

Os limites que devem ser respeitados na distribuição de publicidade oficial tomando como exemplo a campanha publicitária Hartz IV- 2004 do Governo Federal

107

PROF. DR. JOHANNES WEBERLING

RESUMO

Um governo pode exercer facilmente influência política através de suas campanhas de relações públicas e beneficiar os meios de comunicação que lhe são mais favoráveis, destinando-lhes uma maior quantidade de publicidade oficial. Para evitar essa situação, os direitos fundamentais consagrados na Constituição limitam o trabalho de difusão do governo federal. Tomando como exemplo a campanha publicitária “Hartz IV” do governo do ex-chanceler Gerhard Schröder lançada em agosto/setembro 2004, o artigo analisa os limites que a Constituição impõe ao trabalho de relações públicas do governo. A campanha publicitária “Hartz IV” violou os direitos constitucionais das empresas de veículos impressos nos Estados ocidentais alemães. Além disso, ao ignorar injustificadamente a imprensa dos Estados ocidentais e colocar avisos somente nos meios de comunicação impressa dos Estados orientais e dos Estados-cidades, o governo federal violou o princípio de igual tratamento consagrado no Art. 3, par. 1 da Constituição.

I. INTRODUÇÃO

Um governo pode exercer facilmente influência política através de seu trabalho de relações públicas e, em particular, pode favorecer aqueles

meios de comunicação que lhe são afins concedendo-lhes uma maior quantidade de publicidade. Prevendo essa situação, os direitos fundamentais consagrados na Constituição alemã limitam a atividade de relações públicas do governo.

Em agosto e setembro de 2004, o então governo federal encabeçado pelo chanceler Gerhard Schröder investiu cerca de um milhão de euros em uma campanha publicitária destinada a informar sobre os novos planos de seguridade social conhecidos como “Hartz IV”. Os avisos foram publicados exclusivamente em diários de circulação nacional, nos cidades-Estados de Berlim, Hamburgo e Bremen e em diários locais da parte oriental do país. Por sua vez, foram ignorados quase por completo os diários locais da parte ocidental do país na campanha publicitária. A seguir analisaremos se o governo federal transgrediu os limites fixados pela Constituição para o trabalho de relações públicas ao publicar os avisos exclusivamente nos diários de circulação nacional, assim como em diários dos Estados orientais do país, cujos habitantes eram especialmente críticos do então governo federal.

2. BASES CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO DE RELAÇÕES PÚBLICAS DO GOVERNO FEDERAL

Conforme estabelece a Constituição alemã em seu Art. 20, par. 1, a Alemanha é um Estado federal democrático e social. Segundo o Art. 20, par. 2, todo poder público emana do povo. Este assim chamado “princípio de democracia” estabelece que a vontade democrática na Alemanha só pode partir do povo para os órgãos do Estado e nunca no sentido inverso, dos órgãos políticos para o povo. Em virtude desse princípio, o processo durante o qual se gesta a vontade do povo deve ficar livre da ingerência do Estado. Portanto, qualquer iniciativa em que o governo tente agir sobre o povo deve ser justificada por uma razão especial legitimada constitucionalmente (cf. BVerfGE 20, 56, 99). Não obstante, é também obrigação do governo dar a conhecer seus atos e seus projetos, assim como os problemas a solucionar. Ou seja, o trabalho de relações públicas do governo não só é legítimo como necessário para manter vivo o consenso básico da vida democrática comunitária e capacitar o cidadão a participar dos acontecimentos políticos (cf. BVerfGE 44, 125, 147). O dever do Estado de difundir seus atos se depreende de sua obrigação de proteger os direitos fundamentais de ataques de terceiros (cf. BVerfG, NJW 1989, 3269, 3270 e s.).

3. COMPATIBILIDADE DA CAMPANHA PUBLICITÁRIA “HARTZ IV” COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE IMPRENSA

109

“*Uma imprensa livre, sem controle do Estado e livre de toda censura é elemento essencial do Estado livre e indispensável para a democracia moderna*” (BVerfGE 20, 162, 174). A importância destacada de que se reveste a liberdade de imprensa é reafirmada pelo Art. 10, par. 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e pelo Art. 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas. A liberdade de imprensa constitui uma garantia para todas as demais liberdades (cf. BVerfGE 7, 198, 208). Caso a campanha de relações públicas lançada pelo governo federal para divulgar os planos de seguridade “Hartz IV” não encontre uma justificação constitucional, estamos em presença de uma violação do direito fundamental da liberdade de imprensa consagrado no Art 5. par. 1, frase 2 GG.

3.1. *Violação do âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de imprensa*

Os diários germano-ocidentais de circulação local que não receberam publicidade oficial da campanha mencionada estão compreendidos genericamente como “imprensa” dentro do âmbito de proteção da liberdade de imprensa consagrado no Art. 5, par. 1, frase 2 GG. Fazem parte da “imprensa” todos aqueles produtos impressos aptos e destinados para sua difusão (cf. BVerfGE 95, 28, 35). O titular do direito fundamental da liberdade de imprensa é toda pessoa, seja de natureza física, como um jornalista, ou de natureza jurídica, como uma empresa de meios impressos (cf. BVerfGE 50, 234, 235; 80, 124, 131).

No entanto, para constituir um menosprezo, a distribuição de avisos correspondentes à campanha “Hartz IV” do ex-governo federal deveria ter interferido no âmbito de proteção do direito fundamental da liberdade de imprensa. De acordo com o conceito “clássico” de ingerência na gênese dos direitos fundamentais e humanos como defesa do indivíduo contra o Estado, uma ingerência pressupõe que o Estado lese o âmbito de proteção de um direito fundamental de forma final (isto é, com um fim) e pontual, com efeito jurídico e por meio da coação. (cf. BVerfGE 105, 179, 300). Portanto, uma ingerência só seria um ato jurídico do Estado que adote a forma de um ato administrativo incriminatório, segundo o Art. 35 da lei de procedimentos administrativos (VwVfG). Na interpretação moderna dos direitos humanos e

fundamentais, estes últimos contêm também garantias subjetivas e apresentam efeitos juridicamente objetivos. Portanto, nessa interpretação, constitui uma ingerência todo ato do Estado que impeça ao indivíduo, de forma total ou parcial, uma conduta amparada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental. (cf. Pieroth/Schlink 2004, Rdnr. 240).

A atividade de relações públicas do governo federal não interfere de forma final nos direitos fundamentais. A violação dos direitos fundamentais constitui uma espécie de efeito secundário dessa atividade. A campanha do governo federal de 1985 que advertia sobre o consumo de determinadas massas não tinha por finalidade geral provocar perdas para um determinado produtor de alimentos. O Estado simplesmente queria proteger a saúde de seus cidadãos. Talvez tivesse sido possível prever o efeito negativo para o produtor, mas não era um efeito secundário desejado. Outro efeito negativo pode ser o de a atitude do Estado implicar um prejuízo relativo do titular do direito fundamental em relação a outros titulares de direitos fundamentais (cf. Jarass/Pieroth 2004, Rdnr. 28 anterior ao Art. 1). Basicamente os direitos fundamentais têm de cumprir sua função de proteção e garantia também frente a estas ingerências reais nos direitos humanos (cf. Isensee/Kirchhof 1988, § 59, Rdnr. 41).

Considerando-se a importância básica da liberdade de imprensa para a democracia, o Estado tampouco pode influir sobre a imprensa dispensando um tratamento desigual aos seus diferentes órgãos. O Estado está obrigado a manter a neutralidade frente à ela (cf. BVerfGE 80, 124).

É possível que não tenha sido a finalidade da campanha publicitária Hartz IV do então governo federal favorecer os diários locais da Alemanha oriental. Não obstante, a campanha prejudicou de forma direta e previsível os diários locais da Alemanha ocidental, uma vez que se privilegiaram pontualmente os diários locais da Alemanha oriental com avisos oficiais. Colocar avisos com informações sobre uma lei nacional de amplo alcance somente em uma região relativamente pequena da Alemanha afeta, em consequência, o direito fundamental da liberdade de imprensa dos diários locais da Alemanha ocidental.

3.2. *Justificação constitucional*

Violar o direito fundamental da liberdade de imprensa dos diários locais de Alemanha ocidental só teria sido admissível se isso se justificasse do ponto de vista dos preceitos constitucionais. O Art. 5, par. 2 GG estabelece que o

direito fundamental da liberdade de imprensa só pode ser limitado mediante disposição das leis ordinárias, das disposições legais em defesa da juventude e do direito da honra pessoal. A campanha publicitária “Hartz IV” realizou-se no marco de um típico trabalho de relações públicas do então governo federal, sem que se baseasse em nenhuma lei em particular. A campanha tampouco tinha por finalidade proteger a juventude ou a honra de alguém. No máximo, se poderia pensar na justificação constitucional, aplicável a todos os direitos fundamentais, emanada da limitação imposta por outras normas constitucionais que entram em colisão com o direito em questão. Todos os direitos fundamentais, mesmo o da liberdade de imprensa, estão sujeitos à exceção não formulada expressamente pela Constituição de ver-se limitados por outras normas constitucionais em colisão (cf. BVerfGE 66, 116).

Para justificar seu trabalho de relações públicas, o governo federal não pode remeter-se à liberdade de opinião consagrada no art. 5, inc. 1, frase 1 GG. Os direitos fundamentais são direitos dos cidadãos frente ao Estado para limitar as margens de ação deste e não para criá-las. Não obstante, a faculdade geral deduzida do princípio de democracia do governo federal de promover relações públicas constitui um direito constitucional em colisão com o direito fundamental da liberdade de imprensa que o limita (cf. BVerfGE 44, 125, 147; NJW 1989, 3269, 3270 f.).

O menosprezo do direito fundamental da liberdade de imprensa dos diários locais ocidentais na campanha publicitária “Hartz IV” também deveria ter sido proporcional. Segundo a jurisprudência estabelecida pela Corte Federal Constitucional (BVerfG) e a opinião dominante na bibliografia constitucionalista, um menosprezo de um direito fundamental só é constitucional quando é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para alcançar o fim perseguido que, por sua vez, deve ser constitucionalmente legítimo (cf. Pieroth/Schlink 2004, Rdnr. 272 f.). O então governo federal lançou sua campanha de difusão dos planos “Hartz IV” no marco de sua faculdade dimanada do princípio de democracia que faculta difundir os atos de governo. Com sua campanha publicitária, queria difundir e explicar sua política. A forma geral escolhida era, para o caso concreto, adequada ao alcance desse objetivo. O governo federal também está facultado a atribuir contratos de publicidade a empresas de comunicações (cf. BVerfGE 440, 125). No entanto, para a obtenção dos fins perseguidos naquele momento pelo governo, não era necessário contratar publicidade somente nos diários da Alemanha oriental e nos Estados-cidades Berlim, Bremen e Hamburgo. Existia outro meio mais moderado que não teria interferido na liberdade de imprensa. Não exis-

tia impedimento algum para que o governo pudesse conceder contratos de publicidade também aos diários locais nos Estados de maior superfície na Alemanha ocidental. Por outro lado, a campanha foi também desproporcional em sentido mais estrito. O número absoluto de desocupados é maior na Alemanha ocidental do que na Alemanha oriental. Não existem, pois, razões visíveis para que os desocupados residentes na Alemanha oriental e nos Estados-cidades devessem ter uma necessidade maior de ser informados sobre os novos planos sociais “Harz IV” do que seus pares de Alemanha ocidental.

Segundo a jurisprudência da Corte Federal Constitucional, o governo federal estava facultado a realizar a campanha publicitária “Hartz IV” no marco de seu trabalho geral de relações públicas. O governo federal poderia ter executado a campanha plenamente, sem menosprezar os diários locais ocidentais e deixá-los à margem da publicidade. Portanto, a campanha publicitária “Hartz IV” empreendida em 2004 pelo então governo federal encabeçada pelo chanceler Gerhard Schröder atentou contra o direito fundamental da liberdade de imprensa dos diários locais germano-ocidentais.

4. COMPATIBILIDADE DA CAMPANHA PUBLICITÁRIA “HARTZ IV” COM O PRINCÍPIO DE IGUALDADE DE TRATAMENTO

“*Todos os homens são iguais perante a lei*”, reza o Art. 3 par. 1 GG. O Art. 3 par. 1 GG é um direito fundamental subjetivo e, ao mesmo tempo, uma proibição geral do arbítrio aplicável mesmo naqueles casos em que não está em discussão um tratamento desigual. Proíbe um tratamento desigual não justificado (cf. BVerfGE 23, 98, 106 e ss.; Jarass/Pieroth 2004, Art 3, Rdnr. 1). O Executivo, ou seja, o governo federal, deve observar o princípio de igualdade também em sua relação com a imprensa, (cfr. BVerfGE 3, 390; 6, 26 e ss.; Löffler 2006, Art. 4 LPG, Rdnr. 128). Se não existe uma razão objetiva que possa justificar a exclusão dos diários locais germano-ocidentais da campanha publicitária, a campanha publicitária “Hartz IV” também violou o princípio de igual tratamento deduzido do princípio de igual tratamento consagrado no Art. 3, par. 1 GG.

4.1. Menosprezo do âmbito de proteção do princípio de igualdade

O âmbito de proteção do Art. 3 par. 1, GG é menosprezado quando dois fatos comparáveis entre si recebem tratamento desigual. Dois fatos só não são comparáveis quando fazem parte de diferentes esferas do ordenamento jurí-

dico e estão em diferentes contextos sistemáticos e socio-históricos (cf. BVerfGE 40, 121, 139 f.). Na atribuição dos contratos publicitários correspondentes à campanha publicitária “Hartz IV”, o então governo federal dispensou um tratamento desigual a dois grupos de empresas de meios impressos. Enquanto que os diários locais de circulação na parte oriental do país e nos Estados-cidades receberam contratos publicitários, não ocorreu o mesmo com os diários locais de circulação nos Estados ocidentais. Vale dizer que foi menosprezado o âmbito de proteção do princípio de igualdade consagrado na constituição em seu Art. 3, parágrafo 1.

4.2. *Justificação constitucional do tratamento desigual*

O tratamento desigual na colocação dos avisos correspondentes à campanha “Hartz IV” só se justificaria se houvesse uma razão suficientemente importante (cf. BVerfGE 100, 138, 174; Jarass/Pieroeth 2004, § 3, Rdnr. 15). O legislador tem basicamente o direito de escolher aqueles fatos aos quais quer relacionar idênticas ou diferentes conseqüências jurídicas, na medida em que suas considerações não sejam alheias aos fatos (cf. BVerfGE 90, 145, 196; Jarass/Pieroeth 2004, § 3, Rdnr. 15). O princípio de igualdade no Art. 3 par. 1 GG não exige escolher sempre a solução mais adequada, racional ou equitativa. Conforme a jurisprudência da Corte Federal Constitucional “*deve existir, não obstante, uma relação interna entre as diferenças encontradas e a regulamentação diferenciadora*” (BVerfGE 42, 375, 388, cf. também Jarass/Pieroeth 2004, § 3, Rdnr. 15). As exigências para a justificação da razão diferenciadora vão desde a mera proibição do arbítrio até a verificação da proporcionalidade. Serão tanto mais severas quanto mais grave seja o tratamento desigual (cf. BVerfGE 95, 267, 316; Jarass/Pieroeth 2004, § 3, Rdnr. 17; Pieroeth/Schlink 2004, Rdnr. 438 e ss.). Deve-se proceder a um exame estrito em todos aqueles casos em que é afetado o âmbito de proteção de outro direito fundamental e o afetado não está em condições de influir sobre o critério do tratamento desigual (cf. BVerfGE 70, 9, 24; Pieroeth/Schlink 2004, Rdnr. 438). Uma vez que é afetado o direito de liberdade de imprensa das empresas de meios de comunicação locais germano-ocidentais e estas companhias não têm possibilidade de influir sobre se são abrangidas ou não pelo critério escolhido pelo governo federal para a desigualdade que é o de ser Estado germano-ocidental, a decisão do governo federal para o tratamento desigual das empresas de meios de comunicação locais deve responder ao princípio de proporcionalidade. De forma similar ao menosprezo do direito fundamental da

liberdade de imprensa, a razão que justifica um tratamento desigual deve ser adequada para alcançar o objetivo perseguido. Ademais, não deve existir uma possibilidade de diferenciação menos gravosa (cf. BVerfGE 91, 389, 403 f.). Finalmente, o tratamento desigual e sua justificação devem guardar uma relação apropriada entre si, isto é, ser proporcionais em sentido estrito.

Na atribuição da campanha publicitária “Hartz IV” de 2004 não está claro qual o objetivo que o governo federal perseguia com a campanha. A suposição de que o governo federal queria informar basicamente à população da Alemanha oriental porque ali o índice de desemprego era mais alto do que na Alemanha ocidental se contrapõe ao fato de que os avisos foram colocados também em diários locais dos Estados-cidades Berlim, Bremen e Hamburgo. Portanto, deve-se descartar algum objetivo que guarde relação com o número de desempregados. Ao contrário, devem ter influído considerações políticas alheias aos objetivos da campanha e que buscavam privilegiar a certos Estados em que os habitantes eram especialmente críticos ao então governo federal.

Mesmo que, em benefício do então governo federal, se presumisse que as considerações em que se baseou a distribuição dos avisos não foram totalmente alheias aos fatos, que elas mantinham relação com os setores afetados aos quais estavam dirigidos os avisos e, portanto, eram também adequadas e necessárias para alcançar o objetivo, o tratamento desigual das diferentes empresas dos meios gráficos locais foi inadequado no sentido estrito. As razões de tal diferenciação deveriam ter sido de tipo tal e peso semelhante que pudessem justificar as conseqüências jurídicas (cf. BVerfGE 91, 389, 401; 95, 267, 317; Jarass/Pieroth 2004, Art. 3, Rdnr. 27).

Devido à importância especial de que se reveste o direito fundamental da liberdade de imprensa para um Estado livre e democrático, exposto no anexo 3, regem parâmetros especialmente severos para o tratamento desigual de órgãos de imprensa. Os órgãos de imprensa têm, por exemplo, direito de receber igual tratamento quanto a momento, alcance e conteúdos de informações e acesso a conferências de imprensa (cf. Löffler 2006, Art 4 LPG, Rdnr. 128 e s.). Os organismos estatais não podem distinguir em suas informações quanto à tiragem, lugar de publicação ou tipo de publicação. Tampouco podem distinguir um órgão de imprensa ou sua orientação política conforme efetividade ou seriedade (cf. Löffler/Ricker 2005, Cap. 21, Rdnr. 2; Löffler 2006, Art 4 LPG, Rdnr. 138 e ss.). Por outro lado, a atribuição de determinados contratos publicitários influi na competição em benefício dessas empresas jornalísticas. A obrigação de neutralidade que se desprende do direito fundamental de liberdade de imprensa segundo o Art. 5, par. 1, frase 2 GG do

Estado frente à imprensa o proíbe de todo tipo de influência sobre o conteúdo e o planejamento da atividade da imprensa (cf. BVerfGE 80, 124; Löffler/Ricker 2005, Kap. 21, Rdnr. 2; Löffler 2006, Art. 4 LPG, Rdnr. 128). Mesmo que quiséssemos supor, em benefício do então governo federal, que na atribuição dos avisos ele se orientou pelos diferentes índices de desemprego na Alemanha oriental e ocidental, e se deixasse de lado que, não obstante, concedeu contratos publicitários a diários nos Estados-cidades, este critério não poderia justificar o tratamento desigual na atribuição dos avisos atendendo à estrita obrigação de igual tratamento das empresas jornalísticas. Tratamentos desiguais quanto ao lugar de publicação, tiragem, efetividade e critérios similares são inadmissíveis.

A campanha publicitária “Hartz IV” de 2004 do governo federal favoreceu injustificadamente os diários locais da parte oriental do país. A atribuição de contratos de publicidade a diários locais germano-orientais menosprezou o direito a igual tratamento dos diários de circulação local nos Estados ocidentais.

5. CONCLUSÃO

A campanha publicitária Hartz IV de 2004, lançada pelo então governo federal liderado pelo chanceler Gerhard Schröder, violou os direitos constitucionais das empresas proprietárias de diários dos Estados alemães ocidentais (exceto dos Estados-cidades) consagrados no Art. 5, inc. 1, frase 2, GG. e Art 3, parágrafo 1, GG. A campanha de avisos menosprezou a liberdade de imprensa consagrada no Art. 5, par. 1, frase 2 GG, uma vez que o governo federal discriminou as empresas jornalísticas dos Estados alemães ocidentais. A desvantagem sofrida não se justifica constitucionalmente por ser desnecessária e, por conseguinte, desproporcional. Do mesmo modo, a campanha publicitária violou o princípio de tratamento igualitário consagrado no art. 3, par. 1, GG, já que o governo federal tratou de maneira desigual a imprensa nos Estados germano-ocidentais em relação à imprensa nos Estados orientais e nos Estados-cidades. O tratamento desigual não se justifica constitucionalmente, uma vez que foi desproporcional em todos os sentidos.

BIBLIOGRAFIA

- ISENSEE, Josef & KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland*, Band III, Das Handeln des Staates. Heidelberg, 1988.
- JARASS, Hans D. & PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kommentar, 7. Auflage München, 2004.
- LÖFFLER, Martin & RICKER, Reinhart. *Handbuch des Presserechts*, 5. Auflage Munich, 2005.
- LÖFFLER. *Presserecht*, 5. Auflage Munich, 2006.
- PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte* (Staatsrecht II). Heidelberg, 2004.

ABREVIATURAS

- BVerfGE** : Compilação oficial de sentenças da Corte Federal Constitucional
- GG**: Lei Fundamental para a República Federal de Alemanha de 23 de maio de 1949 (Boletim Oficial 1 pág. 1; Sartorius nº. 1)
- LPG**: Lei de Imprensa
- NJW**: Neue Juristische Wochenschrift
- Rdnr.**: Número na margem
- VwVfG**: Lei de procedimentos administrativos de 25 de maio de 1976

PROF. DR. JOHANNES WEBERLING, Berlim/Frankfurt (Oder) – Advogado e historiador, professor de direito, fundador do núcleo para Direito de Mídia na Universidade Europeia Viadrina em Frankfurt (Oder)