igual de todos os locatários, seria obrigada a autorizar também a todos os demais locatários a respectiva instalação de uma antena parabólica.

b) O Tribunal Estadual negou provimento à apelação do Reclamante porque, mesmo em face das necessidades crescentes de informação e entretenimento, a instalação de um equipamento de recepção de sinais de satélite não faria parte de um uso contratual [ordinário] de um imóvel locado em um condomínio de apartamentos. Os pressupostos sob os quais a anuência tivesse de ser concedida segundo uma decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main* de 22 de julho de 1992 (WUM 1992, p. 458) não estariam presentes. Além de faltar o compromisso da assunção dos custos de instalação, teria restado claro que uma conexão a cabo seria, no ano seguinte, instalada no condomínio. Com isso, o direito do locatário à ampla informação já estaria sendo considerado. O interesse do Reclamante em receber canais no idioma turco não justificaria, em face da breve instalação da conexão a cabo, a permissão de um uso extraordinário com base na qual então também outros locatários poderiam igualmente valer-se, suscitando motivos especiais. Da decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main* depreender-se-ia, com efeito, que, depois da instalação de uma conexão a cabo, mais nenhuma antena particular teria de ser tolerada. Por isso, o interesse especial mais extenso por informações do Reclamante precisaria ser preferido na ponderação entre os interesses do locatário e os da locadora. Ele poderia, depois da instalação do sistema a cabo, por meio de programas de rádio e pelo menos um canal de televisão, informar-se no idioma turco.

II.

O Reclamante impugna com sua Reclamação Constitucional a decisão da apelação e alega a violação de seu direito fundamental à liberdade de informação decorrente do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG. Na fundamentação, discorre essencialmente que: a decisão teria violado seu direito fundamental porque ele estaria impedido, graças à denegação da autorização para a instalação de uma antena parabólica, de acessar canais de televisão turcos, os quais seriam transmitidos [somente] via satélite. Com um equipamento de recepção de sinais de satélite poderiam ser recebidos na República Federal da Alemanha dez canais de televisão em língua turca. No caso, tratar-se-ia de fontes de informação a todos acessíveis na acepção do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG. O direito fundamental à liberdade de informação influencia a relação jurídica entre locador e locatário. Seu significado fundamental estaria sendo ignorado quando o juízo de primeira instância asseverou-lhe que as notícias transmitidas em língua alemã poderiam ser traduzidas por seus filhos ou quando o Tribunal Estadual classificara a recepção do sinal de canais turcos como uso extraordinário. Ele teria feito parte dos trabalhadores imigrantes da primeira geração e teria um interesse especial em manter o contato com seu país de origem por meio da recepção de canais de televisão turcos. Um interesse tão digno de proteção teriam seus filhos que teriam crescido com a língua alemã e em parte estariam ainda na escola. Eles teriam um direito a aprender algo sobre seu país de origem pela televisão para

Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I, 1, 2. subperíodo GG)

a proteção de sua identidade cultural. Ele teria, por isso, um direito à instalação de uma antena individual enquanto não existisse uma antena coletiva que possibilitasse a recepção de canais turcos. Em todo caso, não precisaria ter de contentar-se com a conexão a cabo, pois nessa apenas um canal turco de televisão seria transmitido por somente seis horas por dia, preenchidas, sobretudo, por comerciais e filmes. O Tribunal Estadual não teria examinado se a locadora denegou a autorização para a instalação da antena parabólica a partir de motivos racionais. A incorreta classificação de sua pretensão como uso extraordinário permitiria a conclusão de que a eficácia de irradiação do direito fundamental à liberdade de informação nos §§535, 536 BGB [em sua interpretação e aplicação] não teria sido considerada suficientemente.

III.

O requerido do processo originário [principal] comunicou que o imóvel locado pelo Reclamante já estaria, desde julho de 1993, contando com uma conexão a cabo.

B.

A decisão atacada viola o direito fundamental do Reclamante à liberdade de informação.

I.

Segundo o Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG todos têm o direito de livremente informar-se a partir de fontes informação universalmente acessíveis.

1. O significado desse direito fundamental já foi exposto no passado pelo TCF (cf. BVerfGE 27, 71 [80 ss.]). Para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e para a manutenção da ordem democrática ele não é menos importante do que a liberdade de expressão da opinião e a liberdade de noticiário pelos meios de comunicação social. Ele complementa-os pela perspectiva do recipiente da informação. O processo de comunicação, o qual o Art. 5 I GG pretende proteger no interesse da formação individual e pública de opinião (cf. BVerfGE 57, 295 [319]), estaria somente parcialmente compreendido se a recepção da informação não participasse da proteção. A liberdade de informação é garantida de forma ampla pelo Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG. Não se pode deduzir do dispositivo constitucional a restrição da proteção a determinados tipos de informações. São protegidas, no entanto, somente informações que partam de fontes a todos acessíveis. Uma fonte de informação será universalmente acessível quando ela for adequada e voltada a oferecer informações à coletividade, ou seja, a um grupo individualmente indeterminado de pessoas (cf. BVerfGE 27, 71 [83 s.]; 33, 52 [65]). Essa qualidade define-se exclusivamente a partir de dados fáticos. Normas que regulamentem o acesso à informação não representam o contorno da área de proteção da liberdade de informação [seu limite], mas devem ser, como limites de um direito fundamental, controladas no que tange à sua constitucionalidade.

Os meios de comunicação de massa pertencem, segundo essa definição, àquelas fontes de informação que gozam da proteção do direito fundamental (cf. BVerfGE 27, 71 [83]). É o que vale principalmente para o caso de programas de rádio e televisão. A *Grundgesetz* não faz distinção entre fontes nacionais e estrangeiras. Por isso, a todos acessíveis [na acepção do dispositivo constitucional] são também todos os canais de televisão e estações de rádio cujas recepções são possíveis na República Federal da Alemanha. Se a recepção depender de aparato técnico que viabilize a conexão individual à informação destinada à coletividade, então a proteção do direito fundamental estende-se também à consecução e ao uso de tal aparato. De outra forma, o direito fundamental restaria praticamente sem valor naqueles

casos em que o acesso à informação pressupusesse meios técnicos de suporte. Assim, a instalação de uma antena parabólica que possibilite a recepção de canais de televisão [e/ou estações de rádio] transmitidos via satélite é igualmente protegida pelo direito fundamental do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG.

2. Esse direito fundamental exige atenção também no âmbito da lide cível sobre a instalação de antenas em imóveis locados. Certo é que a liberdade de informação prevista no Art. 5 II GG tenha como limite, entre outros, aqueles positivados nas leis gerais. A essas pertencem também as prescrições do código civil que definem os direitos e obrigações de locatários e locadores. Por outro lado, a Constituição exige que, junto à interpretação de tais normas e, nomeadamente, junto à concretização de cláusulas gerais, os direitos fundamentais atingidos sejam observados para que seu conteúdo axiológico válido em face de [todo] o ordenamento jurídico tenha eficácia também ao nível da aplicação normativa (cf. BVerfGE 7, 198 [205 ss.] – jurispr. consolidada). Não existem normas no Código Civil que tratem expressamente da instalação de antenas em imóveis locados. No entanto, geralmente os tribunais civis fundamentam decisões sobre conflitos envolvendo a instalação de tais aparelhos receptores nas prescrições gerais dos §§ 535, 536, 242 BGB. Quando, com base nestas normas, pretender-se realizar a instalação de um aparelho receptor, necessário se faz que, junto à sua interpretação e aplicação, seja considerado o direito fundamental da liberdade de informação. Por outro lado, deve-se observar que o direito fundamental do proprietário decorrente do Art. 14 I 1 GG será tangenciado quando ele for condenado, com base nos dispositivos mencionados, a tolerar a existência de um equipamento de recepção de sinais de satélite em sua propriedade. Isso torna necessário, em regra, uma ponderação no caso concreto entre os interesses tutelados pelo direito fundamental limitado e os interesses implícitos na lei que o limita. Essa ponderação deve ser efetuada a partir de elementos interpretáveis do tipo legal de direito civil. Na discussão em torno da instalação de antenas parabólicas em imóveis locados, há de ser definido, sobretudo, o que deve ser considerado um bom uso contratual na acepção do §536 BGB, observando-se o princípio da boa fé. Nesse contexto, devem ser observados os interesses do locador na manutenção óptica da fachada do prédio e os interesses de informação do locatário no uso das fontes de informações [universalmente] acessíveis. Por serem ambos os interesses tutelados por direitos fundamentais e não havendo absolutamente prevalência de um sobre o outro, a decisão dependerá de qual prejuízo, no contexto da harmonização de interesses abstratamente fixada pelo legislador, mais pesará no caso concreto.

II.

A decisão impugnada não atende suficientemente às exigências descritas. O Tribunal Estadual até não ignorou que o direito fundamental da liberdade de informação deve ser observado junto à interpretação e aplicação dos §§535, 536, 242 BGB. Ele descuidou, todavia, dos interesses especiais do Reclamante estrangeiro por motivos que não podem valer em face do direito fundamental à liberdade de informação.

1. Os parâmetros desenvolvidos pelos superiores tribunais estaduais em uma série de decisões para a solução do conflito de interesses entre locador e locatário em face da instalação de antenas externas, decisões nas quais o Tribunal Estadual baseia-se em sua decisão, levam, em geral, em consideração o direito fundamental da liberdade de informação, não

Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I, 1, 2. subperíodo GG)

compreendendo, entretanto, a especial situação de interesses do caso em pauta que o Tribunal Estadual deveria ter enfrentado.

a) Segundo a citada jurisprudência, a recepção de rádio e televisão é uma parte essencial da vida doméstica, pertencendo, assim, ao uso ordinário de uma residência. Assim, o locatário não se comporta de modo a desrespeitar o contrato no momento em que instala equipamentos para uma boa recepção de canais de radiodifusão. Ele tem uma pretensão jurídica à instalação de uma antena individual na parte exterior do imóvel enquanto não existirem antenas coletivas suficientes (cf. BayObLG, WuM 1981, p. 80 s.). Ao contrário, falta-lhe uma pretensão jurídica direta quando sua intenção de atender suas necessidades for além de uma antena coletiva existente. Nesse caso, para a pretendida instalação de uma antena complementar, ele depende da anuência do locador que, no entanto, não poderá denegá-la de forma abusiva. O princípio da boa fé, que domina também a relação jurídico-locatícia, proíbe ao locador denegar sem motivo procedente a instalação de equipamentos que torne a vida no imóvel locado substancialmente mais agradável, enquanto o locador sofrer por isso um prejuízo apenas irrelevante e o imóvel locado não for [substancialmente] depreciado. (cf. BayObLG, *op. cit.*; KG, NJW 1985, p. 2031 ss.). Para antenas parabólicas, vale, também segundo a jurisprudência civil, que o locador terá que conceder a anuência quando não providenciar a conexão a cabo. No entanto, o locador pode condicionar sua anuência à condição da instalação ser feita por um profissional habilitado e de o locatário deixá-lo livre de custos, taxas e responsabilidades; além da condição de o locatário assumir o custo da retirada do equipamento quando do término da relação locatícia. Além disso, o locador tem o direito de determinar um lugar onde a antena, a um só tempo, possibilite a devida recepção do sinal do satélite e prejudique a estética apenas na medida do mínimo necessário. Por outro lado, a disponibilização de uma conexão a cabo representa um motivo racional para a não autorização de uma antena parabólica (cf. OLG Frankfurt, WuM 1992, p. 458). Essa interpretação parte do argumento de que, no contexto de uma ponderação de bens jurídicos, o interesse pela informação do locatário sobrepuja, em regra, os interesses do proprietário na não modificação do prédio. Isso porque, enquanto os prejuízos relativos à informação são vultosos, os prejuízos [infligidos à propriedade], na maioria das vezes de natureza puramente estética, poderiam ser atenuados ou [até mesmo] totalmente evitados com a instalação de equipamentos de recepção coletivos. Esse preceitos valem, segundo a jurisprudência em pauta, para o caso médio típico. No entanto, podem ser imaginados casos nos quais o interesse pela informação do locatário – por causa p. ex. da constituição física da antena parabólica ou do prédio – tivesse de ceder ao interesse do proprietário (cf. OLG Frankfurt, *op. cit.*). O atendimento desses preceitos assegura, em regra, a aplicação constitucional de prescrições legais civis. Elas levam a uma harmonização adequada dos interesses protegidos por direito fundamental de ambas as partes. O interesse do proprietário na manutenção da fachada de seu prédio é atendido na medida em que a instalação de antenas parabólicas possa ser evitada por meio da disponibilização de uma conexão ao sistema a cabo. Do outro lado, em face da oferta de canais a cabo, o prejuízo à liberdade de informação do locatário, que não pode então instalar uma antena parabólica, torna-se muito tênue.

b) Todavia, tal ponderação aplicada ao típico caso médio não considera suficientemente os interesses especiais de estrangeiros residentes na República Federal da Alemanha. Eles estão geralmente interessados em receber os canais de seu país de origem para se informar sobre o

que lá acontece e para poderem manter, por intermédio deles, laços culturais e linguísticos. Essa possibilidade existe apenas com o acesso ao pequeno número de canais estrangeiros que são transmitidos pela rede nacional do sistema a cabo, na maioria das vezes por meio de equipamentos de recepção de sinais de satélite.

Diferentemente do caso de locatários nacionais, a jurisprudência civil vislumbrou um prejuízo considerável da liberdade de informação na recusa [da autorização para a instalação] de uma antena parabólica para locatários estrangeiros cujos canais do país de origem não sejam transmitidos pela rede do sistema a cabo. Sua situação é similar à daquele locatário nacional que não esteja conectado a uma antena parabólica coletiva, nem a uma rede a cabo de banda larga. Um locatário que se encontre nessa situação poderia normalmente exigir do locador a anuência para a instalação de uma antena parabólica. (cf. *OLG Karlsruhe*, WuM 1993, p. 525; também: *OLG Hamburg*, WuM 1993, p. 527; *OLG Hamm*, DWW 1993, p. 331). Essa jurisprudência encontra-se em harmonia com as exigências constitucionais. O interesse do locatário estrangeiro na recepção de canais e estações de radiodifusão do seu país de origem, protegido pelo Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG, deve ser observado junto à ponderação com os interesses do proprietário. Um privilégio inconstitucional de estrangeiros não está presente no caso. De fato, o Art. 3 III GG proíbe um tratamento desigual por causa de certas características. A elas não pertence a cidadania [no caso estrangeira, característica de “estrangeiro”], mas, todavia, a origem. O atendimento dos interesses crescentes por informação de locatários estrangeiros não os privilegia por causa do país de origem e não provoca, pela via oposta, um prejuízo aos locatários alemães por causa de sua origem. O direito fundamental ao livre acesso à informação a partir de fontes universalmente acessíveis vale para todos, independentemente de sua origem. Quando esse direito – como no caso da instalação de antenas parabólicas em espaços locados – colidir com interesses protegidos por direito fundamental de terceiros, então uma ponderação será necessária no contexto da [aplicação das] normas civis. Assim, as circunstâncias decisivas do caso devem ser observadas. Em tal caso, inexiste diferenciação baseada em origem. Também no caso de locatários alemães devem ser observadas circunstâncias inusitadas que diferenciem substancialmente um caso [concreto] do caso típico médio. O resultado da ponderação não é preestabelecido pela observância dos interesses especiais de informação que os estrangeiros normalmente têm em face de [cidadãos] alemães. Pelo contrário, ele constitui somente um fator de ponderação entre outros. O status de nacional não leva necessariamente à denegação, assim como o status de estrangeiro não leva necessariamente ao reconhecimento da pretensão jurídica à instalação de uma antena parabólica. Se não se trata de um privilégio generalizado de um grupo de pessoas por causa de sua origem, mas, ao contrário, da observância de todos os fatores relevantes de decisão na ponderação, então também resta excluída a possibilidade de os locatários alemães de um edifício terem de ser [automaticamente] autorizados à instalação de antena parabólica pelo fato de um estrangeiro tê-lo sido em razão de sua situação especial. Onde um locatário já puder receber seus canais de televisão do país de origem via cabo, falta, ao contrário, o pré-requisito da obrigação de tratamento igual em face de outro locatário que, para tanto, depende de uma antena parabólica.

c) Assim, está presente [no caso em pauta] uma inobservância do direito fundamental à liberdade de informação na interpretação e aplicação de normas de direito privado quando o acesso via satélite de canais do país de origem de um locatário estrangeiro é impedido com o

Capítulo 8. Liberdade de informação (Art. 5 I, 1, 2. subperíodo GG)

fundamento segundo o qual a instalação de uma antena parabólica representaria um uso extraordinário da residência, que ultrapassaria o uso contratual do objeto da locação. Da mesma forma, o significado do direito fundamental à liberdade de informação é ignorado quando a pretensão de um locatário estrangeiro de instalar uma antena parabólica for recusada com o fundamento segundo o qual o mesmo direito teria de ser estendido a todos os outros locatários. Pelo contrário, junto à ponderação com o interesse do proprietário pode ser certamente considerado o aspecto de muitos locatários de um edifício terem, com base em suas respectivas circunstâncias especiais, um interesse legítimo na antena parabólica, interesse esse que não poderia ser satisfeito por uma antena coletiva. Além disso, é incorreto não trazer à ponderação a opção por canais de televisão do país de origem, indicando-se outras possibilidades de acesso à informação, porque o Art. 5 I 1, 2º sub-período GG protege a liberdade de informação de forma abrangente, dando a todos o direito de decidir a partir de quais [específicas] fontes universalmente acessíveis pretendem informar-se. Isso vale também não apenas em face da referência a outras fontes de informação do mesmo tipo, como p. ex., os canais de televisão recebidos sem antenas parabólicas, mas, sobretudo, em face da menção a outros tipos de fontes de informação como rádio, jornais, vídeos ou mesmo traduções de programas transmitidos em língua alemã a serem feitas por parentes. Ao contrário, não é compatível com o Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG discriminhar, na ponderação entre os interesses do locador e do locatário, qual quantidade de canais de televisão de seu país de origem o locatário poderá receber sem o uso de uma antena parabólica.

Finalmente, o direito fundamental da liberdade de informação é ignorado quando os tribunais civis assegurarem na ponderação, desde o início, a prevalência dos interesses do locador sobre os interesses pela informação do locatário, sem precisar quais características da coisa locada justificam tal conclusão.

2. O Tribunal Estadual não logrou evitar esse erro no transcorrer de sua decisão. Certo é que ele não seguiu a argumentação do juízo de primeira instância de que as necessidades do Reclamante de informação do seu país de origem poderiam ser sanadas por meio de traduções de notícias em alemão ou por meio de vídeos turcos. No entanto, sujeitou o Reclamante, da mesma forma, às estações de rádio em língua turca e à futura recepção de um canal turco de televisão via cabo. No mais, partiu da consideração de que a recepção de canais de televisão que são transmitidos via satélite e somente podem ser recebidos com uma antena parabólica não faria parte do uso contratual da coisa locada, mas representaria um uso extraordinário. Finalmente, deixou o propósito do Reclamante ser superado pelos interesses da proprietária porque, caso contrário, todos os locatários em face de motivos relacionados ao preceito da igualdade poderiam ambicionar [a permissão para instalação de] uma antena parabólica. Por outro lado, os interesses da proprietária na imutabilidade da fachada do prédio foram considerados, sem maiores esclarecimentos, como superiores. Outros motivos que autonomamente pudesse legitimar a conclusão não podem ser vislumbrados. A decisão baseia-se, assim, em uma desconsideração do direito fundamental à liberdade de informação. Não se pode excluir a possibilidade de que o Tribunal Estadual pudesse chegar a uma outra conclusão mediante uma suficiente consideração do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG.

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling e Seibert.

Capítulo 9.

Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, **de imprensa**, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica)

(1)¹ Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis.² A *liberdade de imprensa* e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas.³

Não haverá censura.

(2)...

(3)...

Como primeiro direito fundamental de comunicação social, a *Grundgesetz* garantiu a liberdade de imprensa.

I.

Para a determinação das condutas e situações que fazem parte de sua **área de proteção**, tendo em vista a necessária delimitação em face principalmente da liberdade de radiodifusão, é necessário, primeiro, definir o conceito de imprensa (1.). Em seguida, deve ser investigado seu o alcance (2.) e, finalmente, a titularidade (3.).

1. Embora original e historicamente o conceito de imprensa seja correlacionado aos produtos impressos como veículos da transmissão de opiniões e notícias, tanto a jurisprudência do TCF quanto a literatura jurídica especializada interpretam o conceito de imprensa no sistema das liberdades de comunicação social do Art. 5 I 2 GG em seu sentido amplo. Assim, imprensa abrange não apenas obras periodicamente publicadas (jornal, revista *et al.*), mas também a publicação única, isolada no tempo (livro, panfleto etc.). Relevante é que haja um processo de multiplicação da obra (um único exemplar de livro, revista etc. não basta) e que a publicação

seja destinada a um público indeterminado de pessoas, mesmo que esse público seja interno a uma empresa ou organização. Como a liberdade de imprensa não é um subcaso da liberdade de expressão da opinião,⁷⁶ segundo a opinião praticamente unânime, não há necessidade para efeitos da proteção contra intervenções de se apartar opinião de afirmações de fatos. Hodriernamente, ao configurarem a área de proteção, as leis estaduais de imprensa reconhecem veículos físicos de sons e imagens como sendo “imprensa”, levando em consideração a mutação técnica e social (para a delimitação em face da radiodifusão, v. as Notas Introdutórias ao próximo capítulo).

2. a) Essencialmente, no “centro” da liberdade encontra-se “a liberdade da fundação e configuração de produtos de imprensa” (BVerfGE 97, 125 [144]).

b) Positivamente, a proteção alcança todo o processo de composição de um produto de imprensa, “da consecução da informação até a difusão das notícias e opiniões” (BVerfGE 20, 162 [176], cf. **Decisão # 41**). Desse modo, todos os comportamentos e situações que contribuírem nesse processo são contemplados: sigilo das fontes, confidencialidade do trabalho redacional (cf. **Decisão # 44.**), a determinação da tendência editorial (cf. **Decisão # 43.**), a livre configuração do produto em termos da reserva de espaços para a publicidade, além de todas as atividades de apoio como as agências de notícias.

c) Negativamente, a liberdade alcança o direito de negar-se a publicar qualquer informação.

3. Titulares podem ser todas as pessoas e empresas que se dediquem às atividades protegidas. Uma vez que editores, chefes de redação e jornalistas podem, igualmente, valer-se da liberdade de imprensa, podem surgir problemas de eficácia horizontal quando da decisão de lides judiciais, inclusive trabalhistas, entre eles. Esse problema foi exaustivamente discutido principalmente durante as décadas de 1970 e 1980 sob a epígrafe da *liberdade de imprensa interna (innere Pressefreiheit)*,⁷⁷ tendo sido concluído com a corroboração da rejeição à tese da eficácia horizontal direta e proteção da tendência marcada por uma linha editorial (v. # **Decisão 43**).

II.

Intervenções estatais estarão presentes toda vez que o Estado, por intermédio de quaisquer órgãos dos três “poderes”, criar embargos que impeçam as situações ou sancionem os comportamentos protegidos.

Leis de imprensa podem até conter dispositivos intervencionistas, mas não raramente representam conformações ou configurações da área de proteção na medida em que estabelecem condições e pressupostos favoráveis à realização do trabalho da imprensa, regulamentando, por exemplo, prerrogativas de jornalistas.

III.

Valem para a liberdade de imprensa os mesmos limites do Art. 5 II GG. Em relação à sua função negativa, ou seja, de resistência às intervenções estatais, não há peculiaridades que distingam o ônus argumentativo a ser cumprido para a justificação constitucional da intervenção estatal na liberdade de imprensa do ônus a ser cumprido por intervenções na liberdade de expressão da opinião. Todavia, deriva-se da dimensão jurídico-objetiva da

⁷⁶ Portanto, sem relação de generalidade e especificidade. Logo, trata-se de caso de uma eventual concorrência ideal e não aparente. Sobre o conceito de concorrência, suas classificações e implicações jurídico-dogmáticas, v. Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 171-175).

⁷⁷ A respeito, v. por todos: Hufen (2016, p. 447)

liberdade de imprensa, em conexão com o discurso mais ou menos retórico da “tarefa pública” da imprensa em face do seu caráter constitutivo para a democracia, um dever de tutela estatal de proteção no sentido, por exemplo, de se coibir a formação de monopólio por grandes grupos editoriais sobre a opinião pública. Por outro lado, isso em geral suscita intervenções na liberdade de imprensa de supostos ou reais “gigantes da mídia” que deverão ser igualmente justificadas. Incidentalmente, o dever estatal de tutela pode ser suscitado no caso da avaliação de decisões judiciais que julguem lides entre empresas com forte assimetria de forças competitivas. Em tais casos de colisão entre direitos fundamentais, cabe avaliar, em consideração ao direito do mais fraco, se houve descumprimento do dever de tutela e, do outro lado, se um verificado cumprimento do dever de tutela trazido à pauta não implicou a inobservância da vedação de excesso.⁷⁸ Mesmo antes de ter sido cunhado o conceito do dever estatal de tutela tal constelação está presente no caso da **Decisão # 42**.

41. BVerfGE 20, 162 (*Spiegel-Urteil*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

A editora da revista semanal “Der Spiegel”, *Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH u. Co. KG*, ajuizou uma Reclamação Constitucional contra, entre outros, ordens de busca e apreensão do juiz da instrução e sua confirmação pela Corte Federal de Justiça. Os escritórios e todos os demais ambientes da editora sediada em *Hamburg*, além de sua redação principal, localizada em *Bonn*, foram objeto de buscas entre outubro e novembro de 1962. O motivo da busca e posterior apreensão de amplo material jornalístico foi um artigo publicado na edição de 10 de outubro de 1962 da revista “Der Spiegel”, intitulado: “Preparado somente até certo ponto para a defesa” (“Bedingt abwehrbereit”). No artigo, eram apresentados dados e feita uma discussão em torno da situação militar da República Federal da Alemanha e da OTAN, assim como revelados problemas estratégicos e militares e planos para o futuro. A ordem de prisão e busca e apreensão, endereçada ao diretor da editora, *Rudolf Augstein*, e ao redator responsável, baseou-se na suspeita do crime de traição à pátria previsto no então vigente § 100 I StGB.

A Reclamação Constitucional foi julgada improcedente. Porém, o Primeiro Senado ficou exatamente dividido: 4 juízes votaram pela constitucionalidade e 4 pela inconstitucionalidade das medidas. No caso de empate, o julgamento é, consoante o § 15 II 4 BVerfGG, de confirmação da constitucionalidade do(s) objeto(s) do exame, o que implicou o julgamento de improcedência da Reclamação Constitucional.

EMENTA

Da questão da constitucionalidade de buscas em salas da imprensa.

Decisão parcial [*Teilurteil*]

Do Primeiro Senado de 5 de agosto de 1966 a partir das audiências realizadas nos dias 25, 26 e 27 de janeiro de 1966.
[...]

⁷⁸ Sobre a vedação de excesso e a crítica à construção da “vedação de insuficiência” junto à verificação do cumprimento do dever estatal de tutela, v., com várias referências: Dimoulis e Martins (2018 e 2014, p. 126-128). Crítica também muito bem trabalhada por Oliveira (2013).

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

1.-5. [...].

B.

1. [...].

2. A Reclamação Constitucional não é admitida na extensão em que [...].

3. Por sua vez, a Reclamação Constitucional é admitida quando [...].

4. [...].

C.

1. Uma imprensa livre – não dirigida pelo poder público e não submetida à censura – é elemento essencial do Estado liberal; especialmente a imprensa política livre com publicação periódica é imprescindível à democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [não somente] de ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las entre si.

A imprensa mantém essa discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo.

Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e apresenta-as aos órgãos estatais politicamente ativos que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à imprensa pelo fato de essa tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder organizar-se livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e mediante formas de organização de direito privado. Há, entre elas, uma concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.

2. Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida constitucionalmente. A *Grundgesetz* garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa.

Se, em primeiro lugar – correspondendo à posição sistemática do dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, garantindo-se aos seus titulares a liberdade em face do poder coercitivo do Estado e assegurando-lhes em certas situações uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo. Ele garante o instituto “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte em que o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de sua liberdade. As primeiras consequências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas, poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia

da imprensa assegurada pelo Art. 5 GG estende-se da obtenção da informação até a divulgação das notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa também certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Essa confiança é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares. Porém, essa fonte de informações somente pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o “sigilo da fonte” será mantido.

3. A liberdade de imprensa implica a possibilidade de entrar em conflito com outros valores protegidos constitucionalmente; aqui, pode-se tratar de direitos e interesses dos indivíduos, das associações e grupos, mas também da própria comunidade. Para regulamentar tais conflitos, a *Grundgesetz* indica a ordem jurídica geral, à qual a imprensa também está submetida. Os bens jurídicos de outros, como os da coletividade, que no mínimo igualam-se à liberdade de imprensa em importância, também devem ser respeitados por ela. A posição de certa forma privilegiada dos membros da imprensa é-lhes concedida por força de sua tarefa [constitucional] e somente no contexto dela. Não se trata de privilégios pessoais; imunidades diante de normas jurídicas gerais válidas têm de poder ser justificadas de acordo com seu tipo e alcance sempre a partir da matéria [respectivamente em pauta].

A remissão à ordem jurídica geral encontra-se no Art. 5 II GG segundo o qual a liberdade de imprensa tem como limites [também] as leis gerais. O TCF manifestou-se, na decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 ss.]), sobre a relação da liberdade de imprensa com as leis gerais. Segundo ela, a liberdade de expressão é restringida pelas leis gerais, mas estas devem ser sempre interpretadas tendo em vista a liberdade de expressão e, por isso, em razão de seu efeito limitador, ser também, por sua vez, restringidas. Esses princípios valem, por analogia, também para a liberdade de imprensa; eles ganham aqui um significado especial, já que expressões pela imprensa perseguem em regra o escopo de contribuir para a formação da opinião pública e, assim, avocam inicialmente a presunção da legitimidade, mesmo se elas atingirem a esfera jurídica de terceiros (*op. cit.*, p. 212). O sentido dessa decisão, aplicado à liberdade de imprensa, é o de preservá-la de uma relativização por meio das leis gerais – e dos tribunais que as aplicam – e garantir-lhe, por meio da obrigatoriedade de os tribunais terem de orientar a interpretação das leis gerais sempre pelo valor fundamental da liberdade de imprensa, um espaço adequado, bem como impedir qualquer restrição da liberdade de imprensa que não seja estritamente necessária à observância de bens jurídicos de pelo menos igual valor. Aqui se sobressai especialmente o lado jurídico-objetivo e institucional da liberdade de imprensa, sua influência como parâmetro e base de interpretação para a ordem jurídica geral.

4. As regulamentações sobre a traição da pátria (§§ 99, 100 StGB) são “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG. Não existem dúvidas fundamentadas contra sua constitucionalidade. Principalmente, não se impõem aquelas objeções por vezes levantadas por causa de uma definição insuficiente dos elementos do tipo penal (Art. 103 II GG). As prescrições também não são inconstitucionais, se interpretadas conforme a Constituição, ao definirem a revelação de segredos de Estado por publicações na imprensa como a “traição jornalística à pátria”.

A proteção em relação ao exterior [em face do “inimigo estrangeiro”] da existência da República Federal da Alemanha, que é o objetivo das normas de direito penal sobre a traição à pátria, colide com a liberdade de imprensa quando a imprensa publica fatos, assuntos ou

informações cujo sigilo atenderia ao interesse da defesa do país. Esse conflito não pode ser decidido de antemão e de forma geral com fundamentação contrária à liberdade de imprensa, já que essa teria a existência da República Federal da Alemanha como pressuposto necessário e sucumbiria ela mesma com sua perda. Com efeito, como existência da República Federal da Alemanha, que deve ser protegida e mantida, deve-se entender não apenas sua estrutura organizacional, mas também sua ordem fundamental democrático-liberal. É próprio dessa ordem que os negócios de Estado, inclusive os militares, sejam conduzidos pelos órgãos estatais respectivamente competentes, mas que estejam submetidos à crítica ou à ratificação constante por parte do povo.

Sob tal ótica, a necessidade do sigilo militar no interesse da segurança do Estado e a liberdade de imprensa não são opostos que se excluem. Ambas devem ser associadas entre si pelo objetivo maior de manter a existência da República Federal da Alemanha – no sentido compreendido corretamente. Os conflitos entre ambas as necessidades do Estado devem ser, portanto, resolvidos tendo em vista esse objetivo. No caso particular, deve ser considerada a importância dos fatos compartilhados, tanto para o adversário potencial como para a formação do julgamento político do povo; devem ser ponderados os perigos para a segurança do país que podem surgir por meio da publicação com a necessidade de ser informado sobre processos importantes também na área de política de defesa. Nesse sentido, o Art. 5 I GG exerce uma influência restritiva na interpretação das normas penais citadas.

D.

O exame da ordem de busca e apreensão, utilizando-se os parâmetros constitucionais expostos, resultou que, em conformidade com o § 15 II 4 BVerfGG, não pôde ser constatada uma violação do Art. 5 I 2 GG na aplicação do direito penal material.

I-II. [...]

E.

A necessidade de, na interpretação e aplicação das leis gerais, considerar-se a liberdade de imprensa e sua importância para a ordem democrático-liberal vale também para o Código de Processo Penal, principalmente para as medidas processuais penais coercitivas, como buscas e apreensões que sejam realizadas em razão de uma publicação na imprensa ou a ela relacionadas, aplicadas a um órgão de imprensa ou ainda a um membro da imprensa envolvido.

Essas medidas coercitivas cuja ordem fica a cargo da discricionariedade do juiz ou das autoridades competentes implicam, por sua própria natureza, em regra, uma intervenção considerável na esfera de vida protegida pelos direitos fundamentais dos atingidos, sobretudo, nos direitos fundamentais dos Art. 2 e 13 GG. Por isso, sua aplicação submete-se de antemão ao princípio jurídico geral da proporcionalidade (BVerfGE 19, 342 [348-349]; 17, 108 [117]; 16, 194 [202]). A respectiva intervenção deve guardar proporção adequada com a gravidade do crime e do grau de suspeição da culpa; além disso, precisa ser justamente a medida coercitiva [escolhida pela autoridade] necessária à averiguação e investigação do crime. Esse não será o caso quando outros meios, menos drásticos, estiverem disponíveis. Finalmente, a busca deve prometer o resultado de obtenção de provas adequadas.

No caso de buscas e apreensões em órgãos de imprensa, há de se notar adicionalmente a possível ou provável intervenção na liberdade de imprensa. Isso diz respeito, primeiro, ao impedimento do exercício do direito fundamental, que pode ocorrer em consequência de buscas ou apreensões – p.ex., por bloqueio de ambientes de trabalho necessários ou retenção

Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

de material necessário ao trabalho em curso –, porém, mais ainda, com a quebra do sigilo da fonte que normalmente está associada a tais medidas coercitivas. Como a relação de confiança entre a imprensa e seus funcionários e informantes é condição essencial para o funcionamento de um órgão da imprensa e uma ameaça a essa relação de confiança pode servir para provocar efeitos negativos; para além do presente caso, a outros órgãos de imprensa e, assim, à própria liberdade de imprensa; existe aqui necessariamente um conflito entre o interesse na persecução penal e o interesse na proteção da liberdade de imprensa que deve ser resolvido com ajuda da jurisprudência retro citada do TCF. Fundamentalmente, é tarefa do legislador proceder a essa ponderação de bens jurídicos. O Código de Processo Penal leva em conta essa exigência de forma limitada: as regulamentações pertinentes (§§ 53 I, n. 5, 97 V StPO) consideram apenas o caso em que existe uma publicação de teor punível e, com isso, fala-se na persecução penal do autor, remetente ou informante. Elas partem da chamada garantia por fiador (*Garantenhaftung*), segundo a qual, no interesse da relação de confiança entre informante e funcionário da imprensa, deve-se aceitar uma maior dificuldade na persecução penal se pelo menos um redator da publicação em questão foi ou poderá ser condenado por causa da publicação. Aqui devem ser consideradas as normas do direito de imprensa, segundo as quais existe, para publicações de teor punível, uma responsabilidade penal agravada para o “redator responsável”, eventualmente também para outros funcionários participantes da produção e divulgação da publicação do respectivo periódico. Se os pressupostos da garantia por fiador são cumpridos, então vale para o redator responsável ou outros funcionários envolvidos o direito à recusa de prestar testemunho do § 53 I, n. 5 StPO e – para se evitar a burla à recusa de prestar testemunho – tem vigência a proibição de apreensão no domicílio dos funcionários mencionados, em conformidade com o § 97 V StPO, assim como a proibição, dele derivada pela jurisprudência, de busca. A proibição de apreensão vale, segundo a nova redação das normas citadas dada pela Terceira Lei de Alteração do Direito Penal, de 4 de agosto de 1953 (BGBl. I, p. 735), apenas para a averiguação da pessoa do autor, remetente ou informante da publicação punível e, por outro lado, não para todas as comunicações por escrito entre o membro da imprensa, que tem o direito de se recusar a prestar o testemunho, e o informante, ou para as anotações do membro da imprensa sobre as informações a ele reveladas.

Uma proteção do sigilo da fonte não é prevista naqueles casos nos quais a investigação dirige-se contra um informante de uma publicação não sancionada penalmente, bem como no inquérito contra um redator responsável ou outro membro da imprensa acusado. O funcionário da imprensa, nesse caso, pode, em sua condição, negar-se a prestar quaisquer declarações. Porém, não existem restrições à busca e à apreensão em seu domicílio, ainda que essas medidas atinjam documentos dos quais se pode obter o nome do informante. Todos os Estados-membros promulgaram em suas leis de imprensa estaduais novas normas que, apesar de diferenças consideráveis nos detalhes, fortalecem a proteção do sigilo da fonte, afastando-se da garantia por fiador e desvinculando, até certo ponto, a proibição de busca e apreensão do direito a não prestar testemunho. A questão de verificar se essas normas mantêm-se dentro dos limites de competência do legislador estadual não necessita, no caso presente, de julgamento, já que, no momento decisivo da intimação do mandado de busca, considerou-se apenas o Código de Processo Penal como base legal.

Como as normas do Código de Processo Penal citadas concretizam, pelo menos parcialmente, a proteção do sigilo de fonte, são elas compatíveis com o Art. 5 I 2 GG. Essas normas não contêm uma regulamentação completa. Elas não excluem a possibilidade da proteção do sigilo da fonte ser mais intensamente considerada no exercício da discricionariedade judicial junto à decisão sobre se, e em que medida, uma busca ou apreensão deva ser ordenada. Por isso, em razão da falta de uma nova regulamentação jurídica, ficou a cargo do juiz, no momento decisivo do presente caso, a tarefa de proceder à ponderação necessária, considerando a importância axiológica do direito fundamental da liberdade de imprensa.

F.

A instrução probatória não confirmou a afirmação original da Reclamante de que o mandado de busca teria sido arbitrário porque o processo contra a "Spiegel" teria sido ensejado pelo Ministério Federal da Defesa com base em considerações incongruentes, o que teria influenciado decisivamente a ordem judicial em pauta, tendo o Ministério Público Federal desempenhado o papel de mero órgão coadjuvante do Ministério da Defesa. O conteúdo do artigo intitulado "Preparado só até certo ponto para a defesa" do n. 41 da revista havia chamado a atenção de um técnico do Ministério Público; ele apresentou-o ao procurador competente, Dr. K., que encomendou um parecer do Ministério Federal da Defesa sobre se haveria segredos militares entre os fatos publicados no artigo. O Dr. W., à época conselheiro superior de Governo Federal, foi apontado pelo chefe de departamento competente do Ministério da Defesa como um dos responsáveis, em casos como o presente, pela elaboração do parecer. Ele consultou, de forma totalmente objetiva e independente, os técnicos militares competentes e elaborou com eles o parecer, sem influência de outras autoridades; o parecer foi – como de praxe – escrito em papel oficial do Ministério com o timbre "Ministro Federal da Defesa" e foi assinado pelo perito "por ordem de". Não há razão para se duvidar da independência pessoal do perito. Antes da apresentação do parecer, foi realizada uma reunião de relatores com o Ex-Ministro da Defesa St.

O ministro questionou, em primeiro lugar, se um parecer seria realmente necessário, mas decidiu então que o parecer deveria estender-se a todo o artigo. Ele não influenciou o conteúdo do parecer a ser elaborado. O Secretário de Estado viu o parecer pronto apenas superficialmente; após o envio do parecer, foi enviada uma cópia ao ministro. O então Secretário de Estado do Ministério Federal da Defesa, H., viajou em 20 de outubro de 1962 para Karlsruhe para uma reunião com o Ministério Público sobre o assunto. Nessa ocasião, apresentou ao Ministério Público a perspectiva de apoio total – principalmente técnico – do Ministério para os procedimentos seguintes; ele frisou que o Ministério estaria interessado, sobretudo, em um reconhecimento dos "locais de vazamento" da própria casa e que a investigação, portanto, deveria ser efetuada independentemente da posição hierárquica daqueles eventualmente atingidos. Em longas exposições, ele explicou em que situação difícil a República Federal da Alemanha teria ficado frente aos seus aliados em razão de incidentes daquele tipo. Os detalhes sobre a forma de prosseguimento do processo contra a "Spiegel" não foram discutidos, tampouco foi discutido o conteúdo do parecer do Dr. W. A testemunha, Dr. Wa., porém, viu, nas exposições do Secretário de Estado acerca do efeito do artigo sobre os aliados, uma confirmação do parecer; isso o levou à decisão de intervir imediatamente. Em outras reuniões no Ministério Público realizadas nos dias seguintes, foram discutidos detalhes do processo contra a "Spiegel". A condução da ação ficou totalmente nas mãos do Ministério

Público. O Ministério Federal da Defesa corroborou seu interesse no prosseguimento do processo, mas não se constatou, na instrução probatória, nenhuma tentativa por parte do Ministério de influenciar inconvenientemente o processo. A Reclamante abandonou sua afirmação contrária, introdutoriamente reproduzida , após a instrução.

G.

O prosseguimento do exame da ordem de busca, utilizando os parâmetros constitucionais expostos sob “E.”, resultou que, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, não pode ser constatada violação do Art. 5 I 2 GG na aplicação do Código Processual Penal.

I.

1.a)-b),2.a)-b)(1)-(4), c) [...].

3. Em resumo, constata-se: quando da autorização da ordem de busca, foi ignorada a ponderação exigida pelo princípio da proporcionalidade e pela decisão axiológica fundamental do Art. 5 I 2 GG. A aplicação da lei que levasse em conta essas exigências deveria ter evidenciado, no presente caso, que uma busca tão abrangente configuraria uma intervenção desproporcional.

A gravidade do crime de traição à pátria e a ameaça potencial da segurança de Estado pela traição de segredos militares não podem, sozinhas, ser suficientes para preterir a proteção da liberdade de imprensa e justificar medidas processuais coercitivas de qualquer tipo. Aqui, ao se ignorar a tarefa que cabe à imprensa em razão da ordem estatal liberal, estar-se-ia colocando a traição jornalística à pátria no mesmo patamar da traição comum à pátria. Além disso, ignorar-se-ia que aqui não se trata de deixar impunes publicações de conteúdo ilícito ou privilegiá-las em geral quanto à persecução penal, mas somente de constatar se a utilização de um determinado meio processual penal foi adequado em face das circunstâncias do caso. Também segundo a opinião aqui defendida, a liberdade de imprensa não deve ser tomada como pretexto para crimes graves contra a segurança do Estado. No presente caso, não se trata de uma violação já comprovada de bem jurídico superior protegido pelas disposições sobre a traição à pátria, mas deveria ser investigado, primeiro, se e em que medida existiu tal violação. Se, nesse estágio do processo para o qual vale a presunção de inocência do Art. 6 II da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já bastasse o fato de uma traição à pátria tornar-se objeto da investigação para que a ponderação, em si necessária, não fosse realizada, ou fosse submetida a exigências mais brandas, então ficaria o livre debate público limitado de forma inadmissível em um âmbito essencial da vida do Estado.

Já por essa razão, não há de se falar na obrigatoriedade de delação nos termos do § 138 StGB. No mais, mesmo a proteção limitada do sigilo da fonte pelo Código de Processo Penal não conhece uma classificação por tipo de crime. Além disso, essa norma penal objetiva impede a execução de um crime capital ainda não cometido; sua relação com um crime de imprensa não é visível.

Com a única exceção da lei de imprensa de *Baden-Württemberg*, as leis de imprensa de todos os outros Estados-membros concedem aos jornalistas e a outros membros da imprensa o direito de se recusar a prestar testemunho, independentemente do tipo e gravidade do crime perseguido. Tal norma existe em Bayern já há 17 anos, sem que tenha resultado qualquer dissensão. Uma comparação com a ordem jurídica de outros Estados democráticos não pode oferecer argumentos convincentes contra a posição aqui defendida quando ela restringir-se apenas à existência ou inexistência de um dispositivo legal único e determinado, não

respeitando o respectivo sistema jurídico em sua totalidade – como, p.ex., não observando que a Inglaterra ou o direito federal dos EUA não concedem a nenhuma profissão um direito legal de recusa à prestação do testemunho – nem considerando a prática jurídica e a consciência democrática da respectiva sociedade.

A importância da liberdade de imprensa exige que a aplicação de medidas coercitivas na persecução penal seja submetida a condições rígidas e, ao mesmo tempo, justifica um exame amplo da situação concreta do processo pelo TCF. Caso a proteção do direito fundamental exija-o, também aspectos consideráveis do curso adequado do processo devem ser preteridos e desconfortos processuais devem ser suportados (BVerfGE 17, 108 (118)). Aqui não se discutirá até que ponto valeria outra regra no caso do Estado de Defesa ou em situações semelhantes de necessidade com base no Estado de Sítio.

II.

[...].

1. [...].

Se esse processo continua a ser denominado pela Reclamante como “leviano”, há, então, um exagero de exigências constitucionais. Tratava-se de esclarecer se uma suspeita deveria continuar sendo investigada. Para essa decisão não se pode exigir a “certeza” suficiente para a condenação ou absolvição. Se uma busca em ambientes da imprensa não deve estar já previamente fora de cogitação, não se pode colocar como pressuposto para a ordem aquilo que deve ser esclarecido apenas pela e depois da busca.

A imprensa não goza no processo penal de nenhum privilégio; ela tem de, como qualquer cidadão que por seu comportamento despertar seria suspeita de ter violado norma penal, tolerar medidas de investigação dos órgãos de persecução penal. O correlato da liberdade de imprensa é uma imprensa que trabalhe de modo consciente em face de sua responsabilidade (BVerfGE 12, 113 [130]). Principalmente no Estado democrático-liberal, contrapõe-se à liberdade de imprensa a corresponsabilidade da imprensa sobre a segurança do Estado. Isoladamente, os órgãos da imprensa podem ter objetivos diversos e perseguí-los com diversos meios e métodos jornalísticos. De qualquer forma, não se pode reconhecer uma “presunção” no sentido de que um órgão da imprensa, na dúvida, tenha trabalhado de modo consciente em face de sua responsabilidade e, por isso, de antemão esteja acima da suspeita de um comportamento culpável.

2. O Ministério Público e os juízes da instrução tiveram de decidir se a medida de busca nos escritórios da Reclamante com a finalidade de encontrar material de prova apta ao esclarecimento dos fatos seria, segundo a natureza da matéria, admissível. As medidas de consecução de provas, como busca e apreensão, intervêm, por sua natureza, de forma intensa nos direitos fundamentais do cidadão. Como são, porém, eventualmente imprescindíveis à persecução penal eficaz, o inocente que incorreu em suspeita da prática de ilícito penal tem de, em certa medida, tolerá-las. Se as medidas são tomadas contra um órgão da imprensa, o conflito inevitável com o direito fundamental da liberdade de imprensa obriga à moderação e à ponderação criteriosa das posições pró e contra a admissibilidade da medida processual. De tudo isso resulta o postulado do Estado de direito da proporcionalidade da medida em cada caso. Acima já foi dito detalhadamente o que aqui deve ser ponderado contra as exigências da liberdade de imprensa: a importância geral do bem jurídico para cuja manutenção as medidas coercitivas devem ser tomadas; sua ameaça pela ação concreta que configura objeto da investigação; a gravidade da suspeita; a adequação e necessidade do meio processual

cogitado. Já foi dito que – também na opinião da Reclamante – a imprensa não está livre da aplicação das normas processuais penais sobre busca e apreensão. É necessária a ponderação axiológica objetiva no caso concreto e não a salvaguarda de um privilégio permanente da “imprensa” devido a sua “função pública” e coisas do gênero. A *adequação* do meio não necessita, no presente caso, de fundamentação mais detalhada. Era de se supor com grande probabilidade que a busca na redação da “*Spiegel*” levaria à descoberta de provas (§ 102 StGB). Os registros do material de notícias publicado (e eventualmente a ser publicado), cuja existência na redação era de se supor com certeza, puderam fornecer esclarecimentos tanto sobre o caráter sigiloso de alguns dados, assim como sobre o tipo de cooperação com informantes do Ministério da Defesa, sobretudo, também acerca do elemento subjetivo da suspeita do crime de traição à pátria dos membros da redação da “*Spiegel*”. Especialmente para os principais Procuradores de Justiça envolvidos, Dr. Wa. e Dr. K., a ideia determinante foi a de que fatalmente deveria existir na redação um “rascunho”, “dossiê”, “relatório”, cuja apreensão contribuiria decisivamente para um esclarecimento rápido e completo de todo o caso e suas implicações.

No exame da necessidade da medida, partiu-se do pressuposto de que o trabalho da imprensa deve ser livre de qualquer intervenção por parte do poder público que não seja imprescindível – essa foi particularmente a posição do Ministério Público Federal, que a destacou expressamente ao juiz da instrução e a transmitiu, como ordem geral, na reunião de 22 de outubro de 1962, aos seus funcionários executivos. Por outro lado, houve de se considerar que se tratava de uma suspeita séria de uma conduta punível contra a segurança do Estado e, com isso, da ameaça a um bem jurídico que, em importância, não fica atrás da liberdade de imprensa. Tratava-se de ponderar se a suspeita era tão séria, o crime em questão tão perigoso, o interesse público no esclarecimento total do caso tão considerável, que fizessem com que uma restrição à liberdade de imprensa, a qual não poderia ser considerada ameaçadora à existência e continuação de publicação da revista, devesse ser tolerada. O Ministério Público Federal e os juízes de instrução decidiram nesse sentido; sua decisão não demonstra que teriam deixado de lado a ponderação necessária ou que teriam fundamentalmente ignorado os parâmetros axiológicos constitucionais. Quando a imprensa ocupa-se de questões particulares da área militar, os pesos deslocam-se: a necessidade de informação da população cede lugar porque, por um lado, os leitores não podem formar um julgamento independente por falta de conhecimentos técnicos e, por outro lado, não necessitam desses conhecimentos para a construção de sua decisão política. Por outra via, porém, os detalhes informados, comparavelmente insignificantes para a população local, podem ser valiosos para o serviço especializado de notícias estrangeiro. Por isso, também a imprensa, nessas publicações, tem de ponderar entre a necessidade de informar e o interesse de Estado. Não pode se furtar a isso alegando a “liberdade de imprensa”.

A traição à pátria ameaça potencialmente a existência do Estado e justifica, em princípio, uma forte reação do poder público. Os Art. 21 II e Art. 91 GG deixam claro que, no caso de ameaça da existência da República Federal da Alemanha, é exigida, também pela Constituição, uma ação consequente irreprimível. No caso concreto, na situação política da época (“Crise de Cuba”), o perigo era muito mais evidente; a credibilidade da República Federal da Alemanha dentro da Aliança do Atlântico Norte parecia questionada. Se, além disso, considerar-se a alta probabilidade, depreendida do artigo, da existência de uma cooperação criminosa com oficiais

superiores das Forças Armadas, não se pode negar um interesse público urgente no esclarecimento rápido e completo de todo o caso.

O Ministério Público Federal e os juízes da instrução puderam partir do pressuposto de que o esclarecimento total somente seria possível mediante a descoberta de provas documentais concretas que esperavam obter pela busca na redação. O valor de tais provas foi muito superior ao das declarações de testemunhas. Somente então pôde-se chegar ao esclarecimento preciso sobre os documentos que haviam sido utilizados no artigo, sobre sua qualidade como segredos de Estado para os quais um sigilo formal existente poderia ser um forte indício sobre outro material sigiloso existente destinado à impressão; sobretudo, porém, como os documentos haviam chegado à "Spiegel" e, com isso, sobre a presença dos elementos típicos do crime de traição à pátria por pessoas importantes da "Spiegel" e sobre a dimensão do respectivo envolvimento em ações criminosas de pessoas [informantes] do Ministério Federal da Defesa. Tudo isso não podia ser conseguido com interrogatórios – em um primeiro momento inevitavelmente inúteis. O primeiro interrogatório teria alertado todos os envolvidos, uma busca posterior não teria achado nenhum material comprometedor.

3. A objeção da Reclamante de que a busca na redação teria sido ilegal e inconstitucional tendo em vista o direito ao sigilo por parte do informante da imprensa decorrente da liberdade de imprensa não é fundamentada.

Não há dúvida de que do direito fundamental da liberdade de imprensa resulta certa proteção do sigilo da fonte e dos informantes da imprensa. Mas o legislador é bastante livre em sua conformação. Não há um mandamento constitucional com conteúdo determinado da proteção ao informante. [...].

[...].

a)–d) [...].

4. [...].

H. I. – II., J. [...].

42. BVerfGE 25, 256 (*Blinkfüer*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

O Reclamante, editor e chefe de redação do pequeno semanário *Blinkfüer*, distribuído, predominantemente, na região de *Hamburg*, ajuizou contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt* uma ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento de indenização por perdas e danos causados por uma convocação por eles feita ao boicote, dentre outros, do pequeno jornal. A motivação da condenação ao boicote; feita por circular enviada aos distribuidores e varejistas (bancas de jornal) no final de agosto de 1961, parceiros comerciais das grandes editoras mencionadas; foi forçar os órgãos de imprensa a não publicarem, em seus periódicos, a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental. Tais órgãos da mídia oriental estariam, no seu entendimento, a serviço da "propaganda injuriosa" do governo da (desde 3 de outubro de 1990 extinta) República Democrática Alemã contra os alemães ocidentais e seu Estado democrático-liberal. À época, o mundo encontrava-se no auge da Guerra Fria, no ano da construção do Muro de Berlin.

A Corte Federal de Justiça, como órgão jurisdicional ordinário de última instância, enxergou na condenação ao boicote um legítimo exercício da liberdade de imprensa. Por essa razão, ou

seja, para não a violar, julgou a ação definitivamente improcedente. Contra essa decisão, o Reclamante alegou violação dos seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 2, 3 e 5 GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, realizando uma interessante ponderação entre os exercícios das liberdades de imprensa em colisão, que a Corte Federal de Justiça não havia realizado. Ao contrário do que aconteceu na Decisão *Lüth*, aqueles que aqui se valeram do meio de expressão “conclamação ao boicote” fizeram-no a partir do abuso de uma posição de poder econômico, não com base em uma discussão *predominantemente intelectual*.

EMENTA

A convocação ao boicote por empresa da imprensa por motivos políticos, que seja imposto principalmente com meios do poder econômico, não é protegida pelo direito fundamental da livre expressão de opinião e viola o direito fundamental da liberdade de imprensa.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 26 de fevereiro de 1969 [...].

Dispositivo:

A Decisão da Corte Federal de Justiça de 10 de julho de 1963 [...] viola o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 5, Período 1, da *Grundgesetz*. Suspende-se a Decisão; devolve-se a matéria à Corte Federal de Justiça.

RAZÕES

A. I.

O Reclamante era editor e chefe de redação do semanário *Blinkfüer*, distribuído predominantemente em *Hamburg*. Em um suplemento do periódico publicava-se a programação dos canais de televisão e estações de rádio da Alemanha ocidental e central, assim como dos canais e estações do setor oriental de Berlin.

As empresas editoriais *Axel Springer & Sohn KG*, *Hammerich & Lesser KG* e *Die Welt Verlags-GmbH* – a seguir: os réus – eram, na época que aqui interessa, editores dos jornais “*Bild*”, “*Bild am Sonntag*” [...]. No final de agosto de 1961, os réus enviaram a vários jornais e comerciantes de revistas em *Hamburg* uma circular com o seguinte conteúdo:

“Prezado amigo,

Os atos de violência impiedosa que a população em Berlin oriental e naquela Zona [de ocupação] há semanas tem sofrido despertaram revolta por toda parte do mundo livre. A sequência de violações do direito e de medidas de força perpetrados contra nossos irmãos do leste não cessam. Nós aqui, na parte livre da Alemanha, não podemos nos contentar em ler diariamente a respeito em silenciosa irritação e, de resto, permanecermos omissos. Cada um tem o dever de defender a liberdade em sua área. Principalmente do setor do comércio alemão de jornais e revistas, os acontecimentos dos últimos dias exigem decisões claras. Mostra-se cada vez mais que os detentores do poder na zona [oriental] utilizam-se do Rádio e da Televisão como puro instrumento de propaganda. Filmes e demais programas de entretenimento cujas sinopses, na programação divulgada pela emissora, mostrarem-se apolíticas são arbitrariamente interrompidos para que os propagandistas do SED despejem seus discursos demagógicos contra nós. Nesses discursos, somos todos caluniados de forma baixa e os acontecimentos em Berlin são falseados de um modo execrável.

Por isso, parece incompreensível que ainda existam especuladores que se mostrem prontos para a publicação da programação da Zona [de Ocupação] Oriental para a disseminação das

mentiras vindas de *Pankow*.⁷⁹ Nessa época de provação para nosso povo, espera-se dos comerciantes de jornais e revistas que se distanciem daqueles periódicos que, até agora, ainda não estão prontos para desistir da publicação [das programações] dos canais de televisão e das estações de rádio da Zona [de Ocupação] Oriental, tais como, por exemplo, “*Bildfunk*”, “*Fernsehprogramme*” e “*Lotto-Toto-Expreß*”. As editoras *AXEL SPRINGER* e *DIE WELT* estão convencidas de que a grande maioria de seus parceiros comerciais compartilham dessa opinião e agem segundo ela. Assim, obviamente, não podemos pretender com isso que os [comerciantes] conscientes tenham desvantagens por causa de sua postura [correta]. Em existindo alguns comerciantes que queiram lucrar com essa situação e, apesar do exposto, continuarem comercializando produtos [da imprensa] que favoreçam a propaganda de *Ulbricht*,⁸⁰ as editoras supra nomeadas avaliarão se poderão prosseguir as suas relações comerciais com tais comerciantes [que não aderirem ao boicote]. Os senhores entenderão, em face da situação atual, a necessidade do presente apelo. Para que os senhores possam explicá-lo aos seus clientes de forma adequada, o seu distribuidor irá municiá-los com panfletos (v. modelo anexo). Mostre por sua postura que você é, como comerciante de jornais e revistas, consciente de sua responsabilidade perante o leitor alemão.

Com os melhores votos

Editora *AXEL SPRINGER*.

Editora *DIE WELT*.

Anexada a essa circular estava o modelo do panfleto anunciado que tinha o seguinte teor:
“Nada de programação oriental mais!

Os tempos politicamente agitados exigem de nós uma decisão clara. O setor de comércio alemão de revistas tomou agora essa decisão. Ele acredita que se trata de uma óbvia obrigação nacional não oferecer mais, por ora, nenhuma revista que publique a programação de rádio e televisão orientais. O rádio e a televisão do Leste transformaram-se em um puro instrumento de propaganda [político-ideológica]. Somos todos caluniados e manchados de maneira baixa, os acontecimentos em Berlin são falseados de um modo execrável.

Bons programas de entretenimento e valiosos filmes antigos são interrompidos para que os discursos demagógicos de propagandistas do SED sejam despejados contra nós. O setor de comércio de revistas alemão sabe o que deve fazer: ele está disposto, desse modo, a não sofrer abusos por parte de *Ulbricht*. Existem muitas revistas boas de programação que lhes informam detalhadamente da programação da rádio e televisão. Eu irei sempre orientá-los, com prazer. Entretanto, para revistas com a programação do Leste, não há mais espaço a partir de hoje na minha banca. Isso os senhores precisam entender.

(ass.) Sua banca de jornais e revistas.”.

Com a fundamentação de que os requeridos estariam promovendo contra ele uma concorrência desleal, porque as circulares enviadas conteriam uma declamação ao boicote contra sua firma, o Reclamante ajuizou uma ação em processo de conhecimento pedindo a

⁷⁹ *Pankow* é um bairro da zona norte de Berlin. À época dos fatos referidos na decisão ficava nele, além da temida prisão da *Stasi*, a sede da *Deutscher Fernsehfunk – DFF*, a empresa estatal de televisão da DDR.

⁸⁰ Walter *Ulbricht* (1893-1973) fez carreira política na DDR. Foi Secretário Geral do SED entre 1950 e 1971, partido que foi formado da fusão de parte do Partido Social-Democrata com o Partido Comunista da Alemanha do qual ele provinha desde os tempos da República de Weimar. À época dos fatos referidos na decisão, era também o presidente do Conselho de Estado da DDR. Foi certamente o político mais poderoso da História da DDR e, ao lado dos soviéticos, o principal mentor intelectual da construção do Muro de Berlin.

Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

condenação dos requeridos ao pagamento de uma indenização por perdas e danos. O Tribunal Estadual de Hamburg e o Superior Tribunal Estadual julgaram a ação procedente. A partir da Revisão do requerido, a Corte Federal de Justiça reformou, com a decisão (*Urteil*) de 10 de julho de 1963 (NJW 1964, p. 29, JZ 1964, p. 95), a decisão prolatada na apelação (*Berufungsurteil*), julgando a ação, então, improcedente e condenando o [ora] Reclamante ao pagamento das custas processuais.

[...].

II.

Contra decisão (*Urteil*) da Corte Federal de Justiça, o Reclamante ajuizou uma Reclamação Constitucional. Nela argui violações dos Art. 2, 3 e 5 GG.

[...].

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida.

[...].

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

O processo movido nas instâncias ordinárias correspondia a uma lide cível que deveria ser decidida com base no ordenamento jurídico de direito privado. A ordem axiológico-objetiva instituída pela *Grundgesetz* influencia, entretanto, a interpretação dessas normas se elas forem passíveis de serem interpretadas à luz das normas constitucionais (BVerfGE 7, 198 [205]). No contexto do § 823 I BGB, o direito constitucional é relevante para a verificação da anti-juridicidade da violação. Há de se analisar, de um lado, até que ponto o boicote é abrangido pelo direito à liberdade de expressão, mas também, por outro lado, até que ponto o Reclamante pode valer-se do direito fundamental à liberdade de imprensa. A Corte Federal de Justiça desconheceu, na sentença atacada, o alcance do direito à liberdade de expressão da opinião do lado dos réus; do lado do Reclamante, não considerou o direito fundamental à liberdade de imprensa.

1. A Corte Federal de Justiça considera tanto a convocação dos réus feita aos comerciantes para a interrupção da revenda de jornais com a programação da Alemanha do Leste, como a ameaça da possibilidade de uma suspensão de distribuição, justificadas por força do Art. 5 I 1 GG. Dessa feita, ela expandiu demais a área de proteção do direito fundamental a ser definida a partir de sua essência. A exigência dos réus dirigida aos comerciantes de revistas apresenta, independentemente dos motivos que a embasaram, como convocação para o bloqueio organizado, pelo menos parcial, da venda do “*Blinkfuer*”, uma convocação ao boicote. Em consequência da posição de poder econômico dos réus e da ameaça de interrupção de entrega de seus produtos dirigida aos comerciantes de jornal, essa exigência tornou-se apta a impedir que seus destinatários tivessem a possibilidade do livre arbítrio [para seguir ou não o boicote].

Uma convocação ao boicote embasada pela expressão de uma opinião determinada é protegida pelo Art. 5 I 1 GG, principalmente naquelas situações em que a convocação ao boicote, como arma na disputa intelectual de opiniões, seja usada junto a uma questão que essencialmente interesse ao público, ou seja, quando seu fundamento não for uma disputa privada, mas a preocupação em torno dos problemas políticos, econômicos, sociais ou culturais da coletividade (BVerfGE 7, 198 [212]). A convocação ao boicote pode pertencer à área de proteção do Art. 5 I 1 GG, mesmo quando aquele que a expressou encontrar-se em

uma situação de concorrência profissional, comercial ou outras relações negociais com o boicotado, pois tal situação *per se* não impossibilita uma discussão intelectual. Em detendo aquele que expressou a convocação ao boicote certa posição de poder econômico, pode, destarte, até mesmo emprestar, pela [prática da] convocação, um peso mais significativo à expressão de sua opinião, à qual serve a convocação. Essa desigualdade econômica das posições, isoladamente considerada, ainda não torna inadmissível a convocação ao boicote porque, segundo os parâmetros constitucionais, não se pode proibir ao economicamente mais forte que ele promova uma campanha intelectual em torno de opiniões.

Não obstante, os meios dos quais se serve aquele que expressou a convocação ao boicote para impô-lo têm de ser aceitáveis constitucionalmente. Uma convocação ao boicote não poderá ser, então, protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando ela não se basear somente em argumentos intelectuais, ou seja, não se limitar à força do convencimento a ser alcançado pela via de apresentações, explicações e ponderações, mas, além destes, valer-se daqueles meios que tiram dos destinatários a possibilidade de tomarem uma decisão em consonância com sua completa liberdade interior e livre de qualquer pressão econômica. A esses últimos meios pertencem principalmente a ameaça ou mera informação de desvantagens gravosas e a exploração da dependência social ou econômica, quando essas tiverem o objetivo de dar à convocação ao boicote uma ênfase especial. A liberdade da discussão intelectual é um pressuposto indispensável ao funcionamento da democracia liberal, pois somente ela garante a discussão pública sobre assuntos de interesse geral e de significado político (cf. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 ss.]). O exercício da pressão econômica, que traz para o atingido graves desvantagens e que tem por objetivo impedir a divulgação de opiniões e notícias garantidas constitucionalmente, viola a igualdade de chances no processo de formação da opinião. Ele contraria também o sentido e a substância do direito fundamental à livre expressão da opinião, que tem a função de garantir a luta *intelectual* das opiniões.

Uma avaliação das ações dos réus segundo esses critérios mostra que a Corte Federal de Justiça expandiu demais a área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, pode-se partir, como o fizeram os tribunais responsáveis pela instrução probatória, de que a circular atacada pelo Reclamante não foi publicada em virtude de motivos de concorrência comercial, mas de motivos políticos. A circular fora composta poucas semanas depois da construção do muro em volta da fronteira setorial berlimense, que mexeu muito com a opinião pública no mundo ocidental e principalmente na República Federal [da Alemanha], desafiando-a à reação defensiva. Ao mesmo tempo, foram introduzidas, à época, na República Democrática Alemã, outras limitações à liberdade e à livre locomoção; também foi incrementada a propaganda direcionada contra os órgãos políticos da República Federal [da Alemanha]. Os réus queriam, segundo o teor da circular, responder a essa propaganda depois que eles mesmos, já no verão do ano de 1960, interromperam a publicação dos programas das estações da região central da Alemanha, fundamentando tal atitude na falta de reciprocidade. Os meios que os réus utilizaram para a imposição do boicote não são compatíveis com o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Se os réus tivessem expressado sua opinião sobre a publicação da programação das estações da região central da Alemanha nos jornais e revistas por eles publicados e se limitado a convocar os leitores ao boicote dos jornais e revistas em pauta, não se poderia contestar essa atitude do ponto de vista constitucional.

Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

Desse modo, teriam os réus, que fizeram de interesses públicos os seus próprios, dirigido-se àqueles a quem [tal informação/opinião] interessa. Ao contrário, a circular dirigida aos comerciantes de jornais e revistas não foi apropriada para provocar uma discussão intelectual pública sobre a permissibilidade e propósito da publicação dos programas das estações e canais da região central da Alemanha, uma vez que tais destinatários eram dependentes econômica ou juridicamente dos réus. Os réus detinham, à época da decisão do tribunal da instrução no processo originário, uma posição de domínio no mercado como editores de jornais e revistas. Isso vale, sobretudo, para a região de Hamburg, na qual se concentrava a venda do semanário "*Blinkfuer*". Dessa posição de poder em face dos comerciantes destinatários da sua circular utilizaram-se os réus para conferir à sua convocação maior efeito, na medida em que eles a conectavam à notificação de uma possível interrupção de entrega dirigida aos "furadores do boicote". Até a Corte Federal de Justiça admite que tal informação revestida de uma simples alusão deva ser entendida como um meio de coerção a ser levado a sério. Com meios econômicos e exploração da posição de monopólio dos réus queria-se, portanto, travar uma luta de opiniões políticas. A matéria em pauta distingue-se, nesse ponto, substancialmente da matéria do assim chamado *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198 ss.). A expressão da opinião embasada na apelação à responsabilidade moral e política feita pelo Diretor de Senado *Lüth* não pôde, absolutamente, limitar imediatamente a possibilidade de desenvolvimento humano e artístico do diretor de cinema *Harlan*, pois *Lüth* não dispunha de nenhum meio coercitivo para dar ênfase à sua convocação. Ele pôde somente dirigir-se à consciência responsável e à moralidade dos seus destinatários e tinha de deixar à livre decisão daqueles se queriam ou não segui-lo. [Aqui,] Pelo contrário, a ameaçada interrupção de entrega pelos réus podia – em face de sua posição de domínio do mercado – acarretar aos atingidos [pela concretização da ameaça], distribuidoras no atacado e comerciantes varejistas, claras desvantagens que talvez ameaçassem a sua sobrevivência. A interrupção teria, com certeza, também como consequência a perda de clientes, pois, ao lado de algumas revistas publicadas pelos réus, os clientes costumavam comprar também outros jornais e revistas. Em face desses fatores, os comerciantes destinatários da circular estavam, graças à pressão massiva da possível interrupção de entrega, necessariamente limitados a proceder à ponderação entre vantagens e desvantagens do não atendimento do apelo dos réus e a agir com base nos argumentos puramente econômicos. Por isso, não se pode mais considerar as atitudes dos réus como meio adequado à realização de seu apelo.

2. A decisão contestada até cita, em suas razões e no contexto da sustentação oral realizada na Revisão, a afirmação dos réus segundo a qual o Reclamante não poderia se valer do direito fundamental do Art. 5 GG porque dele teria abusado. A Corte Federal de Justiça não enfrentou, entretanto, essa arguição. A análise teria, no entanto, de ter sido feita, pois o Reclamante era editor e chefe de redação do semanário "*Blinkfuer*". O Reclamante estava autorizado, com base na liberdade de imprensa, às informações sobre as programações das estações e canais orientais, as quais os réus queriam evitar segundo o teor da circular. A Corte Federal de Justiça até considera também a transcrição da programação no semanário "*Blinkfuer*" como legalmente não proibida, mas pelo contrário como absolutamente permitida. Ela não foi, entretanto, neste mister, consequente ao não contrapor o direito fundamental à liberdade de expressão, tal qual evocado pelos réus, à liberdade de imprensa que cabia por sua vez ao reclamante junto à reprodução das programações de rádio e TV da Rede Alemã-

Central, mas, ao contrário, acolheu a tese da existência de um conflito entre a liberdade de expressão dos réus com um bem jurídico protegido pelo direito civil do Reclamante. Destarte, a Corte Federal de Justiça não reconheceu o significado da liberdade de imprensa para a posição do direito material do Reclamante.

Certamente, os órgãos da imprensa não podem, em princípio, evocar a liberdade de imprensa em face do exercício da liberdade de expressão de outrem, fundamentando-o tão somente em desvantagens econômicas quando tiverem de aceitá-las. As liberdades de expressão e de imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia liberal; elas não servem à garantia de interesses econômicos. Mas, para a proteção da instituição da imprensa livre, há de se assegurar a independência de seus órgãos contra grupos de alto poder econômico que se valham de meios inadequados para a composição e distribuição de produtos da imprensa [BVerfGE 20, 162 (175 s.)]. Para o alcance do objetivo da liberdade de imprensa, qual seja, a facilitação e garantia da formação de uma opinião pública livre, exige-se que a imprensa seja protegida contra tentativas de se destruir a concorrência das opiniões por meio dos instrumentos da pressão econômica. O boicote ao semanário “*Blinkfuer*” violou essa liberdade garantida constitucionalmente. Ele perseguia, com efeito, o objetivo de impedir novas publicações da programação da Rede de Rádio e Televisão Central-Alemã e tirar do público informações, na medida em que novas distribuições desse semanário deveriam deixar de ser efetuadas pelos comerciantes de jornais. O Reclamante era, entretanto, dependente deste aparato de distribuição. O comportamento dos réus dirigia-se contra a liberdade de noticiar, coibindo a livre circulação de informações pela aplicação de meios principalmente econômicos.

Ante o exposto, a Reclamação Constitucional já é procedente em razão da violação do Art. 5 I 1 GG, sem haver a necessidade de se avaliar se a decisão judicial atacada também teria violado outros direitos fundamentais. Anula-se a decisão conforme o § 95 II BVerfGG e devolve-se a matéria à Corte Federal de Justiça.

Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Brox e Dr. Ziedler

43. BVerfGE 52, 283 (*Tendenzbetrieb*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

A Reclamante, uma editora responsável pela publicação do jornal *K.-Anzeiger*, demitiu o diretor de um de seus cadernos, sem antes ouvir a Comissão dos Representantes dos Empregados, conforme prescreve o § 102 I 1 BetrVG (cf. abaixo, no texto da decisão, o nome da lei e o teor do dispositivo). A Reclamante entendeu que, por ser uma **empresa que desempenha uma atividade de tendência** (*Tendenzbetrieb*) – entendida como tal aquela empresa ou atividade que não possua apenas fins lucrativos, mas também possua como fim a persecução de certos objetivos políticos, religiosos – beneficiar-se-ia do § 118 I 1 BetrVG (cf. abaixo, *idem*), não estando sujeita às regras da lei em pauta.

O empregado demitido ajuizou a cabível ação trabalhista julgada improcedente na primeira instância, mas reformada pelo Tribunal Estadual Trabalhista de *Düsseldorf* que deu provimento ao Recurso de Apelação do autor. Ao Recurso de Revisão, interposto pela Reclamante, o Tribunal Federal do Trabalho negou provimento. Afirmando a violação de seu

direito fundamental à liberdade de imprensa do Art. 5 I 2, 1. variante GG, ajuizou sua Reclamação Constitucional. Arguiu, em síntese, que sua liberdade de imprensa fora violada pelas decisões do Tribunal Estadual e do Tribunal Federal do Trabalho na medida em que teriam imposto a obrigação de ouvir a Comissão de Representantes dos Empregados, atingindo sua liberdade de tendência que é um dos principais pilares da liberdade de imprensa. No mais, os tribunais trabalhistas teriam interpretado e aplicado o § 118 I 1 BetrVG de modo a desconhecer a eficácia horizontal da liberdade de imprensa na relação jurídico-trabalhista.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente por não vislumbrar, na necessidade de ouvir a Comissão de Representantes dos Empregados, uma intervenção específica na liberdade de tendência do jornal (cf. abaixo, sob **B.II.1.** – análise da sistemática constitucional e **B.II.2.** – respectiva interpretação e exame de possíveis vícios de constitucionalidade encontrados na interpretação e aplicação do § 118 I 1 BetrVG pelos tribunais trabalhistas).

EMENTAS

1. O direito fundamental à liberdade de imprensa proíbe ao Estado o exercício de influência direta sobre a tendência de produtos da imprensa; ele também não pode, por meio de normas jurídicas, submeter ou abrir a imprensa a influências externas – não estatais – que forem incompatíveis com o postulado fundado no Art. 5 I 2 GG de respeito à liberdade de imprensa.
2. Isso vale também para normas de proteção à tendência que têm como objeto a relação entre o editor e a Comissão de Representantes dos Empregados de uma empresa de tendência.
3. É compatível com o Art. 5 I 2 GG interpretar o § 118 I 1 da Lei de Constituição de Empresas (BetrVG) no sentido de que essa norma, quando da demissão de um funcionário de empresa de tendência, não exclua o dever de oitiva prévia da Comissão dos Representantes dos Empregados conforme o § 102 I 1 BetrVG, bem como que os motivos da dispensa, decorrentes do tipo de empresa, devam ser também comunicados à Comissão dos Representantes dos Empregados, embora ela deva restringir suas objeções a aspectos sociais.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 6 de novembro de 1979 – 1 BvR 81/76 –
no processo sobre a Reclamação Constitucional da firma D.... [...] – contra a) decisão do Tribunal Federal do Trabalho de 7 de novembro de 1975 – 1 AZR 282/74, b) decisão do Tribunal Estadual do Trabalho de Düsseldorf de 3 de maio de 1974 – 13 Sa 103/73.

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

O objeto da Reclamação Constitucional é saber se a Reclamante, como titular de uma empresa da imprensa, tem seu direito fundamental à liberdade da imprensa violado pelo fato de que a demissão de um redator sem a oitiva prévia da Comissão de Representantes dos Empregados foi tida como nula nas decisões judiciais impugnadas.

I.

Segundo o § 102 I da Lei de Constituição de Empresas (BetrVG) de 15 de janeiro de 1972 (BGBl. I, p. 13), a Comissão de Representantes dos Empregados deve ser consultada antes de

qualquer demissão. O empregador deve comunicar-lhe os motivos da demissão. A demissão efetuada sem consulta da Comissão de Representantes dos Empregados é nula. Conforme o § 118 I BetrVG, as normas da lei não são aplicáveis a empresas de tendência, desde que a natureza particular da atividade se oponha a elas; as normas sobre a informação em assuntos econômicos (§§ 106 – 110 BetrVG) não são aplicáveis e as normas sobre alterações empresariais (§§ 111 – 113 BetrVG) somente são aplicáveis quando regulamentarem a compensação ou atenuação de desvantagens econômicas para os empregados. As normas em pauta têm o seguinte teor:

§ 102

(1) *A Comissão dos Representantes de Empregados deve ser consultada antes da demissão. O empregador deve comunicar-lhe os motivos da demissão. Uma demissão efetuada sem a consulta à Comissão dos Representantes dos Empregados é nula.*

(2) – (7) [...].

§ 118

(1) *As normas desta lei não são aplicáveis a empresas que servem direta e preponderantemente:*

1. a fins políticos, de associação política, religiosos, filantrópicos, pedagógicos, científicos ou artísticos; ou 2. finalidades da informação ou expressão da opinião para as quais seja aplicável o Art. 5 I 2 GG, desde que a natureza particular da empresa oponha-se à sua aplicação. Os §§ 106 a 110 não são aplicáveis e os §§ 111–113 somente são aplicáveis quando regulamentarem a compensação ou atenuação de desvantagens econômicas para os empregados em consequência de alterações na empresa.

(2) [...].

II.

A Reclamante publica, dentre outros, o jornal diário “K.-Anzeiger”. O autor da ação original trabalhava como redator da seção de entretenimento daquele jornal. Sua tarefa consistia na composição e configuração de uma página sobre música pop do caderno de fim de semana “Páginas Coloridas”. Em decorrência de uma nova concepção planejada para as “Páginas Coloridas”, o cargo de um chefe substituto de seção deveria ser ocupado. Como a Reclamante não considerava o autor da ação adequado ao cargo, deu-o a outra pessoa e ofereceu ao autor da ação a transferência para outras redações. Após a recusa das ofertas de transferência por parte do autor da ação, a Reclamante rescindiu o vínculo empregatício no final daquele ano. A Comissão de Representantes dos Empregados não foi consultada antes da decisão sobre a rescisão.

Por meio de sua ação, o autor requereu a declaração de que o vínculo empregatício não havia sido extinto com a rescisão. Ele considerou a rescisão nula, já que a oitiva da Comissão de Representantes dos Empregados não havia ocorrido; no mínimo, a rescisão não havia sido justificada sob o aspecto social.

[...].

III. – IV. [...].

B.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

Ela dirige-se contra decisões dos tribunais competentes proferidas em litígio entre dois particulares, para cujo julgamento são decisivas normas do direito do trabalho, principalmente do § 118 I 1 BetrVG. O TCF não deve examinar completamente a interpretação e aplicação dessas normas; a ele compete apenas garantir que, na sua aplicação, sejam observadas as normas e parâmetros dados pelos direitos fundamentais (BVerfGE 42, 143 (148) – DGB, com mais referências bibliográficas). Por isso, é-lhe, em princípio, proibido substituir a

interpretação dos tribunais competentes em razão da matéria pela sua. Ao exame constitucional está sujeita apenas a questão de saber se a interpretação procedida pelos tribunais está de acordo com os preceitos constitucionais da liberdade de imprensa, aqui único parâmetro de exame possível (Art. 5 I 2 GG), ao qual a Reclamante pode se remeter como editora do “*K.-Anzeiger*”.

II.

A interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho é compatível com o Art. 5 I 2 GG. As decisões contestadas são, portanto, válidas.

a) O direito fundamental da liberdade de imprensa abrange a liberdade de estabelecer, manter, alterar e concretizar a tendência de um jornal; esse é um pressuposto fundamental da imprensa livre tal qual garantida pelo Art. 5 I 2 GG. Uma imprensa livre, não dirigida pelo poder público e não submetida à censura, é elemento essencial ao Estado liberal e sua função é possibilitar informação abrangente, reproduzir a diversidade de opiniões existentes, bem como formar e defender opiniões próprias. Isso pressupõe a existência de um número relativamente grande de produtos da imprensa independentes do Estado e concorrentes entre si segundo sua tendência, orientação política ou postura ideológica (BVerfGE 12, 205 [206] – *Fernsehurteil*; cf. também BVerfGE 20, 162 [175]), o que, por sua vez, depende da possibilidade da orientação de um jornal ser definida e concretizada de forma independente ou livre de influências. Ao Estado não estão proibidas apenas as intervenções diretas, sobretudo aquelas sob a forma de tomada de influência por ele próprio, Estado, sobre a tendência dos jornais; ele também não pode submeter nem abrir a imprensa, mediante normas legais, à influência externa – não estatal –, o que seria incompatível com o postulado fundado no Art. 5 I 2 GG de respeito à liberdade de imprensa (cf. BVerfGE 20, 162 [175]).

b) Quanto às relações internas das empresas da imprensa, isso é uma questão de proteção à tendência, tal qual regulada sob os aspectos da liberdade de imprensa pelo § 118 BetrVG. Assim, é necessário esclarecer qual influência deve ser vista como “externa”, de forma que o direito fundamental da liberdade de imprensa proíba ao Estado possibilitar ação sobre a determinação ou concretização da tendência de um jornal.

Essa questão coloca-se no presente caso apenas na relação entre o editor e a Comissão de Representantes dos Empregados, não na relação entre o editor, de um lado, e os redatores ou jornalistas de outro; isso é ignorado nas petições do autor da ação original, do Sindicato das Indústrias Gráficas e de Papel (*IG Druck und Papier*) e da Associação Alemã de Jornalistas. Trata-se apenas da obrigação de consultar a Comissão de Representantes dos Empregados antes de uma demissão relacionada à tendência da empresa. Para o julgamento da obrigação, não é importante que a violação dessa obrigação provoque, como previsto no § 102 I 2 BetrVG, a nulidade da rescisão e, com isso, atinja a relação entre editor e redator. Na relação do editor com a Comissão de Representantes dos Empregados, o primeiro é, indubitavelmente, competente para definir e concretizar a tendência do jornal, estando protegido, nessa competência, pelo Art. 5 I 2 GG; pode ficar em aberto a questão de se, e eventualmente em que medida, cabe aos redatores o direito de cogestão. Tais competências não cabem à Comissão de Representantes dos Empregados de uma empresa de tendência. Ela é o órgão de representação dos empregados na empresa. Sua função consiste da defesa dos interesses de todos empregados em questões sociais, pessoais e – de forma restrita – econômicas; para tanto, deve cooperar com o empregador, com base na confiança recíproca,

para o bem dos empregados e da empresa (§ 2 I BetrVG). Essa função não tem nenhuma relação intrínseca com a liberdade de imprensa. O mesmo vale quanto à composição da Comissão de Representantes dos Empregados. Os empregados de uma empresa da imprensa não são apenas aqueles que determinam sua tendência, mas também – e geralmente em sua maioria – aqueles empregados que não têm funções relacionadas à tendência da empresa, ou seja, pessoal técnico, ou que, de forma geral, não se ocupa com o conteúdo do jornal. A estes não cabe influência sobre a tendência do jornal, nem mesmo mediante o canal da Comissão de Representantes dos Empregados. O direito fundamental do Art. 5 I 2 GG não pode ser usado para justificar tal influência porque ela pode caber apenas aos titulares da tendência. Isso não muda se funcionários titulares da tendência também estão na Comissão de Representantes dos Empregados, pois essa atua para todos os funcionários e não no interesse de tarefas específicas ligadas à tendência. Por conseguinte, à Comissão de Representantes dos Empregados não cabe, sob o aspecto constitucional, uma tomada de influência sobre a tendência do jornal. Tal influência seria “externa”; sua justificativa causaria uma limitação da liberdade de imprensa do editor.

c) Uma limitação desse tipo seria compatível com a *Grundgesetz* somente se fosse permitida pela própria Constituição ou se o legislador fosse autorizado constitucionalmente a permiti-la e tivesse feito uso dessa autorização de forma legítima.

Ambos não são o caso. Não são visíveis, no âmbito em questão, limites constitucionais diretos à liberdade de imprensa. Principalmente o princípio do Estado social (Art. 20 I GG) não pode ser usado como limite. Uma restrição constitucional da liberdade de imprensa pressuporia que o princípio do Estado social contivesse a incumbência concreta e vinculante de introduzir a cogestão da Comissão de Representantes dos Empregados na empresa de imprensa. Não é necessário expor que não se trata disso no presente caso, tampouco podem os direitos fundamentais dos empregados limitar, diretamente e por força de direito constitucional, o direito fundamental dos editores do Art. 5 I 2 GG; os direitos fundamentais também não abrangem uma tarefa constitucional vinculante de se introduzir a cogestão da Comissão de Representantes dos Empregados nas empresas da imprensa (cf. BVerfGE 50, 290 [349] – *Mitbestimmungsgesetz*). Não é necessário decidir aqui em que medida o legislador teria competência, com base no Art. 5 II GG, para restringir a liberdade de imprensa dos editores em favor de uma cogestão empresarial pelos empregados. Isso porque o legislador não fez uso da autorização para restringir o direito fundamental do Art. 5 I 2 GG por meio de “leis gerais”. O § 118 I 1 BetrVG não restringe a liberdade de imprensa, mas justamente a protege – dentro do alcance da norma – contra lesão causada pelos direitos de cogestão empresarial (cf. BVerfGE 46, 73 [95]). O § 102 I BetrVG, segundo o qual a Comissão de Representantes dos Empregados deve ser consultada antes de qualquer rescisão, deve certamente ser qualificado como “lei geral”. Ele apenas não contém, sob o aspecto aqui essencial, uma limitação da liberdade de imprensa dos editores: se esse dispositivo legal restringisse a liberdade de imprensa, sua aplicação seria excluída pelo § 118 I 1 BetrVG.

Portanto, se aqui não são encontradas normas que estejam restringindo a liberdade de imprensa dos editores, então o significado do princípio do Estado social e dos direitos fundamentais dos empregados não pode ter importância para a interpretação de normas *limitadoras dos direitos fundamentais* (cf. BVerfGE 50, 290 [349]). Onde falta uma norma restritiva, não pode valer o princípio de uma interpretação “à luz” do direito fundamental

restringido, assim como não pode valer a associação proporcional do bem jurídico protegido pelo direito fundamental e do bem protegido pela norma restritiva. O princípio do Estado social também deve ser, certamente, utilizado para a interpretação de normas *conformadoras de direito fundamental* [destaque no original]. Mas essa interpretação – com toda a incerteza da delimitação – não pode se transformar em uma limitação do direito fundamental. Por isso, é decisivo saber se a interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho leva a uma limitação do alcance da liberdade de imprensa ora exposto, não limitado nem pela própria *Grundgesetz* nem por um legítimo limite imposto pela lei.

2. Esse não é o caso. À Comissão de Representantes dos Empregados não é atribuída, na interpretação do § 118 I 1 BetrVG dada pelo Tribunal Federal do Trabalho, contestada pela Reclamante, uma influência sobre a tendência do jornal incompatível com o Art. 5 I 2 GG. Portanto, a decisão do Tribunal Federal do Trabalho não deve ser contestada do ponto de vista constitucional.

a) Quando a Reclamante se lhe opõe, remetendo-se ao teor, à evolução histórica da proteção da tendência e à gênese do § 118 I 1 BetrVG, suas objeções referem-se à interpretação infraconstitucional dessa norma, a partir da qual não se pode concluir se a exclusão de uma oitiva da Comissão de Representantes dos Empregados é constitucionalmente ordenada no caso de rescisões relacionadas à tendência. Portanto, pode restar em aberto se as conclusões da Reclamante nesse ponto são procedentes.

b) Não se pode compreender a posição da Reclamante de que a liberdade de decisão do empregador seria inconstitucionalmente limitada já pelo simples dever de informar à Comissão de Representantes dos Empregados os motivos rescisórios relacionados à tendência. Não é perceptível que esse dever leve necessariamente a uma influência indireta da Comissão de Representantes dos Empregados sobre a concretização da tendência de um jornal; além disso, a possibilidade de uma influência direta está de qualquer forma excluída. No todo, não é visível que a determinação sobre a tendência de um jornal esteja exposta à influência externa, como a Reclamante supõe.

O empregador reserva para si a liberdade de formação de sua decisão; ele não será impedido pela oitiva da Comissão dos Representantes dos Empregados de impor a medida decidida. Mesmo no caso da não divulgação dos motivos relacionados à tendência, ele teria de contar com o risco de sua decisão enfrentar incompreensão ou rejeição por parte de membros da Comissão dos Representantes dos Empregados e do pessoal – que eventualmente defendam uma orientação política diferente daquela do jornal – e de ameaçar a paz na empresa, principalmente quando os funcionários não enxergarem a rescisão como justificada por não terem sido compartilhados seus motivos. Pode até haver alguns argumentos a favor de que a divulgação de motivos, inclusive daqueles relacionados à tendência, possa ser mais útil à paz na empresa do que sua ocultação, uma vez que tem o condão de minar o fundamento para suspeitas incorretas. O dever de divulgação de motivos rescisórios ligados à tendência dificilmente exporá o empregador, portanto, a uma pressão maior dos membros da Comissão dos Representantes dos Empregados ou do pessoal do que seria a pressão no caso da não divulgação.

Nessas circunstâncias, a interpretação do § 118 I 1 BetrVG pelo Tribunal Federal do Trabalho não é problemática do ponto de vista constitucional. É verdade que seria igualmente compatível com o Art. 5 I 2 GG se os motivos rescisórios relacionados à tendência não

tivessem de ser comunicados; mas tal interpretação do § 118 I 1 BetrVG não é a única possível e, pois, [não é necessariamente a interpretação] ordenada constitucionalmente. O Tribunal Federal do Trabalho pôde decidir pela interpretação contestada na Reclamação Constitucional. A favor dessa interpretação está o fato de que possibilita à Comissão dos Representantes dos Empregados cumprir suas tarefas legais mais do que a interpretação defendida pela Reclamante. A Comissão dos Representantes dos Empregados pode cuidar, no que lhe compete, apenas da defesa dos interesses pessoais e sociais de um titular da tendência atingido pela rescisão se lhe for possível dar seu parecer sobre a rescisão. Se a rescisão não se baseasse em motivos puramente relacionados à tendência, mas também em motivos não relacionados à tendência, ela [a Comissão de Representantes dos Empregados] não teria condições de apreciar os aspectos não relacionados à tendência, no caso de renúncia à informação prévia. Mas também no caso de uma rescisão para a qual o empregador faz valer motivos exclusivamente relacionados à tendência, a notificação prévia à Comissão de Representantes dos Empregados serve para o cumprimento de suas funções legais. Além de a oitiva frustrar quaisquer tentativas de serem apresentados motivos apenas ligados à tendência, evitando, assim, o surgimento de uma atmosfera de desconfiança entre empregador e Comissão de Representantes dos Empregados, a comissão tem, nesse caso, também o direito de fazer valer aspectos livres de qualquer tendência, pois a autonomia da tendência protegida constitucionalmente pelo Art. 5 I 2 GG não isenta a empresa do respeito às normas legais nem do respeito adequado aos interesses sociais e econômicos do empregado.

c) Contrariando a concepção da Reclamante, não está relacionada ao dever de oitiva prévia da Comissão de Representantes dos Empregados, conforme a interpretação do Tribunal Federal do Trabalho, a ameaça de um “confronto relacionado à tendência” entre o empregador e aquela, nem a consequente perda ou restrição da liberdade de decisão sobre a tendência de um jornal. Essa ameaça existiria em tese apenas se a Comissão de Representantes dos Empregados pudesse opinar também sobre os motivos rescisórios relacionados à tendência. Porém, o Tribunal Federal do Trabalho limita-a aos aspectos não relacionados à tendência. Não é visível, nesta situação jurídica, por quais motivos ocorreria uma discussão sobre a tendência em discurso e réplica. Tal situação pode ocorrer somente se os membros da Comissão dos Representantes dos Empregados comportarem-se ilicitamente, o que o empregador pode enfrentar com meios legais, p.ex., por meio de ação junto à Justiça do Trabalho (§ 2 I, n. 4 Lei da Justiça do Trabalho) ou – no caso de grave violação do dever – conforme o § 23 I 1 BetrVG. Essa possibilidade não permite concluir no sentido da inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Tribunal Federal do Trabalho.

A atitude de destinatários da lei que extrapolar o conteúdo regulamentar de uma norma não pode ser imputada à lei, a não ser que a hipótese legal não esteja delimitada clara e inequivocamente, de tal sorte a que os atingidos possam reconhecer a situação jurídica e definir seu comportamento de acordo com ela (BVerfGE 38, 61 [82]). A mesma reflexão vale para o controle de constitucionalidade de uma decisão judicial quando ela provocar, na interpretação e aplicação da lei, um efeito jurídico que em si é compatível com a lei e a Constituição, e quando ela caracterizar de forma inequívoca e clara o limite do comportamento legítimo.

Esses pressupostos estão presentes na decisão contestada: caso a Comissão dos Representantes dos Empregados restrinja-se a fazer valer os aspectos não relacionados à tendência, ela consequentemente age de forma legal; um parecer sobre os motivos rescisórios relacionados à tendência não seria compatível com § 118 I 1 BetrVG.

Juridicamente, não pode aqui haver mais dúvida sobre as competências da Comissão dos Representantes dos Empregados. Se ela mantiver-se dentro do limite a ela previsto, não pode ocorrer uma influência sobre a tendência [mesmo] durante um conflito relacionado à tendência.

d) Finalmente, o mesmo vale para a objeção – da mesma forma puramente factual – da Reclamante de que a experiência teria ensinado que o simples direito de ser ouvido mais cedo ou mais tarde fortalece-se, transformando-se em direito de cogestão. Também aqui a regra normativa decisiva é aquela segundo a qual se trata de um direito de ser ouvido e não de um direito de codecisão.

Dr. Benda, Dr. Böhmer, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer e Dr. Heussner.

44. BVerfGE 117, 244 (CICERO)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Na edição de abril de 2005, foi publicado na revista política **CICERO** um artigo de um jornalista *free lancer* sobre o terrorista *Abu Mousab al Zarqawi* a respeito de sua origem e biografia, além dos atos terroristas por ele perpetrados.

No artigo, foi referido, de modo muito detalhado, um relatório de avaliação da Polícia Federal Alemã de 06.09.2004, caracterizado expressamente como destinado apenas ao uso interno de investigação, não utilizável judicialmente. O artigo valeu-se de muitas informações do referido relatório, mencionando detalhes e até vários números de telefone do terrorista que estava sendo vigiado pelo Serviço Federal de Notícias, a agência de inteligência alemã que atua exclusivamente no exterior (em oposição ao serviço de inteligência interno chamado de “proteção da Constituição”). No mais, foram descritas no artigo diversas atividades de seus seguidores na Alemanha. Ficou claro que o relatório da Policia Federal baseava-se em parte em informações conseguidas por serviços estrangeiros de inteligência.

Em junho de 2005, a Policia Federal instaurou um inquérito contra desconhecido por causa da suspeita de uma violação do sigilo funcional-profissional prescrito no § 353b StGB. O órgão policial tinha certeza que um de seus funcionários havia vazado ao jornalista o dossiê secreto sobre *Abu Mousab al Zarqawi*. No final de agosto de 2005, a competente promotoria abriu um processo investigatório contra o jornalista e o chefe de redação à época da Revista CICERO, ora Reclamante, por um crime *mutatis mutandis* correspondente ao tipo previsto no CPB de favorecimento real (Art. 349 CPB), um auxílio para a violação do sigilo funcional-profissional previsto no § 353b StGB.

Na sequência, os órgãos investigativos conseguiram junto ao juízo competente um mandado de busca e apreensão contra o chefe de redação, *Wolfram Weimer*, para as salas da redação de CICERO, a fim de buscar meios de prova a serem eventualmente lá encontrados. Esperava-se serem encontrados na redação meios de prova que possibilassem identificar o informante dentro das próprias fileiras da PF. A busca foi executada, tendo sido feita uma

cópia física dos dados do disco rígido de um computador da redação, no qual havia sido redigido o artigo em questão.

EMENTAS

1. Buscas e apreensões em um inquérito contra membros da imprensa são constitucionalmente inadmissíveis se servirem, exclusiva ou precipuamente, ao propósito de descobrir o nome do informante (confirmação de: BVerfGE 20, 162 [191 s., 217]).
2. A mera publicação do [conteúdo protegido por] sigilo funcional no sentido do § 353b StGB por um jornalista não é suficiente, em face do Art. 5 I 2 GG, para fundamentar uma suspeita de crime de favorecimento real do jornalista [para a prática do crime de] quebra do sigilo funcional que seja suficiente a autorizações processuais penais de busca e apreensão.
3. Sobre a garantia do efetivo acesso à Justiça em face de buscas de material redacional.

Decisão [*Urteil*]

Do Primeiro Senado de 27 de fevereiro de 2007 com base na audiência pública de 22 de novembro de 2006.

– 1 BvR 538, 2045/06 –

No processo da Reclamação Constitucional do Sr. Dr. W. [...] 1. contra: a) a Decisão do Tribunal Estadual de Potsdam de 27 de janeiro de 2006 – 24 Qs 165/05 –, b) a Decisão do Juízo de Potsdam de 31 de agosto de 2005 – 78 Gs 738/05 – 1 BvR 538/06 –, 2. Contra: a) a Decisão do Tribunal Estadual de Potsdam de 24 de fevereiro de 2006 – 24 Qs 187/05 –, b) a Decisão do Juízo de Potsdam de 14 de novembro de 2005 – 78 Gs 909/05 – 1 BvR 2045/06 –.

Dispositivo:

1. As decisões [...] violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 5, Parágrafo 1 Período 2 da *Grundgesetz*. A decisão [...] viola o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 19 Parágrafo 4 da *Grundgesetz*.
2. Anulam-se as Decisões. Devolve-se a matéria para a Decisão sobre as despesas processuais ao Tribunal Estadual de Potsdam.
3. O Estado-membro *Brandenburg* deve ressarcir ao Reclamante as despesas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais impugnam uma busca e apreensão em salas de redação de uma revista.

I. 1.-8., II., III. 1.-4., IV., V. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes. As decisões do Tribunal Estadual de 27 de janeiro de 2006 violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 5 I 2 GG; a decisão de segunda instância de 24 de fevereiro de 2006 viola seu direito fundamental decorrente do Art. 19 IV GG.

I.

A intervenção na liberdade de imprensa na forma de um mandado de busca na redação e a apreensão dos meios de prova lá encontrados não é justificada constitucionalmente.

1. Por meio do mandado de busca nas salas da redação de CICERO e a apreensão dos meios de prova lá encontrados interveio-se na área de proteção da liberdade de imprensa do Reclamante.

a) A liberdade de imprensa abrange também a proteção contra a entrada do Estado na confidencialidade do trabalho redacional, assim como na esfera de confiança entre os meios de comunicação social e seus informantes.

Capítulo 9. Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1. variante GG)

A liberdade dos meios de comunicação social é constitutiva para a ordem democrático-liberal (cf. BVerfGE 7, 198 [208]; 77, 65 [74]; jurispr. pacífica). Uma imprensa e uma radiodifusão livres têm, portanto, importância para o Estado liberal (cf. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 s.]; 77, 65 [74]). Correspondentemente, o Art. 5 I 2 GG garante os direitos de liberdade às pessoas e às organizações que atuem no âmbito da imprensa e da radiodifusão e protege, no mais, em seu caráter jurídicoobjetivo, também a autonomia institucional da imprensa e da radiodifusão (cf. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; 77, 65 [74 ss.]). Os âmbitos garantidos da liberdade de imprensa e de radiodifusão encerram em si aqueles pressupostos e atividades de apoio sem os quais os meios de comunicação social não poderiam cumprir sua função de maneira adequada. Protegida é, nomeadamente, a manutenção do sigilo das fontes de informação e da relação de confiança entre imprensa e radiodifusão e os informantes (cf. BVerfGE 100, 313 [365], com mais referências). Essa proteção é indispensável porque a imprensa não pode prescindir de comunicações privadas. Essa fonte de informação poderá, entretanto, fluir apenas se o informante, em princípio, puder confiar no sigilo redacional (cf. BVerfGE 20, 162 [176, 187]; 36, 193 [204]).

b) O Reclamante, chefe de redação e responsável no sentido da lei de imprensa pela revista ilustrada CICERO, é titular do direito fundamental à liberdade de imprensa. Protegem-se por ele todas as pessoas atuantes na instituição imprensa, sendo que a proteção estende-se desde a consecução da informação até a difusão da notícia e da opinião (cf. BVerfGE 77, 346 [354]). Como indiciado do inquérito, o Reclamante foi atingido pessoalmente pelas medidas de investigação. No mais, a busca e apreensão nas salas de redação atingem sua atividade lá exercida como seu chefe.

c) Uma busca em salas da imprensa representa, por causa do nela implícito estorvo do trabalho redacional e da possibilidade de um efeito intimidador, uma violação da liberdade de imprensa (cf. por último: BVerfG, 1. Câmara do Primeiro Senado, Decisão 1 de fevereiro de 2005 – 1 BVR 2019/03 –, NJW 2005, p. 965). Por conta de um fundamentado temor de que, no caso de uma busca, sua identidade possa ser verificada, os potenciais informantes podem se sentir dissuadidos a compartilharem informações que são entregues somente mediante a confiança na manutenção de seu caráter anônimo. Além do mais, na tomada de conhecimento pelo Estado sobre os contatos produzidos no âmbito das pesquisas jornalísticas está presente uma intervenção no sigilo redacional que tem um significado autônomo, ao lado da relação de confiança dos meios de comunicação social em face de seus informantes (cf. BVerfGE 66, 116 [133 ss.]; 107, 299 [331]).

Por meio do mandado de apreensão dos bancos de dados para o propósito da avaliação, abre-se a possibilidade de acesso ao material de dados redacionais aos órgãos investigativos. Isso intervém, em larga medida, na confidencialidade do trabalho redacional que é abrangida pelo direito fundamental da liberdade de imprensa, como também em uma eventual relação de confiança com os informantes.

2. A intervenção não é justificada constitucionalmente.

a) Segundo o Art. 5 II GG, a liberdade de imprensa tem seus limites fixados nas normas das leis gerais. Pelo conceito entendem-se todas as leis que não se dirijam contra a liberdade de opinião ou a liberdade de imprensa e radiodifusão em si, mas que sirvam à proteção de um bem jurídico por excelência, sem consideração de uma opinião determinada.

Esse bem jurídico tem de ser protegido pelo ordenamento jurídico em geral, independentemente de poder ser violado por expressões de opinião ou de outro modo. Em se limitando com a medida tomada para a proteção desse bem jurídico a liberdade de opinião ou de imprensa, isso por si não implica uma negação do caráter de norma jurídica autorizadora como lei geral. Quando da aplicação deve ser, entretanto, esclarecido se a ponderação de bens leva a uma prevalência da proteção do bem jurídico ao qual serve a lei geral. Quando as normas jurídicas autorizadoras da restrição carecerem de interpretação, essa não poderá levar a uma desconsideração do conteúdo protegido pelo Art. 5 I GG (cf. BVerfGE 111, 147 [155]).

aa) As normas aplicadas nas decisões impugnadas do § 353b StGB e a norma de favorecimento real nela baseada do § 27 StGB são leis gerais. O § 353b StGB em si serve, mas também no seu efeito conjunto com o § 27 StGB, à proteção contra a revelação ilegítima de sigilos profissionais e a violação de obrigações especiais de sigilo. Esses bens jurídicos são protegidos no ordenamento jurídico em geral por meio de sanções penais, independentemente de se saber se eles foram feridos por expressões de opinião ou órgãos de imprensa (cf. BVerfGE 28, 191 [200]). No entanto, também junto à interpretação e aplicação de normas penais, deve-se levar em consideração o significado da liberdade de imprensa (cf. BVerfGE 28, 191 [201 s.]; jurispr. pacífica). No caso, a Constituição não ordena que os jornalistas sejam, em geral, poupadados de medidas processuais penais (cf. BVerfGE 107, 299 [331]).

bb) As Decisões impugnadas são baseadas, no mais, nas normas processuais penais a respeito da busca e apreensão (§§ 94, 98, 102, 105 StPO). As normas do Código de Processo Penal com sua obrigação em princípio destinada a todos os cidadãos de contribuírem com a descoberta da verdade no processo penal e de tolerarem as medidas investigativas previstas na lei são reconhecidas na jurisprudência do TCF como leis gerais. Também elas devem ser interpretadas e aplicadas mediante observância da liberdade de imprensa (cf. BVerfGE 77, 65 [81 ss.]; 107, 299 [329 ss.]).

b) O mandado de busca nas salas de redação da revista ilustrada CICERO e a apreensão dos objetos identificados na decisão do juízo de primeira instância, assim como a confirmação da apreensão da cópia física de dados do disco rígido não levaram suficientemente em consideração o direito fundamental à liberdade de imprensa do Reclamante.

aa) Não obstante, não se pode contestar constitucionalmente o simples fato de que os tribunais tenham aplicado a norma do § 97 V 2, 2. Subperíodo StPO desfavoravelmente ao Reclamante com o fundamento de que ele valeria apenas para testemunhas, não para os acusados de um crime. O Reclamante foi acusado depois de a promotoria ter iniciado um processo investigatório contra ele por suspeita de favorecimento real.

A proteção contra apreensões, normatizada no § 97 V 1 StPO, para funcionários da imprensa e radiodifusão, que tem o mesmo alcance que o direito de certas pessoas à recusa de prestar testemunho do § 53 I 1 n. 5 StPO, não valerá por força do § 97 V 2, 1. subperíodo c.c. II 3 StPO quando os legitimados à recusa de prestar testemunho forem suspeitos de participação ou de obtenção de vantagem, obstrução da Justiça ou receptação, ou quando se tratar de objetos que tiverem sido produzidos por meio de um crime ou utilizados ou determinados para a prática de um crime ou que procedam de um crime (§ 97 II 3 *in fine* StPO). Até podem ser executadas apreensões junto a funcionários da imprensa e radiodifusão que sejam suspeitos de uma participação ou vantagem, obstrução da Justiça ou receptação, mas, segundo o § 97 V 2, 2. subperíodo StPO, somente mediante observância das especiais exigências da

proporcionalidade. Porém, quando os funcionários de meios de comunicação social são acusados, deixa de ser aplicável o § 97 StPO completamente.

Corresponde à opinião dominante na jurisprudência e literatura jurídica que o § 97 StPO não é aplicável se, como jornalista, uma pessoa em si legitimada à recusa da prestação de testemunho for ela mesma acusada ou coautora de um crime de cujo esclarecimento se trata (cf. por exemplo: BGHSt 19, 374; 38, 144 [146 s.]; BVerwG, Decisão de 9 de fevereiro de 2001 – 6 B 3/01 –, NJW 2001, p. 1663 e ao invés de muitos: G. Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. ed. 2004, § 97, n. 25, 137, com mais referências). Contra essa interpretação não se pode constitucionalmente levantar nenhuma objeção (cf. BVerfG, 1. Câmara do Primeiro Senado, Decisão de 1 de fevereiro de 2005 – 1 BvR 2019/03 –, NJW 2005, p. 965). No entanto, também no caso, permanecerá o Art. 5 I 2 GG relevante para a interpretação e aplicação das normas processuais penais sobre buscas e apreensões que sejam executadas em redações ou domicílios de jornalistas.

bb) A suspeita contra o Reclamante, que está no fundamento dos mandados judiciais, não foi suficiente uma vez observado o direito fundamental decorrente do Art. 5 I 2 GG para uma busca e apreensão fundada nos §§ 102, 94 StPO no caso das pessoas mencionadas no § 53 I 1, n. 5 StPO, independentemente da questão de poder ser ou não a publicação do sigilo profissional de fato enxergada como favorecimento real do crime de quebra de sigilo [funcional] previsto no § 353b StGB.

(1) A suspeita de cometimento do crime de favorecimento real contra o Reclamante não se baseou exclusivamente na publicação e na referência ao fato de o autor do artigo ter tido a posse do relatório avaliativo. Por outro lado, para o cumprimento do tipo penal principal que admite favorecimento real; que tivesse pressuposto um plano de ação do titular do sigilo, o qual objetivasse justamente a publicação do sigilo profissional revelado; não estão presentes elementos fáticos suficientes.

O § 353b StGB combina com pena privativa de liberdade, entre outros, a revelação ilegítima de um sigilo profissional. A publicação do sigilo não indica, todavia, necessariamente, a presença de um crime principal daquela espécie. O tipo do § 353b StGB pode não ser, por exemplo, realizado quando escritos ou dados com sigilos tenham vazado acidentalmente ou por intermédio de uma pessoa não obrigada à manutenção do sigilo. Caso o titular do sigilo entregue ao jornalista somente informações circunstanciais as quais se siga uma publicação violadora do que fora combinado, o crime estará não apenas consumado com a revelação do sigilo como também já concluído. Então não poderá mais ser produzido um favorecimento real por meio de publicações subsequentes. Em tais casos, uma busca e apreensão não poderá ser ordenada com o objetivo do esclarecimento de uma ação de favorecimento real do jornalista.

(2) Não carece de decisão esclarecer se, no presente contexto, um favorecimento real no sentido do § 353b StGB possa ser fundamentado na construção do favorecimento real sucessivo. No caso em tela, o mandado de busca e apreensão violou o Art. 5 I 2 GG pela falta de elementos fáticos suficientes que indicassem um plano de ação direcionada à publicação pelo titular do sigilo.

(a) O crime do § 353b StGB pode ser cometido apenas por um titular do dever de sigilo e torna-se consumado com a participação da informação sigilosa ao externo. A publicação na imprensa de um sigilo profissional que a ela se segue – aqui, do relatório da promotoria federal na CICERO – ocorre necessariamente depois de consumado o crime. Segundo o

entendimento majoritário na práxis judicial, o crime do titular de função pública, quando a ele interessar a publicação do sigilo, já estará consumado com a revelação ao jornalista; porém, concluído estará somente com a publicação planejada; até esse ponto pode, segundo tal entendimento, ser praticado pelo jornalista um assim chamado favorecimento real sucessivo (cf. BayObLG, Decisão de 15 de janeiro de 1999 – 1 St RR 223/98 –, NStZ-RR 1999, p. 299 [300 s.]; Tröndle/Fischer, StGB, 53. ed. 2006, § 353b, n. 14; Träger, in: LK, StGB, 10. ed. 1988, § 353b n. 40).

A punibilidade de um favorecimento real sucessivo é polêmica (cf. Brüning, NStZ 2006, p. 253 [254], com mais referências). Na jurisprudência dos tribunais superiores essa figura jurídica é reconhecida desde há muito (cf. BGHSt 3, 40 [43 s.]; 6, 248 [251]; BGH, Decisão de 10 de junho de 1997 – 1 StR 236/97 –, NStZ-RR 1997, p. 319; Decisão de 18 de julho de 2000 – 5 StR 245/00 –, NStZ 2000, p. 594). Não obstante, é colocada em dúvida na literatura jurídica em face do Art. 103 II GG na medida em que sua prática não intensifica a prática delituosa (cf. Joecks, in: Münchener Kommentar, StGB, 2003, § 27, n. 17). A respeito de sua aplicabilidade em especial ao caso de uma publicação de sigilo profissional por jornalista, ainda não se decidiu nos tribunais superiores. A opinião predominante na literatura recusa a construção de um favorecimento real sucessivo para a prática da quebra de sigilo profissional no caso de mera publicação do sigilo (cf. Lackner/Kühl, StGB, 25. ed. 2004, § 353b, n. 13a; Rogall, NJW 1980, p. 751 [752]; Kuhlen, in: Nomos-Kommentar, StGB, v. 2, 2. ed. 2005, § 353b, n. 58; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. ed. 2006, § 353b, n. 23; Behm, AfP 2000, p. 421 [424]; Brüning, NStZ 2006, p. 253 [255]; Dunkhase, Das Pressegeheimnis, 1998, p. 177 s.; Rotsch, Der Schutz der journalistischen Recherche im Strafprozessrecht, 2000, p. 124). Nela, refere-se, em primeira linha, ao fato de o legislador, após a revogação do § 353c I StGB a.F. pela 17. Lei de Reforma do Direito Penal de 21 de dezembro de 1979, ter pretendido criar uma desriminalização para a mera publicação de um sigilo profissional; essa norma cominara a publicação não autorizada de objetos carecedores de manutenção de sigilo, independentemente da existência de uma obrigação funcional ou de outra natureza à manutenção do sigilo.

(b) Se o questionamento em princípio manifestado na literatura jurídica da possibilidade de punição a um jornalista por favorecimento real sucessivo é legítimo do ponto de vista constitucional, pode restar em aberto. O mandado de busca e apreensão já era, no caso, inconstitucional porque a proteção do informante ordenada pelo Art. 5 I 2 GG junto à interpretação e aplicação das normas autorizadoras da busca e apreensão não foi suficientemente levada em consideração.

(aa) Buscas e apreensões em um processo investigativo contra membros da imprensa serão inadmissíveis constitucionalmente quando servirem, exclusiva ou precipuamente, ao propósito de descobrir a pessoa do informante (cf. BVerfGE 20, 162 [191 s., 217]). Também quando os membros da imprensa e radiodifusão em tela não forem testemunhas, mas eles próprios os acusados e, por isso, não valendo a proteção do § 97 V StPO, até poderão ser ordenadas buscas em processos investigativos direcionados contra eles por um auxílio à prática de violação de sigilo profissional segundo o § 102 StPO, assim como apreensões segundo o § 94 StPO para o esclarecimento do crime que pesa contra eles, mas não para o propósito, precípua ou exclusiva, de encontrar motivos de suspeita, especialmente contra os

informantes. De outra feita, poderia ser subvertida a proteção do informante abrangida pela liberdade de imprensa.

O risco de uma violação da proteção ordenada constitucionalmente do informante é especialmente grande quando a suspeita de um favorecimento real for baseada, exclusivamente, no fato de o sigilo profissional ter sido publicado na imprensa e a decisiva peça escrita ter chegado às mãos do jornalista muito provavelmente sem autorização. Em tal situação, a promotoria pode tornar réu o jornalista em questão mediante o ajuizamento de um processo de investigação. Em si, isso não deve ser questionado constitucionalmente. Mas, caso fosse suficiente qualquer suspeita para ensejar o mandado de busca e apreensão no caso das pessoas atingidas pelo § 53 I 1 n. 5 StPO, teria a promotoria em suas mãos, por intermédio da decisão pelo ajuizamento do processo de investigação, o poder de fazer cessar a especial proteção jusfundamental dos membros dos meios de comunicação social, mesmo quando forem fracos os indícios de um favorecimento real. Esse será o caso quando não for sabido se a ação do titular do sigilo objetivava uma publicação do sigilo ou se não houver circunstâncias que apontem na direção de tal intenção. A possibilidade – também com base em uma suspeita do mesmo tipo insuficiente – de se determinar buscas e apreensões na redação ou na casa de um jornalista, acarretaria o inegável risco de a promotoria ajuizar um processo de investigação com o exclusivo ou precípicio objetivo de ser encontrado desse modo o informante. Contudo, isso contrariaria a sua proteção, tal qual garantida constitucionalmente (cf. BVerfGE 20, 162 [191 s., 217]). A proteção do Art. 5 I 2 GG determina que se combata esse risco. Por isso, as normas processuais penais sobre a busca e apreensão têm de ser interpretadas de tal sorte a tornar insuficiente a mera publicação do sigilo profissional por um jornalista para fundamentar uma suficiente suspeita do crime de favorecimento real nela previsto. Devem ser exigidos, ao contrário, indícios fáticos específicos da presença de uma publicação planejada pelo titular do sigilo e, portanto, de um crime principal que admite a presença do favorecimento real.

(bb) Segundo esses parâmetros, a busca e apreensão ordenada na redação dirigida pelo Reclamante contrariou, no caso, a proteção do trabalho redacional, incluindo-se a proteção do informante, garantida pela liberdade de imprensa.

O mandado de busca e apreensão foi expedido em uma situação na qual não havia nenhum indício, exceto da publicação do relatório na revista, de que pudesse estar presente uma violação do sigilo pelo titular do dever a ele. Todas as antecedentes investigações nesse sentido permaneceram sem êxito.

Segundo a parte do teor da decisão do juízo de primeira instância de 31 de agosto de 2005 que é decisiva para a avaliação jurisdicional-constitucional, a busca deveria, precipuamente, viabilizar a verificação do suposto informante lotado na Polícia Federal. A atuação do Reclamante, sobre a qual exclusivamente fora baseada a suspeita inicial, foi a publicação; mas, ela era conhecida e não mais carecia como tal de investigação. Como se pode depreender da lista dos principais objetos a serem procurados como meios de prova, tratava-se de serem encontrados indícios de como e por meio de quem o relatório chegou ao âmbito de disposição da Revista CICERO, e, assim, em última instância, da questão de saber quem era o principal autor do crime do § 353b StGB. De modo especialmente claro, revela-se o objetivo da identificação do informante na passagem segundo a qual se procurariam: "...Anotações e registros escritos..., dos quais resultassem de qual fonte ele (v.g.: o jornalista)... recebeu o... relatório de avaliação..." .

c) Como as decisões não podem subsistir do ponto de vista jurídico-constitucional já por causa da falta de uma suspeita que justifique a busca e apreensão na casa de um membro de um meio de comunicação social, não há a necessidade de uma discussão sobre se o mandado de busca e apreensão como um todo, ou em determinado aspecto, contrariou a proporcionalidade.

II.

A Decisão do Tribunal Estadual de 24 de fevereiro de 2006 viola o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 19 IV GG, na medida em que declarou prejudicada a reclamação [infraconstitucional] interposta contra a confirmação da apreensão. Por sua vez, a Decisão do Tribunal Estadual de 27 de janeiro de 2006 não viola esse direito fundamental.

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

C.

I.

Anulam-se as decisões do juízo de primeira instância, assim como a Decisão do Tribunal Estadual de 27 de janeiro de 2006, por causa da violação do Art. 5 I 2 GG; anula-se a Decisão do Tribunal Estadual de 24 de fevereiro de 2006 por causa da violação do Art. 19 IV GG (§ 95 II BVerfGG). A matéria será devolvida ao Tribunal Estadual para a decisão sobre as despesas processuais.

II.

A Decisão sobre as despesas do Reclamante baseia-se no § 34 a II BVerfGG.

Essa decisão foi tomada com 7 x 1 votos.

Papier, Steiner, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem, Bryde, Gaier, Eichberger e Schluckebier.

Capítulo 10.

Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica)

(1)¹ Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis.² A liberdade de imprensa e a *liberdade de noticiar por radiodifusão* e cinematografia são garantidas.³

Não haverá censura.

(2)...

(3)...

A liberdade de “noticiar por radiodifusão” representa o segundo direito fundamental de comunicação social do Art. 5 I 2 GG. Assim como há um considerável interregno entre o advento histórico da imprensa e da radiodifusão, ele também é, do ponto de vista jurídico-dogmático, substancialmente distinto da liberdade de imprensa em razão de uma muito central diferença estrutural e funcional. Essa liberdade encontra-se, por razões históricas, tecnológicas e, sobretudo, por força constitucional, em uma situação extraordinária. A par de sua função de liberdade hoje mais reconhecida do que no início da jurisprudência do TCF⁸¹ sobre ela (verificação do alcance de sua área de proteção e condições da justificação constitucional das intervenções estatais nela, a seguir: I. – III.), adquirem as figuras da

⁸¹ Até o início da década de 1980, empresas privadas não podiam receber licença para exploração da radiodifusão. Uma decisão de 1981 (BVerfGE 57, 295 – *FRAG*) ocupou-se justamente da constitucionalidade da admissão de particulares (v. ref. a seguir, sob IV.).

configuração de direito fundamental (*Grundrechtsausgestaltung*) pelo legislador e das reservas de configuração (*Ausgestaltungsvorbehalte*) uma relevância ímpar a ser referida ao final, sob IV.

I.

1. Em comum com a liberdade de imprensa, a **área de proteção** do direito fundamental à liberdade de radiodifusão abrange todas as atividades que contribuem para a produção de programas da radiodifusão, da consecução das informações à configuração final dos programas e sua transmissão, como naquele caso, aqui também pouco importando o conteúdo e seu suposto valor.

Diferente é o veículo técnico de difusão. As contribuições para a formação da opinião pública em sentido amplo, que abrange o entretenimento, são transmitidas tradicionalmente por ondas eletromagnéticas, por cabo e, hoje, por veículos digitais. “Radiodifusão” é o conceito gênero⁸² sob o qual subsumem-se o rádio (difusão apenas de sons), a televisão (sons e imagens) e, agora, a internet. Consolida-se cada vez mais a chamada “convergência midiática”.

Questionável é se, com o advento das novas tecnologias da informação e da internet, o sincretismo dos meios tornou obsoleta a diferença em relação à imprensa. Embora o problema da carência de frequências existente na gênese de ambos os veículos, rádio e TV analógicos, assim como a insuficiência de recursos econômicos na Europa devastada do imediato Pós-Guerra,⁸³ tenham sido suavizados com a extraordinariamente rápida mutação das matrizes tecnológicas (digitalização), a delimitação é ainda muito importante em face das diferentes nuances do princípio do distanciamento perante o Estado (*Staatsfreiheit*), aplicáveis a cada um dos direitos. O TCF deixou isso claro em algumas de suas 14 decisões sobre a radiodifusão (mais a respeito sob IV.).

Outro problema de delimitação dá-se em relação ao direito das telecomunicações, uma vez que empresas de telecomunicação são intermediárias na transmissão de radiodifusão via internet, por exemplo. A regulamentação da competência do legislador federal em oposição à competência do legislador estadual para as leis de imprensa e de radiodifusão deve ser medida com base na liberdade empresarial profissional do Art. 12 I GG, uma vez que não respondem pelos conteúdos transmitidos.

2. Quanto ao alcance específico, há peculiaridades ligadas ao sistema público, uma vez que, ao contrário do que ocorre na liberdade de imprensa, aqui um titular do direito fundamental à liberdade de radiodifusão pode ser também o destinatário normativo, vinculado ao mesmo direito de liberdade (liberdade de radiodifusão interna). No mais, todas as situações e condutas dos titulares dadas no contexto da liberdade da programação (livre escolha de formatos e conteúdos, grade de horários e reserva de espaços à publicidade) encontram-se no centro da proteção. Sobre a possibilidade de exercício negativo, vale o mesmo que foi dito em relação à liberdade de imprensa. Por mais que haja teorias funcionalistas defendendo o caráter “servil”, ou “em serviço”, da liberdade de radiodifusão, toda obrigação de veiculação

⁸² Também na Alemanha liga-se na linguagem do dia-a-dia o conceito de *Rundfunk* ao rádio, embora exista um vocábulo técnico para o tradicional rádio: *Hörfunk*. Cf. Schmidt (2016, p. 197). Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 160) citam BVerfGE 12, 205 (Decisão # 45.) “Hörrundfunk e Fernsehrundfunk”, dest. no original em itálico.

⁸³ Isso fez com que o Estado financiasse a exploração daquele então novo tipo de serviço.

imposta a empresas públicas e, precipuamente, às privadas atinge a área de proteção do direito fundamental em tela.

3. Titulares podem ser todas as pessoas físicas e jurídicas que realizem e difundam os programas de radiodifusão. Peculiaridade aqui é a titularidade de pessoas jurídicas de direito público que, ao lado das pessoas jurídicas de direito privado, compõem o chamado *sistema dual* público/privado, com notórias implicações dogmáticas, as quais também marcam a indicação e correção dogmática da delimitação entre imprensa e radiodifusão, pois da liberdade de imprensa não podem usufruir as pessoas jurídicas de direito público. Diferentemente da radiodifusão pública, que cumpre um especial *mandato constitucional*, sendo necessária a conformação infraconstitucional (marca normativa da área de proteção), a imprensa não carece de tal organização normativa prestada pelo legislador.

II.

No que tange à **intervenção estatal** na liberdade de radiodifusão, a grande dificuldade está na delimitação do conceito em face da já aludida conformação da área de proteção. Em todo caso, toda medida estatal em sentido lato (atos normativos de qualquer grau hierárquico e respectivas interpretações e aplicações pela Administração e Judiciário) que influencie na escolha, conteúdo e forma de programas representa indubitavelmente uma intervenção.

III.

A liberdade de radiodifusão submete-se aos mesmos limites do Art. 5 II GG, não havendo significativas diferenças a serem descritas na fase do exame da **justificação constitucional**.

IV.

“O conteúdo objetivo da liberdade de radiodifusão legitima e obriga o Estado à conformação da liberdade”.⁸⁴

1. Primeiro, a necessidade de conformação surgiu da peculiaridade técnica da limitação das vias de transmissão. É preciso organização e procedimentos prévios viabilizadores do exercício da liberdade, o que a caracteriza como tendo marca normativa.⁸⁵ Segundo, as já mencionadas características econômicas da Europa do imediato Pós-Guerra e o impacto que, depois do rádio, sobretudo, o advento da televisão provocou, levaram o constituinte e os primeiros intérpretes da *Grundgesetz* a pensarem em um modelo de comunicação social que impedisse o surgimento de monopólio na formação da opinião pública. Em contraposição ao modelo do *pluralismo externo* concebido pelos norte-americanos, a Alemanha e os demais Estados da Europa Continental e também os britânicos estruturaram um sistema público de radiodifusão a ser fomentado, mas *não dirigido* pelo Estado. Precisava ser criado um modelo de *pluralismo interno* por meio de conselhos de programação e administrativos compostos por representantes de vários setores da sociedade civil. Objetivo sempre foi assegurar a diversidade e combater os riscos ao público telespectador e à democracia em geral provenientes daquele então novo *medium* que, diferentemente da imprensa tradicional e de modo menos óbvio também do rádio, detinha e de certo modo até hoje detém uma grande força sugestiva de ideias e modos de comportamento.

2. A configuração das pessoas jurídicas de direito público sempre foi orientada pelo chamado *mandato constitucional* para prover a população com um mínimo de informações equilibradas

⁸⁴ Jarass (2011, p. 199).

⁸⁵ Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 161, *in fine*).

e ponderadas a ponto de levar em consideração o amplo espectro político-ideológico e cultural (“*Grundversorgung*”). Com a já aludida admissibilidade de pessoas jurídicas privadas no início da década de 1980, a necessidade de organização prévia ao exercício do direito tornou-se ainda mais premente.

3. Sem embargo do mandato e da interpretação funcional-democrática da liberdade de radiodifusão, muitas das pretendidas conformações da área de proteção pelo legislador – que, como tais, não carecem de justificação constitucional a partir da aplicação de um limite que, por sua vez, seja limitado e da expressão que pode induzir em erro da reserva de conformação – revelam-se intervenções. O fato de uma restrição à posição jurídico-subjetiva de liberdade negativa ter por escopo o fomento do próprio direito fundamental de maneira difusa, como é o caso do combate à formação de monopólios da opinião pública, não lhe retira a característica de intervenção. Assim, da impressionante lista das 14 decisões do TCF que interpretaram e aplicaram o Art. 5 I 2, 2. variante GG, podem ser depreendidas a avaliação de intervenções e de conformações. Na dúvida, deve valer aqui também uma presunção da proeminência da liberdade negativa, ou seja, da afirmação da presença de uma intervenção e não apenas de uma conformação.

Não obstante, diante do conceito totalmente aberto e, como quase nenhum outro conceito constitucional, passível de mutação, a jurisprudência do TCF praticamente ditou ao legislador sua concepção de ordem jurídico-objetiva do direito de radiodifusão, o que, é claro, como não poderia deixar de ser, suscitou muitas críticas.

A seguinte lista com principais palavras-chave do que foi respectivamente decidido tem o escopo de apresentar uma visão panorâmica do desenvolvimento desse direito objetivo de radiodifusão pelo TCF a partir da interpretação do Art. 5 I 2, 2. variante GG:⁸⁶

1. Decisão – BVerfGE 12, 205–264 *Deutschland-Fernsehen-GmbH (1961)*: liberdade perante o Estado da radiodifusão; competência legislativa dos Estados-membros (Art. 30 GG); competência da União apenas para técnica de transmissão, mas não para conteúdos (cf. **Decisão # 45**).

2. Decisão – BVerfGE 31, 314 *Umsatzsteuer (1971)*: empresas juspúblicas de radiodifusão podem avocar o direito fundamental da liberdade de radiodifusão, cabendo-lhes a Reclamação Constitucional; empresas de radiodifusão não são “comerciais ou profissionais” no sentido do direito tributário, pois elas exercem uma tarefa pública; radiodifusão não pode ser deixada “ao livre jogo das forças sociais e econômicas, mas são pertinentes à coletividade”.

3. Decisão – BVerfGE 57, 295 *FRAG (1981)*: admissibilidade da radiodifusão de economia privada; liberdade de radiodifusão como uma “liberdade em serviço” da formação livre e abrangente da opinião publica; radiodifusão privada permitida apenas com base legal que garanta a diversidade de opiniões, existindo várias possibilidades de configuração como os modelos pluralista interno ou externo (mercado).

4. Decisão – BVerfGE 73, 118 *Niedersachsen (1986)*: consolidação do “sistema dual”; radiodifusão privada permitida enquanto a providência básica de informações for assegurada pela radiodifusão juspública.

5. Decisão – BVerfGE 74, 297 *Baden-Württemberg (1987)*: “providência básica” de informações não significa “providência mínima”, conceito dinâmico de radiodifusão que abrange serviços de comunicação similares à radiodifusão tais como serviços-Online.

⁸⁶ Boa síntese encontrada no verbete publicado na wikipedia em língua alemã, cf. <http://de.wikipedia.org/wiki/Rundfunkentscheidung> (acesso: 12.02.2018).

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

6. Decisão – BVerfGE 83, 238 *WDR* (1991): garantia existencial e de desenvolvimento da radiodifusão juspública; financiamento misto é admitido; conceito dinâmico de providência básica com a abertura da oferta da programação juspública a novas formas e conteúdos, assim como para novos serviços mediante novas técnicas e novas vias de transmissão.

7. Decisão – BVerfGE 87, 181 *Hessen* (1992): garantia de financiamento é parte da liberdade de radiodifusão; proibição de publicidade à radiodifusão pública é uma permitida configuração da liberdade de radiodifusão.

8. Decisão – BVerfGE 90, 60 *Gebührenurteil* (1994): liberdade perante o Estado na fixação da taxa de radiodifusão; necessária nova regulamentação do procedimento da KEF.

9. Decisão – BVerfGE 92, 203 *EG-Fernsehrichtlinie* (1995): competência das Comunidades Europeias, Diretriz 89/552/EWG.

10. Decisão – BVerfGE 97, 228 *Kurzberichterstattung* (1998): direito à realização de “noticiário curto” para canais de televisão, a fim de impedir o monopólio de informações junto a direitos contratualmente adquiridos de transmissão exclusiva.

11. Decisão – BVerfGE 97, 298 *Extra Radio Hof* (1998): capacidade de exercício de direito fundamental de empresas privadas de radiodifusão.

12. Decisão – BVerfGE 119, 181 (2007): os Estados-membros não podem divergir da recomendação de valor da taxa feita pela KEF por meros motivos de política de comunicação social (cf. **Decisão # 47**).

13. Decisão – BVerfGE 121, 30 (2008): cabe livremente ao legislador proibir a participação direta ou indireta de partidos políticos em empresas privadas de radiodifusão caso possam exercer por intermédio dela uma influência sobre a programação. Porém, uma proibição absoluta não representa uma configuração permitida da radiodifusão (cf. **Decisão # 48**).

14. Decisão – BVerfGE 121, 30 (2014) *ZDF-Staatsvertrag*: por meio das regras até então vigentes do Tratado Estadual do ZDF, surgiu uma influência estatal desproporcionalmente elevada. Os grêmios fiscalizadores do ZDF podem ser compostos por, no máximo, um terço de pessoas e órgãos estatais e/ou próximos ao Estado. Como princípio, isso é extensível a todas as demais instituições de radiodifusão juspúblicas (cf. **Decisão # 49**).

45. BVerfGE 12, 205 (1. *Rundfunkentscheidung*)

Controle Normativo Abstrato / Lide Federativa [União vs. Estados-membros]⁸⁷

MATÉRIA

Os dois processos aqui decididos (controle abstrato e lide entre União e Estados-membros) tinham como objeto parte do ordenamento jurídico da radiodifusão vigente à época. Como já aludido anteriormente, trata-se da primeira de 14 decisões fundamentais sobre a radiodifusão que se sucederiam (**1. Decisão da Radiodifusão – 1. Rundfunkentscheidung**).

O controle abstrato era relativo à Lei de Ratificação da Cidade-Estado de Hamburg (unidade da federação) ao § 3 do Tratado Estadual de 16 de fevereiro de 1955 sobre a NDR, a Empresa de Radiodifusão Alemã-Setentrional. O dispositivo em pauta entregava à NDR o monopólio das produções de programações de radiodifusão e, ao mesmo tempo, o monopólio sobre a criação e administração de equipamentos de transmissão nos Estados-membros (*Länder*) Niedersachsen, Schleswig-Holstein e Hamburg.

⁸⁷ Sobre esse tipo de lide, cf. Martins (2018, p. 37 s.).

No litígio entre a União e os Estados-membros, vários Estados questionaram o fato de o Governo Federal ter criado, em 25 de junho de 1960, a *Deutschland-Fernsehen-GmbH*, a qual deveria gerenciar um segundo canal de televisão de alcance nacional, ao lado da ARD, a “*Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland*” (Grupo de Trabalho das Instituições Juspúblicas de Radiodifusão da República Federal da Alemanha).

O TCF declarou o § 3 do Tratado Estadual como nulo até o ponto em que previa um monopólio da técnica de transmissão da NDR, verificando a inconstitucionalidade da fundação da *Deutschland-Fernsehen-GmbH*.

Nessa decisão, o TCF lançou as bases de sua dogmática da liberdade de radiodifusão, que ele mesmo aperfeiçoaria nas demais decisões retro mencionadas. Nessa primeira, tratou, entre outros assuntos, especificamente da radiodifusão como *medium* e fator da formação da opinião pública, da garantia institucional da radiodifusão, de sua situação especial quando comparada à (liberdade de imprensa) devida à escassez das frequências de transmissão e ao elevado investimento necessário para o exercício da liberdade, além dos problemas da compatibilidade com o Art. 5 GG de um monopólio de sociedades de direito público na realização de radiodifusão, do mandamento de medidas organizacionais a serem tomadas pelo legislador para a garantia de uma conformação pluralista da radiodifusão e da liberdade da empresa pública de radiodifusão em relação ao Estado.

EMENTAS

1.-9. [...].

10. O Art. 5 GG exige leis pelas quais os produtores de programas de radiodifusão sejam organizados de tal modo que todos os funcionários envolvidos tenham influência em seus órgãos e possam opinar sobre toda a programação, tornando obrigatorias diretrizes que garantam, em face de seu conteúdo, um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo.

Decisão [*Urteil*]

Do Segundo Senado de 28 de fevereiro de 1961 com base na audiência de 28, 29 e 30 de novembro de 1960.

– 2 BvG 1 2/60 – [...]

Dispositivo:

1. A lei de *Hamburg* relativa ao Tratado Estadual da Radiodifusão Setentrional de 10 de junho de 1955 é, na extensão em que [...], incompatível com o Artigo 73, n. 7 da *Grundgesetz* e [...] por isso, nulo [...].
2. A União violou [...] o Artigo 5 da *Grundgesetz*.

RAZÕES

A. – D., E. I. – II. [...]

III.

[...].

[...]. Sem prejuízo de uma ainda a ser discutida peculiaridade da instituição radiodifusão, ela faz parte, assim como a imprensa, dos modernos e imprescindíveis meios de comunicação de massa, por meio dos quais se influencia a opinião pública, contribuindo para sua formação. A radiodifusão é mais do que apenas “meio” da formação de opinião pública: ela é sempre um fator eminente da formação de opinião pública. Essa participação na formação da opinião pública não se restringe absolutamente aos noticiários, comentários políticos, séries sobre problemas políticos da atualidade, passado ou futuro; a formação de opinião acontece igualmente em peças radiofônicas, programas musicais, transmissão de programas de variedades, e até mesmo na configuração cênica de uma apresentação. Cada canal [de tv ou

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

estação de rádio] seguirá certa tendência pela seleção e configuração de seus programas, especialmente quando se tratar da decisão sobre o que não deve ser transmitido, o que não precisa interessar aos ouvintes, o que pode ser desprezado sem prejuízo para a formação da opinião pública e como o conteúdo a ser transmitido pode ser configurado e dito.

Sob essa ótica, resta claro que a liberdade institucional não é menos importante para a radiodifusão do que para a imprensa, tratando-se naquela de um meio de comunicação de massa moderno, imprescindível, pelo menos tão importante quanto a imprensa e de um fator de formação de opinião pública. É o que o Art. 5 GG claramente expressa quando, no 2. período de seu 1. parágrafo [Art. 5 I 2 GG], garante ao lado da liberdade de imprensa a “liberdade de noticiar por radiodifusão e pela cinematografia”. Com isso, ainda não se disse nada a respeito da forma pela qual essa liberdade da radiodifusão em geral e a de noticiar por radiodifusão devam ser especialmente garantidas para satisfazer o Art. 5 GG. Nesse contexto, torna-se significativa a particularidade que distingue a radiodifusão da imprensa. Ainda que seja improcedente afirmar que as editoras de jornais, gráficas de jornais e jornais possam ser fundados e mantidos em quantidade aleatória, a diferença entre a imprensa e a radiodifusão constitui-se no fato de que, na imprensa alemã, existe um número relativamente grande de produtos de imprensa independentes, que concorrem entre si conforme sua tendência, orientação política ou posição ideológica, enquanto na área da radiodifusão o número dos responsáveis pelas produções permanece, tanto por motivos técnicos quanto em razão do investimento extraordinariamente elevado que pressupõem, relativamente pequeno. Essa situação peculiar havida na área da radiodifusão exige medidas especiais para a concretização e manutenção da liberdade de radiodifusão garantida pelo Art. 5 GG. Um dos meios que servem a esse escopo é o princípio pelo qual as instituições de radiodifusão existentes [canais de TV e estações de rádio] estão estruturadas: para a realização de programas de radiodifusão cria-se por lei uma pessoa jurídica de direito público que não está submetida à influência estatal ou, no máximo, está submetida a uma supervisão jurídica estatal limitada; seus órgãos colegiados são compostos de fato, e de forma proporcional, por representantes de todos os importantes grupos políticos, ideológicos e sociais; eles têm o poder de controlar os profissionais que decidem sobre a configuração da programação ou que sejam [ao menos] corresponsáveis por ela, corrigindo-a [quando necessário] de forma a fazer com que os princípios citados na lei de uma participação adequada e ativa de todos os interessados na radiodifusão sejam atendidos. Não se contraria o Art. 5 GG quando se concede um monopólio da realização de programas de radiodifusão a uma instituição dotada de tais garantias, sob as condições técnicas atuais e em nível estadual; do Art. 5 GG não decorre absolutamente a necessidade de justificar tal monopólio para uma instituição no Estado-membro.

O Art. 5 GG não exige, para garantir a liberdade no campo da radiodifusão, a forma encontrada nas leis estaduais de radiodifusão e assumida para as instituições de radiodifusão do direito federal. Particularmente, não é exigido pela Constituição Federal que produtores de programas de radiodifusão possam ser apenas instituições do direito público. Uma sociedade com personalidade jurídica de direito privado poderia ser mantenedora de produções desse tipo se ela oferecesse, segundo sua forma de organização, garantia suficiente de que nela, como na instituição de direito público, todas as forças socialmente relevantes tivessem a palavra e que a liberdade de noticiar permanecesse intangível. Constitucionalmente, não há objeção contra esse tipo de sociedade se, por exemplo, colocar-se à disposição mediante lei

uma forma de sociedade especial que garanta os fins específicos da radiodifusão e, principalmente, a manutenção de sua liberdade institucional se cada sociedade que atenda às exigências citadas e que organize programas radiofônicos for submetida à supervisão estatal, semelhantemente aos bancos e seguros. O Art. 5 exige, igualmente, que esse moderno instrumento da formação de opinião não seja entregue ao Estado nem a *um* grupo social. Os produtores de programas de radiodifusão devem estar, portanto, de tal modo organizados que possam assegurar a todas as forças sociais que venham ao caso uma possível tomada de influência em seus órgãos, que possam opinar na programação total e que sejam obrigatórias diretrizes que garantam, em face do conteúdo da programação, um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo. Isso pode ser garantido somente se esses princípios organizacionais e objetivos tornarem-se vinculantes por lei. O Art. 5 GG exige, pois, a promulgação de tais leis.

[...].

Ante o exposto, a fundação e existência da *Deutschland-Fernsehen GmbH* violam o Art. 5 GG.

46. BVerfGE 35, 202 (*Lebach*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

O Reclamante participou, na condição de coadjuvante, com outros dois homens, de um latrocínio praticado em 1969, que chamou muito a atenção da opinião pública, tendo ampla cobertura pela imprensa e televisão locais. O latrocínio passou a ser conhecido como o “assassinato de soldados de *Lebach*” (nome de um lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha).

Quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram, durante a noite, brutalmente assassinados, um quinto soldado foi gravemente ferido. Armas e munições foram roubadas. Os dois principais acusados foram condenados, em agosto de 1970, à prisão perpétua. O Reclamante foi condenado por tê-los auxiliado na preparação da ação criminosa a seis anos de reclusão.

A empresa de direito público ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal de Televisão Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, além dos dois condenados à prisão perpétua, também o Reclamante era apresentado com foto e nome, para depois serem representados por atores com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais, os acontecimentos da noite do crime e, finalmente, a sua perseguição e prisão pela polícia. Uma reprise do documentário deveria ser transmitida em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do Reclamante.

As tentativas do Reclamante de conseguir uma medida judicial liminar que pudesse impedir a transmissão do programa resultaram infrutíferas: tanto o Tribunal Estadual de Mainz quanto o Superior Tribunal Estadual de Koblenz julgaram improcedentes seus pedidos.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do Reclamante), restaria, então, justificada. O TCF revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu o ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes.

EMENTAS

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, por princípio, em face de cada programa, em primeira linha, da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Somente quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia de irradiação [*Ausstrahlungswirkung*] da liberdade de radiodifusão prevista no Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade prevista no Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, de outro. Aqui não se pode, por princípio, outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do condenado. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo ele, a informação do nome, foto ou outra identificação do condenado nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão ocupe-se da pessoa do condenado e de sua vida privada por tempo ilimitado para além da notícia atual, p.ex., na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão de, em face da informação atual, provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do condenado, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à ressocialização deve ser, em regra, tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.

Decisão (*Urteil*)

Do Primeiro Senado de 5 de junho de 1973 com base na audiência de 2 e 3 de maio de 1973 – 1 BvR 536/72 – [...].

Dispositivo:

1. As Decisões do Tribunal Estadual de Mainz [...] e do Superior Tribunal Estadual de Koblenz [...] violam os direitos fundamentais do Reclamante decorrente do Artigo 2, Parágrafo 1 em conexão com o Artigo 1, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*. Suspende-se as Decisões.

2.-3. [...].

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional dirige-se contra o indeferimento de um pedido de medida liminar do Reclamante por decisões judiciais civis. Pela requerida medida liminar, a TV ZDF deveria ser proibida de transmitir um documentário por ela produzido caso o Reclamante fosse nele apresentado ou seu nome fosse mencionado.

I.

O Reclamante, nascido em 1945, participara de um crime grave, o chamado assassinato dos soldados de *Lebach*, que foi objeto de um processo no Tribunal do Júri.
[...].

II. 1.-2. [...].

III.

1. Em sua Reclamação Constitucional, o Reclamante alega que as decisões impugnadas violaram os seus direitos fundamentais do Art. 1 I GG e do Art. 2 I GG e o fundamenta como segue:

[...].

2. O Ministro Federal da Justiça apresentou, em nome do Governo Federal, o seguinte posicionamento:

[...].

3. O Ministério da Justiça [do Estado-membro, portanto equivalente a uma secretaria estadual no Brasil] de *Rheinland-Pfalz* expressou-se em nome do Governo estadual depois de ouvir órgãos locais da Administração pública [...].

4. O ZDF considera a Reclamação Constitucional notoriamente improcedente e argumenta aqui como segue:

[...].

5. O TCF deu ainda oportunidade de manifestação a várias outras instituições e entidades representativas:

a)-e) [...].

IV. 1.-2. [...].

B.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I., II. 1. [...].

2. [...].

O rádio e a televisão são, assim como a imprensa, meios de comunicação de massa imprescindíveis que têm influência decisiva tanto para a ligação entre o povo e os órgãos públicos e seu controle, quanto para a integração da comunidade em todos os setores da vida social. Disponibilizam ao cidadão a informação ampla e necessária sobre os acontecimentos e sobre desenvolvimentos no Estado e na vida social. Possibilitam a discussão pública e a mantêm, na medida em que informam sobre as diversas opiniões, dando ao indivíduo e aos diversos grupos sociais a oportunidade de atuar como formadores de opinião e representando eles mesmos um fator decisivo no processo permanente da formação de opinião e vontade públicas (cf. BVerfGE 12, 113 [125]; 12, 205 [260]).

Apesar da definição parcimoniosa de seu teor (“noticiário”), a liberdade de radiodifusão não se distingue essencialmente da liberdade de imprensa; vale da mesma forma para programas puramente informativos e para programas de outros tipos. Informação e opinião podem ser transmitidas tanto em um filme televisivo ou em programa musical, como por meio de notícias ou comentários políticos; cada canal de televisão tem, já pela escolha e pela forma do programa a ser transmitido, um efeito formador de opinião (cf. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]). A liberdade de radiodifusão não permite de antemão uma distinção dos programas segundo o interesse defendido ou a qualidade da apresentação; uma restrição a produções “sérias”, que sirvam a um interesse digno de reconhecimento, público ou privado, resultaria ao final em uma avaliação ou direcionamento por parte de órgãos estatais, o que justamente

contrariaria a essência desse direito fundamental (cf. BVerfGE 25, 296 [307]; 34, 269, 282 ss.). Consequentemente, uma estação de rádio ou um canal de televisão pode valer-se, em princípio, da proteção do Art. 5 I 2 GG, indiferentemente de se tratar de programas políticos, debates críticos sobre questões que tocam o interesse da coletividade ou peças radiofônicas, programas de variedades ou de entretenimento. A eficácia da garantia constitucional, portanto, não depende da respectiva prova de um interesse “justo” ou “legítimo” do programa examinado (cf. Adolf Arndt, *op. cit.*). Consequentemente, a liberdade de radiodifusão não abrange apenas a seleção do conteúdo apresentado, mas também a decisão sobre o tipo e o modo de apresentação, inclusive a definição de qual das diferentes formas de programa é escolhida para tanto. Somente quando o exercício da liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos, pode importar o interesse perseguido com o programa concreto, o tipo e modo da configuração e o efeito previsto ou atingido. A Constituição normatizou o possível conflito entre a liberdade de radiodifusão e os interesses por ela atingidos de cidadãos, grupos ou da comunidade pela referência à ordem jurídica geral; conforme o Art. 5 II GG, a promoção de programas de radiodifusão submete-se às restrições que decorram das leis gerais. Segundo a jurisprudência consolidada do TCF, o respeito ali ordenado a outros bens jurídicos não pode, contudo, relativizar a liberdade de radiodifusão; pelo contrário, as leis restritivas da liberdade de radiodifusão devem ser interpretadas tendo em vista a garantia constitucional, eventualmente sendo elas mesmas limitadas, para se garantir a concretização adequada à liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 20, 162 [176 s.]; 7, 198 [208 ss.]). Isso exige no, caso particular, uma ponderação geral e concreta dos bens jurídicos opostos entre si.

III.

1. Fazem parte das leis gerais, consoante o Art. 5 II GG, também as normas dos §§ 22, 23, que fundamentam as decisões impugnadas, da Lei de Direitos Autorais de Obras de Artes Plásticas e Fotografia de 9 de janeiro de 1907 (RGBI., p.7). [...].

[...].

2. Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apresentação de sua imagem a ser considerado no contexto do § 23 KUG é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais à ordem democrático-liberal da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana [*Menschenbild*] da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual, como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos

dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, *op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária, por um lado, deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa do tipo em tela e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – à proteção da personalidade.

IV.

1. Desses preceitos gerais resultam, para a avaliação de programas de televisão do presente tipo, os seguintes critérios significativos do ponto de vista constitucional:

a)-d) [...].

Resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará, em regra, uma intervenção grave na sua esfera [privada] da personalidade.

2.-5.a)-e)[...].

V.

As decisões impugnadas não conseguem passar no exame segundo os critérios constitucionais [supra] desenvolvidos.

1.-2. [...].

3. Pode restar em aberto a questão de saber se ao documentário em pauta, que pretende reconstruir um acontecimento real de forma verossímil, poderia ser atribuído o caráter de uma obra de arte segundo o Art. 5 III GG. Também na aplicação dessa norma constitucional deveria ser considerado que a liberdade artística, embora os limites do Art. 5 II GG não valham para ela, não é superior à proteção da personalidade garantida pelos Art. 1 e 2 I GG (cf. BVerfGE 30, 173 [193 ss.] – *Mephisto*.

VI.

As decisões contestadas ferem, portanto, os direitos fundamentais do Reclamante derivados do Art. 2 I c. c. Art. 1 GG e devem ser anuladas segundo o § 95 II BVerfGG. [...].

[...].

Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox e Dr. Simon.

47. BVerfGE 119, 181 (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

No sistema dual (público e privado) de radiodifusão, o financiamento do sistema público, que engloba rádio e televisão, é feito em grande parte mediante taxas pagas pelos próprios ouvintes e/ou telespectadores. A finalidade dessa forma de financiamento é garantir a independência, tanto quanto possível, em face do mercado publicitário e do próprio Estado, das instituições de direito público que atuam no mercado com suas concorrentes privadas.

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

O valor da taxa é fixado periodicamente em um processo composto de três fases. Primeiro, as instituições comunicam, com base em suas decisões de programação, sua correspondente necessidade financeira. A segunda fase é a da avaliação pela *Comissão de Exame e Investigação da Necessidade Financeira das Instituições [Públicas] de Radiodifusão (KEF)*. Trata-se de um grêmio independente composto por especialistas no assunto voltado a verificar se o planejamento da programação é idôneo em face do chamado “mandato da radiodifusão”. A KEF publica, a cada dois anos, um relatório sobre a situação financeira das instituições públicas de radiodifusão, pronunciando-se sobre se, em geral, quando, e em que valor a taxa deva ser redefinida. Na terceira fase, os Estados-membros fixam normativamente a taxa, promulgando-a por meio da derrogação do Tratado Estadual de Radiodifusão.

Diretamente contra o dispositivo do Oitavo Tratado Estadual de Financiamento da Radiodifusão Juspública (*Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*) que alterava o valor, oito instituições de radiodifusão (rádios e TVs) ajuizaram a presente Reclamação Constitucional. Em síntese, alegam a inconstitucionalidade com base no parâmetro de suas respectivas liberdades de radiodifusão, uma vez que os legisladores estaduais teriam inobservado o princípio do distanciamento estatal. Com efeito, o legislador não seguiu o parecer da KEF ao ter determinado taxas menores em relação à verificação de necessidade financeira das empresas públicas de radiodifusão para cumprarem sua tarefa constitucional. Teria sido desrespeitado, no mais, o mandamento da separação entre política de comunicação social e determinação da taxa de radiodifusão.

EMENTAS

- As exigências estipuladas pelo TCF à configuração legal da ordem de radiodifusão para assegurar a liberdade de radiodifusão no sentido do Art. 5 I 2 GG não foram superadas pelo desenvolvimento da tecnologia da comunicação e dos mercados midiáticos.
- Sobre a competência do legislador de não adotar, para fins de fixação da taxa de radiodifusão, a sugestão da Comissão de Exame e Investigação da Necessidade Financeira das Instituições [Públicas] de Radiodifusão (KEF).
- Se interpretado conforme a Constituição, o § 3 I 2 do Tratado [Inter]Estadual de Financiamento da Radiodifusão não deve ser questionado por força constitucional.

Decisão [*Urteil*]

Do Primeiro Senado de 11 de setembro de 2007 com base na audiência pública de 02 de maio de 2007.

– 1 BvR 2270/05, 809, 830/06 –

No processo das Reclamações Constitucionais [...].

Dispositivo:

- As leis ratificadoras e as decisões parlamentares ratificadoras dos Estados-membros em relação ao Artigo 6, Número 4 do Oitavo Tratado Estadual para a Reforma dos Tratados Estaduais do Direito de Radiodifusão (Oitavo Tratado Estadual de Reforma) são incompatíveis com o direito fundamental da liberdade de radiodifusão decorrente do Artigo 5, Parágrafo 1, Período 2 da *Grundgesetz*.
- De resto, indeferem-se as Reclamações Constitucionais.
- Os Estados-membros devem ressarcir em dois terços de as despesas processuais necessárias dos Reclamantes.

RAZÕES

A.

I. 1.-2., II. 1.-2.a)-e), 3.a)-f), 4., III. 1.a)aa)-bb), b), 2.-3., IV. 1.a)-c) 2.-4.a)-d), V. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

I.

As instituições de radiodifusão reunidas no ARD e o ZDF, como instituições de direito público, assim como a Rádio Alemanha como organismo de direito público – a seguir: instituições de radiodifusão – podem arguir uma violação da liberdade de radiodifusão com a Reclamação Constitucional (cf. BVerfGE 31, 314 [321 s.]; 59, 231 [254]; 74, 297 [317 s.]; 78, 101 [102 s.]; 107, 299 [309 s.]; jurispr. pacífica; cf. também a respeito do Art. 34 EMRK: EGMR, Decisão de 30 de março de 2004 – Reclamação n. 53984/00 – Radio France contra França, n. 26). Objeto admitido de Reclamação são as respectivas regras das leis e decisões ratificadoras dos Estados-membros (cf. BVerfGE 87, 181 [195]), pois somente com a respectiva lei ratificadora ou a decisão parlamentar ratificadora dão ao conteúdo normativo do Tratado estadual a vinculatividade dentro do Estado-membro (cf. BVerfGE 90, 60 [86]).

II.

Os Reclamantes foram atingidos pelas leis ratificadoras impugnadas e pelas decisões ratificadoras do Art. 6, n. 4 e Art. 6, n. 2, alínea “a” do 8. RÄndStV de modo próprio, atual e direto.

1. O atingimento próprio estará em todo caso presente se o Reclamante for destinatário da regra. Atual será o atingimento se a norma impugnada influenciar na posição jurídica do Reclamante de modo real e não apenas virtualmente, se a lei, tendo em vista seu efeito futuro, forçar os destinatários normativos a decisões que depois não mais poderão ser corrigidas ou, ainda, se puder ser claramente previsto que e como o Reclamante será atingido no futuro pela regulamentação. O atingimento direto estará presente quando a norma impugnada alterar a situação jurídica do Reclamante sem que seja necessário um ulterior ato executório (cf. BVerfGE 102, 197 [206 s.]).

2. Esses pressupostos foram preenchidos pelas leis e decisões ratificadoras da regulamentação das taxas do Art. 6, n. 4 do 8. RÄndStV.

As normas impugnadas atingem os Reclamantes de modo próprio, atual e direto na sua posição jurídica. Não é necessário um ulterior ato executório. Especialmente, não representa a fixação retroativa de tarifas de radiodifusão em face dos membros da radiodifusão um ato executório do tipo em pauta. Ela faz parte da relação entre os ouvintes/telespectadores da radiodifusão e a respectiva Instituição Estadual de Radiodifusão. Notificações sobre taxas retroativas de radiodifusão são feitas, em princípio, pela competente empresa de radiodifusão (§ 7 V RGebStV). O recebimento das taxas não representa, assim, em face do direito das Instituições de Radiodifusão ao financiamento direcionado contra o Estado, um ato executório que pudesse ser [então, futuramente,] impugnado pelas Instituições com a Reclamação Constitucional.

3. Também as regras estaduais de execução sobre os critérios da KEF do Art. 6, n. 2, alínea “a” do 8. RÄndStV atingem os direitos fundamentais dos Reclamantes de modo próprio, atual e direto.

a) [...].

b) Os Reclamantes são atingidos pelas normas de execução do Art. 6, n. 2, alínea “a” do 8. RÄndStV também de modo próprio, atual e direto.

[...].

C.

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

As Reclamações Constitucionais contra a fixação das taxas pelos atos normativos estaduais ratificadores do Art. 6, n. 4 do 8. RÄndStV são procedentes. Essa fixação de taxa viola a liberdade de radiodifusão do Reclamante decorrente do Art. 5 I 2 GG.

I.

Faz parte da garantia da liberdade de radiodifusão na ordem dual de radiodifusão assegurar a capacidade funcional da radiodifusão pública, incluindo um financiamento condizente com suas necessidades (cf. BVerfGE 74, 297 [342]; 78, 101 [103 s.]; 83, 238 [298]; 87, 181 [198]; 89, 144 [153]; 90, 60 [91]; jurispr. pacífica).

1. A liberdade de radiodifusão serve à formação livre, individual e pública da opinião (cf. BVerfGE 57, 295 [319]; 73, 118 [152]; 107, 299 [332]; 114, 371 [386 s.]; jurispr. pacífica). O mandato contido no Art. 5 I 2 GG em prol da garantia da liberdade de radiodifusão tem por objetivo uma ordem que assegure que a diversidade das opiniões existentes na radiodifusão encontre expressão na maior abrangência e completude possível (cf. BVerfGE 57, 295 [319]; 73, 118 [152 s.]; 90, 60 [88]; 114, 371 [387 ss.]). A configuração dessa ordem é tarefa do legislador que, no caso, tem uma ampla margem de configuração também para diferenciações segundo o tipo e a densidade da regulamentação (cf. BVerfGE 12, 205 [262 s.]; 57, 295 [321 s., 325 s.]; 83, 238 [296, 315 s.]; 90, 60 [94]; 114, 371 [387]). O TCF já destacou, há tempos, que as regulamentações legais para a configuração da ordem de radiodifusão não se tornaram despiciendas diante do desaparecimento da situação extraordinária condicionada pelas exiguidades das frequências de transmissão (cf., por exemplo: BVerfGE 57, 295 [322]). Isso não foi modificado em princípio pelas novidades tecnológicas dos últimos anos e pelo aumento por elas viabilizado das capacidades de transmissão, assim como pelo desenvolvimento dos mercados midiáticos.

a) Ensejo para a configuração legal da ordem de radiodifusão é o significado destacado que cabe à radiodifusão entre os meios de comunicação social por causa de seu efeito amplo, atualidade e força sugestiva (cf. BVerfGE 31, 314 [325]; 90, 60 [87]; 97, 228 [256]; 103, 44 [74]; 114, 371 [387]; cf. também: EGMR, Decisão de 5 de novembro de 2002 – Reclamação n. 38743/97 – Demuth contra Suíça, EuGRZ 2003, p. 488 [491], § 43; Decisão de 10 de julho de 2003 – Reclamação n. 44179/98 – Murphy contra Irlanda, § 69; jurispr. pacífica). Seu efeito amplo revela-se no alcance e na possibilidade da tomada de influência sobre grandes partes da população. Destarte, há muito, os meios de comunicação audiovisual em massa marcam, junto à maioria dos cidadãos, grandes unidades de tempo do transcurso do dia (a respeito da duração do consumo de televisão, cf. Zubayr/Gerhard, MP [Media Perspektiven] 2007, p. 187 [188]). A atualidade da radiodifusão radiofônica e televisiva decorre do fato de os conteúdos poderem chegar rapidamente, de modo até concomitante, aos recipientes. A especial força de sugestão do meio de comunicação resulta especialmente da possibilidade de combinar formas de comunicação em texto e som e, no caso da televisão, imagens em movimento, concedendo, assim, à informação programada a aparência de autenticidade (cf. a respeito: BVerfGE 97, 228 [256]). Essas possibilidades de efeito ganham um peso adicional pelo fato de as novas tecnologias terem possibilitado um aumento e diferenciação da oferta e das formas e veículos de divulgação, além de novos tipos de prestações de serviços ligadas à programação.

b) Radiodifusão pode ser utilizada para a persecução de objetivos não apenas publicísticos, mas também econômicos. A concorrência econômica e publicística não implica, entretanto, automaticamente, que para as empresas os objetivos publicísticos fiquem no primeiro plano

ou que, nas programações da radiodifusão, seja reproduzida a diversidade das informações disponíveis na sociedade, as experiências, as defesas de valores e os padrões de comportamento. As programações da radiodifusão têm, como especialmente analisado na literatura da economia da comunicação social, características econômicas específicas na comparação com outros bens (por todos, v. Heinrich, *Medienökonomie*, v. 2, 1999, p. 24 ss.; Schulz/Held/Kops, *Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation*, 2002, p. 107 ss.). Em havendo um direcionamento do comportamento dos realizadores da radiodifusão exclusivamente pelo mercado, essas características são cocaladoras do fato de restar ameaçado o objetivo, muito caro ao modo de funcionamento de uma democracia, que é a diversidade conteudística. Especialmente o financiamento pela publicidade fortalece a tendência da atratividade das massas e da estandardização da oferta (cf. por muitos: Sjurts, *Einfalt trotz Vielfalt in den Medienmärkten: eine ökonomische Erklärung*, in: Friedrichsen/Seufert [org.], *Effiziente Medienregulierung*, 2004, p. 71, 77 ss.). Existem riscos também de um exercício jornalístico unilateral e, assim, de influção. A pressão da concorrência econômica, o esforço jornalístico e a atenção dos telespectadores cada vez mais difícil de ser conquistada conduzem, por exemplo, com frequência, a modos de apresentação deturpadores da realidade, como à preferência pelo sensacionalismo e o esforço de derivar do objeto da notícia apenas o especial, por exemplo, o escandaloso (cf. BVerfGE 103, 44 [67]). Também isso provoca um déficit de diversidade.

c) Ameaças ao alcance do objetivo da diversidade, tal qual prescrita constitucionalmente à ordem de radiodifusão como um todo, surgem também como consequência do desenvolvimento dos mercados midiáticos e, especialmente, da intensa pressão pela concentração no âmbito da radiodifusão privada. A radiodifusão se faz e divulga não apenas com as tradicionais empresas de comunicação em massa. Cada vez mais atuam no âmbito da radiodifusão também outras empresas, ultimamente como sociedades de capital aberto, mediante participação intensa de investidores financeiros internacionais. No mais, empresas de telecomunicações engajam-se como administradoras de plataformas para canais e estações de radiodifusão. O processo de fusão horizontal e vertical nos mercados midiáticos avança. (cf. já: BVerfGE 95, 163 [173]; veja além disso: Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich [KEK], *Crossmediale Verflechtungen als Herausforderung für die Konzentrationskontrolle*, 2007, p. 121–366; ALM [Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten] *Jahrbuch 2006*, p. 197 ss.). A realização e difusão de canais e estações correspondem, frequentemente, a apenas um membro em uma corrente de produção e comercialização multimidiática (veja por muitos: A. Zerdick et al., *Die Internet-Ökonomie. Strategien für die digitale Wirtschaft*, 1999). Existem diversos potenciais do fortalecimento recíproco da influência jornalística e êxito econômico e, assim, do uso de vantagens decorrentes de associações e grandes parcerias, inclusive também por meio de marketing de mídia cruzada. As novas tecnologias permitem, de resto, a utilização de navegadores e guias de programação eletrônicos cujos softwares, por sua vez, podem ser usados para induzir as escolhas dos recipientes.

Também por causa dos riscos ligados à concentração na radiodifusão de uma tomada unilateral de influência sobre a formação da opinião pública, o TCF considerou cogentes algumas medidas para a proteção da diversidade publicística (cf. BVerfGE 31, 314 [325]; 57, 295 [322 s.]; 73, 118 [160]; 83, 238 [324]; 85, 163 [172]; 97, 228 [258]; 114, 371 [389]) e

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

acrescentou que os desenvolvimentos errados uma vez iniciados – se, de fato – poderiam ser retroagidos apenas condicionadamente e com muitas dificuldades (cf. BVerfGE 57, 295 [323]; 73, 118 [160]; 95, 163 [173]).

2. A ordem dual de uma existência paralela de radiodifusão juspública e de economia privada usa as orientações de programas diferentes viabilizadas pelas estruturas de vários tipos dos realizadores como contribuição para a garantia da abrangência e diversidade da oferta de programação (cf. BVerfGE 74, 297 [331 s.]; 114, 371 [387 s.]).

Enquanto o legislador, no caso da radiodifusão de economia privada, confia nos processos mercadológicos, submete-se a radiodifusão juspública a especiais expectativas normativas direcionadas à sua oferta de programação. Instituições juspúblicas submetem-se a especiais exigências organizacionais a fim de se assegurar a diversidade e independência (cf. BVerfGE 73, 118 [157 s.]; 74, 297 [324 s.]; 83, 238 [297 s.]; 114, 371 [387]). Comparações entre os perfis dos realizadores juspúblicos e os de economia privada resultam em diferenças claras (cf. Krüger/Zapf-Schramm, MP 2007, p. 166 ss.; Media Perspektiven, Daten zur Mediensituation in Deutschland 2006, 13 ss., 19 ss.; ALM Jahrbuch 2006, 208 ss.).

a) As regulamentações legais devem viabilizar à radiodifusão juspública o cumprimento de seu clássico mandato funcional que, ao lado de seu papel na formação da opinião e da vontade [públicas], do entretenimento e informação, abrange sua responsabilidade cultural (cf. BVerfGE 73, 108 [158]; 74, 297 [324]; 87, 181 [199]; 90, 60 [90]). Somente quando ela o conseguir e puder afirmar-se na concorrência publicística com as organizações privadas, será o sistema dual em sua forma contemporânea, na qual os canais financiados pela economia privada submetem-se a exigências menos severas que os juspúblicos, compatível com o Art. 5 I 2 GG (cf. BVerfGE 73, 118 [158 s., 171]; 74, 297 [325]; 83, 238 [297, 316]; 90, 60 [90]).

Para cumprir a garantia de existência e de desenvolvimento para a radiodifusão juspública no quadro de tal sistema (cf. BVerfGE 74, 297 [324 s., 342]; 90, 60 [91]; jurispr. pacífica) e possibilitar o cumprimento de seu mandato funcional, o legislador precisa providenciar que existam as condições prévias de naturezas técnica, organizacional, pessoal e financeira necessárias para tanto (cf. BVerfGE 73, 118 [158]). Uma vez que a oferta da programação tem de estar aberta também a novos conteúdos, formatos e gêneros e a novas formas de difusão, o mandato é vinculado, de modo dinâmico, à função da radiodifusão (cf. BVerfGE 83, 238 [299]; v. já: BVerfGE 74, 297 [350 s.]), a radiodifusão juspública não pode ficar restrita ao estágio de desenvolvimento atual em termos programáticos, financeiros e técnicos (cf. BVerfGE 74, 297 [350 s.]; 83, 238 [298]). O financiamento precisa ser aberto ao desenvolvimento e, correspondentemente, ser configurado de modo adequado às necessidades [que forem surgindo] (cf. BVerfGE 90, 60 [91, 99]). A isso corresponde a garantia do financiamento adequado à função. O inventário de meios financeiros tem de ser adequado, segundo tipo e conteúdo, às respectivas tarefas da radiodifusão juspública (cf. BVerfGE 78, 101 [103 s.]; 87, 181 [198]; 90, 60 [90, 99]).

b) A liberdade da radiodifusão juspública abrange sua autonomia de programação. A decisão sobre quais conteúdos devam ser considerados necessários ao cumprimento do mandato funcional e sobre as formas do programa cabe às instituições de radiodifusão. Incluída em princípio é também a decisão sobre o tempo necessário e, com isso, também sobre o número e a abrangência dos programas necessários (cf. BVerfGE 87, 181 [201]; 90, 60 [91 s.]).

Porém, isso não significa que as restrições legais à programação seriam, desde o início, inadmissíveis, nem que cada decisão a respeito da programação de uma empresa de radiodifusão devesse ser financeiramente provida (cf. BVerfGE 90, 60 [92]). Na determinação da abrangência do programa, assim como na fixação a ela indiretamente ligada da necessidade de dinheiro, as empresas de radiodifusão não podem ser totalmente livres. Isso porque a elas proíbe-se expandir a abrangência de programas e a necessidade de dinheiro indiretamente ligada a essa expansão para além do quadro do imprescindível ao cumprimento de sua função (cf. BVerfGE 87, 181 [201]).

3. O financiamento predominantemente por taxas de direito público serve à capacidade funcional da radiodifusão juspública (cf. BVerfGE 73, 118 [158]; 87, 181 [199]; 90, 60 [90]). A obrigação de pagamento da taxa é condicionada, no caso da taxa básica, à posse de um aparelho de recepção de rádio; no caso da taxa de televisão, à posse de um aparelho de televisão (§ 2 II da RGebStV) e compreende também, sob determinadas condições, os assim chamados novos tipos de aparelhos de recepção de rádio, especialmente, computadores, que podem replicar programas radiofônicos, exclusivamente, por ofertas disponíveis na internet (§ 5 III RGebStV). O financiamento da radiodifusão juspública com base na receita das taxas tem o objetivo de efetivar uma desconexão ampla do mercado econômico e, desse modo, assegurar que o programa oriente-se por objetivos jornalísticos, especialmente pela diversidade, e isso independentemente das quotas de audiência e contratos publicitários (cf. BVerfGE 90, 60 [90]).

Contudo, também outras fontes de financiamento ao lado do financiamento por taxas não podem ser excluídas por força constitucional (cf. BVerfGE 83, 238 [303 s.]). Isso vale em princípio também para as receitas provenientes da publicidade e do patrocínio. Não obstante, por causa do efeito a eles ligado de encurtar a diversidade, não podem pressionar o financiamento por taxas ao segundo plano (cf. BVerfGE 83, 238 [311]; 87, 181 [199]; 90, 60 [91]). Também carece de constante avaliação quão longe a expectativa ligada ao financiamento parcial por publicidade e patrocínio, pela qual se espera fortalecer a independência da radiodifusão juspública em face do Estado (cf. BVerfGE 83, 238 [290 s.]; 90, 60 [91]), pode continuar a justificar o uso desses tipos de financiamento tendo em vista os riscos neles implícitos de consideração dos interesses da economia publicitária, de uma crescente orientação da programação pela atratividade das massas e de uma erosão da conhecida identidade dos canais juspúblicos. O legislador deve tomar medidas preventivas para que a radiodifusão juspública possa cumprir sua função livre das influências de quaisquer instrumentalizações em prol de propósitos extrapublicísticos, sejam eles de natureza política ou econômica (cf. BVerfGE 90, 60 [88]; 97, 228 [266 s.]).

II.

A fixação da taxa de radiodifusão precisa ser livre de determinações de propósitos de políticas de comunicação social. A esse respeito o TCF estipulou, em sua decisão [*Urteil*] de 22 de fevereiro de 1994 (BVerfGE 90, 60 [93 ss., 101 ss.]), princípios que continuam valendo.

1. Segundo tais princípios, o legislador deve garantir, por intermédio de providências materiais, procedimentais e organizacionais que as empresas de radiodifusão possam cumprir seu mandato funcional por meio de um financiamento adequado às suas necessidades.

a) O princípio da separação entre a legislação geral da radiodifusão e a fixação da taxa de radiodifusão (cf. BVerfGE 90, 60 [93 ss.]) objetiva excluir riscos de tomada de influência

indireta na execução do mandato de programação e, assim, assegurar a liberdade de programação das empresas de radiodifusão. Uma vez que as decisões de programação têm pressupostos financeiros e decisões financeiras implicam consequências na programação (cf. BVerfGE 90, 60 [102]), pode-se, de modo indireto, pela via das decisões sobre a estrutura financeira, exercer influência sobre o cumprimento do mandato da radiodifusão. Sem precauções em sentido contrário, poderia ser perseguido, por exemplo, com a decisão sobre a taxa, o objetivo de diminuir a capacidade de concorrência da radiodifusão juspública em relação à radiodifusão de economia privada ou de exercer influência sobre o tipo da configuração da programação ou até sobre o conteúdo de algumas das programações (a respeito cf. BVerfGE 74, 297 [342]). Tal tomada de influência não pode, todavia, ser conectada à decisão sobre taxas.

b) Para a fixação de taxas são decisivos os princípios da neutralidade da programação e da acessoriedade da programação.⁸⁸ Contudo, isso não significa que, no mais, sejam vedadas ao legislador decisões sobre a direção da programação ou de política de comunicação social. Sua margem de configuração de política de comunicação social (veja, acima: C.I.1) continua existindo. Todavia, para o seu preenchimento, deve observar a legislação geral da radiodifusão. Especialmente, não pode usar uma decisão sobre o momento, a abrangência e duração de validade de uma fixação de taxa para propósitos de direcionamento da programação ou da política de comunicação social, nomeadamente, no sistema dual (cf. BVerfGE 90, 60 [93 s.]).

c) O legislador pode determinar a função da radiodifusão juspública de modo abstrato e, desse modo, também delimitar a necessidade financeira (cf. BVerfGE 90, 60 [95]). A exatidão dessas prescrições legislativas são, no entanto, determinadas pela liberdade de programação das empresas de radiodifusão. São livres no que concerne ao tipo e modo como tais empresas de radiodifusão cumprirão seu mandato funcional legal. A determinação do que exige a descrita função, que é constitucionalmente predeterminada e legalmente configurada de modo mais detalhado, cabe a elas por causa da garantia do Art. 5 I 2 GG a partir de uma perspectiva publicística (cf. BVerfGE 90, 60 [91]).

[...].

2. O mandamento da separação da concretização de política da comunicação social do mandato da radiodifusão, de um lado, e a fixação da taxa, de outro, não é já em si próprio suficientemente efetivo. Ele carece, de modo especial, de segurança procedural (cf. BVerfGE 90, 60 [94 ss.]).

a) Influências estranhas ao objeto, em regra, não podem ser descobertas, nem lidas na conclusão da decisão e, praticamente, também não podem ser mais tarde corrigidas. Para evitá-las, deve-se atentar para as fontes do perigo e já preventivamente excluir, tanto quanto possível, a possibilidade de exercícios ilícitos de competência (cf. BVerfGE 90, 60 [96]). O processo da fixação de taxa satisfará as exigências constitucionais quando assegurar às empresas de radiodifusão, mantendo-se sua autonomia da programação, os meios financeiros para o cumprimento do mandato da radiodifusão e excluir efetivamente a influência do Estado sobre a configuração da programação das empresas de radiodifusão.

⁸⁸ O direito (objetivo) das taxas não pode ter efeitos sobre a configuração da programação (neutralidade) e não tem razão de ser em si, mas, ao contrário, segue o direito principal que é a autonomia da programação.

b) Antes de tudo, isso pode ser perpetrado mediante um processo escalonado e cooperativo da verificação da necessidade que corresponda à peculiaridade dos respectivos passos parciais e restrinja as possibilidades de influência política (cf. BVerfGE 90, 60 [102]).
aa) – dd) [...].

c) Como o processo da fixação da taxa no quadro dessas prescrições jusfundamentais será em detalhes configurada, é assunto da decisão legislativa (cf. BVerfGE 90, 60 [101 s., 104 s.]). Assim, do ponto de vista jurídico-constitucional, nada há contra o uso de métodos de cálculo baseados em índices para a consideração do desenvolvimento dos custos gerais e específicos de radiodifusão (cf. BVerfGE 90, 60 [103]; cf. a respeito do assim chamado processo integrado dirigido por índice da KEF [IIVF]: KEF, 14. Relatório, Anexo 1). Também em face de uma ampla reestruturação do processo no sentido de uma completa indexação – como há muito vem sendo praticado em outros países membros da União Europeia (cf. Nickel, ZUM 2006, p. 737 ss. [739 s.]) –, não existem impedimentos por força constitucional principalmente porque uma atuação desse tipo é, em larga medida, adequada a resguardar os processos de fixação de taxas contra influências ilegítimas.

III.

As regulamentações de tratado estadual sobre o processo de fixação de taxas em que se baseiam as decisões impugnadas sobre as taxas são compatíveis com as exigências constitucionais. Com o processo em três fases – composto [primeiro] pelo memorando com as necessidades das empresas de radiodifusão, [segundo] pelo exame da notificação e verificação das necessidades pelo grupo técnico politicamente independente da KEF e [terceiro] pela fixação final da taxa por meio do legislador de radiodifusão – satisfazem-se as exigências constitucionais descritas.

[...].

IV.

Quando o próprio legislador toma a decisão sobre a taxa, conforme prescrito no § 14 IV RStV, § 7 II 1 RFinStV, deve ser considerada junto à determinação do alcance de suas competências de divergência a margem de configuração ligada ao seu status jurídico-constitucional – nomeadamente tendo em vista o princípio democrático (Art. 20 I, II 1 GG) –, sem que com isso torne-se inócuia a obrigatoriedade jusfundamental procedimental.

1.-3. [...].

4. Para uma divergência quanto à sugestão da KEF, motivos checáveis precisam ser dados (§ 7 II 3 RFinStV; cf. BVerfGE 90, 60 [104]).

a) O legislador deve nomear as considerações fáticas que justifiquem sua divergência de modo inteligível e publicizar sua avaliação. Nesse sentido, deve tornar-se reconhecível de que maneira a taxa prevista onera os pagantes da radiodifusão considerando-se a altura de seu valor [...].

b) O legislador de radiodifusão não pode, em contraposição ao entendimento dos governos estaduais, subtrair-se à obrigação ancorada em direito fundamental de, mediante avocação de dificuldades, suscitar preliminarmente um acordo de tratado estadual sobre o conteúdo de tal fundamentação entre todos os governos estaduais. Cabe aos legisladores estaduais, por força constitucional, a liberdade de delegar a decisão sobre as taxas por decreto ou possibilitar uma [própria] decisão majoritária (cf. BVerfGE 90, 60 [104]). Se não fizerem uso de tal liberdade por quererem continuar, eles mesmos, tendo a responsabilidade política da fixação concreta do

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

valor da taxa, então terão de se submeter às exigências de fundamentação de lastro jusfundamental também sob tais condições [tornadas por essa opção] mais difíceis.

V.

Segundo esses parâmetros, a fixação de taxa impugnada não é compatível com a liberdade de radiodifusão do Reclamante.

[...]

1.-2. [...].

a)-b)aa)-bb), c)aa) [...].

bb) Independentemente disso, não é reconhecível que exista um ensejo suficiente para um novo cálculo.

(1) Na extensão em que a fundamentação do tratado estadual baseia-se na consideração de que as alterações perpetradas no direito da taxa conduziriam a economias de recursos, não é compreensível sobre qual base técnica deu-se essa avaliação [...].

[...].

(2) A menção genérica da fundamentação do tratado estadual a potenciais de economia a partir do encerramento do serviço de televisão analógica carece, de resto, da obrigatoriedade diferenciação entre as empresas de radiodifusão atingidas pela divergência. A especificidade da Rádio Alemã foi ignorada; isso levou a um erro de conteúdo.

(a)-(b) [...].

(3) Quando os potenciais de economia das empresas televisivas (ARD e ZDF) por conta do encerramento da transmissão terrestre analógica são considerados, não se pode reconhecer suficientemente na fundamentação se e em qual extensão isso ocorreu.

d) Não sustentável é também a fundamentação do tratado estadual em sua alínea d, do Art. 6, n. 4 do 8. RÄndStV. Segundo seu teor:

"Por fim, os Chefes de Governo dos Estados-membros consideraram o atual desenvolvimento global das tarefas no sistema dual de radiodifusão e na concorrência dos meios de comunicação social como um todo, uma vez que o valor da taxa de radiodifusão não pode deixar de ser considerado também nesse contexto."

Essa fundamentação não esclarece de que modo a consideração do desenvolvimento atual global das tarefas no sistema dual de radiodifusão e na concorrência dos meios de comunicação social poderia autorizar as divergências em relação à verificação de necessidades, especialmente se uma consideração de política de comunicação social, nomeadamente no sistema dual (a respeito: cf. BVerfGE 90, 60 [94, 103 s.]), tenha se tornado determinante. Porém, esse seria o caso se a divergência em relação à sugestão de taxa tivesse perseguido o objetivo de influenciar a concorrência dos meios de comunicação social juspúblicos e de economia privada no sistema dual.

[...].

VI.

1. A divergência em relação à verificação de necessidade pela impugnada fixação de taxa baseia-se como um todo nos verificados equívocos jurídico-constitucionais. Com efeito, não se pode excluir a possibilidade de que o legislador tivesse fixado uma taxa mais elevada caso tivesse observado as exigências jusfundamentais (cf. em relação a esse parâmetro para a fundamentação: BVerfGE 104, 92 [114]).

[...].

2. Os equívocos jurídico-constitucionais da impugnada fixação de taxa não acarretam, no caso, a nulidade de toda a regulamentação porque a situação suscitada pela nulidade ficaria ainda

mais distante da *Grundgesetz* do que a situação pretérita (cf. BVerfGE 83, 130 [154]; 85, 386 [401]; 90, 60 [104 s.]). Em estando presente uma nulidade do § 8 RFinStV, caducaria a base jurídica para o valor da taxa de radiodifusão.

3. [...].

D.

Na extensão em que as Reclamações Constitucionais impugnam as leis e decisões parlamentares ratificadoras do Art. 6, n. 2 alínea "a" do 8. RÄndStV, pelas quais foi inserida a alteração do § 3 I 2 RFinStV no direito estadual, elas são, ao contrário, improcedentes. Partindo-se de uma interpretação que satisfaça as exigências constitucionais, a liberdade de radiodifusão do Reclamante não foi violada por essas normas. Tal interpretação não se contrapõe ao teor e à gênese da nova regulamentação.

1. [...].

2. Com esse conteúdo, a norma impugnada não viola a liberdade de radiodifusão do Reclamante no processo previsto no tratado estadual.

a)-b) [...].

c) Interpretadas dessa forma, as regulamentações impugnadas satisfazem também as exigências de determinabilidade decorrentes do princípio do Estado de direito. Em face do Art. 5 I 2 GG, carece a verificação técnica de necessidade de critérios avaliativos suficientemente determinados. Uma vez que os novos critérios introduzidos submetem-se ao critério já existente da investigação da necessidade, efetivam mais uma concretização dos critérios avaliativos existentes e suficientemente determinados, sem que eles mesmos nomeassem um novo objetivo do exame.

E.

A decisão sobre o ressarcimento das despesas baseia-se no § 34a II BVerfGG.

A decisão em relação a C.V e a C.VI foi tomada com 7 x 1 votos; de resto, foi unânime.

Papier, Steiner, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem, Bryde, Gaier, Eichberger e Schluckebier.

48. BVerfGE 121, 30 (Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen)

Processo de Controle Abstrato de Normas

MATÉRIA

O legislador estadual de Hessen promulgou, em sua Lei da Radiodifusão Privada, a seguinte norma objeto do presente pedido de controle abstrato formulado por 232 deputados federais, todos eles membros da bancada do Partido Socialdemocrata da Alemanha (SPD):

§ 6 Condições da Licença [de exploração de serviços de radiodifusão privada]

(2) Não pode ser concedida a licença a:

4. Partidos políticos ou grupos de eleitores e empresas e associações nas quais participem partidos políticos ou grupos de eleitores, sem prejuízo de dispositivos específicos sobre a propaganda eleitoral.
[...].

Historicamente, os partidos políticos alemães, com exceções, muito raramente engajavam-se direta ou indiretamente em empresas de comunicação social. A exceção foi justamente o SPD que sempre se engajou mais no âmbito da comunicação social. Trata-se de engajamento que retroage no tempo até a fundação do partido no século XIX, não se apartando do desenvolvimento daquele partido tendencialmente à esquerda até centro-esquerda no

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

espectro político-ideológico. Isso se deve, em parte, segundo o relatório do próprio TCF, a uma “posição reservada ou até de rejeição da imprensa burguesa em face do SPD”.

Contudo, principalmente a partir do imediato pós-guerra, com o advento da televisão, sempre houve uma grande desconfiança em face da **participação de partidos em empresas de radiodifusão** (*Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen*). Isso foi o que precipuamente motivou a política legislativa sustentada pelas duas bancadas que juntas compunham a maioria no Parlamento de *Hessen*, quais sejam: do partido “União Democrata-Cristã” (CDU) e do Partido Democrático Liberal (FDP), consolidada no ano 2000, quando entrou em vigor o dispositivo impugnado.

O autor do pedido de controle normativo abstrato, SPD, alegou a violação pelo dispositivo da liberdade de radiodifusão e de outros direitos fundamentais. A vedação prescrita na lei estadual de *Hessen* seria, segundo seu entendimento, formal e materialmente *inconstitucional*.

EMENTA

Cabe livremente ao legislador proibir aos partidos políticos a participação direta ou indireta em empresas privadas de radiodifusão se eles puderem exercer, por intermédio da participação, uma influência decisiva na configuração ou no conteúdo da programação. Por sua vez, a proibição absoluta aos partidos políticos de participarem de empresas privadas de radiodifusão não é uma admissível configuração legal da liberdade de radiodifusão.

Decisão [*Urteil*]

Do Segundo Senado de 12 de março de 2008 com base na audiência pública de 19 de setembro de 2007 – 2 BvF 4/03
No processo do pedido de declaração da *inconstitucionalidade* do § 6 II n. 4 da Lei da Radiodifusão Privada em *Hessen*
(Lei de Radiodifusão Privada de *Hessen* – HPRG) de 25 de janeiro de 1995 (GVBl. I, p. 87), [...].

Dispositivo:

O § 6 Parágrafo 2, Número 4 da Lei da Radiodifusão Privada em *Hessen* (Lei de Radiodifusão Privada de *Hessen* – HPRG) de 25 de janeiro de 1995 (Diário Oficial de Leis e Decretos I p. 87 ss.), [...] é conforme as razões [a seguir] incompatível com o Artigo 5, Parágrafo 1, Período 2 em conexão com o Artigo 21, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

RAZÕES

A.

O Controle Abstrato de Normas ocupa-se da questão de se e em que extensão podem os partidos participar de empresas privadas de radiodifusão.

I.-III. 1.a)-b), 2.a)aa)-bb), b)-d)aa)-bb), IV. 1.a)-b), 2.a)aa)-ee), b)aa)-bb), V. [...].

B.

O admitido desiderato perseguido pelo requerente no Processo de Controle Abstrato de Normas é procedente conforme as seguintes razões. A norma impugnada é formalmente constitucional (I.). Em todo caso, a completa exclusão da admissibilidade de empresas, das quais partidos políticos ou grupos de eleitores sejam partícipes, à realização da radiodifusão não é compatível com a Constituição (II.).

I.

Segundo a ordem de competências da *Grundgesetz*, o legislador de *Hessen* podia promulgar a regulamentação impugnada (1.). Não se trata, no mais, de uma inadmissível lei para o caso particular no sentido do Art. 19 I 1 GG (2.).

1. O Estado-membro de *Hessen* tem a competência legislativa.

[...].

a)-b)aa)-cc) [...].

2. O § 6 II n. 4 HPRG não é uma proibida lei para o caso particular prevista no Art. 19 I 1 GG.
[...].

II.

Ao legislador cabe livremente proibir aos partidos a participação direta ou indireta em empresas privadas de radiodifusão quando, por intermédio de tal participação, eles puderem exercer uma influência decisiva na configuração ou no conteúdo da programação. Por sua vez, uma proibição absoluta infligida a partidos políticos de participarem de empresas privadas de radiodifusão não é uma admissível configuração legal da liberdade de radiodifusão. O § 6 I n. 4 HPRG viola, nesse ponto, a liberdade de radiodifusão decorrente do Art. 5 I 2 GG c.c. Art. 21 I GG.

a) De acordo com a jurisprudência pacífica do TCF, o Art. 5 I 2 GG contém um mandato em prol da garantia da liberdade de radiodifusão que objetiva [construir] uma ordem que assegure que a diversidade das opiniões existentes encontre expressão, na radiodifusão, na maior abrangência e completude possível (cf. BVerfGE 57, 295 [319]; 73, 118 [152 s.]; 90, 60 [88]; 114, 371 [387 ss.]; 119, 181 [214]). A configuração dessa ordem é tarefa do legislador que tem, no caso, uma margem discricionária, inclusive para diferenciações relativas especificamente ao tipo e à densidade de regulamentação (cf. BVerfGE 12, 205 [262 s.]; 57, 295 [321 s., 325 s.]; 83, 238 [296, 315 s.]; 90, 60 [94]; 114, 371 [387]).

b) O mandato para a configuração da liberdade de radiodifusão não vale apenas para a radiodifusão juspública, mas também para a radiodifusão de economia privada (cf. BVerfGE 57, 295 [322 ss.]; 73, 118 [157 ss.]; 83, 238 [296 s.]). Também a liberdade de radiodifusão de realizadores privados serve à constituição da opinião pública e livre (cf. BVerfGE 73, 118 [152 s., 157 s.]). Em face das características especiais da radiodifusão de economia privada, não valem, entretanto, para o legislador as mesmas exigências constitucionais direcionadas à configuração interna da radiodifusão privada que existem para a radiodifusão juspública. O Art. 5 I 2 GG não exige dos empresários da radiodifusão de economia privada uma organização interna pluralista porque, com isso, essa forma de realização de programas de radiodifusão retiraria um elemento essencial da configuração e decisão autônomas privadas e, destarte, a sua própria substância (cf. BVerfGE 73, 118 [171]). Ao lado de uma fiscalização estatal restrita (cf. BVerfGE 12, 205 [262]; 57, 295 [326]), o legislador deve criar regras, especialmente para o acesso à radiodifusão. No caso, ele tem de prever um devido processo legal para a avaliação e decisão (cf. BVerfGE 57, 295 [326]).

c) O mandato dirigido ao legislador para a configuração da ordem de radiodifusão continua existindo apesar do contexto de uma crescente intersecção horizontal e vertical dos mercados de comunicação social e da convergência também técnica que a acompanha.
[...].

2. O mandato ao legislador para configurar a ordem da radiodifusão serve à garantia da diversidade de opiniões (**a**). O Art. 5 I 2 GG exige, no mais, a liberdade da Radiodifusão em face do Estado que exclui a possibilidade de o Estado dominar direta ou indiretamente uma instituição ou sociedade que produzam programas de radiodifusão (**b**). O princípio da liberdade em face do Estado deve ser observado também em relação aos partidos (**c**).

a) Considerando-se as possibilidades existentes, deve ser por princípio garantida na radiodifusão uma diversidade equilibrada das opiniões na oferta global do território coberto pela transmissão (cf. BVerfGE 74, 297 [327]; 83, 238 [324]; 114, 371 [387]). Na ordem dual da radiodifusão, na qual se encontram lado a lado empresas juspúblicas e de economia privada, o

legislador tem de providenciar que as exigências constitucionais relacionadas à diversidade no noticiário sejam, ao final, cumpridas pela oferta global de todas as empresas (cf. BVerfGE 73, 118 [157]; 83, 238 [296 s.]). No caso das partes da radiodifusão que são financiadas pela economia privada, o legislador confia, em princípio, nos processos de mercado para assegurar essa diversidade. Contudo, devem ser consideradas as coerções restritivas de programação e inibidoras da diversidade (cf. BVerfGE 114, 371 [387 s.]; 119, 181 [217 ss.]).

Da garantia da diversidade faz parte também a prevenção contra a tomada unilateral de influência na formação da opinião pública como consequência da concentração do poder publicitário (cf. BVerfGE 57, 295 [323]; 73, 118 [160]; 95, 163 [172]; 97, 228 [258]; 114, 371 [389]); a radiodifusão não pode ser entregue a um ou a poucos grupos sociais (cf. BVerfGE 73, 118 [153]). Aqui, têm de ser combatidos os perigos, pois uma vez iniciados desenvolvimentos equivocados, eles poderiam ser desfeitos – se, de fato – apenas de maneira limitada e com grandes dificuldades (cf. BVerfGE 57, 295 [323]; 73, 118 [160]; 95, 163 [173]).

b) Todavia, o próprio Estado não pode aparecer como gerenciador da radiodifusão (cf. BVerfGE 12, 205 [263]; 83, 238 [330]; 90, 60 [88]). Mesmo que o Estado como garantidor de uma liberdade de radiodifusão entendida de modo abrangente seja indispensável, existe o perigo de submeter a liberdade de radiodifusão também a interesses políticos. Contra uma curatela dos meios de comunicação social pelo Estado direcionaram-se originalmente os direitos fundamentais de comunicação e, na resistência contra o controle estatal do noticiário, têm eles até hoje um campo essencial de aplicação (cf. BVerfGE 57, 295 [320]; 90, 60 [88]).

O princípio da liberdade da radiodifusão perante o Estado não exclui medidas estatais que sirvam à criação e manutenção da radiodifusão; essas podem ser até mesmo ordenadas jurídico-constitucionalmente (BVerfGE 73, 118 [182]), por exemplo, para evitar-se que a radiodifusão seja entregue ao Estado ou a um grupo social (cf. BVerfGE 90, 60 [88]). Por causa disso, veda-se ao legislador que preveja regras as quais permitam que o Estado direta ou indiretamente domine uma empresa produtora de programas de radiodifusão. Não se limita a garantia da liberdade de radiodifusão à vedação de domínio. Pelo contrário, deve ser excluída a possibilidade de qualquer instrumentalização política da radiodifusão (BVerfGE 90, 60 [88]). O princípio da liberdade da radiodifusão perante o Estado é relativo não apenas aos manifestos riscos de direcionamento direto ou regramento decisivo da radiodifusão; devem ser amplamente impedidas também todas as influências indiretas e sutis pelo Estado (cf. BVerfGE 73, 118 [183]; 83, 238 [323]; 90, 60 [87]).

Assim, não se erige um mandamento absoluto de separação entre o Estado e a radiodifusão, embora devam ser impedidas as possibilidades de influência na extensão em que elas não sirvam à criação e à manutenção da liberdade de radiodifusão e não sejam cobertas por limites ao direito fundamental (cf. BVerfGE 73, 118 [182]). Não se trata de uma liberdade completa da radiodifusão contra qualquer tangenciamento estatal; pelo contrário, deve ser buscado um largo distanciamento do Estado para possibilitar a livre formação da opinião pública (cf. também: BVerfGE 73, 118 [190]; 88, 25 [35 s.]).

c) O princípio da liberdade da radiodifusão perante o Estado deve ser observado também em relação aos partidos. Embora esses não devam ser considerados pertinentes ao Estado, existe, todavia, certa proximidade dos partidos ao Estado que torna necessária uma observância do princípio da liberdade da radiodifusão perante o Estado para a configuração de participações de partidos em empresas de radiodifusão.

aa) Partidos não são membros do Estado (cf. BVerfGE 85, 264 [287 s.]; 107, 339 [361]). Embora caiba a eles um status especial por causa de sua função de intermediação entre Estado e sociedade, garantida especificamente pela Constituição, eles atuam, entretanto, no âmbito da estatalidade, mas sem a ele pertencerem (cf. BVerfGE 20, 56 [100 s.]; 73, 40 [85]; 85, 264 [287]). Partidos são unidades de ação política que a democracia necessita para juntar os eleitores em grupos capazes de agir politicamente e possibilitar a eles, em geral, a tomada de influência no Estado (cf. BVerfGE 11, 266 [273]; 44, 125 [145 s.]; 52, 63 [83]; 107, 339 [358 s.]). Que os partidos não podem ser confundidos com o Estado o TCF enfatiza, sobretudo, no contexto das questões constitucionais do financiamento dos partidos (cf. BVerfGE 85, 264 [283, 287 s.] e BVerfGE 107, 339 [361]). O Art. 21 GG reconheceu-os como instrumentos necessários constitucionalmente à formação da vontade do povo e os elevou ao nível de uma instituição constitucional (cf. BVerfGE 20, 56 [100]; 73, 40 [85]). Por causa da atuação prevista constitucionalmente dos partidos políticos, a garantia de uma formação, em princípio, aberta e livre em face do Estado, da opinião e vontade públicas do povo em relação aos órgãos estatais impede, todavia, toda e qualquer consolidação institucional-estatal dos partidos e proíbe sua introdução no âmbito da estatalidade organizada (cf. BVerfGE 107, 339 [361]). Também as especificidades da liberdade de radiodifusão não implicam que os partidos teriam de ser classificados, unilateralmente, na área de regulamentação desse direito fundamental. O Governo Estadual de Hessen pressupõe, nesse contexto, que, a partir da perspectiva da radiodifusão, com sua característica função de intermediação e controle, os partidos não poderiam ser significativamente separados da esfera estatal. Essa forma de entendimento não corresponde ao papel especial dos partidos alocado entre o Estado e a sociedade. Também no âmbito da radiodifusão, os partidos não podem ser equiparados ao Estado. Tal compreensão contrariaria o caráter dos partidos como livremente constituídos e enraizados em grupos sociopolíticos.

bb) Comparados a outras forças sociais, os partidos revelam uma especial proximidade ao Estado. Eles são, segundo sua essência, direcionados à conquista do poder estatal e exercem uma decisiva influência sobre a ocupação dos cargos públicos mais elevados. Os partidos influenciam a formação da vontade estatal, na medida em que eles atuam nas instituições estatais, sobretudo, por meio da tomada de influência em decisões e medidas do Parlamento e Governo (cf. BVerfGE 3, 19 [26]; 14, 121 [133]; 20, 56 [99, 101]; 44, 125 [145 s.]; 52, 63 [83]; 107, 339 [358 s.]). Nesse ponto, chega-se a intersecções pessoais entre partidos políticos e órgão estatal. Por isso, o princípio da liberdade da radiodifusão perante o Estado deve ser observado, por excelência, também na participação de partidos políticos na organização e fiscalização da radiodifusão (cf. BVerfGE 73, 118 [165 s.]).

[...].

3. Junto à admissão de candidatos à radiodifusão, o legislador tem de observar não apenas a diversidade de opinião e a liberdade perante o Estado. Ele tem de levar em consideração também os direitos dos gestores de radiodifusão privada e a posição dos partidos assegurada constitucionalmente.

a) Parte essencial da ordem da radiodifusão privada é a regulamentação da admissibilidade de seus operadores (cf. BVerfGE 57, 295 [326 s.]; 73, 118 [153 s.]; 83, 238 [322]). Quando da decisão sobre a admissão de candidatos, o perigo da tomada de influência na liberdade de programação, núcleo da garantia jusfundamental, é especialmente grande, pois não se pode excluir a possibilidade de que o posicionamento ideológico em relação ao canal oferecido

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

entre na decisão de escolha ou que candidatos já promovam, previamente, adaptações, as quais, segundo seu entendimento, propiciar-lhes-ão um aumento de suas chances de admissão (BVerfGE 97, 298 [313]). Por isso, justamente para a admissão de candidatos e para a concessão de capacidades de transmissão são imprescindíveis precauções legais especialmente estritas no interesse da liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 57, 295 [327]; 73, 118 [182 ss.]; 83, 238 [322 ss.]).

Essa obrigação jurídico-objetiva do legislador serve, ao mesmo tempo, à garantia da posição jusfundamental do empresário de radiodifusão no quadro de uma ordem de radiodifusão licitamente criada pelo legislador (BVerfGE 97, 298 [313]). Esse deve levar em consideração a liberdade de radiodifusão do Art. 5 I 2 GG de todos os empresários admitidos e de todos os candidatos a uma licença de radiodifusão, independentemente da forma jurídica juspública ou de direito privado, da atuação comercial ou de interesse comunitário (cf. BVerfGE 95, 220 [234]).

b) Na medida em que se tratar da admissão de partidos na radiodifusão privada, o legislador deve observar também a posição jusradiodifusora e digna de ser protegida jusfundamentalmente dos partidos que tem suas raízes no Art. 5 I 2 c.c. Art. 21 GG.

[...].

4. O legislador tem uma ampla margem discricionária junto à regulamentação da admissibilidade da participação de partidos na radiodifusão **(a)**. Cabe a ele, livremente, vedar aos partidos a admissão ao gerenciamento de radiodifusão privada caso eles possam exercer uma influência decisiva na configuração e no conteúdo da programação **(b)**. Porém, uma regra que proíba aos partidos qualquer tipo de participação, direta ou indireta, em empresas de radiodifusão não representa uma configuração admissível da liberdade de radiodifusão **(c)**. Caso para uma proibição absoluta de participação de um partido em uma empresa de radiodifusão seja apresentada como justificativa a possibilidade de acordos verbais e o fechamento de coligações também no caso de pequenas participações, esse perigo pode ser contornado por meio de um mandamento de publicação de todas as participações [nas composições societárias] **(d)**.

a) [...].

b) Em todo caso, o legislador faz uso legítimo de sua competência configuradora quando veda aos partidos a participação direta ou indireta nas empresas de radiodifusão privada na extensão em que ele, com isso, estivesse evitando uma influência decisiva na configuração e conteúdo da programação.

aa)-dd) [...].

c) Por sua vez, a proibição absoluta de partidos políticos participarem de empresas de radiodifusão privada significa uma inadmissível configuração legal da liberdade de radiodifusão. O § 6 II n. 4 HPRG viola, nesse ponto, o Art. 5 I 2 c.c. Art. 21 GG.

A proibição absoluta não promove a classificação adequada das várias posições jurídicas a ser feita pelo legislador. As desvantagens ocorrentes aos partidos políticos encontram-se, mesmo observando-se a ampla autorização para configuração de titularidade do legislador, em uma relação de desproporção com a medida do fomento dos objetivos perseguidos com a regulamentação.

A proibição absoluta de participação não é uma configuração adequada da radiodifusão. Diante dessa proibição, não existe um fomento adequado dos objetivos jurídico-objetivos da liberdade de radiodifusão, nomeadamente, da garantia da diversidade de opinião e da

liberdade da radiodifusão perante o Estado. Partidos, empresas de radiodifusão e candidatos a uma admissão foram atingidos, em larga medida, em suas posições constitucionais-radiodifusoras. A proibição de toda e qualquer participação direta ou indireta nas empresas de radiodifusão privada força os partidos, também no caso de participação muito reduzida, a alienar suas quotas, independentemente de se saber se o partido, no caso de uma participação diminuta, poderia, de fato, exercer influência sobre a respectiva empresa de radiodifusão.

[...].

d) [...].

III.

Uma vez que o § 6 II n. 4 HPRG viola a liberdade de radiodifusão, não há mais necessidade de se decidir se a regulamentação também viola outros direitos fundamentais (cf. Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge [org.], *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung*, 20. ed., junho de 2001, § 76, n. 68). Especialmente, pode restar em aberto se o Art. 12 GG pode ser, ao lado do Art. 21 GG, aplicado aos partidos políticos. Com efeito, caso fosse relevante a liberdade profissional no caso em tela, a norma impugnada, em todo caso, teria violado também esse direito.

IV.

Ao contrário do entendimento do Governo Estadual de *Hessen*, não é possível se perpetrar uma interpretação conforme a Constituição da norma impugnada de tal sorte a que se devesse entender por participação no sentido do § 6 II n. 4 HPRG apenas aquelas participações das quais partisse um perigo de fato relevante de influção publicística. Uma interpretação de normas conforme a Constituição virá, então, à pauta, quando o teor da norma abrir a possibilidade de mais de uma interpretação e quando a clara vontade do legislador não se opuser a ela (cf. BVerfGE 98, 17 [45]; 101, 312 [329]). Em face do inequívoco teor do § 6 II n. 4 HPRG, esse não é caso.

V.

O legislador está obrigado a suspender a [retro verificada] violação da Constituição por meio de uma nova regulamentação até o dia 30 de junho de 2009.

C.

A decisão em relação a B.II. foi tomada com 5 x 3 votos; de resto, foi unânime.

Hassemer, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt e Landau.

49. BVerfGE 136, 9 (*ZDF-Staatsvertrag*)

Processo de Controle Abstrato de Normas

MATÉRIA

No final de 2013, o Governo Estadual de *Rheinland-Pfalz* e o Senado da Cidade-Estado de *Hamburg* propuseram conjuntamente o presente Controle Abstrato de Normas por meio do qual questionaram a constitucionalidade de dispositivo do **Tratado Estadual do ZDF (ZDF-Staatsvertrag** – a seguir: *ZDF-StV*) – além de atos normativos e decisões parlamentares estaduais que o ratificaram, tornando-o vinculante no âmbito dos respectivos territórios estaduais – em face da liberdade de radiodifusão. Especialmente questionado foi o § 21 III 2 *ZDF-StV*, que estabelecia regras e números de representantes de diversos órgãos governamentais, de partidos políticos e setores da sociedade civil para a composição dos dois

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

grêmios fiscalizadores do Segundo Canal de Televisão Alemão (ZDF), quais sejam, o Conselho Televisivo e o Conselho Administrativo.

Em síntese, os autores alegavam que havia uma representação de órgãos estatais e/ou pessoas muito próximas ao Estado desproporcionalmente elevada em ambos os grêmios. O Conselho de Televisão, responsável pela elaboração de diretrizes para a programação e fiscalização de seu cumprimento, composto por 77 membros, continha 35 membros imediatamente classificáveis nessa categoria. Assim, configuravam uma minoria de 45,45% capaz de oferecer barreira contra as deliberações mais importantes que exigiam maioria qualificada de três quintos. Do restante, havia ainda 16 membros que, embora devessem ser contabilizados como provenientes da sociedade civil, na prática eram indicados pelos Chefes de Governo dos 16 Estados-membros da RFA. O Conselho administrativo composto por 14 membros, competente para a fiscalização de todas as atividades de gestão do diretor, tinha, com pequenas variações percentuais, o mesmo problema.

EMENTAS

1. A composição de grêmios de fiscalização das empresas de radiodifusão juspúblicas deve ser orientada em conformidade com o Art. 5 I 2 GG pelo mandamento da garantia de diversidade. Segundo esse, devem ser engajadas pessoas com o maior número possível de diferentes perspectivas e experiências, provenientes de todas as áreas da vida social.

a) O legislador deve providenciar que, para a seleção dos membros desses grêmios, os mais diferentes grupos possíveis e, no caso, ao lado das grandes confederações determinantes da vida pública, também sejam considerados, de modo intercalado, pequenos grupos e que também as perspectivas não conjuntamente organizadas sejam representadas.

b) Para a garantia da diversidade, o legislador pode introduzir, ao lado dos membros que sejam enviados por grupos sociais, também pessoas pertencentes a vários níveis estatais.

2. A organização da radiodifusão juspública tem de satisfazer, como expressão do mandamento de garantia da diversidade, o mandamento do distanciamento em relação ao Estado. Segundo esse, nos grêmios de fiscalização deve ser a influência dos membros estatais ou próximos ao Estado restringida de modo consistente.

a) A quota de membros estatais ou próximos ao Estado não pode superar um terço dos membros legais do respectivo grêmio.

b) Em relação aos demais membros, a composição dos grêmios de fiscalização da radiodifusão juspública deve ser consistentemente configurada de modo distanciado do Estado. Representantes do Executivo não podem exercer influência decisiva sobre a escolha dos membros distantes do Estado; o legislador deve criar para eles regras de incompatibilidade que garantam, no aspecto pessoal, sua distância em relação ao Estado.

Decisão [*Urteil*]

Do Primeiro Senado de 25 de março de 2014 com base na audiência pública de 5 de novembro de 2013 [...].

Dispositivo:

1. As Leis Ratificadoras [...] são incompatíveis com o Artigo 5, Parágrafo 1, Período 2 da *Grundgesetz*.
2. Quando elas [...], são incompatíveis com a *Grundgesetz*.
3. Quando elas [...], são, consoante as razões desta decisão, compatíveis com a *Grundgesetz*.
4. Na extensão em que as mencionadas leis e decisões forem incompatíveis com *Grundgesetz*, os Estados-membros são obrigados a criar uma nova regulamentação constitucional consoante as razões até, no mais tardar, o dia 30 de junho de 2015. Até ser promulgada uma nova regulamentação, podem ser aplicadas também na referida extensão [da incompatibilidade com a *Grundgesetz*].

RAZÕES

A.

Os pedidos de Controle Abstrato de Normas referem-se à questão se as normas sobre a composição e processo decisório dos grêmios de fiscalização do Segundo Canal de Televisão Alemão (ZDF) possibilitaram uma influência desproporcionalmente grande sobre o ZDF como empresa de radiodifusão juspública.

I.

1. O ZDF baseia-se no Tratado Estadual do ZDF [...].

[...].

2.-6., **II.**, **III. 1.-2.** [...]

B.

Os pedidos admitidos a julgamento são, em essência, procedentes.

I.

O Art. 5 I 2 GG obriga que a organização da radiodifusão juspública assegure a diversidade e, como sua decorrência, a manutenção de um distanciamento suficiente do Estado.

1. A liberdade de radiodifusão serve à formação da livre opinião individual e pública. O mandato contido no Art. 5 I 2 GG para a garantia da liberdade de radiodifusão tem por finalidade uma ordem que assegure que a diversidade das opiniões existentes na radiodifusão tenha uma expressão mais ampla e completa possível. A configuração dessa ordem é tarefa do legislador, que tem, no caso, uma ampla margem discricionária (cf. BVerfGE 12, 205 [262 s.]; 119, 181 [214]; 121, 30 [50]; jurispr. pacífica). A especial responsabilidade estatal sobre a garantia de diversidade nesse âmbito tem seu fundamento no significado destacado que tem a radiodifusão – e especialmente a televisão – por causa de seu efeito amplo, atualidade e força sugestiva, e resulta principalmente do fato de os conteúdos serem transmitidos de modo rápido, até concomitante, e poderem ser combinados som, texto e imagens em movimento. Essas possibilidades de efeito ganham um peso complementar porque as novas tecnologias viabilizaram um aumento e diferenciação da oferta e das formas e caminhos de difusão, assim como novos tipos de serviços relacionados à programação (BVerfGE 119, 181 [215]). As exigências direcionadas à configuração legal da ordem de radiodifusão para a garantia da liberdade de radiodifusão prevista no Art. 5 I 2 GG não foram, portanto, superadas pelo desenvolvimento da tecnologia da comunicação e dos mercados midiáticos (cf. BVerfGE 121, 30 [51]).

2. As exigências à configuração institucional das empresas de radiodifusão devem ser, por força constitucional, orientadas ao objetivo de assegurar a diversidade (cf. BVerfGE 57, 295 [320, 325]; 73, 118 [152 s.]; 121, 30 [51]). Elas encontram-se em uma estreita relação de reciprocidade com a decisão fundamental de enquadramento tomada pelo legislador em prol de uma ordem de radiodifusão dual e com as tarefas que nela cabem à radiodifusão juspública (cf. BVerfGE 73, 118 [157 s.]; 83, 238 [296 ss.]; 114, 371 [387 s.]; 119, 181 [217 s.]; 121, 30 [51 s.]).

No quadro da ordem de radiodifusão dual, cabem à radiodifusão juspública e ao cumprimento do seu clássico mandato funcional do noticiário um papel especial. Sua missão é criar uma oferta de produção como contrapeso às empresas privadas de radiodifusão que siga outra racionalidade decisória comparada ao estímulo mercadológico, abrindo possibilidades próprias da configuração da programação. Deve, assim, contribuir para a diversidade de conteúdos, a qual não pode ser garantida apenas por intermédio do livre mercado (cf. BVerfGE

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

73, 118 [158 s.]; 74, 297 [325]; 83, 238 [297 s.]; 90, 60 [90]; 114, 371 [388 s.]; 119, 181 [216]). Com efeito, as concorrências publicística e econômica não levam, na programação da radiodifusão, automaticamente à reprodução da diversidade das informações disponíveis em uma sociedade, dos valores por ela seguidos e dos seus padrões de comportamento. Também por causa da grande pressão por concentração na radiodifusão privada e dos riscos nela implícitos de uma tomada de influência unilateral sobre a formação da opinião pública, o TCF considerou obrigatorias algumas precauções para a proteção da diversidade publicística (BVerfGE 119, 181 [217], com mais referências).

Completar e compensar a racionalidade específica, própria da radiodifusão privada, é um mandato da radiodifusão juspública. Na medida em que ela seja, em todo caso e em essência, financiada com recursos públicos, torna-se capaz de agir economicamente sob outras condições decisórias. Sobre essa base pode e deve ela contribuir por meio de próprios impulsos e perspectivas para a diversidade da oferta e, independentemente de quotas de audiência e contratos publicitários, oferecer uma programação que corresponda às exigências constitucionais da diversidade de objetos e opiniões (cf. BVerfGE 90, 60 [90]; 119, 181 [219]). Deve também, principalmente, tratar daqueles aspectos que vão além dos formatos estandardizados de programas para as massas ou dar a eles uma marca própria. Ao mesmo tempo, uma coexistência lado a lado de radiodifusão juspública e privada faz com que várias rationalidades decisórias influenciem-se reciprocamente (cf. BVerfGE 114, 371 [387 s.]; 119, 181 [217]). Correspondentemente a esse papel, não se restringe seu mandato apenas a um abastecimento mínimo [de informações disponibilizadas ao público] ou a um fechamento de lacunas e consideração de nichos que não sejam cobertos por empresas privadas, mas abrange todo o espectro do clássico mandato de radiodifusão que, ao lado de seu papel em prol da formação da opinião e vontade públicas e do entretenimento e informação, abrange uma responsabilidade cultural (cf. BVerfGE 73, 118 [158]; 119, 181 [218]) e, no caso, destina-se ao público como um todo (cf. BVerfGE 83, 238 [298]). Nesse sentido, a oferta da programação tem de permanecer aberta a novos interesses do público ou a novos conteúdos e formas e também tecnicamente não pode ficar restrita a um determinado estágio de desenvolvimento (cf. BVerfGE 74, 297 [324 s., 350 s.]; 83, 238 [298, 299 s.]; 119, 181 [218]).

3. Partindo-se desse mandato da radiodifusão juspública, não se pode questionar constitucionalmente sua organização como ente de direito público com uma estrutura interna pluralista, junto à qual a influência das forças a serem consideradas sob inclusão decisiva da sociedade civil é conseguida internamente no quadro de órgãos colegiados (cf. BVerfGE 12, 205 [261 ss.]; 83, 238 [333]; jurispr. pacífica). Ela não apenas deixa a um diretor a gestão dos negócios, mas o insere em uma fiscalização abrangente por meio de grêmios pluralmente compostos e o submete, destarte, a um controle. Em se escolhendo tal modelo pluralista interno para se garantir a diversidade por meio da radiodifusão juspública, deve ser a configuração mais detalhada da organização com certeza orientada por esse mandato funcional.

a) Aqui, carece-se especialmente de uma determinação racional que leve em consideração a diversidade social e a importância das forças a serem consideradas nos grêmios, assim como da garantia de uma efetiva influência no cumprimento do mandato da radiodifusão por meio daqueles órgãos nos quais estejam representadas (cf. BVerfGE 12, 205 [261 s.]; 57, 295 [325]; 83, 238 [334]). A composição dos órgãos colegiais deve ser orientada pela busca por pessoas

com perspectivas as mais variadas possíveis e experiências amealhadas em todas as áreas da vida social. No caso, o legislador deve especialmente preocupar-se em evitar que sejam reproduzidos predominantemente apenas as perspectivas e visões oficiais ou outras que sejam decisivas para a formação da vontade política estatal, mas que também seja considerado decididamente um amplo espectro de modos de ver de diversas forças sociais (cf., em relação aos conteúdos da programação: BVerfGE 83, 238 [333 s.]). Deve providenciar que, para a seleção dos membros desses grêmios, os mais diferentes grupos possíveis e, no caso, ao lado das grandes confederações determinantes da vida pública, de modo intercalado, também sejam considerados pequenos grupos que não tenham, sem mais, acesso aos meios de comunicação social e também que as perspectivas organizadas não sejam reproduzidas de maneira uniforme. A organização da radiodifusão juspública deve, desse modo, também tendo em vista a composição dos grêmios, orientar-se pelo mandato de garantia da diversidade para além da diversificação da programação da oferta privada (cf. BVerfGE 60, 53 [66]; 83, 238 [334]). Assim, o legislador deve observar, do mesmo modo, o mandato de tratamento igualitário em face do gênero decorrente do Art. 3 II 2 GG (cf. BVerfGE 83, 238 [336]).

A formação dos grêmios de fiscalização a partir precipuamente de grupos sociais organizados em associações não tem o sentido de transferir a eles a configuração da programação ou de fazê-los titulares do direito fundamental da liberdade de radiodifusão. Os grêmios de fiscalização são, pelo contrário, guardas do interesse da coletividade. Devem controlar as pessoas e grupos essenciais à configuração da programação para que todas as importantes forças políticas, ideológicas e sociais, cuja diversidade nunca pode ser total ou representativamente reproduzida por meio de um grêmio também composto por uma pluralidade de grupos, em havendo uma balanceada composição, possam adequadamente ter voz em toda a programação. A nomeação de membros mediante conexão a vários grupos sociais não os coloca como representantes de seus respectivos interesses específicos, mas serve apenas como meio de se ganhar defensores da coletividade que sejam independentes de órgãos estatais e tragam experiências dos mais variados âmbitos sociais, ficando responsáveis para que a programação não sirva unilateralmente a um partido ou grupo, a uma associação de interesses ou a uma confissão ou ideologia e que, no noticiário, as concepções das pessoas, grupos ou órgãos sejam consideradas de modo adequado e justo (BVerfGE 83, 238 [333]).

b) Para a garantia de uma composição desses órgãos que reúna as várias perspectivas, o legislador pode reservar, ao lado dos membros que foram enviados por grupos sociais, uma parte também para as representantes e os representantes do âmbito estatal (cf. BVerfGE 12, 205 [263]; 73, 118 [165]; 83, 238 [330]). Justamente esses atores são, em uma democracia, de modo especial, dependentes de um noticiário aberto, multifacetário e crítico, sendo, ao mesmo tempo, uma parte constitutiva marcante da comunidade política democrática. Corresponde à sua responsabilidade política total que também eles mesmos possam trazer aspectos do bem coletivo ao trabalho das empresas de radiodifusão juspública. A partir daí, podem ser enviados [aos grêmios], sob o aspecto da garantia da diversidade por força constitucional, representantes dos Estados-membros aos grêmios das empresas de radiodifusão juspública, principalmente porque conhecem o modo de funcionamento, desafios e problemas por conta de sua visão interna. Isso inclui – em extensão curta e tendencialmente restritiva – a possibilidade da nomeação de representante do Executivo

também ao nível de um Ministro-Presidente. Garantia de diversidade significa aqui não uma separação da esfera social contraposta ao Estado, a qual devesse ser protegida contra influências de representantes estatais ao máximo possível – caso em que a atuação de quaisquer atores estatais seria uma impropriedade –, mas a ação afirmativa das várias perspectivas da vida social como um todo. O legislador não está impedido de convocar também representantes estatais para compor [os grêmios].

Em relação à questão sobre de quais níveis estatais podem ser enviados representantes para as empresas de radiodifusão, o aspecto da garantia da diversidade é, igualmente, determinante. [...].

4. A organização da radiodifusão juspública deve satisfazer, igualmente, como decorrência do mandamento da garantia da diversidade, o mandamento do distanciamento em face do Estado, que concretiza o mandamento de diversidade em uma específica perspectiva, fazendo-o ser acompanhado de delineamentos mais detalhados (cf. BVerfGE 12, 205 [261 ss.]; 57, 295 [320]; 83, 238 [296]). A radiodifusão juspública carece, segundo ele – partindo-se da vigente ordem de radiodifusão –, de uma configuração institucional junto à qual os grêmios de fiscalização, que são imprescindíveis para as decisões fundamentais de política de radiodifusão e, portanto, também para as diretrizes da configuração da programação, não se submetam a uma influência determinante de membros estatais ou próximos ao Estado (cf. BVerfGE 83, 238 [330]; 121, 30 [61]).

a) Os mandamentos do distanciamento estatal não colocam a radiodifusão juspública, entretanto, fora do âmbito de responsabilidade estatal. Pelo contrário, ligam-na à responsabilidade estrutural do Estado sobre a radiodifusão e a pressupõem. Assim, no quadro da ordem dual da radiodifusão, é tarefa do legislador estatal dar configuração à radiodifusão juspública. Especialmente a fim de viabilizar o cumprimento de seu mandato funcional, o legislador tem de providenciar que estejam presentes os pré-requisitos técnicos, organizacionais, pessoais e financeiros para tanto necessários (cf. BVerfGE 119, 181 [218]). Correspondentemente, os órgãos legislativos dos Estados-membros regram a organização das empresas de radiodifusão juspública, determinam segundo quais princípios, quais pessoas irão atuar e fixam quem pode configurar a programação e como, em termos de conteúdo, quais princípios de programação têm vigência e como se pode, nesse contexto, garantir pluralidade (cf. BVerfGE 12, 205 [261 ss.]; 57, 295 [320 ss.]; 83, 238 [332 ss.]; 90, 60 [94]). O noticiário da radiodifusão é organizado na forma de uma instituição de direito público que em grande parte é financiada pelo Estado (cf. BVerfGE 73, 118 [158]; 90, 60 [90 s.]). Como um todo, o estabelecimento da radiodifusão juspública no quadro da ordem de radiodifusão criada pelo legislador não se apresenta – o que em princípio vale para a radiodifusão privada (cf. BVerfGE 57, 295 [324 s.]) – como criação de apenas uma moldura de política de ordem pública para o exercício de liberdade privada, mas como uma organização do noticiário que é configurada pelo Estado e de responsabilidade estatal. O Estado tem aqui, diferentemente do que ocorre nos âmbitos econômicos, os quais são deixados em princípio à ação de economia privada, mais do que apenas uma responsabilidade complementar de regulamentação; ele é diretamente titular e realizador, que por meio de suas empresas preenche seu próprio mandato funcional do noticiário da radiodifusão de direito público (cf. BVerfGE 73, 118 [158]). Correspondentemente, também para a composição das empresas de radiodifusão, a jurisprudência do TCF nunca se baseou no fato de que elas teriam de ser configuradas na

contraposição entre Estado e sociedade, como totalmente ou apenas o mais livre possível do Estado, mas sempre pressupôs a possibilidade de certa e também não totalmente marginalizada atuação de representantes estatais nas empresas (veja retro: **B.I.3.b**).

b) O mandamento do distanciamento estatal mira na modalidade da organização e consecução da produção. Expressa uma forma específica da responsabilidade: embora o Estado deva organizar a radiodifusão juspública e cumprir seu mandato por meio de suas próprias empresas, precisa providenciar que a configuração da programação e seus conteúdos concretos não sejam incluídos no exercício de tarefas estatais gerais e como parte dele configurada (cf. BVerfGE 12, 205 [262 s.]; 73, 118 [182 s.]; 83, 238 [322 s.]; 90, 60 [89 s.]). O objetivo é criar uma radiodifusão que esteja vinculada ao princípio da liberdade social e diversidade, não que seja formatada conteudisticamente pelos representantes e titulares de cargos públicos do aparato estatal (cf. BVerfGE 73, 118 [152 s.]; 90, 60 [88]).

A organização dos grêmios imprescindíveis ao cumprimento do mandato funcional deve ser, assim, descolada do processo estatal-representativo da formação da vontade pública e, desse modo, ser configurada de tal sorte a refletir nela a diversidade da comunidade política e pluralidade social. O Estado tem tão somente uma responsabilidade estrutural, sendo a ela limitado. Ela não é parte ou pré-estágio de uma responsabilidade plena pelo conteúdo, mas contraposta a uma responsabilidade estatal sobre a concreta programação. Enquanto a produção de serviços estatais servir em regra a garantir uma qualidade de conteúdo de responsabilidade de titulares de cargos públicos retro vinculados politicamente e, no caso, determinar a partir de muitas possibilidades aquelas que concretamente contribuem para o bem-estar comunitário, trata-se aqui de conformar o noticiário guardando distância em relação a uma formulação conteudística por titulares de cargos públicos que, em outro contexto, são convocados à ação. Qualidade constitui-se, nesse ponto, não por meio de agregação estatal de interesses divergentes, mas na abertura à divergência e diversificação. O mandamento do distanciamento estatal objetiva proceder à apresentação, ao processamento e à interpretação da realidade em suas diversas avaliações, assim como às muitas reparações da comunidade política.

c) O mandamento da configuração da radiodifusão juspública distanciada do Estado deve, assim, ao mesmo tempo e precipuamente, impedir uma instrumentalização política da radiodifusão (cf. BVerfGE 90, 60 [88]; 121, 30 [53]). [...]. A composição dos grêmios tem de excluir, efetivamente, já a [mera] possibilidade de uma instrumentalização do noticiário por tais atores. Em tal proibição de instrumentalização, encontra-se, desde sempre, um núcleo da jurisprudência do TCF a respeito da liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325]; 90, 60 [88]; 121, 30 [53]).

d) Resumidamente, o mandamento do distanciamento estatal exige, portanto, uma configuração da radiodifusão juspública que – orientada pelo objetivo de assegurar a diversidade e ao mesmo tempo impedir a instrumentalização política da radiodifusão – reserve a membros distanciados do Estado nos grêmios de fiscalização uma influência determinante, limitando a eventual atuação de membros estatais e próximos do Estado.

5. Essas exigências correspondem às normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos. [...].

II.

A configuração mais detalhada da radiodifusão juspública cabe, em princípio, ao legislador. No quadro da vigente ordem de radiodifusão derivam-se, todavia, por força constitucional, das

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

exigências direcionadas à garantia de diversidade e ao mandamento do distanciamento do Estado, diretrizes de restrição para a configuração dos grêmios de fiscalização.

1. A influência dos membros estatais e próximos ao Estado nos grêmios de fiscalização das empresas de radiodifusão juspública deve ser rigorosamente limitada. Seu percentual não pode ultrapassar um terço dos membros legais de cada grêmio.

a) Segundo a atual configuração legal comum [...].

b) Não são compatíveis com o mandamento do distanciamento do Estado, em primeiro lugar, as regulamentações que ponham membros estatais e próximos ao Estado em uma situação de um coletivo capaz de impor ou bloquear decisões solitariamente. Apesar de todas as reparações dos variados interesses, deve ser excluída, nesse ponto, já a possibilidade de tal atuação conjunta.

c) Nisso não se esgotam, entretanto, as exigências. [...].

[...].

2. Quem deve ser considerado em face dessa limitação de percentual como membro estatal ou próximo ao Estado determina-se sob uma perspectiva funcional.

O mandamento do distanciamento do Estado não se liga à fundamental diferenciação entre liberdade privada e condições estatais, como ela é aplicada, conforme o Art. 1 III e Art. 20 II GG, no caso do vínculo a direitos fundamentais e da legitimidade democrática do poder estatal (cf. a respeito: BVerfGE 128, 226 [244 ss.]), mas resulta do Art. 5 I 2 GG; ele tem a tarefa de garantir uma ordem da radiodifusão que tenha por objetivo a diversidade e que impeça uma instrumentalização da radiodifusão (veja retro: **B.I.4.**). Por isso, carece a determinação de quem deva ser considerado em face da limitação percentual como membro nomeado pelo Estado de uma avaliação própria e funcional. Decisivo para tanto é saber se se trata de uma pessoa que tenha poder decisório político-estatal ou esteja na concorrência por um cargo ou mandato público para ter tal poder e, assim, dependa, de modo especial, da anuência de amplo espectro da opinião pública.

a) Fazem parte dessa categoria, primeiro, todos aqueles que respondam politicamente em razão de um mandato geral de um cargo público, desde que eles possam ter um interesse na instrumentalização da radiodifusão para seus propósitos de conquista do poder ou para mantê-lo. [...].

b) Por sua vez, pessoas que sejam enviadas aos grêmios fiscalizadores provenientes de escolas superiores, da magistratura ou da administração autônoma funcional como, por exemplo, das câmaras de indústria e comércio, não devem ser vistas como membros estatais ou próximas do Estado nesse sentido. Embora se trate, no caso, de pessoas em cargos públicos, elas atuam, no entanto, no quadro de tarefas específicas restritas, gozando em parte até de um status jurídico especialmente protegido e, tipicamente, não se encontram em um contexto decisório político-estatal que seja marcado pela concorrência por cargo ou mandato (assim, em sede de conclusão, também: Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, p. 180, com mais referências).

c) [...].

3. As exigências decorrentes do Art. 5 I 2 GG à garantia de diversidade valem também para a escolha dos membros a serem nomeados pelo Estado ou [por órgão] próximo ao Estado (veja retro: **B.I.3.b**). Não basta restringir o número dessas pessoas a um determinado percentual. Pelo contrário, precisam ser determinadas, ao mesmo tempo, as exigências de garantia de diversidade para os membros que estejam nesse percentual. Faz parte disso especialmente

assegurar que as várias correntes políticas sejam reproduzidas também no sentido de refrações político-partidárias de modo o mais diverso possível. No caso, pode ser levada em consideração a importância diferenciada das várias correntes. Todavia, corresponde ao princípio da garantia de diversidade que sejam incluídas justamente também correntes políticas menores. Do mesmo modo, o legislador deve atentar para que sejam consideradas outras refrações perspectivistas de modo o mais diverso possível (sobre o critério das refrações, cf. BayVerfGH, Decisão de 16 de fevereiro de 1989 - Vf. 8-VII/87 -, NJW 1990, p. 311, 313; ThürVerfGH, Decisão de 19 de junho de 1998 - 10/96 -, juris, n. 90 ss.; Fuhr, ZDF-Staatsvertrag, 2. ed. 1985, § 14 II 2 a, p. 280 s.; Jarass, Die Freiheit des Rundfunks vom Staat, 1981, p. 50; Kewenig, Zu Inhalt und Grenzen der Rundfunkfreiheit, 1978, p. 42 ss.). Por fim, o legislador também é vinculado, no presente caso, assim como os membros do Executivo a serem enviados, ao mandato de tratamento igualitário de gênero do Art. 3 II 2 GG.

O legislador tem em relação ao “como” de tal garantia de diversidade uma ampla margem discricionária de configuração, valendo-se de critérios e refrações para a garantia da diversidade e como ele as combina entre si. Nesse sentido, faz parte de sua responsabilidade decidir sobre o tamanho dos grêmios e, portanto, colocar limites às possibilidades da garantia de diversidade para se assegurar a capacidade funcional – que eventualmente seriam diferentes, a depender do grêmio. A Constituição não contém para esse caso informações mais detalhadas. O TCF examina apenas se a configuração é orientada pelo parâmetro da garantia de diversidade e se, em uma visão realista, implica uma conclusão defensável (cf. BVerfGE 83, 238 [334 s.]).

4. Fora do percentual permitido constitucionalmente de membros estatais ou próximos ao Estado, deve ser configurada a composição dos grêmios de fiscalização da radiodifusão juspública rigorosamente de modo distanciado do Estado; também nesse caso a composição dos grêmios tem de ser orientada pelo mandamento da garantia de diversidade.

a) Nesse ponto, apresentam-se exigências constitucionais, primeiro, à nomeação dos membros distanciados do Estado.

aa) [...].

bb) As regulamentações sobre a escolha e designação dos membros distanciados do Estado precisam ser orientadas ao objetivo da garantia da diversidade. No caso, devem ser combatidos os perigos de uma dominância de perspectivas majoritárias e uma solidificação da composição dos grêmios.

(1)-(2) [...].

b) Exigências constitucionais apresentam-se, por conseguinte, tendo em vista os pressupostos pessoais dos membros distanciados do Estado. O legislador deve criar regras de incompatibilidade que garantam seu distanciamento do Estado no aspecto pessoal.

[...].

5. Para todos os membros dos grêmios de fiscalização – tanto para os estatais e próximos ao Estado quanto para os membros dele distanciados –, precisa-se de uma garantia suficiente de seu status jurídico pessoal para se assegurar sua autonomia junto ao exercício da tarefa.

A garantia de um noticiário livre, no sentido do Art. 5 I 2 GG, pressupõe uma liberdade pessoal suficiente e independência dos responsáveis no exercício da tarefa. Por isso, o legislador tem de equipar o status jurídico dos membros dos grêmios das empresas de radiodifusão com garantias que impeçam que eles, de modo não transparente, caiam em pressão de fora e sejam sujeitos a influências estranhas à missão. Para o exercício das tarefas é necessário que

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

os membros sejam engajados livres de ordens nas empresas de radiodifusão (cf. também: BVerfGE 60, 53 [66]; 83, 238 [332 s., 335]; Hesse, Rundfunkrecht, 3. ed. 2003, 4. Cap. n. 82, p. 160) e possam ser exonerados apenas com base em motivo importante. A configuração mais detalhada cabe ao legislador.

6. O legislador deve criar regras que em todo caso garantam uma medida mínima de transparência para o trabalho dos grêmios de fiscalização da radiodifusão juspública.
[...].

7. Resumidamente, o Art. 5 I 2 GG determina, para a configuração institucional das empresas de radiodifusão juspública, uma permanente orientação pelo princípio da garantia de diversidade e uma consequente limitação do percentual de membros estatais ou próximos ao Estado nos grêmios de fiscalização. Assim, ao mesmo tempo, são tomadas precauções contra a possibilidade de membros estatais ou próximos ao Estado dominarem o trabalho nos grêmios mediante acordos informais como, na prática atual, por meio dos círculos de amigos. Mesmo que para a preparação de decisões a serem tomadas os membros dos grêmios de fiscalização, como ocorre até hoje, dividam-se em dois grupos representantes de várias correntes fundamentais, em havendo uma composição dos grêmios compatíveis com a Constituição, não será mais em todo caso automaticamente pré-caracterizado que eles sejam, exclusivamente, um espelho das forças político-partidárias contrapostas e tanto pessoal quanto materialmente dirigidos por elas ou delas dependentes. [...].

III.

As normas introduzidas no direito estadual do § 21 I, IV, X 2, § 24 I, III 2 Alt. 1 ZDF-StV – também na aplicação conjunta com as demais normas impugnadas – não são compatíveis com a Constituição. Por sua vez, não existem problemas constitucionais contra as demais normas impugnadas; o § 21 III 1 e 2, IV ZDF-StV carece, todavia, de uma interpretação conforme a Constituição.

1. As regras sobre a composição do Conselho Televisivo segundo o § 21 ZDF-StV violam em várias perspectivas o Art. 5 I 2 GG.

a) Incompatível com o Art. 5 I 2 GG é o § 21 I ZDF-StV, primeiro, na extensão em que o percentual de membros diretamente nomeados pelo Estado ou de pessoas próximas ao Estado no Conselho Televisivo ultrapassa o limite permitido constitucionalmente [...].

b) Incompatível com o mandamento do distanciamento do Estado é a composição do Conselho Televisivo no sentido do Art. 21 I a, b, c, I ZDF-StV em sua aplicação conjunta com o § 26 I 2, III, § 24 I b ZDF-StV. Os membros estatais ou próximos ao Estado recebem em relação às questões que fazem parte dos quóruns de votação lá regulamentados [...] um poder de voto.

c) Não condizentes com o Art. 5 I 2 GG encontram-se em parte as competências dos Ministros-Presidentes de designação das pessoas que serão nomeadas – especialmente como representantes da sociedade civil – ao Conselho Televisivo como membros distantes do Estado.

aa)-bb) [...].

d) O § 21 I ZDF-StV não satisfaz as condições jurídico-constitucionais relativas a uma configuração distante do Estado [...].

e) O § 21 ZDF-StV não satisfaz, também nesse caso, as condições do Art. 5 I 2 GG, na medida em que nele não se garante a todos os membros uma garantia suficiente de autonomia.
[...].

f) A inclusão normatizada no § 21 I ZDF-StV de representantes estatais e próximos ao Estado no Conselho Televisivo viola o Art. 5 I 2 GG também na medida em que ela não foi

contemplada por regras que prescrevam ao trabalho do Conselho Televisivo um mínimo grau de transparência (veja retro: **B.II.6.**). Ao nível legal como um todo faltam normas de transparência. Dispositivos a respeito são encontrados apenas no regulamento do ZDF e no regimento interno do Conselho Televisivo, que são extremamente restritivos. Mesmo uma leitura *a posteriori* dos registros das seções que, em regra, não são publicadas – indevidamente – somente pode ser feita com a comprovação de um interesse legítimo e apenas para propósitos científicos, no caso predominantemente de trabalhos científicos, desde que sejam feitos mediante uso dos escritos das seções que precisam ser previamente entregues à Secretaria do Conselho Televisivo do ZDF; para documentos sobre as discussões das comissões existe, no mais, um prazo de proteção de oito anos (cf. § 8 IV do Regulamento do ZDF, § 9 do Regimento Interno do Conselho Televisivo). Isso não satisfaz as condições jurídico-constitucionais formal e materialmente.

g) Diante da inconstitucionalidade do § 21 I ZDF-StV, não se carece da decisão sobre se o § 21 ZDF-StV, tendo em vista que a garantia de diversidade dentro do grupo dos membros estatais ou próximos ao Estado, de um lado, e dos membros distantes do Estado, de outro, cumpre as exigências constitucionais. [...].

2. As regras para a composição do Conselho Administrativo segundo o § 24 ZDF-StV violam, igualmente, o Art. 5 I 2 GG.

a)-c) [...].

d) Também para o Conselho Administrativo está ausente um dispositivo legal que pelo menos em princípio crie regras para a transparência do seu trabalho (cf. retro: **B. II. 6., III. 1. f.**).

e) Por sua vez, não há problemas constitucionais no § 24 I ZDF-StV – tanto em face dos membros estatais quanto dos membros distantes do Estado – tendo em vista a garantia de diversidade política. [...].

3. Em sede de conclusão, não são compatíveis com a Constituição os dispositivos – inseridos no direito estadual – do § 21 I, IV, X 2; § 24 I, III 2 Alt. 1 ZDF-StV. [...].

[...].

IV.

1. Na extensão em que os §§ 21 e 24 ZDF-StV não sejam compatíveis com a Constituição, eles não devem ser declarados nulos, mas deve ser verificada apenas sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, ligada com a ordem para que possam continuar sendo aplicados, provisoriamente, até a [promulgação da] nova regulamentação.

A mera declaração de incompatibilidade ligada à ordem de uma vigência provisória vem à pauta caso a imediata invalidação da norma impugnada possa acabar com a base de proteção de bens superiores do bem comum e, em uma visão conjunta, mais corresponda aos direitos fundamentais atingidos a tolerância da inconstitucionalidade em um transitório interstício do que declarar a norma nula (cf. BVerfGE 33, 303 [347 s.]; 109, 190 [235 s.]).

Esse é o caso aqui. Se fosse declarado nulo o Tratado Estadual, seria retirada dos órgãos de fiscalização do ZDF sua base legal de legitimidade e eles, por conseguinte, não poderiam mais atuar. [...].

2. Os Estados-membros devem criar uma nova regulamentação que corresponda às exigências constitucionais e que, em todo caso, sejam decisivas para as próximas eleições regulares dos grêmios de fiscalização até, no mais tardar, o dia 30 de junho de 2015. Desiste-se da concessão de mandados para o interstício transitório; eventualmente, necessária ulterior

Capítulo 10. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG)

ordem de execução *ex officio* não é excluída por conta disso (cf. BVerfGE 6, 300 [304]; 100, 263 [265]).

3. A decisão foi tomada em face da admissibilidade constitucional da participação de representantes do Executivo por 7x1 votos e em face da obrigação jurídico-constitucional da criação de regras de transparência por 5x3, assim como em face dos argumentos a respeito da composição das comissões por 7x1 votos, de resto, a decisão foi unânime.

Kirchhof, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing, Paulus, Baer e Britz.

Opinião divergente do Juiz Paulus

Sobre a Decisão [*Urteil*] do Primeiro Senado de 25 de março de 2014 – 1 BvF 1/11 – 1 BvF 4/11 –

Não posso concordar completamente com a Decisão, na extensão em que declara admitida constitucionalmente a participação de membros do Executivo nos grêmios de fiscalização no Segundo Canal de Televisão [embora ele seja caracterizado como] livre do Estado ou apenas “distante do Estado”.

Desde a primeira Decisão sobre o ZDF há mais de cinquenta anos (BVerfGE 12, 205 [261 ss.]), é em geral reconhecido que a liberdade perante o Estado, ou pelo menos a distância em relação ao Estado, da radiodifusão juspública, representa uma condição central à sua admissibilidade constitucional. A televisão juspública serve não à difusão de informações estatais, mas à expressão da diversidade de opiniões e do espectro social da oferta de transmissão. Com base no cumprimento dessa tarefa, tem de ser medida – também na era da internet – a configuração interna da televisão. Eu continuo considerando correto esse princípio da jurisprudência do TCF, concordando com a Decisão.

A Decisão aplica apenas em parte sua própria tese, embora tenha restado claro desde a primeira Decisão sobre a Televisão, que a composição dos grêmios de fiscalização do Segundo Canal Alemão de Televisão não atende ao princípio do distanciamento do Estado (a seguir, sob I.). Assim, segundo meu entendimento, uma quota de terça parte que abrange representantes estatais e “próximos do Estado” não é suficiente à garantia da diversidade no Segundo Canal Alemão de Televisão a fim de atender as prescrições da *Grundgesetz* de uma radiodifusão distante do Estado (a seguir, sob II.). Pelo contrário, considero imprescindível uma ampla liberdade dos grêmios de fiscalização em face de representantes do Estado (a seguir, sob III.) a fim de – segundo o exemplo da maioria das empresas estaduais – emancipar os órgãos de controle do Segundo Canal Alemão de Televisão da influência estatal. Isso vale, em todo caso, para os membros do Executivo, enquanto os membros dos parlamentos e partidos como representantes do povo previstos pela Constituição e intermediários entre Estado e cidadãos (cf. Art. 38 I 2, Art. 21 I 1 GG) podem ser, em número bastante reduzido, membros no Conselho Televisivo e Administrativo. Um papel consultivo de representantes estatais não é, assim, excluído. Porém, trazer ideias políticas às discussões por intermédio de titulares de decisões estatais deve ser apartado da decisão sobre elas.

I.

Segundo a decisão, o Art. 5 I 2 GG obriga a organização da radiodifusão juspública à garantia de diversidade e, como sua decorrência, à manutenção de um “suficiente” distanciamento do Estado (tópico B.I. da Decisão). A última passagem já insinua que a Decisão relativiza o ideal da liberdade em face do Estado (assim, antes: BVerfGE 31, 314 [329]; por último: BVerfGE 121, 30 [52 s.], com mais referências) que a jurisprudência constitucional [sempre] aplicou. Nesse

sentido, o tribunal escreveu, ainda em 2008: “O princípio da liberdade da Radiodifusão perante o Estado relaciona-se não apenas aos manifestos perigos de direção direta ou de regulamentação decisiva da Radiodifusão; devem ser também impedidas, mais abrangentemente, todas as indiretas e sutis tomadas de influência pelo Estado” (BVerfGE 121, 30 [53]).

Pode-se ver na relativização um realismo recém-encontrado. Pareceria mesmo uma empreitada fadada ao fracasso querer impedir “todas as indiretas e sutis tomadas de influência pelo Estado” por intermédio de um conselho televisivo que, contemporaneamente, é ocupado por quase a metade e, segundo as determinações da Decisão, daqui em diante por pelo menos um terço de representantes estatais e que, faticamente, – com grande probabilidade – será também no futuro dirigido fora da estrutura formal por círculos de amigos compostos segundo parâmetros político-partidários. Na realidade, como demonstrou não por último a audiência pública, são os grêmios do Rádio e da Televisão uma arena de políticos da comunicação social dos Estados-membros, os quais – mas como poderiam fazer diferentemente? – buscam realizar seus projetos político-midiáticos no Conselho Televisivo e Administrativo. Assim, no entanto, eles são inidôneos para a fiscalização sobre a garantia da liberdade de radiodifusão e da diversidade de opiniões pelas empresas de radiodifusão.

Os membros do Conselho Televisivo pertencem, com uma exceção, segundo aspectos políticos, a um dos dois círculos de amigos. Os membros não políticos do Conselho Televisivo são, destarte, “classificados” politicamente. As seções oficiais seguem, em larga medida, as conversas entre os círculos de amigos. Quem não se submete à estrutura bipolar, perde qualquer tipo de influência. Desse modo, talvez se alcance que a televisão não noticie de modo politicamente unilateral. Porém, além disso, não se assegura uma diversidade social ou cultural, mas, pelo contrário, possibilita-se a execução – que em si não deixa de ser legítima – de interesses políticos. Os representantes e as representantes de grupos sociais são confederados para a imposição de seus interesses, muito dependentes da política para poderem enfrentá-la face a face. Com isso, a televisão torna-se um campo do debate político e não um laboratório experimental da diversidade. Os grêmios – e, com eles, as empresas – adequam-se à política às tarefas dos grêmios.

[...].

II.

Ao contrário da argumentação nas Razões da Decisão (a seguir, sob 1.), é obrigatório, por força constitucional, um fortalecimento ou, muito mais, uma criação de liberdade perante o Estado do Segundo Canal Alemão de Televisão por meio de uma ampla desestatização dos grêmios televisivos (a seguir, sob 2.).

1.-2. [...].

III.

Representantes do Executivo na União e nos Estados devem ser ou totalmente excluídos dos grêmios do Segundo Canal de Televisão Alemão – como ocorre na maioria das empresas estaduais – ou, em todo caso, deve ser sua participação reduzida a uma presença mínima (a seguir, sob 1.). Enquanto a solução aqui representada teve a sua praticidade nas empresas estaduais comprovada, é a Decisão, por seu turno, amplamente ineficaz em face da composição do Conselho Administrativo (a seguir, sob 2.).

1. [...].

2. As vagas determinações da Decisão, especialmente no caso do Conselho Administrativo, no qual se concentra a tarefa central de controle sobre o diretor, funcionários de chefia e orçamento (§ 23 II, § 27 II ZDF-StV, § 19 II, alínea “a” do Regulamento do ZDF), não promovem quase nenhuma mudança efetiva (cf. **B.III.2.a** da Decisão): segundo elas, os legisladores estaduais poderiam tão somente aumentar o número dos membros do Conselho Administrativo modestamente de quatorze para dezoito ou poderiam, no caso de aumento do número total em um membro, para quinze, desistir de um membro dos Executivos estaduais. Em que medida a estreita limitação de representantes do Executivo [...] implica uma nova restrição de representantes do Executivo, a Decisão não especifica.

Não se pode opor à ora defendida rigorosa liberdade em relação ao Estado dos Conselhos Televisivo e Administrativo que ela seria impraticável. O Conselho de Radiodifusão da Rádio e Televisão Alemã Ocidental funciona aparentemente bem sem membros estatais; isso vale em larga escala também para as empresas multiestaduais Radiodifusão Setentrional Alemã e Radiodifusão Sudoeste. No caso da Radiodifusão Alemã Ocidental, formaram-se quatro círculos de amigos em parte interseccionados que não são todos compostos conforme parâmetros político-partidários. Tanto quanto observável, em nenhuma das empresas da ARD, exceto da Radiodifusão de Saarland, tem assento um representante do Executivo Estadual no Conselho Administrativo.

IV.

O crescimento conjunto dos meios de comunicação social na era da internet apresenta novos desafios à radiodifusão juspública e à televisão como um todo (cf. BVerfGE 119, 181 [214]; 121, 30 [51]). Mais importante parece, então, que rádio e televisão juspúblicas fortaleçam sua diversidade e independência política, pois diversidade e independência representam pressupostos fundamentais da legitimidade de sua existência. A Decisão dá, ao menos, um pequeno, – no meu entendimento demasiadamente pequeno – passo em direção à sua garantia. Não obstante, pode-se temer, permanece não cumprida a promessa de rádio e televisão distanciadas do Estado mesmo depois da, agora, 14. Decisão do TCF.

Paulus.

Capítulo 11.

Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; **liberdade artística** e científica)

(1)...

(2)...

(3)¹ **A arte** e a ciência, a pesquisa e o ensino são **livres**.² A liberdade do ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

O direito fundamental à liberdade artística garantido no Art. 5 III 1, 1. variante GG não vem acompanhado de uma reserva legal. Sem uma outorga expressa de competência ao legislador para traçar limites a um exercício de liberdade em princípio ilimitado contra intervenções estatais, as medidas estatais restritivas podem encontrar respaldo apenas e diretamente em bens jurídico-constitucionais (hipótese do direito constitucional colidente). Isso significa que, em se tratando de uma intervenção legislativa, a norma restritiva precisa ter como propósito, necessariamente, a tutela de um bem jurídico-constitucional. Intervenções administrativas e judiciais deverão ser pautadas em lei que cumpra o mesmo requisito.

Em sua dimensão jurídico-subjetiva, o direito fundamental à liberdade artística, tal como tutelado no sistema jusfundamental da *Grundgesetz*, tem como função precípua a resistência contra intervenções estatais (*status negativus*), sem exclusão, contudo, da derivação de novos conteúdos de sua dimensão jurídico-objetiva.

Quanto à área da vida social sobre a qual incide a liberdade artística, pode-se dizer que a expressão da atividade artística é relativa à produção e à exposição da arte, de obras de arte.

I.

Em geral, fazem parte de sua **área de proteção** as condutas individuais marcadas pelo conceito de “arte”. Embora qualquer direito possa ser protegido apenas quando definido, o direito fundamental à liberdade artística é marcado pelo paradoxo de que justamente uma definição do que deva ser entendido como arte poderia representar uma irremediável violação pelo órgão do Estado, que também está vinculado a ele, o legislador ordinário, mas, sobretudo, em última instância, pelo juiz constitucional.

1. Poder-se-ia identificar arte a partir das espécies artísticas: música, artes cênicas, escultura, pintura, literatura etc. Porém, tal definição formal excluiria de plano a *avantgard* artística. Arte vive de redefinir suas próprias leis constantemente. Por isso, não se pode chegar a uma definição final e definitiva do conceito de arte do Art. 5 III 1 GG. Não obstante, é imprescindível, no caso concreto, verificar as condições para que uma atividade possa mesmo ser considerada arte no sentido do Art. 5 III 1 GG, ou apenas uma expressão da opinião protegida pelo art. 5 I 1 GG, ou um mero comportamento pertinente à liberdade geral de ação do Art. 2 I GG, ou, ainda, concluir-se que não corresponde à área de proteção de nenhum outro direito fundamental.⁸⁹

2. O TCF desenvolveu as seguintes fórmulas conceituais que são, respectivamente, pertinentes a diferentes aspectos parciais da atividade artística:

a) Segundo um conceito formal, arte é resultado dos objetos tradicionalmente reconhecidos como arte: música, artes cênicas, pintura, escultura, arquitetura, literatura, cinema *et al.* (BVerfGE 30, 173 [188 s.] – *Mephisto*. Cf. a seguir: **Decisão # 50**).

b) Segundo um conceito material, a essência da atividade artística seria caracterizada pela livre configuração criadora como expressão imediata da personalidade individual do artista (Cf. *ibid.*).

c) Por fim, segundo um conceito aberto de arte, tem-se “como atributo caracterizador de uma expressão artística o fato de ser possível, pela via de uma interpretação continuada, extrair da apresentação, por causa da pluralidade de seu conteúdo informativo, significados sempre mais amplos, de tal sorte a resultar em uma transmissão praticamente inesgotável e multinível de informação” (BVerfGE 65, 213 [226 s.] – *Anachronistischer Zug*. Cf. a seguir: **Decisão # 51**).

3. Não obstante, a literatura jurídica especializada é unânime em apontar que esses três conceitos são em si insuficientes, mas bem aplicáveis sistemática e conjuntamente.⁹⁰ Por outro lado, contribuem para vedar o arbítrio judicial sobre o que deva ser entendido como “arte”. O suposto “nível artístico” também é absolutamente irrelevante.

Também não fazem parte da verificação da presença de uma atividade artística avaliações ético-morais de qualquer espécie que estão implícitas em atribuições de adjetivos como: alta arte, alta cultura, profana, sarcástica, cínica, de mau gosto, pornográfica, escatológica, agressiva, imoral, indecente, transgressora, subversiva.⁹¹ Nesse sentido, alguns novos gêneros

⁸⁹ Sobre tais concorrências, cf. em diálogo com a jurisprudência do TCF e dogmática alemã: Martins (2015, p. 48-53).

⁹⁰ Cf. Sachs (2017, p. 404 s.), Hufen (2016, p. 541 s.), Manssen (2016, p. 125 s.), Michael e Morlok (2016, p. 145 s.), Schmidt (2016, p. 218), Schwabe (2016, p. 108), Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 173), Schildheuer (2015, p. 176 – 178), Ipsen (2014, p. 143 s.), von Münch e Mager (2014, p. 272 s.), Gröpl (2013, p. 131), Pieper (2012, p. 149 – 151), Altevers e Pieper (2010, p. 22) e Winkler (2010, p. 58). Cf., por fim, no vernáculo: Martins (2015, p. 41 – 43).

⁹¹ Sobre as implicações casuísticas da assertiva nos vários campos do direito ordinário, cf. da literatura germânica especializada por todos a muito detalhada exposição de Hufen (2016, p. 559 – 571) e à luz do comparado direito brasileiro: Martins (2015, p. 61 – 79). Essa assertiva vale apenas para adjetivações perpetradas por órgãos estatais. Na relação entre os particulares, a liberdade de expressão da opinião garante, pelo menos em tese (oponível de modo

e tipos artísticos que, não raramente, provocam tais classificações, correspondem, em verdade, a expressões artísticas que, em regra, fazem parte da área de proteção: sátira, caricatura, paródia, performance, *happening, flash mobbing*.

4. Quanto ao alcance, a atividade artística desenvolve-se do primeiro ímpeto criativo até sua exposição e divulgação. Correspondentemente, abrangidos são os seguintes âmbitos com repercussões para a avaliação da intensidade das intervenções estatais: o *âmbito da obra*, isto é, a ação artística em si, a colocação em prática da ideia e da vontade artística na realidade, e o *âmbito do efeito*, que corresponde ao aspecto comunicativo da liberdade artística, ou seja, à apresentação e difusão da obra artística.

5. Titulares podem ser pessoas físicas e jurídicas que atuem na criação e difusão de obras de arte.

II.

Intervenções estatais na descrita área de proteção estarão presentes toda vez que o Estado afetar o âmbito da obra ou do seu efeito mediante proibições legislativas ou administrativas e/ou decisões judiciais desfavoráveis em razão da aplicação de sanções civis ou penais. São intervenções, por exemplo,⁹² uma ordem judicial proibitiva da publicação de uma sátira em jornal, a condenação judicial de um ator de teatro de rua por crime injúria a um Ministro de Estado, condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais sofridos por pessoa retratada em romances-chave, condenação penal de autor de charges e caricaturas de símbolos ou personalidades religiosas em jornal, interrupção com ou sem lastro em ordem judicial de peça de teatro ou *happening* em que haja nudez, impedimento por órgãos de segurança da apresentação de “músicos de rua” ou predeterminação por regulação específica de condições para outorga de licença de uso extraordinário de logradouro público e a política estatal de fomento de artes que se paute em critérios ideológicos.

III.

No que tange à **justificação constitucional** de tais intervenções, como aludido, podem ser aplicados apenas os limites derivados de direito constitucional colidente porque a liberdade em pauta foi outorgada sem limites expressos.

1. Até hoje, o TCF e a literatura especializada germânica elencam os seguintes bens jurídicos constitucionais:⁹³

a) Primeiro, na qualidade de direitos fundamentais colidentes: dignidade humana do Art. 1 I GG, direitos fundamentais de personalidade, principalmente decorrentes do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, direitos fundamentais de personalidade decorrentes do mesmo dispositivo, liberdade de crença do Art. 4 I GG c.c. § 166 StGB, direito fundamental familiar/parental à educação dos filhos do Art. 6 II GG, direitos de propriedade intelectual com fulcro no Art. 14 I GG.

b) Em segundo lugar, vêm à pauta outros bens jurídico-constitucionais: objetivo estatal da proteção dos fundamentos vitais da natureza e dos animais do Art. 20a GG, proteção de símbolos estatais como a bandeira nacional do Art. 22 GG (Cf. a seguir: **Decisão # 52**)⁹⁴,

direto, sabidamente, apenas em face do Estado, precipuamente do Estado-juiz), a crítica artística por mais contundente que seja.

⁹² Cf. esses e outros exemplos em Schmidt (2016, p. 222 ss.).

⁹³ Cf., por todos, apenas: Pieper (2012, p. 152 s.) e Schmidt (2016, p. 223 – 225).

⁹⁴ Cf., ainda, a outra decisão do TCF publicada no mesmo dia reconhecendo como obra artística uma paródia satírica do hino nacional alemão: BVerfGE 81, 298, 306 s. – *Verunglimpfung der Nationalhymne*. Igualmente, o TCF aplicou, de

proteção de feriados e dias religiosos (Art. 140 c.c. Art. 139 WRV)⁹⁵ e proteção da criança, adolescente e jovem do Art. 5 II, 2. variante GG.

c) Polêmica é a classificação como intervenção potencialmente justificada na área de proteção ou sua exclusão a priori em caso de agressão dolosa por parte do titular a bens jurídicos alheios, como o direito à propriedade no caso do grafite.⁹⁶ A avaliação jurídica de qualquer manifestação autoproclamada arte e que, em face dos conceitos acima, não possa ser excluída de plano, especialmente com fulcro no conceito aberto de arte, deve pautar-se na busca exaustiva de todas as interpretações possíveis da suposta obra de arte, devendo o órgão judicial chamado a julgar uma lide aplicar, como fundamento de sua decisão, aquela interpretação pela qual a obra de arte não afete direitos de terceiros ou interesses da coletividade (*interpretação orientada pelo direito fundamental*).⁹⁷

2. No que tange aos limites dos limites, examina-se, em regra, a proporcionalidade da intervenção. Complementarmente fala-se em “concordância prática”.⁹⁸

50. BVerfGE 30, 173 (*Mephisto*)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

O Reclamante é uma editora que teve um produto seu, o livro “**Mephisto** – romance de uma carreira” de *Klaus Mann*, proibido por decisão final da Corte Federal de Justiça de 20 de março de 1968, que corroborou a decisão do Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*. No processo original, o autor era o filho adotivo do ator *Gustav Gründgens*. Devido a sua falta de escrúpulos durante os anos 1930, *Gründgens* tornou-se uma grande celebridade sob a égide da Alemanha nazista. O personagem principal do romance de *Klaus Mann*, *Hendrik Höfgen*, era notoriamente, principalmente para os leitores habituais de *Klaus Mann*, inspirado em *Gründgens*. O Superior Tribunal Estadual de *Hamburg* enxergou no romance uma violação da honra pessoal do então recém-falecido ator, além da violação de sua imagem e reputação social, assim como uma agressão à sua memória.

modo não isento de polêmica, a proteção de símbolos estatais como direito constitucional colidente, mas julgou procedente a Reclamação Constitucional movida contra o sancionamento penal. Ainda nesse contexto de obras artísticas dotadas de caráter de engajamento político radical e polêmica crítica ao Estado e a seus símbolos, cf. a avaliação do verso de canção da banda punk alemã “Slime”, fundada em 1979: BVerfG, NJW 2001, 596 s. – *Verunglimpfung des Staates*, com a frase “Deutschland muss sterben, damit wir leben können” (“A Alemanha tem de morrer para que possamos viver”) e, mais uma vez, a sátira com as cores da bandeira: BVerfG, NJW 2009, 908 (“Rot-Schwarz-Senf” – “vermelho-preto-mostarda”).

⁹⁵ Cf., no Cap. 6, a **Decisão # 33** (BVerfGE 125, 39 – *Adventssonntage Berlin*).

⁹⁶ Como *leading case*, cite-se: BVerfG, NJW 1984, 1293 s. (“Sprayer von Zürich” – O *Sprayer* de Zürich, Suíça). Cf., propugnando por uma mais precisa delimitação da área de proteção da liberdade artística em tais casos e, por conseguinte, evitando-se a ocorrência de colisões de direitos fundamentais: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 174 s.) e o detalhado debate com as duas posições contrapostas por Martins (2015, p. 55-58).

⁹⁷ Sobre a necessária distinção entre interpretação conforme a Constituição (da legislação) e a interpretação orientada por direito fundamental (pelo Judiciário, autocontrole), v., por exemplo, a aplicação em caso concreto por Martins (2017, p. 475). Cf. também seu impacto no processo constitucional discutido por Schlaich e Korioth (2015, p. 321 s.) que a chamam, todavia, também pertinentemente, de “interpretação orientada pelo direito constitucional”.

⁹⁸ Por todos, cf. Michael e Morlok (2016, p. 343-359).

A Reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 1, 2 I, 5 I e III, 14 e 103 I GG e dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente, não obstante a grande divisão no Primeiro Senado, que levou à igualdade entre os votos que embasaram a decisão com suas “razões fundamentais” (*tragende Gründe*) e os votos divergentes.⁹⁹ O TCF não vislumbrou, sobretudo, uma violação da liberdade artística (Art. 5 III 1 GG) que, todavia, examinou amplamente.

EMENTAS

1. O Art. 5 III 1 GG é uma norma reguladora e definidora da relação do âmbito da arte com o Estado. Garante, ao mesmo tempo, um direito individual de liberdade.
2. A garantia da liberdade artística abrange não apenas a atividade artística, mas também a apresentação e divulgação da obra de arte.
3. Um editor de livros pode valer-se do direito à liberdade artística.
4. Para a liberdade artística não valem as restrições do Art. 5 II GG, nem as do Art. 2 I, 2. subperíodo GG.
5. Um conflito entre a garantia da liberdade artística e o âmbito da personalidade protegido constitucionalmente deve ser resolvido segundo a ordem constitucional; aqui deve ser considerada principalmente a dignidade humana garantida no Art. 1 I GG.

Decisão [*Beschluss*]

Do Primeiro Senado de 24 de fevereiro de 1971 - 1 BvR 435/68 - [...].

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A Reclamação Constitucional impugna a proibição, conseguida pelo filho adotivo e sucessor do falecido ator e administrador teatral *Gustaf Gründgens*, infligida à Reclamante de imprimir, distribuir e publicar o livro “Mephisto, romance de uma carreira”, de *Klaus Mann*. O autor, que emigrou da Alemanha no ano de 1933, publicou o romance em 1936 na Editora *Querido*, em *Amsterdam*. Após sua morte em 1949, o romance foi publicado em 1956 na *Aufbauverlag*, em Berlin Oriental.

O romance descreve a ascensão do talentoso ator *Hendrik Höfgen* que renegou sua convicção política e deixou para trás todas as relações humanas e éticas para fazer carreira artística a partir de um pacto com os donos do poder na Alemanha nazista. O romance apresenta todas as condições psíquicas, intelectuais e sociológicas que possibilitaram a sua ascensão.

O ator *Gustaf Gründgens* serviu de modelo à personagem do romance, *Hendrik Höfgen*. [...].

[...].

1.-3. [...].

B. – I. – II., C. I. – II. [...]

III.

O Art. 5 III 1 GG declara a arte, assim como a ciência, a pesquisa e o ensino, como livres. Com essa garantia de liberdade, o Art. 5 III 1 GG contém, segundo seu texto e sentido, em primeiro lugar, uma norma objetiva, reguladora da relação entre o âmbito da arte e o do Estado. Ao

⁹⁹ Caso em que se confirma a constitucionalidade do ato impugnado segundo o § 15 III 3 BVerfGG. Sobre o papel dos votos divergentes, v. Korieth e Schlaich (2015, p. 34-38).

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

mesmo tempo, a disposição garante àquele que trabalha nesse âmbito um direito individual de liberdade.

1. O âmbito da vida “arte” deve ser definido por meio das características estruturais próprias a ela e moldadas por sua essência. Delas deve partir a interpretação do conceito de arte da Constituição. O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo *medium* de certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

A garantia da liberdade artística abrange, de igual modo, tanto o “âmbito da obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito da obra), mas, além disso, a apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias ao encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito”, no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte, é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG [...].

2. [...].

[...].

3. O Art. 5 III 1 GG garante amplamente a liberdade da atividade no campo da arte. Por isso, se para se estabelecer as relações entre artista e público são necessários meios editoriais, também as pessoas que exercem tais atividades intermediadoras são protegidas pela garantia da liberdade artística. [...].

4. A arte está garantida, em seu caráter de autonomia e que obedece a leis próprias, sem reservas pelo Art. 5 III 1 GG. As tentativas de limitar a garantia de liberdade artística mediante diminuição axiológica do conceito de arte, por interpretação ou analogia extensiva decorrente de regras de limites de outros dispositivos constitucionais, não devem ter êxito em face do claro dispositivo do Art. 5 III 1 GG. Como a Corte Federal de Justiça com razão admite, particularmente inaplicável é o Art. 5 II GG, que limita [apenas] os direitos fundamentais do Art. 5 I GG. A separação sistemática dos âmbitos de garantia do Art. 5 GG identifica o parágrafo 3 [Art. 5 III GG] dessa norma como sendo *lex specialis* em relação ao parágrafo 1 [Art. 5 I GG] e, por isso, proíbe que os limites do parágrafo 2 [Art. 5 II GG] sejam aplicados também aos âmbitos mencionados no parágrafo 3 [Art. 5 III GG]. Tampouco seria admissível separar partes isoladas do contexto de uma obra de arte literária evê-las como expressão da opinião consoante o Art. 5 I GG, sobre a qual se aplicariam os limites do parágrafo 2 [Art. 5 II GG]. Também a gênese do Art. 5 III GG não oferece suporte para a tese de que o legislador quis ver a liberdade artística como um sub-caso da liberdade de expressão da opinião. [...].

Também se deve rejeitar a ideia de que a liberdade artística, conforme o Art. 2 I, 2. Subperíodo GG, estaria limitada pelos direitos dos outros, pela ordem constitucional e pela lei moral. Essa posição é incompatível com a relação de subsidiariedade do Art. 2 I GG, reconhecida pela Corte Federal de Justiça em jurisprudência consolidada sobre a especialidade dos direitos de liberdade individual (cf., entre outros: BVerfGE 6, 32 [36 ss.]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 s.]), relação essa que não admite uma extensão da reserva em favor da comunidade

[*Gemeinschaftsvorbehalt*] do Art. 2 I, 2. subperíodo GG às áreas da vida protegidas por direitos fundamentais especiais. Pelas mesmas considerações, proíbe-se aplicar o Art. 2 I GG como regra de interpretação para a exegese do sentido do Art. 5 III 1 GG. Essa regra-limite também não deve ser aplicada ao “âmbito do efeito” da arte.

5. Por outro lado, o direito de liberdade não é concedido sem limites. A garantia de liberdade do Art. 5 III 1 GG parte, assim como todos os direitos fundamentais, da concepção de pessoa humana da *Grundgesetz*, isto é, do ser humano como personalidade responsável por si mesma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social (BVerfGE 4, 7 [15 ss.]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Todavia, a ausência de reservas do direito fundamental tem como significado o fato importante de os limites da garantia da liberdade artística poderem ser determinados somente pela própria Constituição. Como a liberdade artística não contém reserva [em favor] do legislador ordinário, não pode ser relativizada nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada que, sem base constitucional e sem salvaguardas suficientes do devido processo legal [próprias da realização do princípio do Estado de direito], acabem por ameaçar os bens necessários para a existência da comunidade do Estado. Pelo contrário, um conflito a ser observado no contexto da garantia da liberdade artística deve ser resolvido por meio da interpretação constitucional, segundo o paradigma da ordem axiológica da *Grundgesetz*, observando-se a unidade de seu sistema axiológico fundamental. Como parte do sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade artística está ligada principalmente à dignidade humana garantida no Art. 1 GG, que domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais como valor máximo (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]).

Porém, a garantia da liberdade artística pode colidir com o âmbito da personalidade igualmente protegido pela Constituição, porque uma obra de arte também pode desenvolver seus efeitos ao nível social.

[...].

6.-7. [...].

IV.

O TCF tem de decidir se os tribunais, em sua ponderação entre o âmbito da personalidade protegido pelo Art. I 1 GG do falecido *Gustaf Gründgens* e seu filho adotivo e a liberdade artística garantida pelo Art. 5 III 1 GG, levaram em consideração os princípios expostos. Na decisão dessa questão, o resultado no Senado foi o empate de votos. Consequentemente, não pôde ser constatado, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, que as decisões impugnadas violam a *Grundgesetz*.

1.-3. [...].

V.

[...]

Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Rupp-v. Brünneck, Dr. Brox

Opinião divergente do Juiz Dr. Stein sobre a Decisão [*Beschluss*]

do Primeiro Senado do TCF de 24 de fevereiro de 1971 - 1 BvR 435/68 -

Na Decisão retro, apresenta-se sob C.IV o entendimento dos três juízes que responderam afirmativamente à pergunta lá feita sob 1. Como um dos três outros juízes que a responderam negativamente, fundamento minha visão divergente como segue:

I. – II. 1. – 6. [...]

Dr. Stein.

Opinião divergente da Juíza *Rupp-v. Brünneck* sobre a decisão [Beschluss]

Acompanho a opinião divergente do Juiz Dr. Stein e gostaria apenas de, sinteticamente, destacar e completar o seguinte:

1. – 4. [...].
Rupp-v. Brünneck

51. BVerfGE 67, 213 (Anachronistischer Zug)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Por ocasião das eleições ao Parlamento Federal de 1980, os opositores do então candidato à chefia do Governo Federal da tradicional coligação dos partidos de centro-direita CDU/CSU, Franz Josef Strauß, à época Ministro-Presidente de Bayern (chefe do Executivo estadual no âmbito do regime parlamentarista governo, equivalente ao governador de Estado, no regime presidencialista), valeram-se de uma forma politizada de teatro de rua para insinuar sua proximidade ideológica ao nacional-socialismo. Atribuir a qualquer político ou pessoa qualquer tipo de simpatia ao nacional-socialismo, por menor que seja, é ato considerado gravíssima ofensa (injúria) na cultura política e na sociedade alemãs.

Tratava-se do “trem anacrônico” (*Anachronistischer Zug*) formado por veículos alegóricos adaptados e pedestres que encenavam uma peça teatral inspirada em poema parcialmente homônimo de autoria de Bertold Brecht, o internacionalmente conhecido poeta germânico que fora bastante atuante com sua arte engajada, precipuamente, entre as décadas de 1920 a 1940.

No referido poema, cujo título completo continha o complemento “*oder Freiheit und Democracy*” (“ou liberdade e democracy”), Brecht atacava, após a capitulação incondicional do Terceiro Reich diante dos Aliados, o que considerava sua *continuidade* no período de gestação da República Federal da Alemanha e início da Guerra Fria, tanto em termos pessoais como, em parte, também ideológica.

O “trem anacrônico” passava pela Alemanha totalmente destruída carregando personalidades políticas e pessoas representativas de várias áreas da sociedade civil às quais se juntariam na “capital do movimento” (alusão à Berlin e, mais sutil, ao nazismo que começou como um “movimento”) os seguintes “companheiros de partido”: “opressão, lepra, fraude, burrice, assassinato e roubo”. Todos eles exigiam “*Freiheit und Democracy*” (liberdade e democracy, a última redigida mesmo, ironicamente, em idioma inglês).

Na adaptação do texto de Brecht ao espetáculo de rua, no aludido contexto da campanha eleitoral, a poesia foi apresentada como “descrição da realidade atual”. O roteiro da peça, que passou a ser conhecida pelo nome que identifica a presente decisão, recebeu o título oficial de “um trem para a salvação da pátria ou liberdade e democracy”. As encenações ocorreram em diversas cidades, de 15 de setembro a 4 de outubro de 1980.

Segundo o roteiro, de fato em grande medida aplicado às encenações, o primeiro veículo do trem trazia um grande sino com a frase “liberdade e democracy”, seguido por uma caçamba sobre a qual havia um “general”, um caminhão militar com um foguete e uma capela militar, três limusines pretas com as marcas “SIE-MENS”, “FLI-CK”, “THYS-SEM”, em alusão a

duas das mais conhecidas multinacionais alemãs, um carro com “membros da Corte Popular de Justiça” e outro com um segurança privado uniformizado de preto.

Não bastassem todas essas evidências simbólicas, a conotação político-partidária de alinhamento bem à esquerda, em meio à Guerra Fria, restou óbvia por meio de alusões irônicas ao mote de campanha eleitoral da CDU/CSU daquele ano, “liberdade ao invés de socialismo”, feitas em cartazes, entre outros, com os seguintes dizeres: “liberdade ao invés de manteiga”, “pela vitória na Terceira Guerra Mundial”, “liberdade ao invés de comunismo”, “por uma Alemanha dentro das fronteiras de [vigentes em] 1937”, “liberdade ao invés de política”, “pelo direito a um *Bild-Zeitung*” (jornal popular com perfil sensacionalista e de direita, com a maior tiragem e pertencente ao maior grupo editorial-jornalístico alemão: *Springer Verlag*, cf. retro, **Decisão # 42.**) e “liberdade ao invés de desapropriação”.

Strauß foi representado por um ator, o autor da presente Reclamação Constitucional, no último veículo acompanhado por seis “pragas” ou companheiros de partido do Terceiro Reich, na forma de seis bonecos representativos dos mais importantes políticos nazistas atuantes no Terceiro Reich, com destaque para o próprio Hitler (lepra) e Goebbels (fraude). Na medida em que, durante a recitação do poema, iam aparecendo os vocábulos opressão, lepra etc., os correspondentes bonecos eram temporariamente dominados por *Strauß* até que, ao final, as seis figuras se levantavam, encobriam a visão que o público transeunte podia ter do ator, ora Reclamante, que representava *Strauß*, deixando visível apenas o cartaz por ele segurado com a frase impressa “liberdade e democracy”.

Após o ajuizamento e correspondente instrução de uma ação penal à qual *Strauß* aderiu como assistente de acusação, o Reclamante foi condenado pelo juízo de primeira instância por injúria a uma pena de multa. Embora o Reclamante tenha alegado em sua contestação à ação penal que o assistente de acusação não lhe interessava pessoalmente e que tão somente seguira todas as indicações do roteiro da peça, mostrando, inclusive, que ele lutara contra os bonecos e, assim, não demonstrando irmandade em relação a eles, o juízo não se convenceu. Em síntese, levando em consideração o observador médio da apresentação que tivesse assistindo, durante a preparação do espetáculo, o ator representando *Strauß* no carro ao lado dos célebres nazistas, entenderia que ele estivesse no “mesmo barco” que aqueles. Não haveria de se falar, em face desse momento prévio à apresentação, em exercício da liberdade artística.

Na sequência, interposto pelo Reclamante o cabível recurso de revisão diretamente junto ao Superior Tribunal Estadual de Bayern, a sentença condenatória não foi reformada pelo referido tribunal, que a descartou, já no juízo de admissibilidade, como “notoriamente improcedente”.

EMENTA

Sobre o alcance da liberdade artística (Art. 5 III 1 GG) no julgamento penal de um teatro político de rua.

Decisão [*Beschluss*]

Do Primeiro Senado de 17 de julho de 1984 – 1 BvR 816/82 –

No processo da Reclamação Constitucional do Sr. L... [...] contra: a) a Decisão do Superior Tribunal Estadual de Bayern de 30 de abril de 1982 - 5 St 91/82 -, b) a Decisão do Juízo de Primeira Instância de Kempten (*Allgäu*) de 30 de outubro de 1981 - Ls 20 Js 12 777/80 -.

Dispositivo:

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

A Decisão do Juízo de Primeira Instância de *Kempten* (*Allgäu*) de 30 de outubro de 1981 - Ls 20 Js 12 777/80 – e a Decisão do Superior Tribunal Estadual de Bayern de 30 de abril de 1982 - 5 St 91/82 – violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 5 Parágrafo 3 Período 1 da *Grundgesetz* e são, na extensão em que elas o atingem, anuladas. Devolvem-se os autos do processo ao Juízo de Primeira Instância de *Kempten* para nova audiência e decisão. O Estado Livre Bayern deve ressarcir ao Reclamante suas despesas necessárias.

RAZÕES

A.

Objeto da Reclamação Constitucional é definir se uma condenação por crime de injúria no âmbito de um teatro político de rua é legítima em face da garantia da liberdade artística do Art. 5 III 1 GG.

I. 1.-3., II., III. 1-2. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

Embora a própria peça exordial da Reclamação limite-se a nomear as decisões impugnadas e alguns artigos de direito fundamental caracterizados como violados, a Reclamação Constitucional cumpre as exigências do § 92 BVerfGG. [...].

C.

A Reclamação Constitucional é procedente. As decisões impugnadas violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 5 III 1 GG.

I.

A Reclamação Constitucional impugna decisões jurisdicionais penais, as quais, em face das provas produzidas, assim como da interpretação e aplicação do direito penal, em princípio, não devem ser reexaminadas pelo TCF. Esse deve, contudo, garantir que os tribunais ordinários observem as normas e parâmetros jusfundamentais. No caso, os limites da possibilidade de sua intervenção dependem, nomeadamente, da intensidade da afirmada afetação de direito fundamental: alcança-se a fronteira para uma violação do direito constitucional objetivo, a qual deve ser corrigida pelo TCF, quando a decisão dos tribunais penais revelarem erros na verificação dos fatos ou de interpretação que sejam baseados em uma equivocada compreensão do significado de um direito fundamental, especialmente da extensão de sua área de proteção, e também se os erros forem relativamente relevantes em seu significado material para o caso jurídico concreto (cf. BVerfGE 66, 116 [131] – Springer/Wallraff -; cf. também no contexto da garantia da liberdade artística já: BVerfGE 30, 173 [188, 196 s.]). No mais, quanto mais ressonantemente uma condenação atingir, em sede de conclusão, a esfera jusfundamental do condenado, mais rigorosas devem ser as exigências endereçadas à fundamentação dessa intervenção e mais longe irão as possibilidades de reexame do TCF (cf. BVerfGE 42, 143 [148 s.] – DGB).

Uma condenação penal, como sanção de ilícito criminal, já tem em si uma intensidade maior do que uma condenação civil a um não fazer, rescisão contratual ou indenização por dano (BVerfGE 43, 130 [136] – panfleto político). No caso da sanção penal de uma ação para a qual a garantia da liberdade artística esteja em pauta surge, no mais, o perigo de os efeitos negativos para o exercício dessa liberdade – que é garantida sem reserva legal por causa de sua especial importância – extrapolarem o caso concreto. Junto a essa constelação fática, o TCF não pode, em seu exame, ficar adstrito a investigar se as decisões impugnadas baseiam-se em uma compreensão em princípio equivocada do significado do Art. 5 III 1 GG, especialmente da

extensão de sua área de proteção, tampouco podem permanecer fora da análise alguns erros de interpretação (cf. BVerfGE 42, 163 [169]; 43, 130 [136 s.]; 54, 129 [136]; 66, 116 [131]).

II.

A realização do “trem anacrônico” faz parte da área de proteção do direito fundamental da liberdade artística (Art. 5 III 1 GG), junto à qual devem ser medidas as decisões impugnadas na extensão descrita.

1. Essa outorga de liberdade contém, segundo seu teor e sentido, primeiro, uma norma principiológica objetiva que regulamenta a relação do âmbito da vida “arte” em relação ao Estado. Ao mesmo tempo, o dispositivo garante a qualquer um, que atue nessa área, um direito de liberdade individual. Ela diz respeito, igualmente, tanto ao “âmbito da obra” da criação artística, quanto também ao “âmbito do efeito” da apresentação e difusão de uma obra artística, no qual se assegura o acesso da opinião pública àquela (BVerfGE 30, 173 [188 s.]). Foi inserida na *Grundgesetz* a garantia sob a impressão das experiências dolorosas que os artistas tiveram de tolerar durante a titularidade nacional-socialista do poder. Isso é relevante também para a interpretação do Art. 5 III 1 GG: a garantia da liberdade artística não pode ser restringida por meio de um encurtamento axiológico do conceito de arte, nem por meio de interpretação extensiva ou analogia com fulcro na regulamentação de limites por outros dispositivos constitucionais (BVerfGE *ibid.* [191]).

2. A área da vida “arte” é marcada pela essência da arte; sua definição deve se dar exclusivamente por seus próprios elementos estruturais. Segundo essa medida, não pode ser descrita mediante um conceito geral válido para todas as formas de expressão do exercício artístico e para todas as espécies de arte, uniformemente, quão longe alcança a garantia da liberdade artística e o que em detalhes ela significa (cf. BVerfGE *ibid.* [183 s.]).

a) Das tentativas pretéritas da teoria da arte (incluindo-se as reflexões de artistas praticantes sobre sua ação) de se certificar de seu objeto não se pode extrair uma suficiente determinação, de tal sorte que não há um conceito consolidado de arte no âmbito extrajurídico. A falta de qualquer consenso na teoria da arte sobre parâmetros objetivos tem a ver, entretanto, entre outros, com uma característica especial da vida artística: a “Avantgarde” intenciona justamente ampliar as fronteiras da arte. Isso e uma desconfiança geral por parte de artistas e teóricos da arte contra estáticas formas e convenções conservadoras são características do âmbito da vida arte, as quais devem ser respeitadas e já indicam que apenas um conceito amplo de arte pode levar a resultados adequados.

b) A impossibilidade de se definir em geral a arte, não desconstitui, por outro lado, a obrigação jurídico-constitucional de proteger a liberdade do âmbito da vida arte, ou seja, de decidir junto à concreta aplicação do direito se os pressupostos do Art. 5 III 1 GG estão presentes.

Mesmo que a literatura jurídica e a jurisprudência tenham desenvolvido, para a aplicação de leis que contenham “arte” como elemento do suporte fático, fórmulas e critérios delimitativos, isso não basta para a interpretação da garantia constitucional porque a interpretação de direito infraconstitucional é orientada pelos mais variados propósitos de regulamentação.

Tentativas mais engajadas de uma determinação conceitual constitucional abordam, tanto quanto observável, somente aspectos parciais; eles podem reivindicar validade para, respectivamente, apenas alguns setores da atuação artística (cf. da extensa literatura jurídica, p.ex.: Ropertz, *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, Diss. Heidelberg 1963; Erbel,

Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstdurchsetzungsgarantie, 1966; Knies, Schranken der Kunstdurchsetzung als verfassungsrechtliches Problem, 1967; von Noorden, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz [Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG] und die Strafbarkeit der Verbreitung unzüchtiger Darstellungen [§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB], Diss. Köln 1969; Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969; Vogt, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Diss. Zürich 1975; todas com numerosas referências). Pelo menos esses esforços contêm aspectos racionais que, em sua totalidade, no caso concreto, possibilitam uma decisão sobre se uma matéria faz parte da área de proteção do Art. 5 III 1 GG.

3. a) O TCF enfatizou como sendo essencial ao exercício artístico “a livre configuração criativa”, “na qual impressões, experiências e vivências do artista são trazidas à visualização direta pelo *medium* de uma determinada linguagem formal”. Toda atuação artística seria uma intersecção de processos conscientes e inconscientes que não poderiam ser resolvidos racionalmente. Na criação artística, a intuição, a fantasia e o senso artístico produzem efeitos conjuntamente; ela seria, em primeira linha, não comunicação, mas expressão, v.g., expressão imediata da personalidade individual do artista (BVerfGE 30, 173 [189]). Tentativas semelhantes de descrições materiais baseadas em valores na literatura jurídica enfatizam as características da criatividade, da expressão de vivências pessoais, da dação de forma, assim como da transmissão comunicativa de sentido (cf. Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/ Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3, n. 24, 29; Scheuner, Die Bundesrepublik als Kulturstaat, in Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1977-1978, p. 113 [126]; Würtenberger, Vom strafrechtlichen Kunstbegriff, in Festschrift für Eduard Dreher, 1977, p. 79 [89]; Geiger, Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, in Festschrift für Gerhard Leibholz, 1966, p. 187 [191]).

As condições assim descritas são atendidas pela apresentação do “trem anacrônico”. Elementos criativos não se encontram apenas no poema de Brecht, mas também no tipo de sua execução por intermédio de imagens. O poema e sua representação podem ser considerados como suficientemente “formados”. Experiências históricas gerais e pessoais – relacionadas à situação política atual – devem ser [segundo os artistas] expressas e trazidas à imediata visualização.

b) Quando se enxerga a essência de uma obra artística no fato de, em uma apreciação formal, tipológica, serem preenchidas as exigências da espécie de um determinado tipo de obra, aplicando-se, portanto, um conceito de arte mais formal que se liga a uma atividade e aos resultados, por exemplo, da pintura, da escultura e da poesia (cf. Müller, *ibid.*, especialmente: p. 41 s.; Knies, *ibid.*, p. 219), então não pode ser subtraída do “trem anacrônico” sua qualidade de obra artística. O poema que constitui a base de sua apresentação corresponde, de igual modo, a uma das clássicas formas de expressão artística, assim como a representação em forma de teatro que foi trazida à cena por atores (com máscaras e adereços) com base em uma direção concreta. Também nada muda nessa análise o fato de que foi representada uma forma especial de “teatro de rua”; palcos instalados em lugar fixo não são superiores quando comparados a palcos itinerantes, uma forma teatral de longa tradição.

c) Também quando se enxerga como atributo caracterizador de uma expressão artística o fato de ser possível, pela via de uma interpretação continuada, extrair da apresentação, por causa da pluralidade de seu conteúdo informativo, significados sempre mais amplos, de tal sorte a resultar em uma transmissão praticamente inesgotável e multinível de informação (cf. von

Noorden, *ibid.*, p. 82 ss.), esse atributo está presente no caso do "trem anacrônico". Já a descrita forma especial de teatro de rua implica que se crie uma distância em relação aos expectadores, os quais compreendem que se lhes está apresentando exatamente "teatro". A poesia – que em si já é passível de interpretação diversificada – até se torna mais clara quanto ao seu objetivo por meio de sua atualização e alusão a pessoas contemporâneas e acontecimentos. Não obstante, ela permanece, em sua mensagem, como antes, ambivalente, principalmente porque a declaração não é direta, mas, ao contrário, indiretamente composta a partir de variados elementos (por exemplo: textos em cartazes, bonecos, pessoas com adereços, grupos de pessoas).

d) Assim, que a realização do "trem anacrônico" seja abrangida pela área de proteção Art. 5 III 1 GG também não pode ser negado por ter o organizador, em primeiro plano e notoriamente, uma intenção política. Regras vinculantes e avaliações para a atividade artística não podem ser criadas também no caso de o artista dialogar com acontecimentos atuais; o âmbito da "arte engajada" não é retirado da garantia de liberdade (BVerfGE 30, 173 [190 s.]).

III.

1. A arte é, em sua autonomia e autonormatização, protegida pelo Art. 5 III 1 GG sem reservas; nem a "tríade de limites" do Art. 2 I, 2. Subperíodo GG, nem os limites do Art. 5 II GG valem para ela de modo direto ou analógico (BVerfGE 30, 173 [191 s.]). Ao contrário, também a liberdade artística encontra limites diretamente em outros dispositivos da Constituição que protejam bens jurídicos do mesmo modo essenciais à ordem constitucional da *Grundgesetz*. Isso vale, nomeadamente, para o direito de personalidade protegido pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Contudo, a liberdade artística traça, por sua vez, limites ao direito de personalidade. Para determiná-los no caso concreto, não basta, portanto, no processo judicial, desconsiderando-se a liberdade artística, verificar uma afetação do direito de personalidade – aqui na forma de uma injúria: é necessário esclarecer se essa afetação é de tal sorte grave a ponto de a liberdade da arte ter de ceder; aqui, uma afetação amena ou a mera possibilidade de uma afetação grave não são suficientes em face do elevado significado da liberdade artística. Caso se possa verificar sem dúvidas uma afetação grave do direito de personalidade, então ela não poderá ser justificada pela liberdade artística.

2. As exigências jurídico-constitucionais ora resultantes foram ignoradas pelo juízo de primeira instância:

a) Expressões artísticas são passíveis e carecedoras de interpretação; um elemento indispensável dessa interpretação é a observação panorâmica da obra. Proíbe-se por ela que algumas partes de uma obra artística sejam descoladas de seu contexto e que seja especificamente investigado se ela deve ser examinada como crime. Assim, deve ser questionado constitucionalmente se o juízo de primeira instância partiu do fato de que os acontecimentos criminalizados teriam ocorrido fora da apresentação propriamente dita e daí concluiu que o Art. 5 III 1 GG não devesse ter sido aplicado. No caso, já se ignorou a necessidade puramente prática de fazer preparações perceptíveis [aos transeuntes] ou de realizar trocas nas formações dos grupos (acontecido em Kassel). Aqui, deve ser considerado que no teatro moderno a preparação perceptível pode fazer parte do conceito artístico global. A apresentação simbólica por meio de bonecos e cartazes pode ter, também fora da apresentação, um valor explicativo. Mas isso foi justamente evitado pelos organizadores, uma vez que o trem fora interceptado em viagens intermunicipais. Não muda nada nessa avaliação

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

o fato de que o trem não pôde ter sua apresentação imediatamente iniciada na cidade de *Sonthofen*. Por isso não respondiam o Reclamante nem o organizador, mas se deveu a ordens determinadas por órgãos de segurança pública. [...].

Igualmente constitucionalmente equivocado, como resultado do retro desenvolvido, foi não partir, antes da verificação de uma injúria, da – pelo Art. 5 III 1 GG exigida – observação global, mas apenas do carro das pragas.

b) No mais, o juízo de primeira instância ignorou que, caso tivesse procedido à tal obrigatoriedade observação global, teriam vindo à pauta mais possibilidades de interpretação.

Não se carece aqui de uma decisão definitiva a respeito de qual parâmetro deva ser aplicado quando mensagens artísticas são analisadas juspenalmente, principalmente porque isso é, genericamente e para todas as formas de arte, praticamente impossível de ser feito. Alguém não familiarizado totalmente com formas de apresentação artística não pode com certeza fixar parâmetros se se tratar da compreensão da arte; por outro lado, porém, não se pode também basear-se em alguém dotado de grande formação artística, em todo caso não quando – como aqui – a expressão for dirigida em rua aberta a um público formado aleatoriamente. No caso, basta questionar como um transeunte, que estivesse pronto para observar o trem completo e a apresentação da poesia, pôde compreender a representação do "carro das pragas".

Também assim seria possível o entendimento segundo o qual o coautor da ação [judicial originária, em face do Reclamante] teria se sentado com celebridades nazistas no mesmo carro e, portanto, deveria ser igualado a eles por representar seus objetivos políticos. Junto a uma observação específica do conteúdo da poesia poderia, de igual modo, surgir a impressão [contrária] de que se deveria até travar uma luta contra essas celebridades nazistas. Contudo, essa luta seria tão hipócrita e mentirosa quanto o distanciamento em relação ao passado nazista retratado na poesia de *Brecht*.

Outro observador poderia chegar à conclusão de que o coautor da ação combateria, ainda que sem sucesso, corporificações do nacional-socialismo. [...].

[...].

3. Sobre esses erros baseiam-se as decisões impugnadas. Não pode ser excluída a possibilidade de que os tribunais teriam decidido de outra maneira se tivessem observado as apresentadas exigências constitucionais. As decisões tiveram de ser, portanto, suspensas; a matéria teve de ser devolvida ao juízo de primeira instância. Quando da nova audiência e decisão, deverá o juízo observar os princípios apresentados sobre a relação entre a liberdade artística e o direito geral da personalidade.

Herzog, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner, Niedermaier e Henschel

52. BVerfGE 81, 278 (Bundesflagge)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Objeto das duas Reclamações Constitucionais julgadas pelo TCF foram condenações dos dois Reclamantes pelo crime de difamação do Estado e de seus símbolos previsto no Código Penal alemão (§ 90 a StGB), transscrito, a seguir, no início das razões da decisão.

O primeiro Reclamante era o sócio-diretor de uma distribuidora de livros. O segundo era um jornalista, membro da Redação de uma revista com linha editorial crítica e satírica, especialmente antimilitarista. Nela foi publicada uma reportagem sobre a ação penal movida pela promotoria de Hamburg contra o primeiro Reclamante.

Tratava-se da subsunção à referida norma penal de uma colagem encontrada na contracapa de livro feita a partir de montagem fotográfica e de sua parcial reprodução em um periódico.

Em relação ao primeiro Reclamante, os fatos que o levaram à condenação foram, em apertada síntese, os seguintes: entre 1981 e 1982 vendeu muitos exemplares do livro em tela por ele editado que continha caricaturas e colagens ilustrando textos antimilitaristas em poesia e prosa. Na contracapa do livro fora impressa uma colagem composta por duas fotografias. Na parte inferior, aparecia uma foto em preto e branco de uma cerimônia militar em que um soldado do Exército alemão segurava uma **bandeira nacional** (*Bundesflagge*), enquanto na parte superior aparecia um corpo masculino retratado dos joelhos até a cintura em posição corporal típica de um homem urinando. Com efeito, saía dele um jato de líquido amarelo direcionado à bandeira alocada na referida foto e uma poça amarela no chão, abaixo da bandeira.

Na fundamentação da decisão condenatória, o juízo de primeira instância enxergou na fotomontagem uma demonstração de profundo desprezo que, segundo sua forma e conteúdo, correspondia a uma ofensa da honra pessoal.

O Reclamante interpôs Recurso Direto de Revisão perante o Superior Tribunal Estadual que não o proveu, apontando, em síntese, o seguinte: embora a colagem até deva ser vista como uma obra de arte, ela representa uma violação de um bem jurídico-constitucional. Na ponderação entre a liberdade artística e a proteção do símbolo estatal lastreado no Art. 22 GG, a primeira deveria ser sobrepujada por representar um ataque frontal não àqueles que poderiam ter dela abusado, segundo as ideias propagadas no texto, mas à própria bandeira e à estatalidade nela representada. Isso seria agravado por se tratar de uma cerimônia de juramento à própria bandeira nacional, uma forma especial de expressão do Estado. O efeito seria sustentável no tempo por se tratar não apenas de um panfleto, mas da contracapa de um livro. Por fim, a não imposição da liberdade artística nesse caso decorreria da “relação do indivíduo com a comunidade” social e política.

No caso do segundo Reclamante, a reportagem a respeito da denúncia oferecida pelo Ministério Público foi trespassada de tom satírico e apresentava aos leitores uma espécie de “enigma premiado”, desafiando-os a resolvê-lo. Tratava-se da reprodução das duas fotos, porém apartadas entre si, postadas uma ao lado da outra, levemente inclinadas. Os leitores deveriam, segundo o desafio dos editores, com o uso de tesoura e cola, fazer suas próprias montagens. Como dica, os editores apresentavam três alternativas de significado, todos satíricos, para cada uma das duas fotos.

Esse segundo Reclamante também foi condenado e seus recursos não foram providos com fundamentos semelhantes aos fundamentos das decisões sobre os recursos do primeiro Reclamante.

EMENTAS

1. A liberdade da arte não encontra seus limites apenas nos direitos fundamentais de terceiros. Ela pode chocar-se também com outros bens protegidos constitucionalmente.

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

2. O Art. 5 III 1 GG não impossibilita genericamente uma condenação penal prevista no § 90a I n. 2 StGB por difamação da bandeira nacional mediante uma representação artística.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 07 de março de 1990 – 1 BvR 266/86 e 913/87 –

No processo das Reclamações Constitucionais...

Dispositivo:

...¹⁰⁰

RAZÕES

A.

Os Reclamantes impugnam suas condenações por difamação da bandeira nacional [literalmente, porém: “bandeira federal”]. A norma do Código Penal que embasou suas condenações tem o seguinte teor:

“§ 90a Difamação do Estado e seus símbolos

(1) Quem, publicamente, em uma reunião ou mediante difusão de escritos (§ 11 III)

1. xingar a República Federal da Alemanha ou um de seus Estados-membros ou sua ordem constitucional ou a ridicularizarem de má-fé

ou

2. difamar as cores, a bandeira, o selo ou o hino da República Federal da Alemanha, será condenado a pena privativa de liberdade de até três anos ou multa.

(2) - (3)...

I. 1.-3.a)-b), II. 1.-3. [...]

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes. As decisões atacadas violam os direitos fundamentais dos Reclamantes decorrentes do Art. 5 III 1 GG.

I.

No caso das cominações penais de ações em relação às quais o Reclamante chama para si a liberdade da arte, o TCF não avalia apenas se a expressão criminalizada faz parte da área de proteção do direito fundamental e se sua extensão foi em princípio corretamente reconhecida na decisão impugnada. Ele investiga também se o tribunal julgou a obra com base nos elementos estruturais próprios da arte (cf. BVerfGE 30, 173 [188]), ou seja, se aplicou parâmetros “adequados à obra” (BVerfGE 75, 369 [376] com referência a: BGH, NJW 1983, p. 1194 [1195]) e se traçou, sobre a referida base, os limites positivados para a arte de modo individual e procedente (por último: BVerfGE 77, 240 [251]). Motivo para isso é que o TCF orienta suas competências intervenientes a depender, por um lado, de com que intensidade a decisão jurisdicional atinge a esfera do Reclamante; por outro lado, do significado especial do direito atingido (cf. BVerfGE 67, 213 [223]). Isso não pode ser mal compreendido no sentido de que certas liberdades fundamentais gozariam de um grau hierárquico desde o início superior aos demais direitos constitucionais subjetivos. Decisivo para a intensidade majorada de exame é, pelo contrário, a peculiaridade dos direitos fundamentais que vêm à pauta. Do mesmo modo que a expressão da opinião, a atividade artística vive da ressonância pública. É claro que junto a esses direitos fundamentais de comunicação surgem colisões com outros valores

¹⁰⁰ Como no original: excepcionalmente, não consta a “fórmula decisória” (*Entscheidungsformel*), o dispositivo da decisão, no original disponibilizado pelo principal site de consulta à jurisprudência do TCF. Cf. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv081278.html>.

constitucionais, especialmente com direitos fundamentais de terceiros. Até aqui, chegar à correta compensação entre os bens jurídicos conflitantes mediante aplicação das normas do direito ordinário para tanto criadas é, em primeira linha, tarefa do legislador. A aplicação do direito ordinário não tem, todavia, efeitos irrelevantes nas posições protegidas constitucionalmente. Erros individuais na interpretação do direito ordinário e na interpretação da expressão ou da obra artística já podem levar a um sopesamento errado. Por causa das graves consequências que tais erros podem acarretar no processo penal, é inevitável, pelo menos nesse caso, um controle mais intenso por parte do TCF (cf. também BVerfGE 43, 130 [137]). Isso vale também em vista do efeito continuado que poderia ter um exame jurisdicional-constitucional que fosse limitado a um mínimo junto aos direitos fundamentais de comunicação. O processo da Reclamação Constitucional serve não apenas para corrigir as intervenções concretas e individuais em direitos fundamentais. O efeito da jurisprudência constitucional para além do caso tem significado especial justamente no âmbito desses direitos fundamentais por causa de sua relação com a opinião pública (cf. BVerfGE 42, 143 [156] – opinião divergente). Em face do efeito inibitório que aqui podem ter as intervenções estatais, precisa ter vez um controle especialmente efetivo caso não se queira atingir a liberdade dessas expressões da vida em sua substância (cf. BVerfGE 43, 130 [136]).

II.

Aplicando-se esse parâmetro de exame, as decisões impugnadas não atendem às exigências constitucionais. Nos dois casos, as ações dos Reclamantes devem ser atribuídas à área de proteção da liberdade artística (1.). Isso até não impede, desde o início, uma condenação prevista no § 90 a I n. 2 StGB por difamação da bandeira nacional, porque a norma penal serve à proteção de um bem protegido constitucionalmente (2.). A obrigatoriedade ponderação entre os bens constitucionais conflitantes foi, todavia, parcialmente omitida e, em parte, não se encontra nela uma compreensão adequada à obra em pauta (3.).

1. Ambas as imagens criminalizadas cumprem as exigências que o TCF enxerga como essenciais a uma atividade artística.

a) Trata-se, no caso da representação na contracapa do livro "Deixem-me em paz", de uma colagem composta por fotografias. Ela corresponde, assim, a uma forma de arte plástica que já se tornou tradicional, sem que seja necessário esclarecer se e em que extensão as fotos usadas sejam, como tais, "arte" no sentido da garantia da liberdade artística. Ao lado desse aspecto exclusivamente formal, tipológico, aparece um conteúdoístico. Mediante a combinação fora do padrão das fotografias entre si, ou seja, por meio de uma conexão de imagens que, ao mesmo tempo, é distorcida de dois assuntos vitais, o criador da obra emite uma declaração autônoma que é passível e carecedora de interpretação. Ele expressa pela via da livre configuração criadora seu entendimento a respeito da cerimônia do juramento. Com isso, a colagem cumpre, igualmente, as exigências básicas axiológicas, as quais o TCF apresentou na Decisão *Mephisto* (cf. BVerfGE 30, 173 [189]). A provocação da representação não lhe retira a qualidade de obra artística. Arte não se submete a um controle de estilo e nível (cf. BVerfGE 75, 369 [377]). O fato de o artista com sua obra querer transmitir uma determinada opinião não dispensa a proteção do Art. 5 III 1 GG. Uma opinião pode ser – como é típico na arte engajada – manifestada na forma artística. Nesse caso, o direito fundamental decisivo permanece sendo o Art. 5 III 1 GG porque se trata de uma norma especial (cf. BVerfGE 30, 173 (200); 75, *ibid.*).

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

b) A respeito da qualidade artística da colagem utilizada no quadro do “enigma premiado”, vale o que foi dito retro. Isso não muda nada no fato de ambas as fotografias terem sido impressas em posições levemente inclinadas entre si. Também esse tipo de alocação das fotografias deixa suficientemente claro que e como as imagens são “congêneres”. Contudo, uma diferença em relação à representação original na capa do livro constitui-se no fato de a colagem inserir-se em uma sátira direcionada contra medidas de persecução estatal. Mas, como ela mesma goza da proteção do Art. 5 III 1 GG, não se altera a classificação jurídico-constitucional.

c) A liberdade artística favorece os Reclamantes, embora eles não sejam os criadores das respectivas obras. O âmbito pessoal de validade desse direito fundamental alcança também o âmbito do efeito da obra artística (cf. BVerfGE 30, 173 (189); jurispr. pacífica). Isso significa que todas as pessoas que estiverem exercendo uma indispensável função intermediária entre artistas e público serão incluídas na proteção jusfundamental. Nesse círculo de pessoas têm de ser considerados também aqueles que – como os Reclamantes – atuem na difusão comercial de obras de arte.

2. Embora a liberdade artística seja garantida sem reservas, não se exclui desde o início uma condenação dos Reclamantes em conformidade com o § 90 a I, n. 2 StGB.

a) A garantia do Art. 5 III 1 GG encontra seus limites não apenas nos direitos fundamentais de terceiros. Ao contrário, ela pode colidir com dispositivos constitucionais de todo tipo (cf. BVerfGE 30, 173 [193]; Lerche, BayVBl. 1974, p. 177 [180 s.]), pois a vida humana em sociedade pressupõe não somente uma consideração recíproca dos cidadãos, mas também uma ordem estatal funcional que assegure, por excelência, a efetividade da proteção jusfundamental. Obras artísticas que afetem a ordem positivada constitucionalmente submeter-se-ão, por isso, a limites não apenas quando elas ameaçarem a existência do Estado ou da Constituição. Ao contrário, tem de ser feita uma compensação proporcional dos interesses de igual modo protegidos constitucionalmente em todos os casos nos quais outros bens constitucionais entrarem em conflito com o exercício da liberdade artística com o objetivo de se chegar à sua otimização (cf. BVerfGE 77, 240 [253]). O TCF exigiu, em uma antiga decisão, a presença de um perigo direto e atual aos “valores fundamentais supremos” da Constituição como condição para que a garantia da liberdade artística devesse ser preterida [em sua relação de colisão com outro interesse constitucional] (cf. BVerfGE 33, 52 [71]). Isso não significa que em situações menos extremas caberia ao Art. 5 III 1 GG uma prevalência incondicionada. Em tais casos, o conflito entre a liberdade artística e outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente deve ser resolvido pela via de uma ponderação baseada no caso concreto. Porém, deve ser observado que restrições desse direito fundamental garantido sem reservas não podem ser justificadas formalmente com objetivos gerais tais como a “proteção da Constituição” ou a “capacidade funcional da persecução penal”. Pelo contrário, aqueles bens protegidos constitucionalmente têm de ser extraídos concretamente de dispositivos específicos da *Grundgesetz* que, segundo uma avaliação realística das circunstâncias fáticas, colidam com o exercício do direito decorrente do Art. 5 III 1 GG (cf. BVerfGE 77, 240 [LS 2 e p. 255]).

b) O § 90 a I n. 2 StGB, sobre o qual se funda a condenação do Reclamante, protege a bandeira da República Federal da Alemanha como símbolo estatal. Essa proteção está lastreada na Constituição. Não obstante, isso não pode ser deduzido nem imediata, nem exclusivamente,

do Art. 22 GG. A expressão normativa desse dispositivo restringe-se à determinação das cores da bandeira. Contudo, para além dela, esse dispositivo da *Grundgesetz* ganha em significado na medida em que ele pressupõe o direito do Estado de servir-se de tais símbolos para sua autorrepresentação. O propósito dessas imagens é apelar ao sentido estatal dos cidadãos (Würtenberger, JR 1979, p. 311, citando: H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, p. 226). A *Grundgesetz* não tão somente aceita esse efeito que parte da bandeira. Ao contrário, como Estado liberal, a República Federal depende da identificação de seus cidadãos com os valores fundamentais representados na bandeira. Os valores protegidos nesse sentido são reproduzidos nas cores estatais prescritas no Art. 22 GG. Elas representam a ordem fundamental democrático-liberal.

Resulta desse significado da bandeira nacional o bem protegido da norma penal conflitante com a liberdade artística. Na medida em que a bandeira serve aos objetivos estatais nela corporificados como importante meio de integração, sua difamação tem o condão de afetar a autoridade do Estado necessária à paz interna. Disso resulta, ao mesmo tempo, que símbolos estatais gozam de proteção constitucional somente na extensão em que eles representem o que marca fundamentalmente a República Federal da Alemanha. Contudo, o Estado não é impedido de criar aleatoriamente símbolos cuja proteção possa conflitar com o Art. 5 III 1 GG.

c) À luz do Art. 5 III 1 GG, o símbolo estatal não pode, por sua vez, levar à imunização do Estado em face de críticas e até de contestação. Necessária é, assim, uma ponderação no caso particular dos bens jurídico-constitucionais conflitantes.

3. A condenação de ambos os Reclamantes não cumpre essas exigências constitucionais.

1 BvR 266/86¹⁰¹

a) O Superior Tribunal Estadual até classifica, procedentemente, a ação do Reclamante como pertinente à área de proteção da liberdade artística e deduz o conflitante bem protegido constitucionalmente também de modo suficiente. Julga, todavia, a colagem de modo não completamente adequado à obra (**aa**); não pode ser excluída [de plano] a hipótese de que essa interpretação equivocada tenha influenciado na conclusão de sua ponderação (**bb**).

aa) Segundo seu conteúdo, a colagem deve ser classificada como caricatura, ou seja, como uma representação satírica. O caminho até hoje válido da interpretação adequada à obra de tais criações foi dado pelo Tribunal do Reich (RGSt 62, 183; cf. BVerfGE 75, 369 [377 s.]). Uma vez representarem características típicas dessa espécie de arte o exagero, a distorção e a alienação do objeto caricaturado, sua avaliação jurídica exige o distanciamento em relação à "forma escolhida de palavra e imagem" (RGSt., *ibid.*, p. 184) para que seu conteúdo peculiar possa ser investigado. Esse núcleo semântico e sua roupagem devem ser avaliados, portanto, de modo a saber se eles embasam a acusação do ilícito. Isso porque os parâmetros para o julgamento da roupagem são outros e menos rigorosos do que para o julgamento do núcleo da declaração, pois, no caso da roupagem, a alienação faz parte da sua essência (cf. BVerfG, *ibid.*, p. 378).

O Superior Tribunal Estadual não cumpre essas condições porque ele interpreta equivocadamente o núcleo de declaração da colagem. Ele defende a posição segundo a qual ela representaria "a configuração imagética da sensação do desrespeito da bandeira nacional,

¹⁰¹ Número dos autos de uma das duas Reclamações Constitucionais. A seguir [depois de a) aa) – bb), b)], o TCF fundamenta a decisão, com a mesma subdivisão, em face do segundo Reclamante mediante menção aos autos de sua Reclamação Constitucional.

Capítulo 11. Liberdade artística (Art. 5 III 1, 1. variante GG)

que foi expressa por meio da representação do ato de urinar na bandeira” (página 9 do texto impresso da decisão). O ataque não se dirigira contra aqueles que poderiam abusar da bandeira, conforme ideia implícita na temática do texto impresso, mas contra a bandeira e a nela simbolizada estatalidade. Isso estaria especialmente presente porque a bandeira fora mostrada em uma cerimônia das Forças Armadas de juramento à bandeira (página 12, *ibid.*).

Essas passagens indicam que o núcleo da mensagem da representação seria o desrespeito da bandeira nacional e do Estado por ela simbolizado; a roupagem, ao contrário, a cerimônia de juramento. Já em razão da temática do livro, mas também independentemente dela, surge para o observador uma interpretação contrária. A caricatura tem uma tendência predominantemente antimilitarista e, apenas nessa extensão, antiestatal. Volta-se contra a cerimônia do juramento ou da homenagem de soldados e, com isso, expressa uma recusa, quando não umasco, em face do serviço militar. Embora a imagem mostre um símbolo estatal, ao qual é dispensado um tratamento indigno, não foi, contudo, atacada a estatalidade por excelência ou a ordem constituída da República Federal da Alemanha com um todo. O objetivo do ataque é o Estado apenas na extensão em que é responsável pelo estabelecimento do serviço militar e procura uma especial legitimação por meio do uso de seus símbolos na convocação à obrigação dos soldados. Esse núcleo da mensagem é vestido e alienado por meio do homem que urina no símbolo estatal usado na cerimônia.

bb) Uma vez que se atribui ao meio da alienação satírica um maior espaço de liberdade do que aquele atribuído ao seu próprio conteúdo, a equivocada interpretação da caricatura pelo Superior Tribunal Estadual implica uma violação constitucional. O tribunal manifesta-se claramente no sentido de que a representação como tal, ou seja, independentemente de seu núcleo semântico, não pode ser aceita. Não obstante, não se pode excluir que o entendimento da colagem inadequado à obra tenha influenciado na conclusão da ponderação dos bens constitucionais conflitantes. Decisivo é que o tribunal teria, possivelmente, julgado a questão da difamação pela caricatura de modo diferente se tivesse tido consciência do caráter de roupagem da representação criminalizada.

b) A decisão do juízo de primeira instância não satisfaz as exigências do Art. 5 III 1 GG já pelo fato de ela, desde o início, não ter identificado a colagem como partícipe da área de proteção da liberdade artística. A menção complementar de que também a arte não seria protegida sem limites, mas se submeteria a limites das leis, não afasta uma violação da Constituição. Essa “argumentação auxiliar” não deixa transparecer, nem de modo principiante, a consciência de que os limites da garantia da liberdade artística devam ser determinados apenas a partir da própria Constituição (cf. BVerfGE 30, 173 [193]).

1 BvR 913/87

a) A decisão do Tribunal Estadual confirmada sem fundamentos mais detalhados pelo Superior Tribunal Estadual interpreta a colagem até de modo adequado à obra (**aa**); ela ignora, todavia, o efeito interativo entre a liberdade artística e o bem jurídico-constitucional com ela conflitante (**bb**).

aa) O Tribunal Estadual baseou-se em seu julgamento, de modo procedente, no núcleo semântico antimilitarista da representação. [...].

O Tribunal Estadual também leva em consideração a circunstância de a fotomontagem ser parte constitutiva de um ataque, igualmente alienado, contra as medidas de persecução estatais. [...].

bb) Todavia, o Tribunal Estadual traça os limites previstos à liberdade artística de modo equivocado. Embora ele de modo necessário conclua que a condenação do Reclamante sirva à proteção de bens protegidos constitucionalmente, não considera, entretanto, na solução do conflito entre os valores constitucionais litigantes, o efeito de irradiação da garantia da liberdade artística. As raízes desse erro podem ser encontradas no fato de que o tribunal classifica o bem jurídico protegido pelo § 90 a I StGB expressamente como sendo superior à liberdade artística. Esse entendimento equivocado conduz inevitavelmente a que o propósito protetivo da norma penal torne-se um limite intransponível da liberdade artística. Destarte, o tribunal bloqueia, desde o início, o caminho para uma compensação dos bens jurídicos conflitantes a ser baseada no caso concreto. Limita-se a descrever a elevada importância do bem jurídico atrás do qual teria de ficar a liberdade artística, sem realizar a obrigatoriedade ponderação mediante observância das circunstâncias do caso particular.

Porque não se sabe se o tribunal teria, igualmente, concluído pela inferioridade da liberdade artística no caso de uma ponderação baseada no caso concreto, a decisão baseia-se em uma violação constitucional. Essa falha comete também a decisão do Superior Tribunal Estadual que não identificou o erro jurídico do Tribunal Estadual.

b) Ainda que o juízo de primeira instância não tenha bloqueado o caminho para uma ponderação baseada no caso concreto, interpretou, no entanto, a colagem de modo incorreto. Como seu núcleo semântico, ele considera o desrespeito à bandeira e ao Estado por ela simbolizado. O Tribunal expressamente contestou a assertiva de que uma militarização da vida pública na República Federal da Alemanha devesse ser denunciada. A decisão sofre, portanto, do mesmo erro ocorrido na decisão do Superior Tribunal Estadual no processo paralelo. Também aqui não se pode desconsiderar que a ponderação baseada no caso concreto teria ensejado outra conclusão se o núcleo semântico da colagem tivesse sido corretamente interpretado.

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling e Seibert.

Capítulo 12.

Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Grundgesetz

Artigo 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; **liberdade artística e científica**)

(1)...

(2)...

(3)¹ A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres.² A liberdade do ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Do mesmo modo que a liberdade artística, o direito fundamental à liberdade científica garantido no Art. 5 III 1, 2. variante GG foi outorgando sem reserva legal. Assim, vale aqui *mutatis mutandis* o que foi retro escrito, introdutoriamente, no capítulo da liberdade artística. Em comum com a liberdade artística, a liberdade científica tem a natureza em princípio comunicativa (como também, aliás, todos os cinco direitos fundamentais do Art. 5 I GG). Porém, ao contrário daquela, esta não parte de um conceito nuclear aberto, em que o autoentendimento do titular desempenha um papel importante na dogmática específica. Com efeito, segundo definição do próprio TCF na **Decisão # 53**. [BVerfGE 35, 79 (*Hochschulurteil*)], ciência pode ser definida como “tudo o que, segundo conteúdo e forma, deva ser visto como tentativa séria e planejada de se chegar à verdade”.

I.

A *Grundgesetz* valeu-se dos conceitos de *ciência*, *pesquisa* e *ensino* para determinar a **área de proteção** do direito fundamental em tela. A literatura jurídica germânica, acompanhando aqui também a interpretação do TCF, é unânime em reconhecer, na junção dos três conceitos, apenas *uma* outorga de direito fundamental ao lado do outro direito fundamental autônomo garantido no mesmo Art. 5 III 1 GG, que é a liberdade artística. “Ciência” é o conceito

epigráfico que abarca os demais conceitos da pesquisa e do ensino. Livres de intervenção estatal são, portanto, o “ensino e pesquisa científicos”.¹⁰²

1. Em consonância à ora referida definição pretoriana, exige-se, no âmbito da pesquisa científica, que o titular parta, em sua pesquisa, de certo estado da arte científica e proceda ao desenvolvimento da pesquisa de modo metodicamente orientado. Compreendidas na área de proteção são todas as atividades da chamada pesquisa de base, incluindo todas as ações de preparação e apoio, e a pesquisa aplicada. Excluídas *ab initio* são as meras aplicações de conhecimentos já descobertos. A pesquisa científica não precisa ser necessariamente desenvolvida nas universidades públicas, ainda que elas sejam o ponto nevrálgico da pesquisa produzida na Alemanha. Também a pesquisa realizada sob encomenda ou vinculada a propósito pré-definido é protegida, desde que o mandante não exerça decisiva influência sobre seus resultados.¹⁰³

2. O ensino científico, no contexto da pesquisa científica, é abrangido no sentido de caber exclusivamente ao titular desenvolvê-lo com independência e liberdade perante eventuais ordens funcionais. Apenas o ensino superior é abrangido; excluídos são os ensinos escolares fundamental, médio e profissional.¹⁰⁴ Especificamente, são protegidos o conteúdo, método e plano cronológico das aulas, livremente definidos pelo titular do direito, além das atividades de avaliação de alunos.

3. Titulares podem ser professores catedráticos e todos os assistentes e auxiliares científicos, normalmente adstritos a uma cátedra, além dos estudantes quando do desempenho de pesquisas científicas. No mais, também as universidades e as escolas superiores técnicas podem ser titulares, embora constituídas por pessoa jurídica de direito público.¹⁰⁵ O mesmo vale para os órgãos integrantes de tais instituições (faculdades, institutos etc.). Por fim, também podem valer-se da liberdade científica as instituições privadas de ensino superior e, presentes certos pressupostos, as instituições de pesquisa externas à universidade.

4. No mais, a liberdade científica tem uma marcante dimensão jurídico-objetiva, muito desenvolvida na jurisprudência específica do TCF e que aparece com destaque em duas das quatro decisões anotadas a seguir (Cf. *Decisões # 53. e # 56.*).

Trata-se, em primeiro lugar, de um dever do Estado de criar regras organizacionais, as quais assegurem que a livre atividade científica “permaneça tão intocada quanto possível, considerando-se as outras tarefas legítimas das instituições científicas e dos direitos fundamentais dos vários partícipes”¹⁰⁶ da academia científica, confiando-se ao legislador, como em regra, uma ampla margem discricionária para a concretização de seus programas de política universitária. Segundo ambas as decisões retro citadas do TCF, deve, entretanto, restar garantido aos professores catedráticos uma influência decisiva nas deliberações sobre questões envolvendo ensino e pesquisa.

Em segundo lugar, deriva-se da dimensão jurídico-objetiva o dever do Estado de prover os recursos humanos, organizacionais e financeiros a fim de se viabilizar, em geral, a academia científica independente, especialmente diante do poder sócio-político-econômico. Garante-se,

¹⁰² Cf. com muitas referências: Schmidt (2016, p. 227).

¹⁰³ Cf. *ibid.*

¹⁰⁴ Cf. *ibid.*, p. 230.

¹⁰⁵ Cf. Hufen (2016, p. 579-581).

¹⁰⁶ Cf. Pieper (2012, p. 155).

por essa via, o direito individual à participação, mas não, segundo a opinião dominante, um “direito prestacional original”¹⁰⁷ (*status positivus*). A autonomia universitária e de seus órgãos internos, incluindo a resistência em face de intervenções intramuros da universidade,¹⁰⁸ também faz parte dessa dimensão.

II.

Quaisquer medidas estatais, provenientes de órgãos dos três poderes, que influenciem no processo de consecução e transmissão de conhecimentos científicos representam **intervenções estatais**, pouco importando se atingem cientistas individualmente, um órgão ou toda uma instituição de pesquisa. Como exemplos já trabalhados na jurisprudência alemã, podem ser elencados, entre vários outros: restrições de importação de células-tronco,¹⁰⁹ alteração da área de atuação de um professor catedrático de teologia (Cf., a seguir: **Decisão # 55.**), avaliação do ensino com inserção da avaliação por discentes, atribuição pelo legislador de competências decisórias monocráticas a órgãos diretivos (Cf., a seguir: **Decisão # 56.**) e a vinculação da concessão de fomento a projetos de pesquisa a avaliações de sua respectiva qualidade.

III.

1. Ao nível da **justificação constitucional** das intervenções estatais trazem-se à pauta, como já aludido introdutoriamente, apenas os limites decorrentes do chamado direito constitucional colidente. Podem ser aplicados, assim como no caso da liberdade artística, direitos fundamentais de terceiros ou demais bens jurídicos tutelados diretamente pela *Grundgesetz*.

a) Da primeira categoria fazem parte, por exemplo,¹¹⁰ a liberdade científica de uma faculdade que engloba a pretensão ao respeito de sua identidade como faculdade de teologia e a cumprir suas tarefas específicas de formação teólogo-confessional (cf. novamente: **Decisão # 55.**), a liberdade de consciência de estudantes que se recusarem a participar de experimentos com animais, o direito fundamental à saúde ou à vida de pacientes em face de resultados de pesquisas médico-científicas, a dignidade humana em face de uma exposição de cadáveres plastinados ou da pesquisa em embriões humanos, a integridade física em face de experimentos em pessoas vivas.

b) Pertencem à segunda categoria¹¹¹ o já mencionado objetivo estatal de proteção de animais em face do uso de cobaias em experimentos científicos, a soberania orçamentária e financeira de um Estado-membro e o direito à autodeterminação de uma comunidade religiosa (aqui também, cf. **Decisão # 55.**).

2. Por fim, há de se aplicar a todas essas hipóteses como limite do limite, precipuamente,¹¹² o critério da proporcionalidade.

¹⁰⁷ Cf. *ibid.*, p. 156.

¹⁰⁸ Cf. em detalhes Hufn (2016, p. 594 s.).

¹⁰⁹ Cf. a especial análise do caso por Martins (2014, p. 49 s.).

¹¹⁰ Cf. *ibid.*, p. 157 s.

¹¹¹ Cf. *ibid.*, p. 158.

¹¹² Sem dúvida o princípio da proporcionalidade é o principal critério e limite do limite a direitos fundamentais, ainda que não tenha sido positivado no Art. 19 I e II GG. Sobre a sistemática dos limites dos limites, cf. por todos Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015, p. 71-80).

53. BVerfGE 35, 79 (Hochschulurteil)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

Como uma das reações estatais aos movimentos estudantis de fins da década de 1960 que eram, sabidamente, questionadores de “estruturas sociais autoritárias”, o legislador do Estado-membro de *Niedersachsen* reformou, por intermédio de uma Lei Provisória à Lei Geral Universitária, o direito objetivo universitário, atualizando os processos e órgãos administrativos e representativos universitários.

Segundo o então novo marco legal, pertenciam aos novos órgãos colegiados membros representantes dos professores universitários (titulares de cátedras), dos assistentes e auxiliares científicos, dos estudantes e dos demais funcionários em números diferentes a depender do âmbito de tarefas. Em princípio, todos os membros tinham o mesmo direito a voto, à exceção de alguns âmbitos especialmente relevantes ao ensino e à pesquisa, nos quais os funcionários dispunham de votos meramente consultivos.¹¹³

A representação dos professores catedráticos nos órgãos colegiados e nas comissões ficava entre 30 e 50 por cento, não alcançando em nenhum órgão a maioria absoluta, à exceção dos órgãos deliberativos sobre exames. De resto, segundo a lei provisória, o grupo dos professores deveria ser composto, além dos catedráticos, por todos os docentes, conselheiros acadêmicos e docentes revisores;¹¹⁴ todos, entretanto, que estivessem em regime de dedicação exclusiva, ou seja, de homens e mulheres de carreira acadêmica que tivessem por objetivo adquirir a *venia legendi* no âmbito de uma cátedra dotada de autonomia orçamentária.

Antes da lei em pauta, a instituição Universidade era dirigida, praticamente de modo exclusivo, pelos catedráticos. Irreconciliáveis, por volta de 400 professores ajuizaram a Reclamação Constitucional Direta contra Ato Normativo que, após seu processamento e uma audiência pública [dai tratar-se na Decisão de *Urteil*, não de *Beschluss*], foi julgada, por maioria, parcialmente procedente.

O ponto central da decisão foi a interpretação do direito fundamental à liberdade científica em suas dimensões subjetiva, em sua qualidade de direito à resistência contra intervenções estatais, e objetiva, como garantia de organização e procedimento. Em relação à última dimensão mencionada, aflora a questão da definição do tamanho da margem decisória discricionária do legislador para a configuração infraconstitucional do direito fundamental. Os votos divergentes do Juiz Dr. *Simon* e da Juíza *Rupp v. Brünneck* enfatizaram a necessidade de parcimônia do TCF em face da aludida competência discricionária do legislador.

EMENTAS

1. O Art. 5 III 1 GG garante aos cientistas uma área de liberdade protegida contra intervenções do Estado que abrange, sobretudo, os processos relacionados à auto-normatização científica, sua interpretação e transmissão.

2. O Art. 5 III 1 GG é, ao mesmo tempo, uma norma principiológica que regulamenta axiologicamente a relação da ciência com o Estado. Segundo ela, o Estado deve providenciar, no âmbito do funcionamento da academia científica, estabelecido e mantido com recursos

¹¹³ Cf. Grimm e Kirchhof (1993, p. 331).

¹¹⁴ Cf. *ibid.*

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

públicos por meio de medidas organizacionais adequadas, que o direito fundamental da livre atividade científica permaneça tão intangível quanto possível, considerando-se as demais legítimas tarefas das instituições científicas e dos direitos fundamentais dos vários partícipes.

3.-8. [...].

Decisão [Urteil]

Do Primeiro Senado de 29 de maio de 1973 com base na audiência pública de 5 a 7 de dezembro de 1972.

– 1 BvR 424/71 e 325/72 –

No processo das Reclamações Constitucionais dos Reclamantes: 1) - 398) (Professores e docentes)...

Dispositivo:

I. A Lei Provisória à Lei Geral Universitária de 26 de outubro de 1971 [...] é incompatível com o Artigo 5, Parágrafo 3, Período 1 em conexão com o Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*, na extensão em que:

1.-2.a)-b) [...].

3. [...].

II. A Lei Provisória à Lei Geral Universitária de 26 de outubro de 1971 [...] viola, na extensão descrita sob I., os direitos fundamentais do Reclamante decorrentes do Artigo 5, Parágrafo 3, Período 1 em conexão com o Artigo 3, Parágrafo 1 da *Grundgesetz*.

III. De resto, as Reclamações Constitucionais são indeferidas.

IV. O Estado-membro deve ressarcir aos Reclamantes a metade das despesas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais impugnam os dispositivos que regulamentam a participação dos vários grupos de membros da Universidade na autogestão das escolas superiores científicas em *Niedersachsen*.

I. 1.-2.a)-e), 3, II. 1.-2.a)-b), III. 1.a)-b), 2, IV. 1.-3., V. [...].

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

Pressuposto de admissibilidade de uma Reclamação Constitucional contra uma lei é a demonstração que o próprio Reclamante, de modo atual e diretamente pela lei, não [posteriormente] por um ato executório, tenha sido atingido em um direito fundamental (cf. BVerfGE 30, 1 [16], com mais referências). Esses pressupostos estão presentes aqui. [...].

C.

As Reclamações Constitucionais são apenas parcialmente procedentes.

I.

1. Segundo as ideias do novo-humanismo, especialmente de *Wilhelm von Humboldt*, a universidade alemã era constituída por uma comunidade “sem intenções” dos docentes e dos discentes, como sinal da estreita ligação entre a pesquisa e o ensino, que deveria transmitir ao indivíduo, por meio do exercício da ciência livre de propósitos “em solidão e liberdade”, além de conhecimentos científicos, normas de agir ético. A par disso, ocorreram nos séculos XIX e XX profundas transformações. A rápida expansão da pesquisa, nomeadamente nos âmbitos das ciências naturais, da medicina e da técnica, tornou necessário um dispendioso aparato, com máquinas, instrumentos e instituições de tipo especial e, com isso, também pessoal técnico para seu manuseio. O aumento da matéria científica e a especialização contínua em todas as áreas, que dificultam ao indivíduo uma visão panorâmica até sobre o seu próprio ramo profissional, obrigaram à divisão do trabalho e ao trabalho conjunto em grupos. Além disso, o número de estudantes cresceu mais e mais, principalmente porque o curso universitário passou a ser visto, cada vez mais frequentemente, como meio de ascensão social.

A autolimitação da universidade a locais da ciência pura e livre de propósitos entrou em uma relação de tensão com as pretensões da sociedade industrial cada vez mais tecnologicamente organizada, com o papel crescente de uma formação científica para a ascensão profissional e emancipação social, com a mais difícil situação estudantil na moderna universidade de massa e com a necessidade crescente de integrar a ciência à sociedade.

Essas transformações levaram a uma crise estrutural e de organização da universidade. As obrigações de cooperação, como um princípio trabalhista em todas as ciências, não puderam mais ser cumpridas pelas faculdades tradicionais porque elas não tiveram mais condições de juntar suficientemente as cada vez mais subdivididas ciências especiais.

A universidade dos professores ordinários [“*Ordinarien*” = catedráticos] até hoje existente, em que a autoadministração essencialmente permaneceu reservada aos titulares de cátedra, não estava preparada nem para o aumento vertiginoso do número de estudantes, nem para a assunção de muitas tarefas e funções por não ordinários, especialmente pelos assistentes científicos. O aumento da “construção de atividades-meio” e seu crescente papel no processo total ficou desproporcional em relação às poucas competências na autoadministração. A ausência de uma reforma estudantil que levasse em consideração o desenvolvimento social e científico fortaleceu, nos estudantes, o desejo de ter influência na administração científica e ter efetivamente ouvidas as ideias reformistas trabalhadas em seus círculos.

A crise das universidades alemãs deparou-se, desde os anos 60 deste século, com o movimento internacional contra “parâmetros axiológicos consolidados”, “sistemas sociais autoritários” e “estruturas ultrapassadas de poder”. Esse movimento antiautoritário chegou às universidades da República Federal e levou aqui, no caso de alguns grupos, a uma atitude de rejeição radical das instituições, que evoluiu até chegar a ações violentas.

2. Esse desenvolvimento desembocou, no início dos anos 60, na exigência de participação efetiva de todos os membros da universidade nos órgãos colegiados da autogestão. [...].
[...].

II.

No decurso da intensa discussão sobre a reforma universitária, não se resistiu, em toda parte, à tentação de carregar o Art. 5 III GG com toda sorte de exigências político-universitárias para, então, classificar todas as regras e os procedimentos que não adotassem essas exigências como contrários à norma constitucional. Para a decisão sobre as presentes Reclamações Constitucionais é relevante, por isso, definir precisamente o conteúdo jurídico-constitucional do Art. 5 III e determinar claramente a margem de configuração do legislador no âmbito universitário.

O Art. 5 III 1 GG declara ciência, pesquisa e ensino como livres. Erigiu-se, segundo seu teor e conteúdo semântico, uma norma principiológica que decide axiologicamente e disciplina a relação entre ciência, pesquisa e ensino em face do Estado, a qual aparece ao lado da outorga de liberdade contida na mesma norma prevista ao âmbito da arte. Ao mesmo tempo, o dispositivo constitucional garante a todos os que atuem nesses âmbitos um direito de liberdade individual (cf. BVerfGE 30, 173 [188] – *Mephisto* – para os artistas).

1. O direito de liberdade tal qual contido no Art. 5 III GG protege, como direito de resistência, a atividade científica contra intervenções estatais e cabe a todos aqueles que atuem ou pretendam atuar cientificamente (cf. BVerfGE 15, 256 [263]). Essa área de liberdade do cientista é, em princípio, protegida de igual modo sem reservas como é garantida a liberdade da atividade artística. Nela domina a liberdade absoluta perante toda ingerência do poder

público. Fazem parte dessa área de liberdade, sobretudo, os processos relacionados à autonormatização científica, modos de comportamento e decisões junto à descoberta de conhecimentos, sua interpretação e transmissão. Qualquer um que atue na ciência, pesquisa e ensino, tem – reservada a obrigação de lealdade segundo o Art. 5 III 2 GG – um direito de resistência em face de cada intromissão no processo de consecução e transmissão de conhecimentos científicos. Para que pesquisa e ensino possam direcionar-se sem impedimentos pelo esforço em prol da verdade como "algo ainda não totalmente encontrado e a ser nunca totalmente encontrado" (*Wilhelm von Humboldt*), foi a ciência declarada uma área livre de determinação estatal, de responsabilidade pessoal e autônoma de cada cientista. Assim, diz-se, ao mesmo tempo, que o Art. 5 III GG não pretende proteger uma determinada compreensão de ciência ou de uma determinada teoria científica. Sua garantia de liberdade estende-se, ao contrário, por toda a atividade científica, isto é, alcança tudo o que, segundo conteúdo e forma, deva ser visto como tentativa séria e planejada de se chegar à verdade. Isso é consequência direta da abertura, em princípio, de todo o conhecimento científico.

A epígrafe comum “ciência” expressa uma estreita relação entre a pesquisa e o ensino. Pesquisa, como “a atividade intelectual com o objetivo de se obter – de modo metódico, sistemático e avaliável – novos conhecimentos” (Relatório Federal de Pesquisa III BTDrucks. V/4335, p. 4), suscita, em face de sempre novos questionamentos, o progresso da ciência; ao mesmo tempo, ela é o pressuposto necessário para se garantir o caráter do ensino como sendo a transmissão fundada cientificamente dos conhecimentos conseguidos pela pesquisa. Por outro lado, o diálogo científico ocorrido no ensino fecunda, em retorno, o trabalho de pesquisa.

Como também a história da liberdade científica confirma, a liberdade da pesquisa abrange especialmente o levantamento de questões e os princípios da metódica, assim como a avaliação das conclusões da pesquisa e sua transmissão; a liberdade do ensino, especialmente seu conteúdo, implica a tese metodológica [acolhida] e o direito à expressão de opiniões acadêmico-científicas (cf. § 3 do Projeto de uma Lei Geral da Universidade, na redação de 15 de junho de 1972 - BTDrucks. VI/3506).

2. Nos dispositivos jusfundamentais da Constituição, corporifica-se uma ordem objetiva de valores, “na qual se expressa um fortalecimento, por princípio, da força dos direitos fundamentais” e que vale como decisão fundamental constitucional para todas as áreas do direito (BVerfGE 7, 198 [205] - *Lüth* – e pacífica jurisprudência do TCF, cf. BVerfGE 6, 55 [72]; 6, 386 [388] – *Zusammenveranlagung der Ehegatten*; 10, 59 [81] – *Stichentscheid*; 12, 205 [259] - *Fernsehen*; 20, 162 [175] - *Spiegel*; 21, 362 [371 s.]; 24, 367 [389] – *Hamburger Deich*; 25, 256 [263] – *Blinkfüer*; BVerfGE 30, 173 [188 ss.] – *Mephisto*; 33 303 [330 s.] – *numeris clausus*). Também nos casos em que o legislador – como no âmbito da atuação estatal garantidora – possuir uma maior liberdade de conformação, as especiais decisões axiológicas da *Grundgesetz* limitam essa liberdade, na medida em que, p. ex., “proíbem diferenças que se chocariam com a vontade do constituinte expressa na decisão axiológica, qual seja, de fazer com que sua especial proteção chegue a um determinado âmbito ou relação da vida” (BVerfGE 17, 210 [217] - *Wohnungsbauprämiens*). Tal decisão axiológica contém também o Art. 5 III GG. Ela baseia-se na função-chave que cabe a uma ciência livre, assim como para a autorrealização do indivíduo, mas também para o desenvolvimento social geral. Essa decisão axiológica não significa apenas a rejeição de intervenções estatais na retro descrita área própria da ciência;

ela inclui, ao contrário, o comprometimento do Estado, que se entende como Estado cultural, com a ideia de uma ciência livre e sua cooperação na realização e o obriga a orientar positivamente sua ação, isto é, de modo protetivo e fomentador, a fim de prevenir o esvaziamento dessa garantia de liberdade. Disso resultam postulados em dupla direção:

a) O Estado deve viabilizar e fomentar a manutenção da ciência livre e sua transmissão à geração subsequente por meio da disponibilização de recursos pessoais, financeiros e organizacionais. Isso significa que ele deve disponibilizar instituições capazes funcionalmente para uma livre academia científica. [...].

b) No âmbito da academia científica estabelecida e mantida com recursos públicos, isto é, no âmbito da administração prestacional, o Estado deve assegurar, por meio de providências organizacionais adequadas, que o direito fundamental da livre atividade científica permaneça tão intangível quanto possível, considerando-se outras tarefas legítimas das instituições científicas e dos direitos fundamentais dos vários partícipes. [...].

[...].

III.

Não obstante, a garantia da liberdade científica não tem nem um modelo estrutural tradicional da universidade alemã como base, nem prescreve a ela, por excelência, uma determinada forma de organização da academia científica nas universidades. Cabe ao legislador ordenar, dentro dos limites apresentados, a organização das universidades segundo sua discricionariedade e a adequar às realidades sociais e sócio-científicas hodiernas.

1.2. [...].

IV.

1. No âmbito da configuração organizacional da instituição universidade, permanece, portanto, reservado ao legislador um largo espaço para a concretização de suas compreensões político-universitárias. Essa liberdade de configuração é, contudo, determinada e limitada pelo direito de liberdade do Art. 5 III GG e pela decisão axiológica contida nessa norma. Sob esse aspecto jurídico-constitucional, devem ser avaliadas nas normas de organização de leis universitárias se, e em que grau, elas favorecem ou impedem o direito fundamental de cada cientista à liberdade de pesquisa e de ensino ou a capacidade funcional da instituição “ciência livre”.

[...].

2. A norma fundamental axiológica do Art. 5 III GG submete a liberdade de configuração do legislador, nesse âmbito de organização relevante cientificamente, a dois diferentes aspectos:

a) Positivamente, deve ser garantida aos titulares do direito individual decorrente do Art. 5 III GG em sua atuação científica, por meio de estruturas liberais da universidade, tanta liberdade quanto possível, considerando-se as tarefas da universidade e os interesses dos vários titulares do direito fundamental nela atuantes.

b) Negativamente, o Art. 5 III GG veda ao legislador configurar organizacionalmente um funcionamento da ciência que implique o perigo da incapacidade funcional ou a afetação do âmbito de liberdade necessário ao exercício da atividade científica dos [seus] membros. Todavia, em face da natureza ambivalente das normas organizacionais, não se tem como excluir, desde o início e totalmente, a possibilidade de haver decisões equivocadas que sejam funcionalmente danosas ou que, inadmissivelmente, afetem o livre exercício da atividade científica. Até mesmo um grêmio formado por membros dotados de conhecimento e experiência pode tomar, no caso particular – pouco importando as causas –, uma decisão que

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

fira o retro descrito âmbito nuclear [da liberdade científica]. O legislador tem de, entretanto, tomar todas as precauções organizacionais necessárias e adequadas a fim de que, nos limites do possível e exigível, seja excluído o perigo de tais decisões equivocadas.

V.

[...].

1. O modelo da “universidade dos grupos” é, em si, compatível com a decisão axiológica do Art. 5 III GG. [...].

a)-b) [...].

2. Quando o Art. 5 III GG erige o princípio da liberdade da ciência, confere, portanto, uma posição de destaque aos professores universitários dentro da ciência promovida em uma universidade, aos quais se confia, precípuamente, a manutenção da pesquisa e do ensino. [...]. Esses professores universitários marcam, em primeira linha, com base em sua formação, na maioria das vezes contando com longa atividade e experiência na pesquisa e no ensino, a universidade como uma instituição científica. Eles carregam, por força de seu cargo e mandato, uma elevada responsabilidade pela capacidade funcional e pelo grau científico da universidade. Eles são obrigados, segundo seu status e sua função, à pesquisa e ao ensino, assim como à organização ou co-organização em sua disciplina acadêmica e, destarte, são ligados à matéria da universidade de modo especialmente íntimo. De acordo com a estrutura hodierna da universidade, são titulares de funções-chave da vida científica. Como consequência de seu pertencimento longo e regular à universidade, são, de resto, mais fortemente atingidos pelas decisões de longo prazo dos órgãos universitários do que os grupos dos colaboradores científicos e dos estudantes.

O Estado deve levar em consideração esse papel especial dos professores universitários quando for, no quadro de sua liberdade de conformação, desenhar a organização da administração da ciência, observando-se os interesses de vários tipos e funções dos grupos individuais de membros da universidade. Isso é o que exige a decisão axiológica do Art. 5 III GG c.c. o princípio geral de igualdade. Essa decisão axiológica proíbe que grupos que, segundo o tipo da relação vital a ser regulamentada, encontrem-se em situações diferentes, sejam submetidos, sem um motivo suficiente, a uma mesma regra, nesse ponto, portanto, de modo a não satisfazer o sentimento de justiça [implícito na máxima invertida] de tratar “desiguais de modo igual” (cf. BVerfGE 17, 337 [354]; 30, 292 [333]). [...].

[...].

3. [...].

4. Desses raciocínios não se pode, no entanto, derivar um mandamento segundo o qual os representantes do grupo dos professores deveriam, genericamente, dispor de uma “clara maioria” representativa nos grêmios da autogestão universitária [...].

a)-d) [...].

5. É dada, em princípio, à liberdade de configuração do legislador decidir por meio de quais medidas organizacionais ele pretende atender às exigências que resultam das considerações retro. [...].

VI.

Quando se examinam as normas impugnadas da Lei Preliminar de *Niedersachsen* segundo esses parâmetros, conclui-se que o legislador tomou apenas parcialmente as precauções imprescindíveis à proteção da liberdade científica.

[...]

1.-3. [...].

4. As regulamentações não são, todavia, suficientes em todas as perspectivas.

a)-c) [...].

d) Diferentemente dos órgãos ao nível de toda a universidade, os grêmios de decisão ao nível das faculdades e áreas do conhecimento podem, em extensão muito maior, influenciar diretamente a conformação da atividade científica dos professores, individualmente considerados. [...].

aa)-bb), e)aa)-bb) [...].

VII.

As arguições dos Reclamantes baseadas no Art. 33 GG são improcedentes.

[...]

D.

1. No caso da presente situação jurídica, as normas impugnadas não podem ser, segundo o § 95 III 1 BVerfGG, declaradas nulas (cf. BVerfGE 18, 288 [301]; 22, 349 [360]). [...].

2. A decisão sobre o resarcimento das despesas processuais necessárias baseia-se no § 34 IV BVerfGG. [...].

Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox e Dr. Simon.

Opinião divergente dos Juízes Dr. Simon e Rupp-v. Brünneck

sobre a Decisão do Primeiro Senado do TCF de 29 de maio de 1973 – 1 BvR 424/71 e 325/72 –

Conclusão e fundamentação da Decisão baseiam-se, em larga medida, em uma avaliação jurídico-constitucional consensual. Especialmente, nós compartilhamos do entendimento de que o Art. 5 III GG contém, além de um direito de resistência contra intervenções concretas na liberdade científica, uma decisão axiológica que o Estado deve observar como diretriz geral para as regulamentações sobre universidades ou outras instituições públicas no âmbito da pesquisa e do ensino. De igual modo, concordamos com a maioria do Senado no sentido de que, entre os grupos individuais dos membros da universidade, existam grandes e juridicamente relevantes diferenças cujo nivelamento de acordo com o esquema "one man one vote", com razão, não é defendido por ninguém. Contudo, consideramos indefensável querer derivar diretamente da Constituição as exigências organizacionais detalhadas para a autogestão da universidade.

[...]

I.

1. Indubitavelmente, segundo a visão unânime, as regulamentações impugnadas não fazem parte – isso tem de ser mantido sempre em mente – do âmbito ao qual se reserva o direito fundamental da liberdade científica à personalidade autônoma em prol da livre autodeterminação, que é chamado na Decisão de intangível âmbito nuclear do Art. 5 III GG. [...].

2. [...].

3. O risco de uma relativização é evitado e permanece mantida a superioridade da liberdade de configuração do legislador, desde que, para os assuntos que sejam passíveis de acordo [ou conciliação], o exame jurídico-constitucional não se inicie junto à função do Art. 5 III GG como um direito de liberdade individual garantido ao indivíduo e imponível com a Reclamação Constitucional, mas junto ao significado geral essencial dos direitos fundamentais para a integração de uma democracia de cidadãos livres e responsáveis. [...].

a)-c) [...].

II.

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

A decisão axiológica do Art. 5 III GG a ser observada pelo legislador pode ser, assim como o fez a maioria do Senado, determinada de modo mais detalhado do que o mandato geral de, por um lado, organizar o funcionamento da instituição científica pública de modo o mais liberal possível e, de outro, providenciar uma gestão científica idônea funcionalmente. De ambas as obrigações não decorre, todavia, nem em si, nem conjuntamente com um direito dos professores imponível com a Reclamação Constitucional, a pretensão de ter um peso maior de voto em determinados assuntos. Na medida em que o princípio da igualdade obriga a considerar, na organização segundo o sistema da universidade dos grupos, as diferenças entre os grupos individuais dos membros da universidade, o TCF poderá, por sua vez, segundo sua pacífica jurisprudência, examinar se o legislador procedeu de modo irracional ou arbitrário na aplicação desse princípio da igualdade.

1. A decisão da maioria não pode principalmente ser derivada da obrigação à mais ampla possível realização da liberdade.

a)-d) [...].

2. A conclusão da maioria também não pode ser fundamentada com a outra obrigação do legislador de assegurar a capacidade funcional da instituição científica mediante observância das várias tarefas da universidade. Não há como se questionar que tal obrigação exista. Até mesmo reside aqui um ponto central da problemática, tendo em vista os elevados gastos para a universidade, seu papel vital para a sociedade e para a formação de uma qualificada nova geração, assim como por causa da situação de carência caracterizada pelo *numerus clausus*.¹¹⁵

a)-b) [...].

III.

[...]

Dr. Simon e Rupp-v. Brünneck.

54. BVerfGE 90, 1 (Jugendgefährdende Schriften)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

O Reclamante foi autor e editor de livros com pretensão histórico-científica. Um livro publicado em 1964 (3. ed., 1976), de sua autoria, com o título "A verdade para a Alemanha – A questão da culpa da Segunda Guerra Mundial", defendeu uma tese contestadora da responsabilidade da Alemanha pela deflagração da Segunda Guerra Mundial.

O início do texto impresso na contracapa não deixa margem a dúvidas sobre do que se tratava: "A tese da culpa da Alemanha pela Segunda Guerra está refutada". Em síntese, com base em muitas fontes trazidas para sustentar sua tese central, o livro defende que o Reich Alemão tivera sido obrigado pelos adversários às ações de guerra. No mais, a Alemanha capitaneada por Hitler tivera, em 1939, apenas reagido ao que o autor considerou um sistemático sufocamento perpetrado por seus adversários, antecipando-se a eles em sua primeira ação de guerra.

¹¹⁵ Número máximo de vagas em determinados cursos de graduação universitária. Cf. BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*), decisão que se fundou no parâmetro do Art. 12 GG (liberdade profissional) e que será trabalhada no volume V da presente obra.

Não obstante, ao contrário do que foi objeto da decisão *Auschwitzlüge* (cf. **Decisão # 36.**), o Reclamante não negou a incontroversa existência do sistemático assassinato de milhões de judeus nas câmaras de gás. Com efeito, sustentou no livro e apresentou em sua Reclamação Constitucional contra a Decisão da última instância ordinária (Tribunal Federal Administrativo) que a responsabilidade por aquelas, segundo ele também, de fato, cruéis ações perpetradas aos judeus relacionadas ao que os historiadores passaram a alcunhar de “*Juden-Endlösung*” (“Solução Final dos Judeus”) seria precipuamente dos adversários da Alemanha. Seriam eles os reais responsáveis pelo estopim da Guerra que teria, então, e novamente por culpa deles, adquirido um transcurso caracterizado por um crescente grau de brutalidade, restando, ao final, incontrolável. Em uma nota de rodapé, chegou a escrever:

A destruição de pessoas judias durante a Guerra foi um crime, isso ninguém pode negar. Porém, ninguém pode negar também que o caminho até lá foi marcado por tão numerosos e perversos crimes do outro lado, nessa magnitude de perversidade e direção central únicos na história da humanidade. Não se pode apontar um e silenciar quanto ao outro. Cada avaliação precisa, como dito, ser sedimentada na questão da culpa da Guerra.

Ele assevera que entende “culpa” não em sua acepção moral, mas no sentido civilista-obrigacional de causa.

Para além de toda a polêmica que o livro poderia suscitar, ele foi introduzido na lista de **obras ameaçadoras à juventude** (*Jugendgefährdende Schriften*) pelo competente órgão administrativo a requerimento de uma secretaria municipal para a defesa de crianças e adolescentes. A base legal foi um dispositivo da Lei sobre a Difusão de Escritos Ameaçadores à Juventude (GjS). Entre os principais efeitos da presença de uma obra nessa lista, destaque-se: proibição de vendas a crianças e adolescentes (§ 3 GjS), proibição de vendas fora de livrarias especializadas (§ 4 GjS) e uma proibição de publicidade (§ 5 GjS). Segundo o órgão administrativo requerente, o livro deveria entrar na lista porque seria idôneo a confundir social-eticamente crianças e adolescentes e, assim, ameaçá-los moralmente.

Contra essa decisão administrativa, o Reclamante ajuizou, sem sucesso, uma ação perante o juízo administrativo de primeira instância. Contra a sentença interpôs recurso de apelação ao Superior Tribunal Administrativo, que o proveu. Na decisão sobre o recurso de revisão perante o Tribunal Federal Administrativo, foi restabelecida a sentença do juízo administrativo de primeira instância. Contra tal decisão desfavorável de última instância ordinária, interpôs sua Reclamação Constitucional alegando violação dos seus direitos fundamentais à liberdade científica e de expressão da opinião.

O TCF nem sequer considerou pertinente a área de proteção da liberdade científica. Em relação à liberdade de expressão da opinião, vislumbrou uma intervenção na área de proteção que não considerou justificada e, consequentemente, reconheceu uma violação, pelas decisões judiciais administrativas de primeira instância e do Tribunal Federal Administrativo, da liberdade de opinião do Reclamante e correspondente decisão pela procedência da Reclamação Constitucional por ele ajuizada.

EMENTAS

1. O § 1 I 1 da Lei sobre a Difusão de Escritos Ameaçadores à Juventude (GjS) é compatível com *Grundgesetz*.

2. A indexação de um livro como ameaçador à juventude com o fundamento segundo o qual ele conteria uma falsa descrição histórica relativa à questão da culpa pela Segunda Guerra Mundial viola o Art. 5 I 1 GG.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 11 de janeiro de 1994 – 1 BvR 434/87 –

No processo da Reclamação Constitucional do Sr. W... [...] contra: a) a Decisão do Tribunal Federal Administrativo de 03 de março de 1987 - BVerwG 1 C 39.84 -, b) a Decisão do Órgão Federal [de Avaliação] de Publicações Ameaçadoras à Juventude, de 7 de junho de 1979 - Nr. 2772 (Pr. 106/78) -.

Dispositivo:

A Decisão do Órgão Federal [de Avaliação] de Publicações Ameaçadoras à Juventude [...] e a Decisão do Tribunal Federal Administrativo [...] violam o direito fundamental do Reclamante decorrente do Artigo 5, Parágrafo 1, Período 1 da *Grundgesetz*. Anulam-se as Decisões. [...].

A República Federal da Alemanha deve ressarcir ao Reclamante as despesas processuais necessárias.

RAZÕES

A.

O Reclamante impugna a colocação de seu livro "A verdade para a Alemanha – A questão da culpa da Segunda Guerra Mundial" na lista de escritos ameaçadores à juventude.

I., II. 1.-3.a)-b)aa)-cc), III. 1.a)aa)-bb), b), 2. [...]

B.

A arguição de uma violação de um direito ao contraditório não é admitida [a julgamento]. [...].
[...].

C.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I.

Contudo, o entendimento compartilhado pelo Tribunal Federal Administrativo e pelo Órgão Federal de Avaliação, pelo qual o livro indiciado não faria parte da área de proteção da liberdade científica no sentido do Art. 5 III 1 GG, não deve ser questionado.

1. O Art. 5 III 1 GG declara como livres a ciência, a pesquisa e o ensino. Desse modo, não se cria apenas uma norma principiológica fundamental ao âmbito da ciência, tampouco se restringe o direito fundamental a uma garantia das condições funcionais da ciência, realizada profissionalmente, relativas a instituições científicas e profissões. Como direito de resistência, ele assegura, ao contrário, a todos que atuem cientificamente a liberdade perante restrições estatais (cf. BVerfGE 15, 256 [263]). Objeto dessa liberdade são, sobretudo, os processos relacionados com a autonormatização científica, modos de comportamento e decisões junto à busca de conhecimentos, sua interpretação e transmissão a terceiros. Para que a ciência possa ser orientada sem impedimentos ao esforço pela verdade que lhe é característico, ela foi declarada como sendo um âmbito de responsabilidade autônoma livre de determinação estatal (cf. BVerfGE 35, 79 [112 s.]; 47, 327 [367 s.]). Todos os que atuem cientificamente gozam, assim, da proteção contra influências estatais no processo de consecução e transmissão de conhecimentos científicos.

Todavia, o Art. 5 III 1 GG não protege um determinado entendimento de ciência ou uma determinada teoria científica. Isso seria incompatível com a incompletude e não finitude, em princípio, que são próprias da ciência, apesar da relação com a verdade que é para ela constitutiva (cf. BVerfGE 35, 79 [113]; 47, 327 [367 s.]). A proteção desse direito fundamental não depende da correção dos métodos e conclusões, nem da consistência da argumentação e do processo comprobatório ou da completude dos aspectos e demonstrações, que estão na

base de uma obra científica. Sobre ciência boa ou ruim, verdade ou inverdade de conclusões, pode-se julgar somente cientificamente (cf. BVerfGE 5, 85 [145]). Os entendimentos que tenham se imposto na discussão científica permanecem submetidos à revisão e à transformação. A liberdade científica protege, por isso, também opiniões minoritárias, assim como teses de pesquisa e conclusões que se revelem equivocadas ou deficientes. Igualmente, processos heterodoxos ou intuitivos gozam da proteção do direito fundamental. Pressuposto é somente que se trate, no caso, de ciência; nisso é subsumido tudo que, segundo forma e conteúdo, deve ser visto como tentativa séria de se chegar à verdade (cf. BVerfGE 35, 79 [113]; 47, 327 [367]).

Da abertura e mutabilidade da ciência, da qual parte o conceito de ciência da *Grundgesetz*, não se deriva, entretanto, que uma publicação deva já ser considerada científica porque seu autor a enxerga ou a nomeia como científica. Com efeito, a classificação na liberdade científica, que não se submete à reserva do Art. 5 II GG (cf. BVerfGE 35, 79 [112]), não pode depender exclusivamente do julgamento daquele que reclama para si o direito fundamental. Quando se tratar da admissibilidade de uma restrição em prol do propósito da proteção da juventude (cf. BVerfGE 83, 130 [139]) ou de outro bem protegido constitucionalmente (cf. BVerfGE 81, 278 [292]), também os órgãos administrativos e tribunais são, ao contrário, competentes para o exame [com vistas a se verificar] se uma obra cumpre os elementos caracterizadores do conceito – a ser compreendido amplamente – de ciência.

Não obstante, não se pode destituir a científicidade de uma obra apenas porque ela revela unilateralidades e lacunas ou por levar insuficientemente em consideração os entendimentos contrários. Tudo isso pode ser identificado como errado no sentido da autodefinição de Standards científicos pela ciência. Deixa-se o âmbito da ciência somente quando não se atinge a pretensão de científicidade não apenas em face de detalhes ou segundo a definição de determinadas escolas, mas de modo sistemático. Esse será, então, especialmente o caso quando a obra não for orientada ao conhecimento científico, mas tão somente emprestar a opiniões preconcebidas a aparéncia de ganho ou de prova científicos. Um indício nesse sentido pode ser a omissão de fatos, fontes, opiniões e conclusões que coloquem em xeque o entendimento do autor. Ao contrário, não é suficiente que a científicidade de uma obra seja questionada em controvérsias interno-científicas entre variadas correntes de conteúdo e metodológicas.

2. Segundo esses princípios, não se deve questionar constitucionalmente que o Tribunal Federal Administrativo – assim como antes o órgão administrativo – tenha rejeitado o caráter científico do livro do Reclamante.

O conceito de ciência, que embasa seu julgamento, corresponde às exigências da *Grundgesetz*. O TCF reconheceu que uma obra não é científica somente porque ela revela erros ou leva ao engano. Ao contrário, busca saber se se trata, na obra, de uma tentativa séria de busca pela verdade. No caso, não é problemático que o Tribunal Federal Administrativo não tenha derivado a científicidade da obra de sua roupagem científica, mas tenha prosseguido no questionamento sobre se ela poderia valer como ciência também segundo o tipo da consecução de suas conclusões. Embora o Tribunal Federal Administrativo, nesse contexto, não escape completamente do perigo de ele mesmo constituir um julgamento sobre o conteúdo de verdade do livro – do qual, em princípio, o julgamento da científicidade de uma obra não pode depender (cf. BVerfGE 5, 85 [145]) – e, partindo dele, concluir pelo falho

esforço de busca da verdade, sua decisão não se baseia nisso. O Tribunal chegou, mediante a consideração do parecer juntado pelo órgão federal de avaliação e das provas colhidas pelo juízo administrativo [de primeira instância], à conclusão de que o livro é marcado pela vontade de propagação de um determinado entendimento político-histórico e não pelo esforço de busca da verdade.

Esse entendimento encontra-se amparado especialmente na fundamentação do Tribunal Federal Administrativo [segundo a qual] o Reclamante teria deixado completamente de fora a literatura contrária à sua tese. De fato, ele poderia ter se valido de uma grande quantidade de fontes de pesquisas científicas já realizadas, assim como de documentários, diários e monografias, os quais contivessem narrativas sobre a vontade de guerra de Hitler e sua responsabilidade pelo estopim da Segunda Guerra Mundial. Sequer nas referências listadas ao final do livro foram [tais fontes] mencionadas.

II.

Porém, as decisões impugnadas violam o direito fundamental da liberdade de opinião.

1. O livro faz parte da área de proteção do Art. 5 I 1 GG.

a) Esse garante a todos o direito de livremente expressar sua opinião: cada pessoa deve livremente poder dizer o que pensa, mesmo quando não apresentar razões revisionáveis para seu julgamento ou não puder fazê-lo. Igualmente, faz parte do sentido de expressões de opinião deixar que o efeito intelectual chegue ao entorno social. Assim, juízos de valor são protegidos sem que fosse relevante verificar se a expressão é valiosa ou sem valor, correta ou falsa, emocional ou racional (cf. BVerfGE 61, 1 [7]; 85, 1 [15]).

[...].

b) O livro do Reclamante é marcado por sua opinião sobre a questão da culpa pela guerra. Não se pode reduzi-lo a uma afirmação inverídica de fato. Especialmente, não deriva da possibilidade de condensar seu conteúdo a uma declaração nuclear sobre um processo histórico que, em sua totalidade, contenha somente afirmações fáticas. O Reclamante defende o entendimento de que o regime nacional-socialista e, nomeadamente, Hitler, não seriam culpados pelo estopim da Segunda Guerra Mundial. Mesmo quando o conceito de culpa for, no caso, entendido somente no sentido da causa, as questões desse tipo não são respondíveis por meio de puras afirmações fáticas, mas exigem uma avaliação axiológica. Isso vale, então, muito mais para a descrição de uma determinada imagem histórica, que sempre será o resultado de uma interpretação de complexos contextos e matérias históricas.

2. Com a indexação do livro, intervém-se na área de proteção do Art. 5 I 1 GG. Ela tem como consequência a proibição da divulgação a jovens e, no mais, leva a restrições publicitárias e de divulgação, com as quais a venda a adultos é bastante prejudicada (cf. BVerfGE 83, 130 [143 s.]).

a) Não obstante, a liberdade de opinião não foi garantida sem limites. Ela tem seus limites fixados, entre outros, nos dispositivos para a proteção da juventude. Quando da promulgação de tais normas, o legislador, contudo, tem de levar em consideração o significado dos direitos fundamentais outorgados no Art. 5 I 1 GG.

O § 1 I GJS é compatível com essas exigências constitucionais, desde que estejam atingindo escritos com conteúdo político. A norma foi promulgada com o propósito de proteger a juventude contra uma ameaça moral. O legislador determinou os limites traçados à liberdade de opinião de maneira suficientemente exata e fez a obrigatoriedade ponderação entre seu

significado na democracia, de um lado, e os interesses igualmente importantes da proteção da juventude, de outro lado.

É certo que a questão sobre se um escrito pode ser incluído na lista não pode ser respondida, sem mais, pelo teor do § 1 I GjS. Uma imprecisão relevante resulta, sobretudo, do recurso a normas morais que revelam poucos contornos e, no mais, são constantemente mutáveis. Dúvidas podem também surgir em face de uma possível ameaça a leitores jovens, uma vez que os efeitos de leituras imorais não se deixam, sem mais, prever e, além disso, são polêmicos do ponto de vista técnico-científico (cf. a respeito: BVerfGE 83, 130 [147]).

Por outro lado, é praticamente impossível uma descrição conceitual mais precisa do suporte fático da indexação. Em princípio, o legislador pode, em tais situações, valer-se de cláusulas gerais. A exigência da determinabilidade será satisfeita quando problemas interpretativos puderem ser superados com os métodos jurídicos tradicionais (cf. BVerfGE 17, 67 [82]; 83, 130 [145]). Esse é aqui o caso, principalmente porque, mediante uma enumeração ilustrativa de determinados tipos de escritos no § 1 I 2 GjS, a lei dá pontos de apoio para uma determinação mais precisa do suporte fático da indexação. Que escritos que produzam efeitos brutais, estimulem as práticas de atos de violência, crimes ou ódio racial, ou que glorifiquem a guerra devam ser incluídos na lista, ilustra para além desses exemplos casuísticos o conteúdo do conceito "ameaça moral". Os exemplos também possibilitam o reconhecimento de que uma indexação somente pode ser cogitada em caso de notório grau de ameaça e de uma elevada intensidade do perigo. O legislador fez, portanto, uma ponderação entre o significado da liberdade de opinião e o interesse por uma efetiva proteção da juventude.

Dos materiais legislativos derivam-se outras referências ao conteúdo mais detalhado do suporte fático da indexação. No Projeto-lei do Governo, manifestou-se a respeito das questões interpretativas ainda sobre a base de uma cláusula geral não ilustrada por meio de exemplos. Segundo ele, não deveria ser a definição "adequada a ameaçar jovens moralmente" de jeito nenhum restrita à moralidade no sentido sexual, mas compreender também tratados e narrativas que pudesse, mediante a glorificação do crime, suscitar problemáticas ideias nos jovens (cf. BTDrucks. I/1101, p. 10). A comissão para questões de amparo à juventude inseriu, de modo divergente do Projeto-lei do Governo, a frase: "devem ser entendidos, sobretudo, escritos imorais, assim como escritos que glorifiquem crimes, guerra e ódio racial". Os exemplos deveriam, portanto, notoriamente, esclarecer ao aplicador da lei que o conceito da ameaça moral é aberto, especialmente não se limitando à esfera sexual. Porém, diante da assim alcançada [grande] extensão do conceito da ameaça moral, havia como corretivo uma restrição a casos especialmente graves.

A lei derogadora de 21 de março de 1961 ampliou a mencionada formulação e a fez alcançar, sobretudo, os escritos imorais que produzissem efeitos brutais, os quais estimulassem atos de violência, crimes ou ódio racial, ou glorificassem a guerra. O relatório escrito da Comissão para Questões de Família e Juventude fundamentou a alteração com o fato de que se deveria levar em consideração a realidade, como se apresenta no âmbito dos escritos ameaçadores à juventude, e aumentar a plasticidade da lei. Outras sugestões de alteração não deveriam ser seguidas. O direito vigente que parte da idoneidade dos escritos a ameaçar moralmente os jovens teria se mostrado, na prática do órgão federal de avaliação e dos tribunais, como suficiente e se consolidado. (cf. BTDrucks. III/2373, p. 1 s.).

Complementarmente restrito é o suporte fático da indexação pela cláusula de proteção de tendência do § 1 I n. 1 GjS. Quando lá aparece, em seu texto, que escritos não podem ser incluídos na lista por causa de seu conteúdo político, social, religioso ou ideológico, esclarece-se que a lei não pretende proteger jovens contra a possibilidade de serem confrontados com tais tendências, mesmo quando elas – pouco importando seus motivos – parecerem indignas de aprovação. Nisso está presente não apenas uma concretização complementar do suporte fático da indexação e uma determinação mais detalhada dos limites que são postos à liberdade de opinião em prol da proteção da juventude. Com efeito, com a cláusula de tendência, o legislador também levou em consideração o significado especial da liberdade de opinião para o debate político.

b) A interpretação e a aplicação do § 1 I GjS pelo órgão federal de avaliação estão, todavia, comprometidas com problemas jurídico-constitucionais. Certo é que não deve ser questionado o entendimento pelo qual uma avaliação positiva e reabilitação ou banalização da "ideologia totalitária nacional-socialista" pode, de fato, ameaçar moralmente os jovens e que um escrito com esse conteúdo não cai na cláusula de tendência (**aa**). Incompatível com o Art. 5 I 1 GG é, todavia, a tese de que para a aplicação das normas de proteção da juventude restritivas da liberdade de opinião seria suficiente que o livro do Reclamante avaliasse positivamente a ideologia nacional-socialista mediante uma falsa descrição histórica da questão da culpa pela guerra (**bb**).

aa) O interesse significativo constitucionalmente por um desenvolvimento não estorvado da juventude é, entre outros, direcionado ao objetivo de não deixar surgir ódio racial, gozo pela guerra e fobia à democracia (cf. BVerfGE 30, 336 [347, 350]). A ideologia nacional-socialista é essencialmente marcada por tais elementos. Sua glorificação, reabilitação e banalização certamente podem justificar a restrição de sua difusão para a proteção da juventude. O § 1 I 1, 2 GjS deixa também suficientemente claro que a lei pretende abranger os escritos cujos efeitos têm sido descritos pelo órgão federal de avaliação, pelos tribunais administrativos, assim como por uma parte da literatura jurídica, com o conceito de "confusão ético-social".

Também não existem problemas constitucionais no fato de o Tribunal Federal Administrativo ter deixado de aplicar a cláusula de proteção de tendência a tais escritos. Essa cláusula serve ao esclarecimento de que a proteção da juventude deve ser retrocedida, entre outros, no âmbito da formação da opinião política, porque nesse âmbito nuclear do Art. 5 I 1 GG cabe à proteção da livre comunicação um papel especial. Nesse contexto, parece, entretanto, duvidosa a tese defendida pelo Tribunal Federal Administrativo, segundo a qual em face de todas as visões políticas inadmitidas pela *Grundgesetz* a proteção legal da tendência cairia por terra, correspondendo ao significado e alcance do Art. 5 I 1 GG. Isso pode, entretanto, ser deixado de lado porque não se trata disso [no presente caso].

bb) A tese do órgão federal de avaliação e a – que a segue – do Tribunal Federal Administrativo, segundo a qual o livro do Reclamante poderia ser indexado já porque ele avaliaria positivamente a ideologia nacional-socialista por meio de uma falsa descrição histórica, não leva, entretanto, suficientemente em consideração o significado do Art. 5 I 1 GG. O órgão federal de avaliação e o Tribunal Federal Administrativo não partem do fato de que o Reclamante incite em seu livro o ódio racial, que glorifique a guerra ou defenda outras das obras nocivas à juventude no sentido retro apresentado. De fato, o Reclamante evita justificar a ideologia nacional-socialista, glorificar a guerra ou negar ou defender o assassinato de

milhões de judeus. Uma ameaça à juventude por meio da propagação de ideias que fossem notoriamente incompatíveis com os princípios fundamentais da dignidade humana e da liberdade, dos quais a Constituição parte, não pode, portanto, ser verificada. O perigo que decorre do livro, segundo o entendimento do órgão federal de avaliação e do Tribunal Federal Administrativo, resulta, pelo contrário, do fato de o Reclamante tentar absolver Hitler e os demais titulares do poder no regime nacional-socialista de uma culpa ou de apenas uma coautoria no estopim da Segunda Guerra Mundial e, de resto, – em uma nota de rodapé – apresenta o assassinato dos judeus como consequência da guerra provocada por outros e dos crimes de guerra antecedentes de outros.

A avaliação de que um perigo à juventude possa já estar implícito no fato de o Reclamante deixar transparecer que a ideologia nacional-socialista seria inofensiva, ao negar justamente as ações ilícitas mais graves do nacional-socialismo ou apresentá-las como consequência de desenvolvimentos, pelos quais ele não teria de responder, é compreensível. A avaliação se isso por si justificaria uma intervenção, que é ligada à indexação do escrito, tem de, contudo, considerar que as citadas menções são relativas apenas a efeitos indiretos do escrito cujo potencial de ameaça muito dificilmente pode ser mensurado. Sobretudo, deve ser considerado nesse contexto que expressões a respeito da interpretação histórica, especialmente aquelas que se relacionem à mais jovem história alemã, como contribuição para a formação da opinião política, fazem parte do âmbito nuclear que é garantido pelo Art. 5 I 1 GG. Isso vale independentemente de encontrarem-se elas no espectro de opiniões doutrinárias convencionais ou muito fora dele, se parecem bem fundamentadas ou se se trata – como aqui no caso da questão central do livro que é a culpa pela guerra – de uma descrição contestável.

O Estado democrático confia, por excelência, que do debate livre entre as mais diferentes opiniões possa resultar um quadro multivariado, diante do qual as compreensões unilaterais, baseadas na falsificação de fatos, não possam, em geral, impor-se. A livre discussão é o fundamento por excelência da sociedade livre e democrática.

Também os jovens apenas poderão tornar-se cidadãos maduros se for fortalecida sua capacidade crítica no debate com diferentes opiniões. Isso vale em medida especial para o debate a respeito da mais jovem história alemã. A transmissão dos acontecimentos históricos e o debate crítico com opiniões divergentes podem proteger a juventude de modo muito mais efetivo perante a vulnerabilidade diante de descrições históricas desfocadas do que uma indexação, que poderia, inclusive, emprestar a tais opiniões uma indevida força de atração.

As decisões do órgão federal de avaliação e do Tribunal Federal Administrativo não levam suficientemente em consideração esses princípios. Elas ignoram, primeiro, que o livro do Reclamante não pode ser reduzido a uma única afirmação fática que pode ser vista como refutada, mas que contém a apresentação de uma determinada compreensão a respeito de processos históricos, a qual combina uma grande quantidade de afirmações fáticas e avaliações axiológicas umas com as outras. Sobretudo, falta uma ponderação entre o propósito perseguido pela indexação e o peso da intervenção na liberdade de opinião. No caso, o órgão federal de avaliação e o Tribunal Federal Administrativo deveriam ter avaliado especialmente se [realmente] serve ao desenvolvimento de jovens, em um Estado democrático, poupar-los de posições radicais a respeito de uma discussão histórica.

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

As decisões impugnadas devem ser, portanto, anuladas. Se o órgão administrativo pode chegar à mesma conclusão quando de um novo exame, não precisa ser aqui decidido.

Henschel, Seidl, Grimm, Dieterich, Söllner, Seibert e Kühling.

55. BVerfGE 122, 89 (Wissenschaftsfreiheit in der Theologie)

Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial

MATÉRIA

Trata-se, em suma, da definição do alcance e dos limites da **liberdade científica na teologia** (*Wissenschaftsfreiheit in der Theologie*). Um professor catedrático de teologia da *Georg-August-Universität Göttingen* que ajuizou a Reclamação Constitucional em tela, investido no cargo em 1983, foi removido pela mencionada universidade de sua disciplina “Novo Testamento” para outra intitulada “História e Literatura do Cristianismo Antigo” no final de 1998.

O Reclamante passou por uma trajetória científica e pessoal que o levou a distanciar-se publicamente da fé cristã: um fato que restou comprovado com muitas de suas declarações públicas, palestras e publicações monográficas. Foi um processo que culminou com seu desligamento público e voluntário da Igreja Protestante, ainda que sem fazê-lo formalmente, no mesmo ano de 1998. Destaque, nesse sentido, merece seu livro, citado na decisão, publicado também no mesmo ano da remoção, com o título muito elucidativo de seus novos entendimentos teólogo-científicos *“Der große Betrug – Und was Jesus wirklich sagte und tat”* (“A Grande Fraude – E o que Jesus realmente disse e fez”).

O fundamento legal da remoção foi um dispositivo da Lei Universitária de *Niedersachsen*, o § 50 III NHG. Segundo seu teor:

O tipo e o conteúdo das tarefas a serem desempenhadas seguem a configuração da relação de serviço público e descrição funcional do cargo, observando-se os parágrafos 1 e 2. A fixação deve permanecer submetida à reserva de uma avaliação de periodicidade adequada.

Contra a medida administrativo-funcional, o Reclamante ajuizou a cabível ação em sede de jurisdição especial administrativa, que foi julgada improcedente. Tanto seu recurso de apelação perante o Superior Tribunal Administrativo estadual quanto seu recurso de revisão perante o Tribunal Administrativo Federal não foram providos.

Em sua Reclamação Constitucional alegou, precipuamente, a violação de seus direitos fundamentais à liberdade científica e à liberdade de crença. O TCF reconheceu a presença de uma intervenção apenas na área de proteção da liberdade científica, mas a considerou justificada constitucionalmente. Ele assim o decidiu por ter aplicado os limites constitucionais à liberdade científica derivados da proteção da autodeterminação das igrejas (Art. 140 GG c.c. Art. 137 Abs. 3 WRV) e da liberdade científica colidente da faculdade de teologia (hipóteses do chamado direito constitucional colidente), ambos aplicados em observância ao princípio da proporcionalidade segundo as razões da Decisão.

EMENTAS

1. Para professores universitários, o núcleo da liberdade científica é o direito de representar sua disciplina acadêmica na pesquisa e no ensino. Quando medidas estatais que produzem efeitos sobre seu status como professor universitário investido do cargo atingirem

especificamente aspectos científicos relevantes de sua atuação, o parâmetro de exame será o Art. 5 III GG, mas não o Art. 33 V GG.

2. A *Grundgesetz* permite o estabelecimento de faculdades de teologia em instituições de ensino superior estatais, no âmbito do direito e obrigação do Estado de organizar a formação universitária e a ciência nas universidades estatais. No caso, o Estado deve observar o direito de autodeterminação das comunidades religiosas cuja teologia seja objeto do ensino.

3. A liberdade científica de professores universitários da teologia tem seus limites no direito à autodeterminação da comunidade religiosa e no direito da faculdade protegido pelo Art. 5 III GG a manter sua identidade como faculdade teológica e a cumprir suas tarefas na formação de teólogos.

4. Sobre o direito dos professores universitários à participação na formação acadêmica.

Decisão [Beschluss]

Do Primeiro Senado de 28 de outubro 2008 – 1 BvR 462/06 –

Dispositivo:

Indefere-se a Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

I. 1.-2., II. 1.-3., III. 1.-2., IV. 1.-4. [...]

B.

A admitida Reclamação Constitucional é improcedente. As medidas impugnadas da universidade e as decisões jurisdicionais administrativas não violam os direitos fundamentais do Reclamante.

I.

A medida intervém no direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 5 III 1 GG (a seguir, sob **1.** e **2.**); essa intervenção é, no entanto, justificada (**3.**).

1. O Art. 5 III 1 GG garante a todos que atuem na ciência, na pesquisa e no ensino um direito fundamental ao livre exercício científico (cf. BVerfGE 15, 256 [263 s.]; 88, 129 [136]). Ciência é um âmbito em princípio livre de determinação por terceiros da responsabilidade autônoma (cf. BVerfGE 35, 79 [113]; 47, 327 [367]; 90, 1 [12]; 111, 333 [354]). O âmbito nuclear da atividade científica corresponde a processos relacionados à autonormatização científica, modos de comportamento e decisões junto à busca por conhecimento, sua interpretação e transmissão (cf. BVerfGE 35, 79 [112]; 47, 327 [367]; 90, 1 [11 s.]; 111, 333 [354]). Como direito de resistência, o direito fundamental protege a atividade científica contra intervenções estatais e garante aos cientistas, individualmente, um âmbito de liberdade protegido sem reservas (cf. BVerfGE 35, 79 [112 s.]; 47, 327 [367]; 88, 129 [136]; 90, 1 [11 s.]).

Para professores universitários, o núcleo da liberdade científica é o direito de representar sua disciplina acadêmica na pesquisa e no ensino. A liberdade é fundamentalmente marcada, destarte, também pelo cargo público que lhe foi investido, nomeadamente, por seu mandato de ensino. Quando medidas estatais que produzam efeitos sobre sua posição de professor universitário investido do cargo atingirem especificamente aspectos científicos relevantes de sua atividade, o parâmetro de exame será o Art. 5 III GG, mas não o Art. 33 V GG (cf. BVerfGE 35, 79 [147]).

2. Nesse direito fundamental do Reclamante interveio-se quando lhe foi atribuída, ao invés da disciplina “Novo Testamento”, a disciplina “História e Literatura do Cristianismo Antigo” (no

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

meio tempo, renomeada “Estudos Cristãos Antigos”) para representação no ensino. O Reclamante separou-se, assim, de seu campo atual de ensino na formação de teólogos. [...].

3. A intervenção é, contudo, justificada em observância tanto ao direito à autodeterminação das igrejas (Art. 140 GG c.c. Art. 137 III WRV) quanto aos direitos da faculdade, por sua vez protegidos pelo Art. 5 III GG.

A liberdade científica pode ser limitada, como ocorre com outros direitos fundamentais garantidos sem reservas, com base no direito constitucional colidente (cf. BVerfGE 47, 327 [369]; 57, 70 [99]), embora também nesse caso seja fundamentalmente necessária uma base legal (cf. BVerfGE 83, 130 [142]; 107, 104 [120]). Um conflito entre os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente deve ser resolvido mediante recurso a outros dispositivos e princípios constitucionais que vêm à pauta, assim como pelo princípio da concordância prática, por interpretação conforme a Constituição (cf. BVerfGE 47, 327 [369]).

a) De modo inquestionável constitucionalmente, os tribunais ordinários consideraram que a remoção do Reclamante poderia ser baseada no § 50 III NHG (na redação de 24 de março de 1998) e, assim, com uma base legal. A norma determina que o tipo e a extensão das tarefas a serem exercidas pelo professor universitário orientem-se segundo a configuração de relação de serviço público e a descrição funcional de seu cargo e que a fixação deva estar sob a reserva de uma avaliação com periodicidade adequada. Segundo a interpretação decisiva para o presente processo dos tribunais ordinários, o conteúdo normativo do § 50 III NHG não se esgota na mera obrigação de fixar as tarefas a serem exercidas por um professor sob a reserva de uma avaliação com periodicidade adequada, como isso ocorreu perante o Reclamante na medida de atribuição [de disciplina] inicial. Ao contrário, da regulamentação no § 50 III NHG pode ser depreendida, segundo essa interpretação, também uma competência para alterar, unilateralmente, como consequência de uma avaliação, o tipo e a extensão das tarefas a serem exercidas por um professor. Isso não contraria o princípio estabelecido no § 50 II 1 HRG (§ 55 V 1 NHG), segundo o qual professores podem ser destituídos e transferidos apenas com seu consentimento. Esse princípio não se refere à atribuição, a ser classificada como remoção, de outra função dentro da [própria] universidade (cf. Waldeyer, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, HRG, § 50, n. 23; cf. também Reich, BayHSchLG, 2. ed. 2000, Art. 12 n. 7 *in fine*).

Essa interpretação do § 50 III NHG é compatível com a *Grundgesetz*. Com tal entendimento, a norma deixa um espaço suficiente para a necessária ponderação entre a liberdade científica e [os eventuais] direitos constitucionais colidentes. Especialmente, podem ser aqui considerados também os limites da liberdade científica que surgem da peculiaridade de faculdades de teologia para os professores nelas atuantes.

b) A liberdade científica de professores universitários da teologia tem seus limites no direito à autodeterminação das comunidades religiosas. A *Grundgesetz* permite o ensino da teologia como ciência em universidades estatais. Quando se estabelecem faculdades de teologia, necessário é observar o direito à autodeterminação daquelas comunidades religiosas nas quais a teologia seja objeto do ensino vinculado à [respectiva] confissão.

aa)-bb) [...].

c) A liberdade científica do Reclamante encontra seus limites também no direito da faculdade, por sua vez protegido pelo Art. 5 III GG (cf. BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362 [373 s.]; 31, 314

[322]; 111, 333 [352]), de manter sua identidade como faculdade de teologia e cumprir suas tarefas no ensino teológico.

Intervenções na liberdade científica do professor universitário podem ser justificadas também pelo objetivo da – por seu turno, por força do Art. 5 III 1 GG obrigatória – manutenção e fomento da capacidade funcional das universidades (cf. BVerfGE 95, 193 [212]; 111, 333 [353 s.]), a fim de que possam cumprir suas tarefas de ensino e pesquisa. Para uma faculdade de teologia, o mandato de ensino e pesquisa é essencialmente codeterminado pela aderência confessional do ensino. A faculdade podia, assim, enxergar nas aulas e manifestações públicas do Reclamante uma ameaça ao seu mandato de formação. A faculdade de teologia serve, como demonstrado de modo permitido constitucionalmente, ao ensino da teologia confessionalmente compatível, especialmente também à formação de líderes religiosos da igreja e dos professores de religião vinculados confessionalmente. Essa função restará ameaçada toda vez que os docentes publicamente não mais se mantiverem fieis às convicções de fé da igreja. Uma faculdade de teologia estaria ameaçada em sua existência caso a igreja não mais visse o ensino lá defendido, principalmente em uma disciplina tão central como "Novo Testamento", como um ensino confessionalmente compatível e, por consequência, não recebesse seus formados egressos como líderes religiosos e não concedesse aos professores de religião lá formados a licença para o ministério da aula de religião vinculada à confissão (vocação e *missio canonica*). [...].

di) As medidas impugnadas da universidade e as decisões jurisdicionais administrativas ponderaram, em sede de conclusão de modo procedente, a liberdade científica do Reclamante com os interesses constitucionais contrapostos e, destarte, atenderam ao princípio da proporcionalidade.

aa)-cc) [...].

dd) As consequências da medida para o status do Reclamante no ensino e na avaliação não tornam a medida inexigível.

(1)-(2) [...].

II.

[...]

III.

Também o direito fundamental do Reclamante decorrente do Art. 4 I GG não foi violado.

[...]

Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof e Masing.

56. BVerfGE 127, 87 (Hamburgisches Hochschulgesetz)

Reclamação Constitucional contra Ato Normativo

MATÉRIA

O Reclamante é professor catedrático de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito na Faculdade de Direito da *Universität Hamburg*. Em sua Reclamação Constitucional, impugna diretamente dois dispositivos da **Lei Universitária de Hamburg (Hamburgisches Hochschulgesetz)** que teriam violado, segundo ele, seu direito fundamental à liberdade científica.

Os dispositivos impugnados têm por objeto a relação interna dos órgãos universitários ao nível da faculdade. Especificamente, têm por objeto, respectivamente, a posição jurídica e as

competências do decano e as mesmas do Conselho da Faculdade. Em geral, revelavam uma tendência de fortalecimento do decano em detrimento do Conselho. O Reclamante sustentou, em síntese, em consonância com a jurisprudência pacífica do TCF e opinião doutrinária praticamente unânime, que a liberdade científica conteria não apenas uma dimensão de direito de resistência contra intervenções estatais no processo de consecução e transmissão de conhecimentos científicos, mas também uma ordem objetiva de valores a ser realizada pelo Estado. Isso deveria ser conseguido pela criação de direitos específicos de participação na organização do funcionamento científico. Assim, seriam incompatíveis com essa dimensão objetiva leis que criassem estruturas ameaçadoras da liberdade científica em sua dimensão objetiva. Esse seria, segundo o Reclamante, o caso do § 90 HmbHG que confiou ao decano praticamente todas as competências relevantes à esfera científica, de modo “puramente monocrático”.

Em sua Decisão, o TCF julgou a Reclamação Constitucional parcialmente admitida e, no mérito, também apenas parcialmente procedente.

EMENTAS

1. A garantia da liberdade científica por meio de regras organizacionais exige que os titulares da liberdade científica combatam, por meio de seus representantes nos órgãos universitários, as ameaças à liberdade e que possam trazer para a universidade sua competência técnica em prol da realização da liberdade científica. Assim, o legislador tem de garantir um nível suficiente de participação dos titulares do direito fundamental.

2. [...].

Decisão [Beschluss]

Do primeiro Senado de 20 de julho 2010 – 1 BvR 748/06 – [...].

Dispositivo:

1. O § 90, Parágrafo 1, Período 3, Parágrafo 4, Período 2 e 3, assim como Parágrafo 5, Número 1, Número 2, 1. Alternativa e Número 7; § 91, Parágrafo 2 da Lei Universitária de *Hamburg* de 18 de julho de 2001 [...] são consoante aos parâmetros das razões incompatíveis com o Artigo 5, Parágrafo 3, Período 1 da *Grundgesetz*.

2. De resto, indefere-se a Reclamação Constitucional.

3. [...].

RAZÕES

A.

I. 1.-5., II. 1.a)-c), 2.a)-e), III., IV. 1.-4. [...]

B.

A Reclamação Constitucional é apenas parcialmente admitida.

I.

Por causa da perda do prazo de um ano determinado pelo § 93 III BVerfGG, a Reclamação Constitucional é parcialmente intempestiva.

1.-2. [...].

II.

O relato do Reclamante não cumpre totalmente as exigências estipuladas no § 92 c.c. § 23 I 2,

1. Subperíodo BVerfGG para a fundamentação de uma Reclamação Constitucional.

[...]

III.

A Reclamação Constitucional é, no mais, parcialmente inadmitida porque ela não logrou demonstrar a possibilidade de uma violação de direitos fundamentais do Reclamante (§ 90 I BVerfGG).

1.-6. [...].

IV.

Em relação às demais normas impugnadas, o Reclamante foi atingido de modo próprio, atual e direto.

Segundo a jurisprudência do TCF, a proteção jusfundamental decorrente do Art. 5 III 1 GG pode ser afirmada diretamente em face de normas de organização. [...].

C.

A Reclamação Constitucional é, na extensão em que é admitida, parcialmente procedente. A regulamentação da nomeação de competências do decano nos §§ 90, 91 HmbHG não corresponde, em seu efeito conjunto, às exigências do Art. 5 III GG.

I.

1. O Art. 5 III GG contém, ao lado de um direito de liberdade individual, uma norma principiológica axiológica objetiva, que disciplina a relação da ciência, pesquisa e do ensino com o Estado (cf. BVerfGE 35, 79 [112]; jurispr. pacífica). Essa decisão axiológica inclui o engajamento do Estado, que se entende como Estado cultural, em prol da ideia de uma ciência livre e sua coparticipação na sua realização (cf. BVerfGE 35, 79 [114]). [...].

2. Ao titular individual do direito fundamental decorrente do Art. 5 III 1 GG constitui-se, a partir dessa decisão axiológica, um direito àquelas medidas estatais também de natureza organizacional que sejam indispensáveis à proteção de seu âmbito de liberdade jusfundamentalmente assegurada porque é somente ela que, em geral, assegura-lhe uma livre atividade científica. Esse âmbito de liberdade não é garantido apenas no interesse do desenvolvimento individual de cada cientista, mas também no interesse de uma ciência a serviço do bem-estar do indivíduo e da sociedade. Por isso, a liberdade científica não protege contra restrições que sejam inevitáveis ao titular individual do direito fundamental por causa da operação conjunta com outros titulares do direito fundamental na academia científica (cf. BVerfGE 35, 79 [122, 128]; 47, 327 [369 s.]; 51, 369 [379]; 55, 37 [68 s.]; 111, 333 [354]).

Ciência é uma área de responsabilidade autônoma e, em princípio, livre de ingerências por terceiros (cf. também: BVerfGE 35, 79 [113]; 47, 327 [367]; 90, 1 [12]; 111, 333 [354]). [...].

O Art. 5 III 1 GG exige que a organização da universidade e assim também a formação da vontade organizacional da universidade sejam de tal modo normatizadas a ponto de ser possível fazer na universidade ciência livre e que ela possa ser desenvolvida livre de ameaças (cf. BVerfGE 35, 79 [116 s.]; 54, 363 [389 ss.]; 111, 333 [354]). A participação do titular do direito fundamental na organização da academia científica não é, nesse sentido, um propósito em si. Pelo contrário, serve à proteção perante decisões científicamente inadequadas, sendo garantida, por conseguinte, somente na extensão para tanto necessária. A garantia é, em relação a cada cientista, restrita àquelas decisões de organização universitária que possam ameaçar sua própria liberdade de pesquisar e ensinar (cf. BVerfGE 35, 79 [116 s., 127 s.]; 111, 333 [354]).

3. Junto ao exame constitucional da compatibilidade de normas organizacionais com o Art. 5 III 1 GG, deve-se investigar se, por meio dessas normas, a atividade científica livre e o cumprimento de tarefas estejam ameaçados (cf. BVerfGE 111, 333 [355]). Decisões que, no caso concreto, violem a liberdade científica não podem ser totalmente evitadas por meio de normas organizacionais (cf. BVerfGE 35, 79 [124]). Contra isso, o respectivo titular de direito fundamental é, no entanto, protegido pelo cabimento de medidas jurídicas contrárias. Para o esclarecimento da questão se uma regulamentação cria estruturas que possam ter efeitos

Capítulo 12: Liberdade científica (Art. 5 III 1, 2. variante GG)

ameaçadores, deve ser levado em consideração o completo sistema organizacional da universidade com suas várias possibilidades de influência e controle (cf. BVerfGE 111, 333 [355]).

4. Enquanto o legislador garantir, nesse sentido, um grau suficiente de autodeterminação organizacional aos titulares do direito fundamental, estará livre para regulamentar o funcionamento da ciência segundo sua discricionariedade, a fim de trazer a uma compensação adequada as diferentes tarefas das instituições científicas e os interesses de todos os que dela participem, no desempenho de sua responsabilidade geral social (cf. BVerfGE 35, 79 [116, 120]; 47, 327 [404]; 93, 85 [95]; 111, 333 [355]). Nesse contexto, ele não está vinculado a estruturas tradicionais de organização da universidade. Pode desenvolver novos modelos e técnicas de direção e testá-los, sendo até mesmo obrigado a observar as formas de organização pretéritas e reformá-las, modernizando-as (nesse sentido, já: BVerfGE 35, 79 [117]). Cabe a ele, no caso, exatamente tendo em vista a idoneidade de novas formas de organização, uma margem de avaliação e de prognóstico (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 88, 203 [262]; 111, 333 [356]).

5. O legislador pode livremente configurar, especialmente, o tipo e modo da participação dos titulares de direito fundamental, enquanto as estruturas organizacionais estejam garantindo suficientemente os livres ensino e pesquisa (cf. BVerfGE 111, 333 [356]). A participação dos operadores da ciência, obrigatória para a garantia da adequação científica das decisões organizacionais universitárias, até não precisa ocorrer, em todos os casos, de modo coerente à tradicional autogestão. Todavia, a garantia da liberdade científica por meio de regras organizacionais exige que seus titulares possam defender-se, por intermédio de seus representantes nos órgãos universitários, contra ameaças à liberdade científica e trazer sua competência profissional para a universidade em prol da realização da mesma liberdade. Por isso, o legislador tem de garantir um nível suficiente de participação dos titulares do direito fundamental.

6. [...].

II.

As regulamentações impugnadas de modo admitido não cumprem completamente esses parâmetros jurídico-constitucionais.

1. [...].

2. Contudo, não existem problemas contra tais competências do decano, pelas quais ele executa, em larga medida, prescrições legais e decisões de órgãos colegiados.

a)-c) [...].

3. Por sua vez, as competências do decano, [...].

a)-d) [...].

4. Essas amplas possibilidades diretivas do decano não são suficientemente compensadas por prerrogativas diretas ou indiretas de participação, influência, informação e controle do Conselho da Faculdade como órgão de representação colegial dos titulares do direito fundamental nos §§ 90, 91 HmbHG.

a)-c)aa)-bb) [...].

5. [...].

III.

A incompatibilidade com o Art. 5 III GG não conduz, em conformidade com o § 95 III 1 BVerfGG, à nulidade da situação jurídica impugnada.

Quando uma regulamentação legal não estiver em consonância com a *Grundgesetz*, tendo o legislador várias possibilidades de afastar a constitucionalidade, o TCF leva-o em consideração de modo a declarar a regulamentação como apenas incompatível com a *Grundgesetz*. Isso é obrigatório no presente caso. O legislador pode, nos limites de sua ampla margem discricionária, partir tanto das competências dos órgãos diretivos confiadas aos órgãos universitários, como das possibilidades de controle e participação do Conselho da Faculdade, a fim de produzir um nível mínimo de participação dos titulares do direito fundamental que seja compatível com o Art. 5 III 1 GG.

O legislador pode, no caso, também adotar uma avaliação das experiências com a Lei da *Universität Hamburg* já adotada em *Hamburg*. Tendo em vista que esse processo já se encontra em curso, desiste-se de uma fixação de prazo.

De resto, deve-se esperar que os órgãos diretores exerçam suas competências em conformidade com as exigências jurídico-constitucionais.

A Decisão sobre o ressarcimento das despesas baseia-se no § 34a II BVerfGG.

Kirchhof, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing e Paulus.

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. n. 9, p. 1-41, 2007.
- BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten**. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderen Berücksichtigung der Vertragsfreiheit. Mohr Siebeck: Tübingen, 2009.
- CORNILS, Matthias. **Die Ausgestaltung der Grundrechte**: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2018.
- GRIMM, Dieter; KIRCHHOF, Paul (Org.). **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.
- GRIMM, Dieter. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. **Neue Juristische Wochenschrift – NJW**. v. 1995, p. 1697-1705.
- HÄNTZSCHEL, Das Recht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Artikels 118 der Reichsverfassung. **Archiv des öffentlichen Rechts – AÖR**. v. 49, p. 228 ss., 1926.
- HUFEN, Friedehelm. **Staatsrecht II**. Grundrechte. 5. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- HUSTER, Stefan. **Die ethische Neutralität des Staates**: eine liberale Interpretation der Verfassung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- JARASS, Hans D. Art. 4, 5 e 19 GG. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**: Kommentar. 12. ed. München: Beck, p. 154-233, 456-484, 2011.
- IPSEN, Jörn. **Staatsrecht**. Grundrechte. 17. ed. München: Vahlen, 2014.
- LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O.; Möllers, C.; Schönberger, C. (Org.). **Das entgrenzte Gericht**. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht. Frankfurt: Suhrkamp, 2011, p. 159-279.
- MANSSEN, Gerrit. **Staatsrecht II**. **Grundrechte**. 13. ed. München: Beck, 2016.
- MARAUHN, Thilo. Der politische Umgang mit dem Sektenphänomenen in der Schweiz und in Deutschland. **Rechtsvergleichende Anmerkungen zum schmalen Grat zwischen Gefahrenabwehr und religiöser Diskriminierung**. In: LEHMANN, Hartmut (Org.). Religiöser Pluralismus im vereinten Europa. Freikirchen und Sekten. Göttingen: Wallstein, 2005, p. 72-96.
- MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Org.). **Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29-86.
- MARTINS, Leonardo. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado

alemão [com um ensaio de Bernhard Schlink: “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”]. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Indaiatuba: Foco, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**. v. 18, n. 2, p. 433-490, maio/ago. 2017.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais [obra em 5 volumes. Vol. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade]. 2016.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Grundrechte**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

MÜNCH, Ingo von; MAGER, Ute. **Staatsrecht II**. Grundrechte. 6. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2014.

OLIVEIRA, Renata Camilo de Oliveira. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat. Duncker & Humblot: Berlin, 2013.

PIEPER, Hans-Gerd. **Grundrechte**. 15. ed. Münster: Alpmann und Schmidt, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf. **Grundrechte**. Staatsrecht II. 31. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte**. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II** – Grundrechte. 3. ed. Berlin: Springer, 2017.

SCHILDHEUER, Frank. **Grundrechte**. 4. ed. Frankfurt: Jura Intensiv Verlag, 2015.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 10. ed. München: Beck, 2015.

SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. **Der Staat**. v. 28, 1989, p. 161-172.

SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.). **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SCHLINK, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. **Europäische Grundrechte-Zeitschrift - EuGRZ**. v. 1984, p. 457-468, 1984.

SCHMIDT, Rolf. **Allgemeines Verwaltungsrecht**: Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, das subjektive öffentliche

Bibliografia

- Recht, unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen, Verwaltungsermessen, Handlungsformen der Verwaltung, Staatshaftungsrecht. 19. ed. Grasberg bei Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2016.
- SCHMITT, Carl. Die Tyrannie der Werte. In: SCHMITT, Carl *et al.* **Die Tyrannie der Werte.** Hamburg: Lutherisches Verlagshaus, 1979.
- SMEND, Rudolf. Das Recht der freien Meinungsäußerung. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – VVDStRL.** v. 4, p. 44-73, 1928 .
- WINKLER, Daniela. **Grundrechte in der Fallprüfung.** Schutzbereich – Eingriff – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Müller: Tübingen, 2010.

Como citar esta obra ou partes dela:

I. Referência geral

Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

II. Referências específicas

1. às decisões do TCF alemão (entre as p. 31-268, exceto os textos com sombreamentos e todas as notas de rodapé):

Exemplo: citação (de excertos) da Decisão # 31. BVerfGE 93, 1 (*Kruzifix*):

Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal. v. 93, 1 ss. (BVerfGE 93, 1). In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018, p. 34-42.

2. à introdução ou às sínteses e demais intervenções específicas do autor (p. 1-30, exceto “Apresentação” à p. 9 s.) e todas as partes de texto com sombreamento, que configuram também intervenções específicas do autor (notas introdutórias, sínteses da matéria dos casos, notas de rodapé):

Exemplo 1:

Martins, Leonardo. Introdução ao Volume II: Arte e ciência; opinião e comunicação social; consciência, crença e ideologia: liberdades individuais entre negação ao Estado e suas institucionalizações em face do Estado Constitucional eticamente neutro. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018, p. 19-23.

Exemplo 2:

Martins, Leonardo. Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2. variante GG). Notas introdutórias. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018, p. 181-185.

Exemplo 3:

Martins, Leonardo. BVerfGE 81, 278 (*Bundesflagge*). Matéria. In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018, p. 235-236.