

§ 12.

Liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (Art. 5 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 5º (*Liberdade de expressão do pensamento, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica*)

(1) ¹Todos 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. ²A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. ³Não haverá censura.

(2) Estes 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) ...

NOTA INTRODUTÓRIA:

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

- liberdade de expressão ou de opinião (Art. 5 I 1, 1º sub-período GG), como o direito de livremente expressar e divulgar a opinião por palavra escrita e imagem;
- liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2º sub-período GG), como direito de se informar livremente a partir de fontes a todos acessíveis (não

engloba direito à prestação da informação pelo Estado – liberdade do chamado *status negativus*);

- liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1ª variante²⁷² GG);
- liberdade de noticiar por radiodifusão, ou simplesmente liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2ª variante GG);
- liberdade de noticiar por cinematografia, ou simplesmente liberdade de cinematografia (Art. 5 I 2, 3ª variante GG).

Embora os direitos de comunicação social (contidos Art. 5 I 2 GG, correspondendo aos três último da lista supra) tenham sido positivados na Grundgesetz a partir de sua área de proteção objetiva (ex.: “a liberdade de imprensa ... (é) garantida”), eles outorgaram também direitos subjetivos. Esse entendimento é praticamente unânime na literatura especializada e, pelo menos, desde o *Spiegelurteil* (**Decisão 50.**) o entendimento oficial do TCF. Como se verá, a dogmática em torno da liberdade de imprensa em torno de suas duas dimensões (a subjetiva e a 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 (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), dos direitos fundamentais restantes de comunicação individual e social.

²⁷² Mais freqüentemente denominada “alternativa”. Daí a citação usual como Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. GG (ou como aqui: Art. 5 I 1, 1. Alt. GG).

44. BVERFGE 7, 198 (LÜTH-URTEIL)

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISÃO JUDICIAL

15/01/1958

MATÉRIA:

O cidadão alemão *Erich Lüth*, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por *Veit Harlan*, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “*Jud Süß*”, de 1941). *Harlan* e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth*, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* *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 civil.

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.
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 e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.
3. O juiz de varas cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional Federal 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, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.
5. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.
6. O Direito fundamental do Art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.
7. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958

— 1 BvR 400/51 —

Dispositivo da decisão:

A decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual de Hamburgo, datada de 22 de novembro de 1951 (...) viola o direito fundamental do reclamante decorrente do art 5 I GG, sendo,

por isso, revogada. A matéria²⁷³ será devolvida ao Tribunal Estadual de Hamburgo [para nova decisão]²⁷⁴.

RAZÕES:

A.

O reclamante, à época diretor do conselho e gerente do órgão da imprensa estatal da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo, declarou, a 20 de setembro de 1950, por ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, como presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo, perante produtores e distribuidores de filmes, o seguinte:

“Depois que a cinematografia alemã no terceiro Reich perdeu sua reputação moral, um certo homem é com certeza o menos apto de todos a recuperar esta reputação: Trata-se do roteirista e diretor do filme ‘Jud Süß’. Poupe-mos 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 Hamburgo 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. E é um tal caráter que desejo para a cinematografia alemã. Se a cinematografia alemã o demonstrar, provando-o por meio de fantasia, arrojado óptico e por meio da competência na produção, então ela merece todo apoio e poderá alcançar aquilo que precisa para viver: Sucesso junto ao público alemão e internacional”.

²⁷³ Ou seja, os autos do processo originário.

²⁷⁴ Como o controle de constitucionalidade é concentrado na Alemanha, as decisões do TCF que julgam a constitucionalidade de decisões dos tribunais ordinários não julgam seu mérito propriamente dito, mas somente seus aspectos relevantes para o direito constitucional (avaliam a possível violação de direito fundamental cometida pelos tribunais ordinários). Trata-se da aplicação do critério do chamado direito constitucional específico (*spezifisches Verfassungsrecht*). Na divisão de competências entre os tribunais constitucionais e os tribunais ordinários verifica-se, que o TCF não é a última instância revisional tal qual o STF brasileiro, mas um tribunal cuja competência se limita a decidir sobre o direito constitucional (direitos fundamentais e direito constitucional da organização do Estado). A consequência é que em casos como o presente, o Tribunal verifica uma violação de direitos fundamentais partida das decisões dos tribunais, suspende tais decisões por representarem violações constitucionais, mas não decide a questão principal do mérito, devolvendo os autos para uma segunda decisão, que cabe, então, ao tribunal ordinário. Cf., no mais, **Cap. Introdução, II. 1.**

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 cinema *Veit Harlan*, exigiu do reclamante que ele desse uma explicação sobre que legitimidade (legal) teria ele ao realizar as declarações supra reproduzidas contra *Harlan*. O reclamante respondeu, com a Carta de 27 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 grande período, o “diretor nº 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 um 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 da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote.”

A *Domnick-Film-Produktion GmbH* e a *Herzog-Film GmbH* (esta como distribuidora nacional do filme *'unsterbliche Geliebte'*) ajuizaram, junto ao Tribunal Estadual de Hamburgo, uma ação cautelar com pedido de medida liminar contra o reclamante, liminar esta que lhe proibia:

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 a este filme.

O Superior Tribunal Estadual de Hamburgo indeferiu a apelação do reclamante contra a decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual.

Consoante o pedido do reclamante foi fixado às sociedades cinematográficas um prazo para o ajuizamento da ação (principal). Ajuizada a ação, o Tribunal Estadual de Hamburgo prolatou, no dia 22 de novembro de 1951 a seguinte decisão (*Urteil*):

“Condena-se o acusado, sob pena pecuniária 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 conclamar o público alemão a não assistir a este 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* seria desligado da produção de filmes normais de ficção, pois qualquer filme deste tipo poderia, através do seu trabalho de direção, transformar-se num 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 se chocaria com a “democrática concepção 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, por meio de um certo comportamento, tornar impossível o retorno de *Harlan* [ao mercado] como diretor de cinema. Tal convocação ao boicote se teria 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 não permitida [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 desta sentença junto ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo. Ao mesmo tempo, impetrou sua Reclamação Constitucional, na qual arguiu violação de seu direito fundamental à livre expressão do pensamento (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. Para tanto ele teria o direito, 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 através 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 poderiam ser aceitas, ao passo que relevante seria tão somente julgar se ela seria juridicamente permitida. Isso elas seriam, pois o direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento teria um caráter social e garantiria um direito público subjetivo à tomada de influência na formação da opinião pública por ação intelectual e à participação na “conformação do povo para com o Estado”. Este direito encontraria seus limites tão somente nas “leis gerais” (Art. 5 II GG). Quando por meio da expressão do pensamento se quisesse influenciar a vida pública e política, só poderiam ser consideradas como “leis gerais” aquelas que contivessem normas de direito público, não podendo destas 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, enquanto 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 do pensamento 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 pode violar *por seu conteúdo*²⁷⁵ um direito fundamental do reclamante se este direito fundamental tivesse que 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:

²⁷⁵ Os destaques são do Organizador. Cf. a respeito: Martins (2004).

fazendo com que o público não fosse assistir ao novo filme de *Harlan*]. Isso significa objetivamente uma limitação na livre expressão de pensamento do reclamante. O Tribunal Estadual fundamenta a sua decisão com o fato de ter considerado as expressões do reclamante como uma ação não permitida [delito civil] segundo o § 826 BGB em face das autoras e reconhecendo a estas, por isso, e com fulcro nas normas do direito civil, o direito à proibição das expressões. Destarte, 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 só pode violar o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG, se as normas aplicadas do direito civil fossem, pela norma de direito fundamental, de tal sorte influenciadas e modificadas em seu conteúdo, que elas não pudessem mais justificar aquela decisão do Tribunal.

A questão fundamental, de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito precisaria ser visto em cada caso, é controvertida (...). As posições mais extremas nesta 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. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia 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, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 *et seq.*, 197 *et seq.*]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um

ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta 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 enquanto 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, será, no que tange ao seu conteúdo, 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 a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas 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 que seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz 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, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se sobretudo de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extra-jurídicos, como os “bons costumes”. Pois 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, as quais um povo alcançou numa certa 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 que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. Contra uma tal decisão, o Tribunal Constitucional Federal 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 que 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; o Tribunal Constitucional 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 no que tange à sua consonância com os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG). Tampouco o Tribunal Constitucional Federal é competente para agir contra os tribunais cíveis enquanto instância revisional ou mesmo super-revisional; tampouco pode ele isentar-se em geral do exame superveniente destas 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 do pensamento (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). Mesmo antes de perscrutar quais leis são “leis gerais” neste sentido, poder-se-ia defender a posição de que em tal caso a Constituição

mesma, por meio da remição ao limite das leis gerais limitou, desde o início, a vigência dos direitos fundamentais àquela área à qual os tribunais, por sua interpretação destas leis, ainda os deixa. A conclusão desta 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.

Este não pode ser, no entanto, o sentido da referência às “leis gerais”. O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto 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 livre e democrático, 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, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, *“the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom”* (Cardozo).

Deste significado primordial da liberdade de expressão do pensamento resulta para o Estado livre e democrático que, partindo da visão deste sistema constitucional, não seria procedente deixar o alcance material, principalmente deste direito fundamental, passível de qualquer relativização por parte da lei ordinária (e com isso 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 deste 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 sinalagmático (*Wechselwirkung*)²⁷⁶ 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 por sua vez interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito

²⁷⁶ Que está na base da teoria e dogmática dos “limites de limites” (*Schrankschranken*) aplicado ao direito fundamental do Art. 5 I 1 GG.

fundamental no Estado livre e democrático, limitadas naqueles pontos onde 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: *Häntzchel*, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, Tomo II, p. 658). Em todo caso, ele foi interpretado, durante o período de vigência daquela Constituição, de tal sorte 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*²⁷⁷, Vol. 4, 1928, p. 6 *et seq.*, principalmente p. 18 *et seq.*, 51 *et seq.*). A esta 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 do pensamento”). Em sendo o conceito de “leis gerais” assim entendido, então 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 que ser recusada. O sentido da expressão da opinião é justamente deixar o “efeito intelectual atuar sobre o meio”, “mostrar-se convincente e formador de opinião frente à coletividade” (*Häntzchel*, HdbDStR II, p. 655). Por isso é 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 se baseia, 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.

²⁷⁷ A *VVDStRL* é uma das publicações de direito público mais respeitadas nos países de língua germânica. Em seus primeiros volumes, publicados na década de 1920, encontram-se importantes contribuições de insígnis juristas como *Kelsen*, *Smend*, *Heller*, *C. Schmitt*, entre outros.

A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, 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, n. do org.] se impor, 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 que analisar todas as circunstâncias do caso.

4. Partindo deste 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 só viam os direitos fundamentais em seu efeito havido entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura só eram consideradas leis gerais limitadoras 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 do pensamento também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado, e sua importância se revela aqui em prol da admissibilidade de uma expressão do pensamento também em face de cada co-cidadão, 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 jurídico 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 do pensamento sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem que ser fixadas.

O reclamante teme que, através da limitação da liberdade da expressão em face de um indivíduo, se pudesse trazer o risco de o cidadão ver a sua possibilidade de influenciar a opinião pública pela expressão de sua opinião reduzida a um grau ínfimo e por isso a liberdade indispensável da discussão pública de questões importantes para a coletividade não restaria mais garantida. Este 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 no geral tirado deste 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 que pesar na balança, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste 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 este bem jurídico privado, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão.

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 que 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 desta 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 Tribunal Constitucional Federal.

III.

O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais supra desenvolvidas traz como conclusão que a argüição do reclamante é fundamentada (...).

1. (...).
2. (...).

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [*sittenwidrig*] – por violar os “bons costumes”, faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disto, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas.

a) Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. 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”. Isto 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 que ser necessariamente ligado à pessoa de *Harlan*. Os tribunais não podem julgar se a fixação deste objetivo é aceitável do ponto de vista material, mas tão somente se a sua manifestação na forma escolhida pelo reclamante fora 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 o tempo nacional-socialista: Como naquele tempo, *Harlan* seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.

c) – d)(...).

IV.

O Tribunal Constitucional Federal 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 do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta 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 revogada.

45. BVERFGE 12, 113

(SCHMID-SPIEGEL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

25/01/1961

MATÉRIA:

O reclamante *Schmid*, à época (final de 1953, início de 1954) presidente de um Superior Tribunal Estadual, envolveu-se em uma discussão política sobre a greve enquanto instrumento político, quando, em um discurso depois publicado em uma revista sindical, afirmou categoricamente que 95% da imprensa era, por depender economicamente dos grandes anunciantes, pró-empresariado e contra os movimentos sindicalistas. Recebeu várias cartas de representantes da imprensa, que o acusavam de ser comunista, colocando em dúvida inclusive sua aptidão para o posto de presidente do Superior Tribunal Estadual. A partir desse ensejo, um repórter da Revista Semanal “Der *Spiegel*” à época (e ainda hoje) a revista semanal mais influente, uma das mais prestigiosas e de maior tiragem na Alemanha, marcou uma entrevista com o Juiz *Schmid*. Na entrevista, *Schmid* apresentou vários artigos publicados de sua autoria, onde teria se expressado contra idéias comunistas. Apesar disso, pela publicação da entrevista tal “suspeita” de comunismo não foi desfeita, mas, pelo contrário, reforçada por uma determinada maneira de expor os fatos que, mesmo sem ser toda frontalmente inverídica, induzia o leitor. Entre outras passagens da “entrevista” recheada de “comentários”, que alternavam declarações atuais do juiz com ações passadas no início da década de 1930, quando era advogado e quando o contexto político era de muita turbulência, lê-se: “para um tão alto juiz, trata-se, no mínimo, de tentativas memoráveis de declarar a greve política ilegal como legal”.

O juiz reagiu, no dia 17 de março de 1954, em artigo publicado no jornal “*Allgemeine Zeitung*” de *Stuttgart*, comparando o artigo publicado

na *Spiegel*, para ele eivado de um sensacionalismo sem limites, à pornografia (cf. texto reproduzido abaixo).

A partir disso, o redator chefe da *Spiegel* e a editora promoveram uma ação penal privada por difamação, em 20 de junho de 1954. O juiz foi condenado ao pagamento de pena pecuniária (350 marcos alemães), suplementarmente à prisão, em primeira instância, no dia 24 de janeiro de 1955, pelo *Amtsgericht* (tribunal de primeiro grau) de *Göttingen*. O Recurso de revisão direta do reclamante foi provido pelo Superior Tribunal de *Celle* em 22 de junho de 1955. Esse remeteu os autos do processo para nova decisão por um juízo do Tribunal de Primeira Instância de *Einbeck*, que absolveu o reclamante em 24 de outubro de 1955: verificou a presença de injúria, mas reconheceu o interesse legítimo do § 193 StGB, que exclui a ilicitude. Depois da apelação dos autores da ação penal privada, o Tribunal Estadual de *Göttingen* condenou o reclamante ao pagamento de 150 marcos alemães por injúria em 11 de janeiro de 1956. O recurso de revisão, junto ao Superior Tribunal de *Celle*, não foi provido (decisão – *Urteil* – de 24 de outubro de 1956), reconhecendo os fundamentos do tribunal *a quo* (da apelação – *Berufungsgericht*).

Contra essas decisões, *Schmid* ajuizou sua Reclamação Constitucional já no dia 11 de janeiro de 1956, alegando violação dos Art. 1, 2, 5, 38 e 101 I 2 GG. O TCF julgou presentes todas as condições processuais, à exceção da argüição de violação do Art. 101 I 2 GG, e julgou, no mérito, a Reclamação Constitucional procedente, porque as decisões violaram o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento de *Schmid*, derivado do Art. 5 I 1 GG.

A defesa de interesses legítimos abrange também respostas na imprensa que correspondam a um tipo de ataque da imprensa e seu efeito na formação de opinião pública (Art. 5 I e II GG; § 193 StGB).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de janeiro de 1961

– 1 BvR 9/57 –

no processo da Reclamação Constitucional do presidente do Superior Tribunal Estadual, Dr. *Schmid*.

(…)

RAZÕES:

I.

1. (...).

Em 17 de março de 1954, o reclamante publicou no “*Allgemeine Zeitung*” de *Stuttgart* um parecer que recebeu da redação o título “Quanto maior a bota” e o subtítulo “Com literatura excitante faz-se melhor negócio”. Texto:

“O senhor me pergunta o que digo sobre o artigo [publicado na] da *Spiegel*²⁷⁸ sobre mim.

(...) Quem criou a mentira, isso não sei, a *Spiegel* a espalha. São inúmeras as distorções intencionais e também as por insuficiência. É um tipo de jornalismo que corresponde, na área da política, ao que é a pornografia na área da moral, com a única diferença de que a primeira ainda se pode ler abertamente. É a chamada *literatura excitante* que parece ser necessária no lar da civilização. O aspecto decisivo é a altura do salto. A qualidade que resulta daí - nada melhor e mais simples do que disse *Karl Kraus*

“Quanto maior a bota, tanto maior o salto.” ”

Em 20 de junho de 1954, o redator responsável da seção Alemanha da *Spiegel* e, em 23 de julho de 1954, também o editor interpuseram ação civil, em razão do artigo [publicado] no “*Botnanger Rundschau*”, contra o reclamante por difamação e injúria. o reclamante foi condenado por decisão do Tribunal Estadual de *Göttingen* de 11 de janeiro de 1956 a uma multa pecuniária de 150 marcos por injúria, suplementarmente a uma semana de detenção. Foi concedido aos autores da ação civil o direito de publicação.

2. – 3.

II.

(…)

²⁷⁸ Revista semanal de maior tiragem na Alemanha.

III.

A Reclamação Constitucional é precedente.

Um tribunal que decide sobre injúria aplica, com as disposições sobre defesa da honra dos §§ 185 *et seq.* StGB [do Código Penal], direito positivo infraconstitucional; por isso suas decisões não estão em geral submetidas ao exame pelo Tribunal Constitucional Federal. Elas só podem ser examinadas em relação ao aspecto de se verificar se, na aplicação das disposições sobre proteção da honra, o direcionamento de todo o direito para a ordem axiológica da *Grundgesetz* foi equivocado e com isso foram violados direitos fundamentais do condenado. Este é o caso aqui. As decisões do Tribunal Estadual de *Göttingen* e do Superior Tribunal Estadual de *Celle* ferem o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 5 I GG, porque ignoram a importância constitucional da formação de opinião pública e, conseqüentemente, avaliam incorretamente a influência do direito fundamental da liberdade de expressão sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos legais sobre a defesa da honra.

1. Já em sua decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [207 *et seq.*] o Senado [Primeiro Senado do TCF] esclareceu que a relação entre o direito fundamental da liberdade de expressão e as “leis gerais” que o restringem não deve ser compreendida como restrição unilateral da eficácia do direito fundamental por meio dessas leis; “ocorre, pelo contrário, um efeito transaccional sinalagmático (*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, por sua vez, interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito fundamental no Estado livre e democrático, limitadas naqueles pontos onde manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental.” A *Grundgesetz* atribuiu ao direito fundamental de liberdade de expressão uma maior importância. Como o Senado já expôs em decisões anteriores, a liberdade de opinião, como expressão direta da personalidade na sociedade, é um dos direitos humanos mais nobres; só isso já lhe concede seu significado especial. Além disso, o direito fundamental é constitutivo por excelência para a ordem democrática livre, garantindo o debate intelectual, o livre confronto de idéias e interesses, que são vitais para o funcionamento da Ordem estatal (BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [208]). Só o livre debate sobre assuntos de importância geral assegura a livre formação da opinião pública que se consuma no Estado livre, democrático, de forma necessariamente

“pluralística”, no antagonismo de opiniões diferentes, defendidas por diferentes motivos, mas de qualquer forma apresentadas com liberdade, sobretudo em discurso e réplica. A todo cidadão é garantido pelo Art. 5 I 1 GG o direito de participar dessas discussões públicas. A imprensa é, ao lado do rádio e da TV, o instrumento mais importante da formação de opinião pública; por isso, conforme o Art. 5 I 2 GG, a liberdade de imprensa goza da proteção específica de direito fundamental.

O alcance do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento tem que exercer influência essencial sobre a ponderação, ordenada pelo § 193 StGB, entre a honra e a liberdade de expressão, caso aspectos da formação da opinião pública venham à pauta. O Superior Tribunal Federal (BGH) leva isso em consideração, qualificando a justificativa do § 193 StGB como uma “expressão” do direito fundamental da livre expressão do pensamento e levando em conta o significado da formação da opinião pública em sua aplicação (BGHSt. 12, 287 [293 s.]) e, divergentemente da antiga jurisprudência, reconhecendo a defesa de interesses públicos por parte da imprensa, tendo em vista sua função no Estado democrático, como defesa de interesses legítimos, na acepção do § 193 StGB (BGHZ 31, 308 [312]).

Do ponto de vista de uma réplica, que corresponde ao efeito alcançado na opinião pública pela primeira publicação, define-se também a delimitação constitucional do excesso punível.

2. No presente caso, os tribunais enfrentaram a matéria dos autos erroneamente, apenas sob o aspecto da defesa da honra pessoal e do prejuízo do interesse resultante da violação da honra, sem apreciar a especificidade de uma disputa levada a cabo na imprensa e do elemento, a ela imanente, da formação de opinião pública.

a) – c) (...).

(...) “*Spiegel*”, portanto, ofereceu a seus leitores intencionalmente apenas verdades parciais, sob a aparência de verdade total.

Como contesta o reclamante, a configuração que ele pôde dar à sua contribuição ao tema colocado em discussão publicamente foi definida de forma decisiva por aquela forma de reportagem da “*Spiegel*” e pela necessidade de agir contra sua influência sobre a opinião pública. Se a “*Spiegel*”, por sua reportagem sobre o reclamante, se expôs à suspeita justificada de não noticiar com confiabilidade, então uma contribuição adequada para a discussão pública pôde ser a crítica feita à “*Spiegel*”, segundo a qual ela seria de forma geral adepta daquela forma de apresentação de fatos. Dessa forma a própria “*Spiegel*” deu ensejo a um juízo de

valor depreciativo (Cf. BGHSt. 12, 287 [294]) e teve que, por princípio, aceitar um tal juízo, mesmo diminuindo seu prestígio. Somente a “refutação objetiva”, concedida pelo Tribunal Regional ao reclamante, das críticas a ele feitas não foi suficiente como reação à influência do artigo [publicado na] da *Wolga* sobre a formação da opinião pública. Como o artigo deve seu efeito global menos às inverdades em si do que à supressão de fatos e ao deslocamento dos destaques, uma tal refutação foi bastante difícil, e somente com ela a impressão duradoura de uma publicação na muito lida revista semanal não pôde ser superada na prática.

Em síntese: Se os tribunais não deixam valer a causa justificativa da defesa de interesses legítimos para a crítica de uma manifestação intelectual comparável à pornografia como literatura excitante para os leitores, é porque partem do pressuposto de que o reclamante tinha interesse apenas na defesa de sua honra pessoal, na aceção do § 193 StGB. A ação do Art. 5 I GG sobre esta norma ordena, porém, reconhecer seu interesse legítimo no efeito sobre a formação de opinião pública a respeito de uma importante questão da política de cargos e funções públicas e considerar sua opinião como reação contra uma informação incorreta da opinião pública sobre o assunto. Como um tal exame falta nas decisões contestadas, o direito fundamental do reclamante decorrente do Art. 5 I GG foi violado. Revoguem-se as decisões (*Urteile*). O Tribunal Constitucional Federal considera necessário remeter os autos do processo a um outro tribunal. Uma vez que ele não é vinculado ao § 354 II StPO, os autos podem ser confiados a qualquer tribunal competente em razão da matéria, [podendo ser] inclusive um tribunal de um outro Estado-membro.

46. BVERFGE 25, 256 (BLINKFÜRER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/02/1969

MATÉRIA:

O Reclamante, editor e chefe de redação do pequeno semanário *Blinkfürer*, distribuído sobretudo na região de Hamburgo, 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 feita pelos réus ao boicote, dentre outros, do pequeno jornal. A motivação da conclamação 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 demais órgãos de imprensa a não publicarem em seus produtos a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental, pois tais órgãos da mídia oriental estariam, no seu entendimento, a serviço da “propaganda injuriosa” do governo da República Democrática Alemã (a extinta DDR) contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático. Está-se no auge da Guerra Fria, no ano da construção do Muro de Berlim.

O Tribunal Federal (BGH), como órgão jurisdicional ordinário de última instância, enxergou na conclamação ao boicote um legítimo exercício da liberdade de imprensa e, por isso, para não violá-la, julgou a ação definitivamente improcedente. Contra ela, 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, o que o Tribunal Federal (BGH) não havia realizado. Ao contrário do que aconteceu no *Lüth-Urteil*, aqueles que aqui se valeram do meio de expressão “conclamação ao boicote”, fizeram-no a partir do abuso de uma posição de poderio econômico e não com base na discussão *predominantemente* intelectual.

A convocação ao boicote por empresa da imprensa escrita por motivos políticos, que seja imposto principalmente com meios do poder econômico, não é protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão e viola o direito fundamental da liberdade de imprensa.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 26 de fevereiro de 1969

RAZÕES:

A. - I.

O Reclamante era editor e chefe de redação do semanário *Blinkfüer*, distribuído principalmente 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 Berlim.

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 Hamburgo uma circular, com o seguinte conteúdo:

“Prezado amigo,

Os atos de violência impiedosa que a população em Berlim oriental e naquela Zona²⁷⁹ há semanas tem sofrido, despertaram revolta por toda parte do mundo livre. A seqüência 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. Mesmo 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 divulgadas pela emissora se mostrarem apolíticas são arbitrariamente interrompidos para que os propagandistas do SED²⁸⁰ despejem seus discursos demagógicos contra nós. Nestes discursos, somos todos caluniados de forma baixa e os acontecimentos em Berlim 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*²⁸¹. Nesta época de provação do nosso povo, espera-se dos comerciantes de jornais e revistas que eles 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-Expres*”. 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. E, obviamente, não podemos pretender com isso que os

²⁷⁹ O texto reproduzido na decisão pelo TCF refere-se, neste momento, à Zona de Ocupação Soviética, onde se encontrava Berlim Oriental. A animosidade entre os dois blocos (a Zona de Ocupação Soviética, de um lado, e as Zonas de Ocupação Americana, Britânica e Francesa, de outro) resta patente pela oclusão do vocábulo “soviética”. Trata-se de sinais do auge da Guerra Fria...

²⁸⁰ O “*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*” (Partido Único Socialista Alemão) foi o partido (único) que governou a DDR (*Deutsche Demokratische Republik* ou República Democrática Alemã) até 1990 com Reunificação (*Wiedervereinigung*) e o conseqüente desaparecimento daquele Estado da Comunidade Internacional dos Estados.

²⁸¹ “*Pankow*” é o nome de um bairro localizado ao norte de Berlim, antes da queda do muro pertencente ao lado oriental.

[comerciantes] conscientes tenham desvantagens por causa de sua postura [correta]²⁸². Em existindo alguns comerciantes que queiram lucrar com essa situação e, apesar do exposto, continuar comercializando produtos [da imprensa] que favoreçam a propaganda de *Ulbricht*, as editoras supra nomeadas avaliarão se poderão prosseguir as suas relações comerciais com tais comerciantes [que “furarem” o 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)²⁸³. Mostre através de sua postura que você é, enquanto 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 esta 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 esta decisão. Ele acredita que se trata de uma óbvia obrigação nacional provisoriamente não oferecer mais 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 Berlim 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, deste 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,

²⁸² Qual seja, segundo o entendimento dessas editoras, a atitude de boicote dos citados periódicos.

²⁸³ O modelo anexo, que devia explicar aos clientes leitores o porquê de não se oferecer mais certas revistas, começava com a frase “Nada mais de programa do Leste” e terminava com o parágrafo: “Existem muitas revistas boas com a programação (...). Eu quero sempre poder orientá-los. Entretanto, para revistas com a programação do Leste não há mais espaço a partir de hoje. Os senhores precisam entender”.

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 conclamação ao boicote contra sua firma, o reclamante ajuizou uma ação em processo de conhecimento pedindo a condenação dos requeridos ao pagamento de uma indenização por perdas e danos. O Tribunal Estadual de Hamburgo e o Superior Tribunal Estadual julgaram a ação procedente. A partir da Revisão do requerido, o Tribunal Federal (BGH) 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*) do Tribunal Federal (BGH), o reclamante impetrou uma Reclamação Constitucional. Nela, ele arguiu 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. O ordenamento axiológico objetivo constituído pela *Grundgesetz* influencia, entretanto, a interpretação destas normas, se estas 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. O Tribunal Federal (BGH) desconheceu,

na sentença atacada, o alcance do direito à liberdade de expressão do pensamento do lado dos réus; do lado do reclamante, ele não considerou o direito fundamental à liberdade de imprensa.

1. O Tribunal Federal 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. Desta feita, ele 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, enquanto 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 onde a convocação ao boicote, enquanto arma na disputa intelectual de opiniões, seja usada junto a uma questão que essencialmente interessa ao público, ou seja, quando seu fundamento não é 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 se encontra numa situação de concorrência profissional, comercial ou outras relações negociais com o boicotado, pois uma tal situação *per se* não impossibilita uma discussão intelectual. Em detendo aquele que expressou a convocação ao boicote uma 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 a imposição do mesmo têm que ser admitidos 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 se tomar 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 graves 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 para o funcionamento da democracia livre, pois somente ela garante a discussão pública sobre assuntos do interesse geral e de significado político (cf. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 *et seq.*]). 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*²⁸⁴ das opiniões.

Uma avaliação das ações dos réus segundo esses critérios mostra que o Tribunal Federal (BGH) expandiu demais a área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, pode-se partir, juntamente com os tribunais responsáveis pela instrução probatória, que a circular atacada pelo reclamante foi publicada, não 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 berlinense, 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, naquela 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 esta 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.

²⁸⁴ Destaque não se encontra no original, porém também na coletânea de J. SCHWABE, *op. cit.*, p. 156.

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. Deste modo, teriam os réus, que fizeram de interesses públicos os seus próprios, se dirigido àqueles a quem [uma 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, vez em que tais destinatários eram dependentes econômica ou juridicamente dos réus. Os réus detinham, na época da decisão do tribunal da instrução no processo originário, uma posição de domínio no mercado enquanto editores de jornais e revistas. Isso vale sobretudo para a região de Hamburgo, na qual se concentrava a venda do semanário “*Blinkfuer*”. Desta posição de poder em face dos comerciantes destinatários da sua circular se utilizaram os réus para conferir à sua convocação maior efeito, na medida em que eles a ligavam com a notificação de uma possível interrupção de entrega dirigida aos “furadores do boicote”. Até o Tribunal Federal (BGH) admite que uma tal informação revestida na forma 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 neste ponto substancialmente da matéria do assim chamado *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198 *et seq.*). A expressão da opinião embasada na apelação à responsabilidade moral e política feita pelo diretor de Senado *Lüth* não pôde, absolutamente, limitar imediata e eficazmente 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 que deixar à livre decisão daqueles, se eles quereriam 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, n. org], distribuidoras no atacado e comerciantes varejistas, claras desvantagens que talvez ameaçassem a sua sobrevivência. A interrupção teria, com certeza, também como conseqüência a perda de clientes, pois, ao lado de algumas revistas publicadas pelos réus, os clientes costumavam comprar também outros

jornais e revistas. Em face destes 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 para a 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. O Tribunal Federal não enfrentou, entretanto, essa argüição. A análise teria, no entanto, que ter sido feita, vez em que o reclamante era editor e chefe de redação do semanário “*Blinkfürer*”. 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. O Tribunal Federal (BGH) até considera também a transcrição da programação no semanário “*Blinkfürer*” como legalmente não proibida, mas pelo contrário como certamente permitida. Ele não foi, entretanto, neste mister, conseqüente 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, o Tribunal Federal não reconheceu o significado da liberdade de imprensa para a posição do direito material do reclamante.

Certamente, os órgãos da imprensa não podem, a princípio, evocar a liberdade de imprensa em face do exercício da liberdade de expressão de outrem, fundamentando-o tão somente em desvantagens econômicas, quando têm que aceitá-las. As liberdades de expressão e imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre; 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 poderio 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 “*Blinkfüer*” 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 deste semanário deveriam deixar de ser efetuadas pelos comerciantes de jornais. O reclamante estava, 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 viola outros direitos fundamentais. Suspenda-se a decisão conforme o § 95 II BVerfGG e devolva-se a matéria ao Tribunal Federal.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager,
Rupp-v. Brünneck, Dr. Brox, Dr. Ziedler

47. BVERFG 44, 197 (SOLIDARITÄTSADRESSE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

02/03/1977

MATÉRIA:

O reclamante prestava, em 1976, o serviço militar obrigatório e publicou, em nome dos soldados de sua caserna, em um jornal local, uma **manifestação de solidariedade** (*Solidaritätsadresse*) para com os moradores de uma região onde seria em breve construída uma usina nuclear. O texto da publicação era bastante crítico com relação a esse plano governamental. O reclamante tentou também convencer vários colegas de caserna a assinarem uma lista de apoio à resistência dos aludidos moradores.

Com base em um dispositivo da lei de soldados (§ 15 II SG), que proibia a prática de campanha política por militares no ambiente do quartel, seu comandante aplicou, depois de colher a devida anuência jurisdicional, a pena de prisão disciplinar por 14 dias. Essa decisão foi corroborada pelo competente tribunal militar, que julgou improcedente a Reclamação

ordinária (*Beschwerde*) do reclamante. Em seguida, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional alegando violação de seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 5, 17a e 103 I GG. O TCF julgou, por maioria (4 a 3 votos), a Reclamação Constitucional improcedente, pois reconheceu, no § 15 II SG, um limite constitucional ao direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento, aplicado no caso também em observância do princípio da proporcionalidade.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 2 de março de 1977.

- 2 BvR 1319/76 -

Dispositivo da decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:

A. - I.

O reclamante presta o serviço militar obrigatório desde 1º de janeiro de 1976.

Em 13 de novembro de 1976, foi publicado no “*Kommunistische Volkszeitung*” [Jornal Popular Comunista] a seguinte “manifestação de solidariedade de soldados da caserna de *Immendingen* à população de *Kaiserstuhl*”:

“Nós soldados de *Immendingen* somos solidários com sua resistência tenaz contra a construção da usina atômica em *Wyhl*. Muitos de nós mesmos vimos de regiões onde usinas nucleares planejadas ou já construídas ameaçam as condições de vida. Em *Brockdorf* pudemos ver como o Estado tenta, com todos os meios de força policial e militar, impor os interesses econômicos das empresas nucleares contra a vontade popular. A polícia e a tropa de segurança enfrentaram os manifestantes com cassetetes, jatos d’água, gás tóxico e cavalos. O local da construção foi protegido com cerca de arame farpado, muros e cães pastores alemães, como em campos de concentração. Em *Wyhl* também aumentam os sinais de que o Estado quer acabar com a resistência da população com meios militares, até o exército e a polícia de fronteira já foram vistos no local. Nós, soldados, declaramos que não nos permitiremos colaborar com esse trabalho sujo. Apelamos a todos vocês para que se antecipem aos planos do governo estadual e ocupem o canteiro de obras. Nenhuma usina nuclear, nem em *Wyhl* nem em lugar algum!

Em dois dias 30 soldados, a maioria dos soldados fixos, da companhia 4./292 de *Immendingen* assinou.”

Em 29 de novembro de 1976, o comandante do batalhão de infantaria de *Immendingen*, ao qual pertence o reclamante com a patente de cabo, ordenou contra ele, com permissão judicial, prisão disciplinar por 14 dias. A fundamentação da medida disciplinar teve o seguinte teor:

“Em um dia não mais determinável no começo de novembro de 1976, na caserna Primeiro Sargento *Schreiber*, em *Immendingen*, ele tentou, no alojamento militar, influenciar um outro soldado para uma causa política, animando o soldado a se manifestar contra a construção da usina nuclear de *Wyhl* e incentivando-o a assinar uma lista, por ele levada, de “manifestação de solidariedade de soldados da caserna de *Immendingen* à população de *Kaiserstuhl*”. Ele também providenciou a circulação dessa lista entre os colegas de companhia.”

(...).

II. – III. (...)

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida. A via jurisdicional foi esgotada (...).

II.

A Reclamação Constitucional é, porém, improcedente. A punição disciplinar não intervém de maneira não permitida no direito fundamental do reclamante previsto no Art. 5 I GG. Outros direitos fundamentais também não foram violados.

1. A medida disciplinar do comandante do batalhão e a decisão do Tribunal Militar condenam o reclamante por ter infringido seu dever fixado no § 15 II SG, segundo o qual, dentro dos alojamentos e instalações de serviço e durante o tempo livre, o direito da livre expressão encontra seus limites na regra básica da camaradagem. O soldado deve se comportar de forma a não perturbar seriamente os interesses comuns do serviço; principalmente não pode fazer propaganda para um grupo político, fazendo discursos, distribuindo textos ou trabalhando como representante de organizações políticas. O respeito mútuo não pode ser ameaçado.

O § 15 II SG não viola a *Grundgesetz*. (...).

2. a) (...).

O conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública (cf. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [124 s.]). Porém, para soldados, conforme o Art. 17a GG, entre outros também o direito fundamental da liberdade de expressão pode ser limitado por meio de obrigações legalmente justificadas, estatuídas no contexto das exigências do serviço militar (cf. § 6 II SG) e com o objetivo de manter a capacidade de funcionamento do exército (cf. BVerfGE 28, 282 [292]).

b) A medida disciplinar contestada não está eivada com nenhuma violação constitucional. A interpretação do § 15 II SG, na qual se pautou a decisão do Tribunal Militar, não limita o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I GG com intensidade maior do que aquela permitida constitucionalmente.

O § 15 II SG quer excluir qualquer comportamento que pressione um camarada em seu tempo livre do serviço e contra sua vontade no sentido de participar de uma discussão política. Na aplicação normativa não deve ser desconsiderado que o soldado na caserna não mora isolado e que, por isso, só consegue proteger sua esfera privada sob condições muito difíceis. Ele está exposto a atividades políticas de outros soldados, sem ter a possibilidade de delas se desviar. Seu direito fundamental à observância incondicional de sua vida privada (Art. 1 I, Art. 2 I GG), seu direito “de ser deixado em paz” (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6 s.]) estão, nessa situação peculiar, desde o início ameaçados e merecem, por isso, de proteção em medida especial. Essa situação exclui a interpretação do § 15 II SG, feita restritivamente, ou seja, apenas à luz do Art. 5 I GG, sob o ponto de vista apenas do interesse em um exercício “ativo” desse direito fundamental. Igual consideração merece, em face das condições especiais da vida militar, o direito de proteção dos outros de não serem obrigados a se expor contra sua vontade, a uma exigência inoportuna ou à influência por parte de seus companheiros com suas ideologias. À luz de todos os direitos fundamentais atingidos, há de se limitar, portanto, as atividades políticas de soldados no espaço do exército e também no tempo livre de forma geral, de sorte que, desde o início, sejam bloqueadas possíveis discussões entre soldados. Isso tanto mais porque a liberdade do reclamante de ser ativista político durante seu tempo livre e fora dos alojamentos militares e fazer propaganda de suas opiniões políticas permanece intangível.

c) (...).

3. (...).

III.

A decisão foi prolatada com 4 votos a 3.

(ass.) *Zeidler, Geiger, Rinck, Hirsch, Rottmann, Niebler, Steinberger*

Opinião divergente do juiz Dr. *Rottmann* sobre a decisão do

Segundo Senado de 2 de março de 1977

– 2 BvR 1319/76 –

Não posso concordar com a posição da maioria do Senado. A punição disciplinar fere o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I GG.

1. (...).

2. (...).

(...). A importância destacada do direito fundamental da liberdade expressão na democracia livre exige uma interpretação e aplicação do § 15 II SG que não cessem em uma ameaça abstrata, mas que no respectivo caso particular façam uma ponderação entre o bem protegido pela norma e o direito fundamental do Art. 5 I GG. Caso contrário, o “cidadão de uniforme” fica na iminência de cair no esquecimento.

3. O comportamento imputado [como acusação] ao reclamante foi uma contribuição à luta intelectual de opiniões sobre uma questão pública de essencial importância. A punição disciplinar por isso atinge a liberdade de expressão do pensamento em seu significado central como condição de um processo político livre e aberto (BVerfGE 42, 163 [170]), do qual o reclamante, mesmo como soldado em serviço militar, a princípio deve poder continuar participando (...).

4. (...).

(ass.) Dr. *Rottmann*

Endosso a opinião divergente do colega Dr. *Rottmann*.

(ass.) Dr. *Geiger*

Opinião divergente do juiz *Hirsch* sobre a decisão do Segundo Senado de 2 de março

de 1977 – 32 BvR 1319/76 –

Endosso a opinião divergente do juiz Dr. *Rottmann*, com a seguinte complementação:

A violação do Art. 5 GG torna-se bem nítida se pensarmos que o reclamante, com respeito ao mandamento da tolerância e respeito, fez menos, segundo os fatos em questão,

do que p.ex. teria conseguido e podido provocar em uma aula de educação cívica mediante uma intervenção [contribuição] para a discussão. Se lá tivesse se discutido sobre a questão da construção da usina nuclear e iniciativas populares pertinentes, as discussões posteriores “na hora do almoço no quarto da caserna” praticamente não teriam como ser evitadas. Pelo contrário, na decisão contestada se discorre como se todas as conversas fora do serviço sobre política “no quarto da caserna” fossem puníveis.

Se a finalidade do § 15 SG consiste, em sua totalidade, em constranger o soldado, semelhantemente ao que ocorre com os funcionários públicos e juizes, a respeitar os interesses dos colegas ou companheiros e garantir a “paz no trabalho”, então não se pode prescindir, no caso concreto, do exame sobre se o comportamento incriminado foi, em geral, capaz de ferir a finalidade de proteção normativa (assim também o Tribunal Administrativo Federal na chamada decisão *Strachwitz* de 14/11/1973, NJW 1974, p. 874 *et seq.* = NZWehrr. 1974, p. 107 *et seq.*) e se alguém se sentiu incomodado. Ambas as condições não foram atendidas. Não é defesa ao Tribunal Constitucional Federal uma tal constatação em casos de intervenções nos direitos fundamentais de maior intensidade como ocorre aqui (BVerfGE 43, 120; EuGRZ 1977 p. 109), a qual embasou a opinião da maioria do Senado. A razão de, apesar disso, o direito fundamental dever ser preterido, não foi a contento esclarecida. Por exemplo, deve ser possível perguntar a um colega sobre o que ele pensa a respeito de uma iniciativa popular, se ele quer participar de uma manifestação ou procissão. Talvez ficasse a consequência da opinião da maioria mais claramente reconhecível se partíssemos de um caso onde o reclamante tivesse colhido assinaturas para uma campanha de cristãos engajados contra a pena de morte ou contra a impunidade do aborto ou contra o fechamento de um jardim da infância e o jornal da igreja tivesse noticiado a respeito.

Hirsch

48. BVERFGE 93, 266

(“SOLDATEN SIND MÖRDER”)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

10/10/95

MATÉRIA:

Trata-se de quatro casos julgados conjuntamente, onde militares ajuizaram ações penais privadas contra as seguintes manifestações:

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

A faixa foi pendurada 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 14:00 horas. O coronel Ü. ajuizou contra o reclamante uma ação penal privada, que foi julgada procedente. O reclamante foi condenado por injúria à pena pecuniária prevista no § 185 StGB. Tal decisão condenatória foi, em sua essência, confirmada na segunda e na terceira instância (Recurso de Revisão). Contra todas essas decisões, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional, alegando que elas violaram, entre outros, seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento 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 matará’ transforma-se em ‘Deves matar’. Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [alemãs] (Bundeswehr).

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

... aprendido na paz,

... perfeitamente aplicado na guerra.

Este é o instrumentário do soldado.

Em todo o mundo. Também nas Forças Armadas [alemãs] (Bundeswehr)

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

Militarismo mata, também sem armas, também sem guerra.

Para isso só existe uma resposta:

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 no 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 supra.

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. Sob o título “Eu declaro a minha solidariedade – Sobre a absolvição no processo dos soldados”, a carta tinha o seguinte teor:

“Lá existia, 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 mais tarde receberia o prêmio Nobel da paz, Carl von Ossietzky, também foi acusado e absolvido (!), é hoje também atual; sim, talvez até mais atual hoje.

Em tempos de ‘Nova língua’ orwellxiana – acontece que a ‘política da insegurança militar’ é convertida em ‘política de segurança’, acontece que não se fala mais em guerra, mas sim 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” – *Kriegesdienst*] (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. Com a diferença, em relação ao citado acima de Tucholsky, que esta seria uma guerra total, com a conseqüência da 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”), onde 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 sobre-escrita 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 para o julgamento do mérito, e, na extensão de suas admissibilidades, também procedentes, revogando todas as decisões judiciais, por vislumbrar, sobretudo, uma *interpretação das expressões* feita de modo inconstitucional. Em suma, os tribunais instanciais deixaram, segundo o TCF, de analisar possíveis interpretações da expressões que fizessem parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento 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 decisões judiciais instanciais.

Esse julgado ecoou por um bom tempo na literatura especializada, principalmente nas revistas jurídicas. Vários comentários e observações sobre

a decisão foram publicados (*Entscheidungsanmerkungen*)²⁸⁵. 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 *Dieter Grimm*, que participou da decisão como membro do Primeiro Senado, sentiu a necessidade de publicar um artigo bastante minucioso na revista semanal jurídica NJW, explicando a decisão.

A decisão em relação às Reclamações 1, 3 e 4 não foram unânimes (5 votos a 3). Com relação à reclamação 2, foi unânime só em face da conclusão e não da fundamentação. A então novata Juíza *Haas* fez publicar, ao cabo da decisão, seu voto dissidente (ao qual se seguiriam vários outros em decisões mais recentes...).

—————

Sobre a relação da liberdade de expressão do pensamento 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 –
(...)

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”.

²⁸⁵ Esses funcionam como uma espécie de termômetro da repercussão de uma decisão jurisdicional. Revistas jurídicas dedicam normalmente uma seção para decisões acompanhadas por “*Anmerkungen*”.

I. – IV. (...)²⁸⁶**B.**

As Reclamações Constitucionais são, em sua essência, admitidas.

(...).

C.

As Reclamações Constitucionais são, até onde admitidas, 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 seu pensamento por palavra, escrito ou imagem. Pensamentos são, diferentemente de afirmações de fatos, caracterizados pelo posicionamento ideológico subjetivo daquele que se expressa sobre o objeto da expressão (cf. por último BVerfGE 90, 241 [247 *et seq.*]). Eles contêm seu julgamento sobre fatos, idéias ou pessoas; a proteção do direito fundamental se refere 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 seu pensamento. Ele também pode escolher aquelas circunstâncias a partir das quais espera conseguir a maior divulgação ou o maior efeito possível da divulgação de seu pensamento.

No caso das expressões que fundamentaram as decisões condenatórias em face dos reclamantes por injúria, trata-se de pensamentos nesse sentido, que sempre estão sob a proteção do direito fundamental. Com suas expressões, segundo as quais soldados seriam

²⁸⁶ Nesses quatro tópicos (I. a IV.), o TCF apresenta, com detalhes, os quatro casos dos quatro processos originários.

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 homicídio²⁸⁷. Os tribunais (instanciais) 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 do pensamento.

3. O direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento não é, contudo, garantido sem reservas. Segundo o Art. 5 II GG, ele encontra, pelo contrário, seus limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais para proteção da [infância e] juventude e no direito da honra pessoal. A estes 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 forma constitucional (BVerfGE 7, 198 [208 s.]; jurisprudência 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 do pensamento. Por isso, é expressamente reconhecida no Art. 5 II GG como causa justificativa de limitações à liberdade de expressão. Disso não resulta, contudo, que o legislador possa restringir ao seu bel prazer a liberdade de expressão em favor da honra pessoal (BVerfGE 7, 198 [208]). Ao contrário, ele deve, sobretudo ao fazer uso da autorização do Art. 5 II GG, levar em consideração o direito fundamental restringido e evitar limitações exageradas da liberdade de expressão. Porém, o § 193 StGB leva em conta essa exigência na medida em que exclui a ilicitude da expressão quando esta for feita em defesa de interesses legítimos. Esse dispositivo, o qual conforme o § 185 StGB deve ser observado antes de

²⁸⁷ No original da decisão lê-se “... unter Umständen zum Töten anderer Menschen zwingt”, literalmente: “... em certas circunstância força [o soldado] a matar outras pessoas”. É que “*töten*” (matar) corresponde juridicamente ao tipo homicídio (culposo ou doloso, mas não qualificado), ao passo que “*ermorden*” (assassinar) corresponde ao tipo homicídio doloso qualificado por motivo torpe, meio cruel etc. Essa diferença, inclusive entre a acepção vulgar (genérica) do termo “*Mörder*” (assassino) e a acepção jurídica, foi objeto de análise pelo TCF nesta decisão.

qualquer condenação, é, graças à sua formulação ampla, particularmente aberto à influência da liberdade de expressão, o que permite uma compensação menos onerosa possível (*schonendster Ausgleich*) para os 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 outras repartições que cumpram tarefas da Administração pública. Neste ponto, a norma não pode ser justificada a partir do aspecto da honra pessoal, pois órgãos estatais não têm nem 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 proíbem uma opinião, que não se dirigem contra a expressão do pensamento, mas que servem por excelência à proteção de um bem jurídico a ser protegido, sem considerar [sem se voltar contra] uma opinião determinada (BVerfGE 7, 198 [209]; jurisprudência consolidada). Este 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 ameaçam minar esses pressupostos (BVerfGE 81, 278 [292 s.]). No entanto, a proteção penal não deve abranger os órgãos estatais contra 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 e assim não fere o Art. 103 II GG. Ele até se distingue das demais disposições do Código Penal pelo fato de identificar o tipo penal tão somente pelo conceito de injúria, mas não defini-lo mais detalhadamente. Mesmo se isso tivesse que 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 este que fornece aos tribunais critérios suficientes para a sua aplicação, deixando claro aos destinatários da norma quando estes poderão ser punidos por injúria (BVerfGE 71, 108 [114 *et seq.*]). 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 aplicação das leis penais são assunto dos tribunais penais. Quando se tratar de leis que limitem a liberdade de expressão do pensamento, então o direito fundamental limitado deve ser, conforme a consolidada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, 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 dele 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 assustador quanto ao uso do direito fundamental, que leve à omissão de crítica permitida por medo de sanções (BVerfGE 43, 130 [136]; jurisprudência consolidada).

Principalmente na interpretação do § 193 StGB, conta que a liberdade de expressão é por excelência constitutiva para a ordem livre e democrática (BVerfGE 7, 198 [208 s.]). Por isso, um interesse legítimo não pode só existir quando o próprio cidadão atingido deu ensejo à expressão ou quando alguém se defende contra ataques pessoais, mas também quando ele participa 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 *et seq.* StGB forem relacionados 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 do pensamento, então a importância desta deverá ser bastante valorizada, 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 *et seq.* 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 quanto à liberdade de expressão. Junto a esse sopesamento devem ser consideradas todas as circunstâncias essenciais (BVerfGE 7, 198 [212]; jurisprudência consolidada). O resultado dessa ponderação não pode ser antecipado de forma geral e abstrata, devido ao seu casuísmo. Mas, na jurisprudência, foi desenvolvida uma série de elementos que fornecem critérios para a ponderação concreta.

Assim, a liberdade de expressão sempre terá que ceder, quando a expressão atingir a dignidade de outrem. Este 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 [comparável] com nenhum direito fundamental isolado [tendo sempre primazia, primazia abstrata]. Mas 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 uso de um direito fundamental se chocou com a dignidade humana intangível.

Igualmente, a liberdade de expressão cede lugar, via de regra, à proteção da honra no caso de expressões depreciativas que se apresentam como injúria formal ou ignominiosas (*Schmähung*) (BVerfGE 61, 1 [12]). Devido ao efeito repressor sobre a liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal 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 a discussão do assunto, mas a difamação da pessoa. Ela também deve consistir da 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)²⁸⁸. 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 revogação da decisão, se esta nele se basear (BVerfGE 82, 272 [281]).

²⁸⁸ Decisão do Tribunal Federal (BGH), publicada na revista jurídica “*Neue Juristische Wochenschrift*” – Nova Revista Jurídica Semanal, no ano e página indicados no texto.

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, onde 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 a favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes deste necessitam conseqüentemente 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 houver tal falha na condenação por delito de expressão [crime contra a honra], isto pode resultar na repressão de uma expressão permitida. Além disso, há o perigo de que tal condenação pudesse 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 nestas 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 aplicação de leis que restrinjam os direitos fundamentais, mas também quanto à interpretação de expressões polêmicas.

O objetivo 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 este não determina seu sentido plenamente. O sentido só é [plenamente] determinado, ao contrário, pelo contexto lingüístico onde se situa a expressão polêmica e pelas circunstâncias de sua ocorrência, conquanto fossem 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, junto a expressões ambivalentes, se valer somente daquele significado que leva à condenação, sem ter antes excluído as outras interpretações possíveis por razões lógico-rationais (BVerfGE 82, 43 [52]). Obviamente, o tribunal não precisa investigar alternativas distantes, baseadas nem 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. Este 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 Tribunal Constitucional Federal, principalmente quando se tratar, como ocorre no caso das decisões judiciais penais, de uma intervenção grave no direito fundamental. O Tribunal Constitucional Federal sempre o destacou. (BVerfGE 43, 130 [136 s.]; 54, 129 [136 *et seq.*]; 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 Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 s.]). De fato, também na condenação por delitos de expressão [crimes contra a honra] o Tribunal Constitucional Federal examina se os tribunais ignoraram o significado e o alcance do direito fundamental da liberdade de expressão. De resto, fica a cargo da exclusiva competência dos tribunais especializados. No contexto de delitos de expressão, isto 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] se baseiam na única impressão geral da audiência (BVerfGE 43, 130 [137]). As alegações do voto vencido, que divergem dessa jurisprudência consolidada, não dão ensejo para que se abandone a prática, até aqui adotada, de restringir a proteção de direito fundamental da liberdade de expressão.

IV.

As decisões contestadas não atendem a essas exigências

1. – 3. (...).

V.

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

1. Processo 1 BvR 1476/91
a) – b) (...) ²⁸⁹.
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 se pode 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 (*verfassungskonform*). Por isso, as decisões atacadas devem ser revogadas e os autos reenviados. Isso não significa, porém, nem 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” são declaradas permitidas. As respectivas expressões devem ser por sua vez apreciadas novamente, considerando as exigências do Art. 5 I 1 GG ora apresentadas.

²⁸⁹ Sob “a)”, o TCF trata dos problemas de interpretação da decisão de primeira instância e sob “b)”, dos problemas da segunda instância, o mesmo valendo para os demais processos abaixo, sendo que, sob “c)” tratou-se de problemas da *Revisionsinstanz* (terceira instância).

Essa decisão resultou, com relação às Reclamações Constitucionais 1), 3) e 4), em cinco votos a três, e com relação à Reclamação Constitucional 2), unânime.

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*
Opinião discordante 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

49. BVERFGE 90, 27 (PARABOLANTENNE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 09/02/1994

MATÉRIA:

O reclamante, cidadão turco, requereu, da locadora do apartamento onde reside, a autorização para a instalação de uma **antena parabólica** (*Parabolantenne*), no edifício do condomínio, para a recepção de canais de televisão turcos. A locadora denegou a autorização. Dentre outros motivos, ela alega que a instalação afetaria a fachada do prédio. Inconformado, o reclamante entrou em juízo com uma ação cominatória, mas sua ação foi julgada improcedente e 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, o reclamante alegou que as decisões violaram seu direito fundamental à liberdade de informação. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, pois verificou a alegada violação, principalmente porque os tribunais ordinários ignoraram a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à liberdade de informação, errando na ponderação entre o direito de propriedade da locadora e os interesses do locatário, por terem considerado

aquele, abstratamente, superior a este, além de terem aplicado o mandamento ou princípio da igualdade, derivado do Art. 3 GG, erroneamente.

Abaixo reproduziu-se a decisão na íntegra.

1. Canais de televisão e estações de rádio cuja recepção na Alemanha seja [tecnicamente] possível, representam informações a todos acessíveis na aceção do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG. A elas 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, quando o locador disponibilizar 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 junto à ponderação entre os interesses do locador e do locatário. Um desrespeito do princípio da igualdade não pode, em face disso, ser identificado.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 9 de fevereiro de 1994

- 1 BvR 1687/92 -

no processo da Reclamação Constitucional do Sr. K... - Procurador: Advogados *Michael Mundstock* e *Gisa Mundstock*, Gervinusstraße 1, Essen – contra a decisão do Tribunal Estadual de Essen de 25 de setembro de 1992 - 10 S 258/82 -.

Dispositivo da Decisão:

A Decisão do Tribunal Estadual de *Essen* de 25 de setembro de 1992 – 10S 258/92 – viola o direito fundamental do reclamante com lastro no Art. 5 I 1, 2º sub-período da *Grundgesetz*. Revogue-se. Remeta-se a matéria de volta ao Tribunal Estadual.

O Estado de *Nordrhein-Westfalen* deve ressarcir ao reclamante as suas custas processuais necessárias.

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 que ele pudesse receber sinais também de canais turcos de televisão.

Depois da sociedade de construção civil ter-lhe negado a autorização, ajuizou uma ação judicial.

2. a) O juízo monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) julgou a ação improcedente. 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. Este 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 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 também aceitar, entre outros motivos, 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 (*Berufung*) 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 devesse 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 se valer, suscitando motivos especiais. Da decisão do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main* se depreenderia, com efeito, que depois da instalação de uma conexão a cabo mais nenhuma antena particular teria que ser tolerada. Por isso, o interesse especial mais extenso por informações do reclamante precisaria ser preterido 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 sobre a apelação e alega a violação de seu direito fundamental à liberdade de informação decorrente do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG. Na fundamentação, discorre essencialmente que: a decisão violaria seu direito fundamental, porque ele estaria impedido, graças à denegação da autorização para a instalação de uma antena parabólica, de receber canais de televisão turcos, os quais seriam transmitidas [só] via satélite. Com um equipamento para 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, 2º sub-período 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 monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) lhe asseverou 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 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, ele não precisaria ter de contentar-se com a conexão a cabo, pois nesta somente 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 horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à liberdade de informação nos §§ 535, 536 BGB [em sua interpretação e aplicação] não teria sido suficientemente considerado.

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, 2º sub-período GG todos têm o direito de livremente informar-se a partir de fontes informação universalmente acessíveis.

1. O significado deste direito fundamental já foi exposto no passado pelo Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 27, 71 [80 *et seq.*]). 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 do pensamento e a liberdade de noticiário pelos meios de comunicação social [Mídia]. Ele os complementa 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, 2º sub-período 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]). Esta qualidade define-se exclusivamente a partir de dados fáticos. Normas que regulamentam o acesso à informação não representam o contorno da área de proteção da liberdade de informação [seu limite], mas devem ser, enquanto 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 Federativa da Alemanha. Se a recepção depender de aparato técnico que possibilite a conexão individual à informação destinada à coletividade, então a proteção do direito fundamental se estende também à consecução e ao uso de um tal aparato. De outra forma, o direito fundamental restaria praticamente sem valor naqueles casos onde o acesso à informação pressupõe 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, 2º sub-período GG.

2. Esse direito fundamental exige atenção também no âmbito da lide cível sobre a instalação de antenas em imóveis locados. É certo que a liberdade de informação segundo o Art. 5 II GG tenha como limite, entre outros, aqueles positivados nas leis gerais. A estas pertencem também as prescrições do código civil (*BGB*) 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 *et seq.*] – jurisprudência consolidada).

Não existem normas na *BGB* 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 aparatos receptores nas prescrições gerais dos §§ 535, 536, 242 BGB. Quando, com base nestas normas, se pretende realizar a instalação de um aparato 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, é 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, a qual 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. Neste diapasão, 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 estes interesses tutelados por direitos fundamentais, e não havendo absolutamente prevalência de um sobre o outro, a decisão depende 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 [supra] 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 estas nas quais o Tribunal Estadual se baseia em sua decisão, em geral levam em consideração o direito fundamental da liberdade de informação, não compreendendo, entretanto, a especial situação de interesses do caso em pauta, situação esta 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. Destarte, 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 jurídica locatícia, proíbe que o locador denegue 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 *et seq.*). 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 do locatário deixá-lo livre de custos, taxas e responsabilidades; além da condição do 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 o interesses pela informação do locatário, no contexto de uma ponderação de bens jurídicos e interesses, 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, com a instalação de equipamentos de recepção coletivos, [até mesmo] totalmente evitados. Esses

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 que ceder ao interesse do proprietário (cf. OLG Frankfurt, *op. cit.*). O atendimento destes preceitos assegura, via de 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 pode 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 com eles laços culturais e lingüísticos. Essa possibilidade só existe com o acesso ao pequeno número de canais estrangeiros, os quais 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 por isso 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 são transmitidos pela rede do sistema a cabo. Sua situação é similar à daquele locatário nacional que não esteja conectado nem a uma antena parabólica coletiva nem a uma rede a cabo de banda larga. Um locatário que se encontre nesta 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, 2º sub-período GG, deve ser observado junto à sua 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 estas não pertence a cidadania [no caso estrangeira, característica de “estrangeiro”], mas, entretanto, a origem. O atendimento dos interesses crescentes por informação de locatários estrangeiros não privilegia este por

causa de seu país de origem e não provoca, pela via oposta, um prejuízo dos 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. Nesse caso, inexistente 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 pré-estabelecido 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 dos locatários alemães de um edifício terem que 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 possa 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 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 que 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 que fontes universalmente acessíveis pretendem informar-se. Isso vale também em face da menção de outras fontes de informação do mesmo tipo, como p. ex., os canais de televisão recebidos sem antenas parabólicas, mas sobretudo em face da menção de 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, 2º sub-período GG discriminar, 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 que características da coisa locada justificam uma tal conclusão.

2. O Tribunal Estadual não logrou evitar esse erro no transcorrer de sua decisão. É certo que ele não seguiu a argumentação do juízo monocrático de primeira instância (*Amtsgericht*) 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 faz 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. Do outro lado, os interesses da proprietária na imutabilidade da fachada do prédio foram considerados, sem maiores esclarecimentos, como superiores.

Outros motivos que autonomamente pudessem 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, mediante uma consideração suficiente do Art. 5 I 1, 2º sub-período GG, chegaria a uma outra conclusão.

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm
Söllner, Kühling, Seibert*

50. BVERFG 20, 162 (SPIEGEL-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 05/08/1966

MATÉRIA:

A editora na revista semanal “Der *Spiegel*”, a *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 pelo Tribunal Federal (BGH). 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 um amplo material jornalístico foi um artigo publicado na edição de 10 de outubro de 1962 da revista “Der *Spiegel*”, intitulado: “Preparado só até certo ponto para a defesa” (“*Bedingt abwehribereit*”). No artigo eram apresentados dados e feita uma discussão em torno da situação militar da República Federal da Alemanha e da NATO (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, se baseou na suspeita do crime de traição à pátria previsto no então vigente § 100 I StGB²⁹⁰.

A Reclamação Constitucional foi julgada improcedente. O Primeiro Senado, porém, ficou exatamente dividido: 4 juízes votaram pela constitucionalidade e 4 pela inconstitucionalidade das medidas. No caso

²⁹⁰ Cf. até esse ponto a síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, p. 135 e a notícia na nota de rodapé 1 sobre mudanças dos dispositivos posteriores à prolação da decisão.

de empate, o julgamento é, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, de confirmação da constitucionalidade do(s) objeto(s) do exame e, no caso de uma Reclamação Constitucional, pela improcedência.

Sobre a questão da constitucionalidade de buscas e apreensões em escritórios 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.

(...)

Dispositivo da Decisão:

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:

A.

1. – 5. (...).

B.

1. (...).

2. A Reclamação Constitucional não é admitida, quando (...)

3. Pelo contrário, a Reclamação Constitucional é admitida, quando (...)

4. (...).

C.

1. Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta 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 as apresenta 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 desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, 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, primeiramente – correspondendo à posição sistemática da dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, 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 onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras conseqüências 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 uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o “sigilo da fonte” (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido.

3. A liberdade de imprensa implica na 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 se igualam à liberdade de imprensa em importância, também devem ser respeitados por ela. A posição de certa forma privilegiada dos membros da imprensa lhes é concedida por força de sua tarefa [constitucional] e somente no contexto desta. Não se trata de privilégios pessoais; imunidades em face de normas jurídicas válidas gerais têm que 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 Tribunal Constitucional Federal manifestou-se, na decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 *et seq.*]), 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 serem também, por sua vez, restringidas. Estes 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, portanto, avocam inicialmente a presunção da legitimidade, mesmo se elas atingirem a esfera jurídica de terceiros (*op. cit.*, p. 212). O sentido desta 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 lhe garantir, 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 esta teria a existência da República Federal da Alemanha como pressuposto necessário e sucumbiria ela mesma com sua perda. Pois, 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 democrática e livre. É próprio desta que os negócios de Estado, inclusive os militares, sejam conduzidos pelos órgãos estatais competentes para tal, mas que estejam submetidos à crítica ou ratificação constante por parte do povo.

Sob tal ótica, a necessidade do sigilo militar no interesse da segurança de 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 informados etc., tanto para o adversário potencial como para a formação do julgamento político do povo; devem-se ponderar 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, conforme 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 a liberdade de imprensa e sua importância para a ordem democrática livre, vale também para o Código de Processo Penal, principalmente para medidas processuais penais coercitivas,

como buscas e apreensões que sejam realizadas, em razão de uma publicação na imprensa ou a esta relacionados, junto a um órgão de imprensa ou ainda junto a um membro da imprensa envolvido.

Estas medidas coercitivas, cuja ordem fica a cargo da discricionariedade do juiz ou das autoridades competentes, contêm por sua própria natureza, via de 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 para a 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 primeiramente 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 de material necessário para o 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 supra citada do Tribunal Constitucional Federal.

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 - Código Processo Penal) 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 responsabilidade em garantia (*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 responsabilidade em garantia 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 (Código de Processo Penal) e – para se evitar a burla à recusa de prestar testemunho – tem vigência a proibição de apreensão no domicílio dos funcionários mencionados, consoante o § 97 V StPO, assim como a proibição, daí 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.

A proteção do sigilo da fonte não é previsto nos casos onde a investigação se dirige contra um informante de uma publicação que não é anti-jurídica, bem como no inquérito contra um redator responsável ou um outro membro da imprensa acusado. O funcionário da imprensa, nesse caso, pode, em sua condição, negar quaisquer declarações, porém não existem restrições à busca e 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 responsabilidade em garantia e desvinculando, até certo ponto, a proibição de busca e apreensão do direito a não prestar testemunho. A questão de verificar se essas normas se mantêm 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 só se considerou 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 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 devam ser ordenadas. 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 o apresentou 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., na época conselheiro superior de governo, foi apontado pelo chefe de departamento competente do Ministério da Defesa como um dos responsáveis, em casos como este, 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 primeiramente se um parecer seria realmente necessário, mas decidiu então que o parecer deveria se estender 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; isto 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, reproduzida no início, 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. – 2. (...).

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 estas 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 preferir a proteção da liberdade de imprensa e justificar medidas processuais coercitivas de qualquer tipo. Aqui se estaria, ao se ignorar a tarefa que cabe à imprensa em razão da ordem estatal livre, 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 anti-jurídico 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 traição à pátria, mas deveria ser investigado primeiramente 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 Européia de Direitos Humanos, já basta o fato de que uma traição à pátria se torne objeto da investigação para que a ponderação, em si necessária, não seja realizada ou seja submetida a exigências mais brandas, o debate público livre é, pois, limitado de forma inadmissível num âmbito essencial da vida do Estado.

Já por esta razão, não há que se falar na obrigatoriedade de delação nos termos do § 138 StGB. No mais, mesmo a proteção limitada do sigilo da fonte, segundo o Código Processual Penal, não conhece uma classificação por tipo de crime. Além disso, esta 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 outros membros da imprensa o direito de se recusar a prestar testemunho, independentemente do tipo e gravidade do crime perseguido. Tal norma existe na *Baviera* 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 se restringir 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 Tribunal Constitucional Federal. Caso a proteção do direito fundamental o exija, 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 uma

outra regra, no caso do Estado de Defesa ou em situações semelhantes de necessidade com base no Estado de Sítio.

II.

(...).

1. (...)

Se este processo continua a ser denominado pela reclamante como “leviano”, há, então, um exagero de exigências constitucionais. Tratava-se de se esclarecer se uma suspeita deveria continuar sendo investigada. Para esta 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, como qualquer cidadão que por seu comportamento despertar séria suspeita de ter violado norma penal, que tolerar medidas de investigação dos órgãos de persecução penal. O correlato da liberdade de imprensa é uma imprensa que trabalhe consciente de sua responsabilidade (BVerfGE 12, 113 [130]). Principalmente no Estado democrático livre, contrapõe-se à liberdade de imprensa a co-responsabilidade da imprensa para com a segurança do Estado. Isoladamente, os órgãos da imprensa podem ter objetivos diversos e persegui-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 consciente de sua responsabilidade e, por isso, de antemão esteja acima da suspeita de um comportamento culpável.

2. O Ministério Público e os juízes de instrução tiveram que 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 do matéria, admissível. As medidas de consecução de provas, como busca e apreensão, intervêm, por sua natureza, de forma sensível, nos direitos fundamentais do cidadão. Como são, porém, eventualmente imprescindíveis para a persecução penal eficaz, o inocente que incorreu em suspeita da prática de ilícito penal tem, em certa medida, que as tolerar. 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 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*”. Sobretudo para os principais procuradores de justiça envolvidos, Dr. Wa. e Dr. K., a idéia determinante foi a de que fatalmente deveria existir na redação um “rascunho”, um “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 – esta foi particularmente a posição do Ministério Público Federal, que a destacou expressamente ao juiz da instrução e a deu, como ordem geral, na reunião de 22 de outubro de 1962, aos seus funcionários executivos. Por outro lado, houve que considerar que se tratava de uma suspeita séria de uma conduta punível contra a segurança do Estado e, com isso, da ameaça de 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 fizesse com que uma restrição da liberdade de imprensa, a qual não poderia ser considerada ameaçadora à existência e continuação de publicação da revista, pudesse 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 se ocupa de questões particulares da área militar, os pesos se deslocam: a necessidade de informação da população cede lugar, porque primeiramente os leitores não podem formar um julgamento independente por falta de conhecimentos técnicos e, por outro lado, porque não necessitam desses conhecimentos para a construção de sua decisão política. Por outro lado, 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 que ponderar entre a necessidade de informar e o interesse de Estado. Não pode se furtrar a isto alegando “liberdade de imprensa”.

A traição à pátria ameaça potencialmente a existência do Estado e justifica, em princípio, 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 conseqüente 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, se considerar 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 só 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. Só então se pôde 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 isto não podia ser esperado de 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 uma 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.

(...).

51. BVERFG 102, 347

(BENETTON / SCHOCKWERBUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

12/12/2000

MATÉRIA:

A firma italiana de indústria e comércio de roupas *Benetton* é conhecida mundialmente por um tipo de publicidade institucional de estilo engajado e, muitas vezes, polêmico. Não raro, seus anúncios são acusados de ser chocantes (**propaganda chocante** = *Schockwerbung*).

A reclamante, que é uma editora, que publica a revista semanal “*Stern*”, volta-se contra duas decisões do Tribunal Federal (BGH), que a proibiram de publicar três anúncios publicitários da firma *Benetton*, vez em que, segundo o BGH, tais anúncios violariam o § 1 UWG, uma cláusula geral que proíbe a concorrência desleal a partir do conceito jurídico indeterminado da violação dos “bons costumes” (*gute Sitten*). Na fundamentação, alegou, em suma, que os dois anúncios exploravam o sentimento de compaixão das pessoas em face da miséria do mundo e do medo relativo ao desequilíbrio ambiental. O terceiro anúncio, mais polêmico

ainda, onde era mostrada a parte superior das nádegas de um homem nu com a frase em forma de carimbo *H.I.V. POSITIVE*, estaria atingindo até mesmo a dignidade humana dos portadores do vírus H.I.V. Em todos os anúncios não havia textos explicativos, mas tão somente a logomarca “*United Colors of Benetton*”.

Em sua Reclamação Constitucional, a reclamante arguiu, entre outras, a violação de seus direitos fundamentais derivados do Art. 5 I 1 GG (liberdade de expressão) e Art. 5 I 2 GG (liberdade de imprensa). O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, porque reconheceu uma violação da liberdade de imprensa do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG. Em sua fundamentação, o TCF sustentou que o BGH violou a liberdade de imprensa, vez em que, em sua interpretação das expressões, além de partir de alguns falsos pressupostos (como, por exemplo, que a expressão comercial teria a princípio menor peso), não realizou uma *interpretação orientada pelo direito fundamental* da liberdade de imprensa, ou seja, não enfrentou a possibilidade das expressões representarem uma contribuição para o debate social, sobre questão relevante e para a formação da opinião pública e, assim, não se chocarem contra os bons costumes e, por via de consequência, não justificando a aplicação do § 1 UWG como limite concretizado da lei geral na acepção do Art. 5 II GG.

1. A liberdade de imprensa de uma editora de revistas pode restar violada quando lhe for proibida a publicação de anúncios publicitários sobre os quais o anunciante goza da proteção da liberdade de expressão do pensamento.
2. Da avaliação constitucional da publicidade institucional a partir de temas de crítica social.

Decisão (*Urteil*)

do Primeiro Senado de 12 de dezembro de 2000
com base na audiência de 8 de novembro de 2000

– 1 BvR 1762/95 , 1 BvR 1787/95 –

no processo da Reclamação Constitucional de G... AG & Co. KG

— Procurador: Professor Dr. *Gunnar Folke Schuppert*, Unter den Linden 6, Berlin
– contra a) decisão do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 — 1 BvR 1762/95

—, b) decisão do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 — I ZR 110/93 — 1 BvR 1762/95 -.

Dispositivo da decisão:

As decisões do Tribunal Federal (BGH) de 6 de julho de 1995 – I ZR 180/94 e I ZR 110/93 – violam o direito fundamental da reclamante decorrente do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa *Grundgesetz*. Revogue-se. Devolva-se a matéria ao Tribunal Federal (BGH). A República Federal da Alemanha deve ressarcir as custas processuais necessárias.

RAZÕES:

A.

A reclamante, uma empresa da imprensa escrita, volta-se em sua Reclamação Constitucional contra duas decisões do Tribunal Federal (BGH), pelas quais se lhe foi proibida a publicação de anúncios publicitários por causa de uma ofensa aos bons costumes (§ 1 da Lei contra Concorrência Desleal, a seguir: UWG).

I.

Na revista editorada pela reclamante, chamada “Stern”, foram publicados três anúncios da Firma Benetton, que comercializa produtos têxteis internacionalmente. Um anúncio mostra um pato sujo de petróleo nadando em uma mancha de petróleo. Em um outro anúncio, aparecem crianças de diferentes idades trabalhando intensamente no terceiro mundo. O terceiro anúncio compõe-se de uma foto de nádegas masculinas sobre as quais foram carimbadas as palavras “H.I.V. POSITIVE”. No canto de cada foto, encontra-se respectivamente sobre uma tarja verde a frase “*United Colors of Benetton*”. Os dois primeiros anúncios são objeto da Reclamação Constitucional 1 BvR 1787/95, ao passo que a Reclamação Constitucional 1 BvR 1762/95 refere-se ao terceiro anúncio.

O Centro de Combate à Concorrência Desleal [uma associação civil sem fins lucrativos] exigiu extra-judicialmente da reclamante que essa se abstivesse da publicação dos anúncios e procurou a tutela judicial quando aquela se recusou a atender seu pedido. O Tribunal Estadual julgou a ação procedente. As Revisões diretas (*Sprungrevisionen*) da reclamante não tiveram êxito junto ao Tribunal Federal (BGH). A própria firma *Benetton*

procurou defender-se junto aos tribunais cíveis, inutilmente, contra a correspondente intimação (*Abmahnung*) (cf. *BGHZ* 130, 196). Todavia, ela não ajuizou uma Reclamação Constitucional.

II.

O Tribunal Federal (BGH) fundamentou suas decisões atacadas como segue:

1. – 2. (...).

III. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes. Ambas as decisões do Tribunal Federal (BGH) impugnadas pela reclamante violam a sua liberdade de imprensa garantida pelo Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG.

I.

1. A área de proteção da liberdade de imprensa abrange o conteúdo completo de um órgão da imprensa (*sic*), subsumindo-se a ela também os anúncios publicitários. (cf. BVerfGE 21, 271 [278 s.]; 64, 108 [114]). Desde que a expressão de pensamento de terceiros goze da proteção do Art. 5 I 1 GG, a liberdade de imprensa engloba a proteção de tal expressão quando de sua publicação em um órgão da imprensa: A um órgão da imprensa não se pode proibir a publicação de uma expressão de pensamento de terceiro se ao próprio autor da expressão é autorizada sua publicação e divulgação. Nesta extensão, a empresa da imprensa pode argüir uma violação da liberdade de expressão de terceiro em uma lide judicial. Isso vale também em uma lide civil quando os pedidos se referirem a obrigações de não fazer [ou de abstenção – *Unterlassungsansprüche* – a serem impostas respectivamente à parte contrária] fundadas no direito concorrencial.

A proteção do Art. 5 I 1 GG – aqui colocada na liberdade de imprensa²⁹¹ – alcança também expressões comerciais, assim como a pura publicidade econômica, que

²⁹¹ O Art. 5 I 1 GG que protege a liberdade de expressão continua, porém, independente da liberdade de imprensa, sendo que uma violação pode e deve ser alegada autonomamente. O TCF só quis dizer que a expressão, ao ter sido publicada em órgão da imprensa, “entra” na liberdade desta, porque da liberdade de imprensa faz parte também veicular opiniões de terceiros.

tenham um conteúdo axiológico constitutivo de opinião pública (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). Desde que numa foto venha à tona uma expressão do pensamento – uma posição, um juízo de valor ou uma certa ideologia –, também esta fará parte da área de proteção do Art. 5 I 1 GG (cf. BVerfGE 30, 336 [352]; 71, 162 [175]).

Todas as três fotos publicitárias polêmicas fazem jus a tais pré-requisitos. Elas mostram mazelas gerais (poluição ambiental, trabalho infantil, marginalização de infectados pelo H.I.V.) e contêm, com isso, ao mesmo tempo um juízo de valor [negativo] sobre questões sociais e políticas relevantes. Trata-se de imagens vivas com conteúdos formadores de opinião. Mesmo as decisões atacadas o reconhecem quando nelas se lê que os anúncios se ocupam da miséria do mundo. Expressões do pensamento que persigam tal escopo [de mostrar a miséria do mundo] e com isso direcionam a atenção do cidadão para mazelas gerais, gozam de maneira especial da proteção do Art. 5 I 1 GG (cf. BVerfGE 28, 191 [202]).

Tal reconhecimento não é desautorizado pelo fato de a firma *Benetton* tratar dos temas aludidos no contexto de uma publicidade institucional pura, desistindo de qualquer comentário, subscrevendo-a simplesmente com o seu logotipo. Devido a este fato pode até mesmo surgir a impressão de que a empresa anunciante em verdade não pretenda oferecer uma contribuição à formação da opinião pública, mas chamar a atenção para si. Uma tal interpretação, pela qual se questiona a relação subjetiva daquele que se expressa com o conteúdo da expressão, não é, porém, a única possível, não sendo sequer a mais provável. Na percepção do público, as mensagens partidas dos anúncios são consideradas em geral como suas e também os tribunais não apresentaram dúvidas a respeito. Também na visão do fotógrafo *Oliviero Toscani*, que criou os anúncios, Benetton os utiliza como veículo de divulgação de uma postura intelectual anti-racista, cosmopolita e livre de tabus (*Oliviero Toscani*, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, 3ª. ed., 2000, S. 44).

2. A proibição corroborada pelas decisões atacadas de reimpressão dos polêmicos anúncios na revista semanal “Stern”, limita a liberdade de imprensa da reclamante. Por ser a proibição ligada à cominação de pena pecuniária no valor de até 500.000 DM – alternativamente ordem de prisão – ou ordem de prisão de 6 meses para o caso do descumprimento da decisão, ela foi faticamente impedida de proceder a uma futura publicação dos anúncios.

3. Essa proibição não é justificada constitucionalmente.

a) O § 1 UWG, sobre o qual o Tribunal Federal (BGH) se baseia em sua decisão de proibição da publicação, é uma lei geral na acepção do Art. 5 II GG (cf. BVerfGE 62,

230 [245]; 85, 248 [263]). Ele serve à proteção dos concorrentes, dos consumidores e dos demais participantes do mercado, assim como à proteção da coletividade (cf. *Baumbach / Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 21ª ed. 1999, UWG Introdução, Notas de margem 42, 51, 55; *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5ª ed. 1998, p. 13). A liberdade da atividade econômica não pode implicar em vantagens na concorrência para o indivíduo a serem auferidas mediante práticas legalmente inadmissíveis. Esses objetivos encontram-se em harmonia com a ordem axiológica da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 32, 311 [316]).

b) – c) (...)

d) Com êxito, todavia, argüiu a reclamante que o Tribunal Federal (BGH) teria, em sua avaliação jurídico-concorrencial dos anúncios, ignorado o significado e o alcance da liberdade de expressão do pensamento.

aa) Se uma decisão de direito civil tangencia a liberdade de expressão do pensamento, então o Art. 5 I 1 GG exige que os tribunais considerem, junto à interpretação e aplicação do direito privado, o significado daquele direito fundamental (cf. BVerfGE 7, 198 [206 *et seq.*]; 86, 122 [128 s.]; jurisprudência consolidada). As decisões atacadas foram embasadas no § 1 UWG, em uma norma, portanto, do direito civil. Sua interpretação e aplicação no caso particular é da competência [exclusiva] dos tribunais cíveis. O Tribunal Constitucional Federal somente pode intervir quando se reconhecerem erros que se firmem sobre uma apreciação fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, principalmente da extensão de sua área de proteção, e também que tenham uma certa relevância para o caso jurídico concreto (cf. BVerfGE 18, 85 [92 s.]; jurisprudência consolidada).

É o que ocorre no presente caso.

bb) O Tribunal Federal (BGH) até reconheceu corretamente tratar-se, nos anúncios, de expressões do pensamento que têm por objeto problemas econômicos, políticos, sociais e culturais e, por isso, gozariam de maneira especial da proteção do Art. 5 I 1 GG. O significado e o alcance deste direito fundamental não foram porém devidamente considerados, nas decisões atacadas, no momento de sua interpretação do § 1 UWG e – no caso do terceiro anúncio (H.I.V. POSITIVE), no momento de sua aplicação. Limitações daquele que é um direito constitutivo por excelência da ordem estatal democrática livre, o direito da livre expressão do pensamento (cf. BVerfGE 20, 56 [97]; jurisprudência consolidada) necessitam fundamentalmente de uma justificação por interesses suficientemente importantes relativos ao bem comum ou de direitos e interesses de terceiros, [igualmente] dignos de proteção. É o que vale de forma especial no caso de expressões críticas a respeito de questões sociais ou

políticas. Todavia, não se depreende das decisões atacadas indicações neste sentido [do exame criterioso para a decisão do caso do significado e alcance do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento] (...).

aaa) Segundo o entendimento do Tribunal Federal (BGH), o § 1 UWG proíbe um comportamento publicitário que desperte nos destinatários sentimentos de compaixão mediante a apresentação de grandes sofrimentos de pessoas e animais e explore esses sentimentos, sem ensejo racional, para fins comerciais concorrenciais, na medida em que o anunciante se apresenta como igualmente atingido, provocando, destarte, a solidariedade dos consumidores com seu nome e sua atividade comercial.

Esse julgamento perpetrado pelo Tribunal Federal (BGH) a partir da interpretação do § 1 UWG de ofensa à moral é certamente louvável, enquanto regra de boa formação moral, podendo, enquanto tal, ser considerada aceita por boa parte da população. Por trás dela, encontra-se o desejo de viver em uma sociedade na qual não se reaja à miséria com a busca fria do lucro, mas com empatia e medidas de socorro, ou seja, de maneira a reagir-se diretamente contra a miséria. Se com esse julgamento se protege, ao mesmo tempo, interesses públicos ou privados suficientemente importantes, não é, entretanto, reconhecível de plano.

bbb) Mesmo o Tribunal Federal (BGH) não aceitou o argumento do autor do processo originário de que dos anúncios se poderia depreender um ônus [incômodo] considerável infligido ao público. Agressões desferidas contra o bom gosto ou uma configuração chocante de anúncios não são consideradas por aquele tribunal (BGH) como uma violação da moralidade na acepção do § 1 UWG. Esse julgamento não há de ser afastado por motivos constitucionais. Um efeito incômodo que pudesse justificar regras limitadoras do direito fundamental não pode ser visto no fato de o público ser confrontado também fora dos editoriais dos meios de comunicação social (Mídia) com imagens que retratem realidades desagradáveis ou que suscitem a compaixão. Isso vale também quando se acusa, como o fez a Associação Alemã para a Proteção Jurídica da Concorrência e do Direito Autoral (*Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*), um aumento generalizado de tais propagandas por causa do efeito de imitação. O ânimo do cidadão livre da [confrontação com a] miséria do mundo não representa um interesse para cuja proteção o Estado possa limitar posições de direito fundamental. Diferentemente, pode-se chegar a outra conclusão quando se mostra imagens asquerosas, que provoquem o medo ou que ameacem crianças e adolescentes. Quando o autor do processo original classifica os anúncios como invasivos e inconvenientes por

eles apelarem com força sensorial-sugestiva aos sentimentos dos consumidores, os quais se relacionem com os produtos da empresa anunciante ou sua atividade comercial, não se pode com ele concordar. Grande parte da publicidade contemporânea se caracteriza pela busca em despertar a atenção e ganhar a simpatia do público a partir de motivos que dêem ênfase aos sentimentos. Publicidade comercial com imagens que, com força sugestiva, desperte desejos libidinosos, que evoquem o ímpeto por liberdade e descomprometimento ou que prometam o brilho da celebridade social está em toda parte. Pode ser que os consumidores estejam mais “duros” em face de tais motivos, como alega o autor do processo originário. Um tal efeito de acostumar-se não justifica, contudo, a atribuição de efeitos onerosos ao apelo até hoje menos gasto do sentimento de compaixão.

ccc) Interesses de concorrentes ou princípios da concorrência de desempenho não foram igualmente atingidos. O Tribunal Federal (BGH) destaca-o explicitamente. Também não se vislumbra nada nesse sentido. Publicidade institucional destacada de produtos passou a ser utilizada, sem que com isso a concorrência entre as performances das empresas sofresse um prejuízo reconhecível. Concorrentes que considerem uma publicidade deste tipo como boa para os negócios, podem, assim como a firma *Benetton*, dela fazer uso.

ddd) Poder-se-ia estar, em tese, e no máximo em relação ao anúncio sobre “trabalho infantil”, frente a um caso de proteção de pessoas fotografadas. Todavia, não se verifica aqui que um direito [subjeto] tenha sido atingido. As crianças fotografadas não são individualizáveis. Não obstante, ainda que sejam apresentadas em uma perspectiva que provoca compaixão, não são vistas, absolutamente, de forma jocosa ou de qualquer outra forma negativa. O contexto publicitário enquanto tal não é suficiente para configurar uma violação de pretensões de respeito de pessoas humanas.

eee) Interesses da coletividade não foram tocados. (...)

cc) – dd) (...)

ee) A decisão atacada no processo 1 BvR 1762/95 não se baseia somente na interpretação do § 1 UWG já supra discutida. O Tribunal Federal (BGH) considera o anúncio objeto deste processo como desleal, porque ele se chocaria de maneira notória contra os preceitos da proteção da dignidade humana, na medida em que ele apresentaria as pessoas acometidas de AIDS como “carimbadas” e, destarte, marginalizadas.

aaa) Essa fundamentação pode ser seguida em tese. Uma interpretação do § 1 UWG no sentido de que uma publicidade por imagem que viole a dignidade humana de pessoas fotografadas se choque contra a moral e bons costumes (*sittenwidrig*) não é

problemática do ponto de vista constitucional. Ela atribui valor a um bem tutelado que justifica limitações da liberdade de expressão do pensamento também no contexto de áreas sensíveis da crítica social e política. O Art. 1 I GG obriga o Estado a proteger todas as pessoas contra ataques à dignidade humana como contra a humilhação, estigmatização, perseguição, proscricção etc. (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Anúncios publicitários que marginalizem pessoas individualizadas ou grupos de pessoas de maneira a ferir a dignidade humana, proscruvendo-as, ridicularizando-as ou tirando-lhes, de qualquer forma, a dignidade, podem, fundamentalmente, por isso, ser proibidas pelo direito concorrencial, mesmo se tais anúncios gozarem da proteção dos direitos fundamentais de comunicação do Art. 5 GG ou da proteção de outros direitos fundamentais.

bbb) Todavia, a aplicação destes princípios aos anúncios em pauta (H.I.V. POSITIVE) não passa no crivo do exame [de constitucionalidade], sob o parâmetro do Art. 5 I 1 GG.

(...).

O Tribunal Federal (BGH) interpretou o anúncio “H.I.V. POSITIVE” no sentido de considerar que sua mensagem carimba os doentes de AIDS, apresentando-os, com isso, como marginalizados da sociedade. Em outra passagem da decisão, o BGH afirma que o anúncio estigmatizaria os doentes de AIDS em seu sofrimento, marginalizando-os. Dever-se-ia combater a mentalidade contaminada do “carimbo” de certos membros da sociedade. Pelo menos pelos próprios infectados pelo H.I.V., o anúncio seria visto como notoriamente escandaloso, sendo ferida sua dignidade humana. Também outros observadores do anúncio não escapariam desse efeito.

Tão claro neste sentido não é, entretanto, o anúncio. Ele mostra sem comentários uma pessoa, que aparece como carimbado como “H.I.V. POSITIVE”. Com ele, não se deduz que o dado escandaloso, mas também não tão distante da realidade de uma discriminação e marginalização de infectados pelo H.I.V., seja corroborado, fortalecido ou, ainda, só desprestigiado [como não tão problemático]. No mínimo, tão provável é a interpretação de que se deve chamar a atenção para um estado de coisas digno de críticas, qual seja: a marginalização de infectados pelo H.I.V., de tal sorte a se verificar [no anúncio] uma tendência de denúncia [de um fato social indesejado]. Com a foto, poder-se-ia também, como a reclamante com razão assevera, igualmente fazer a propaganda de um Congresso sobre a AIDS.

A linguagem das imagens pode ser considerada, em termos convencionais, inadequada, por ser sedutora. Da pessoa fotografada não se vê nada além da metade

superior das nádegas nuas, sobre a qual aparecem em letras maiúsculas a abreviação “H.I.V.” e abaixo colocado na diagonal como se tivesse sido carimbada a palavra “POSITIVE”. Disto não se pode depreender nem cinismo nem uma tendência afirmativa. A representação tem por objetivo, correspondendo a um *Medium* de anúncio publicitário, prender a atenção do observador.

Uma interpretação do anúncio no sentido de ser uma conclamação crítica também não pode ser impugnada pela indicação do contexto publicitário. É incomum que uma empresa do ramo têxtil faça publicidade institucional com a utilização de sérios temas sócio-políticos, contrastando notoriamente com a auto-representação comum dos concorrentes. Isso pode alimentar dúvidas quanto à seriedade da intenção crítica e ser assim considerado escandaloso, em face do mandamento de honestidade formulado pelo Tribunal Federal (BGH). Entretanto, a impressão de que o anúncio por sua vez estigmatizaria ou marginalizaria os infectados pelo H.I.V. também não pode ser provocada pelo contexto publicitário. Sua tendência crítica, seu efeito chocante restam inocultáveis. Diferente talvez seria o caso se com o anúncio se quisesse chamar a atenção para um produto concreto, no qual uma ligação com certos objetos e serviços pudesse criar um efeito jocoso ou de desconsideração do problema. A frase “*United Colors of Benetton*” sozinha não provoca todavia esse efeito.

A interpretação do anúncio pelo Tribunal Federal (BGH), segundo a qual este feriria a dignidade humana de doentes de AIDS, parece, ao contrário, substancialmente mais distante da realidade; em todo caso, ela não é a única possível. É o que mostra também a declaração do fotógrafo *Oliviero Toscani* sobre esta publicidade: “Com este pôster, eu queria sinalizar que a *Benetton* continua ainda sempre pronta a imiscuir-se, na medida em que nós nos colocamos tanto contra a marginalização de doentes de AIDS quanto contra o racismo” (*op. cit.*, p. 78).

ff) A decisão impugnada pela Reclamação Constitucional 1 BvR 1762/95 (H.I.V. POSITIVE) não atende, portanto, às exigências que se fazem à interpretação de expressões do pensamento em prol da proteção da liberdade de expressão do pensamento. O Tribunal Federal (BGH) desconheceu a possibilidade bastante provável de que o anúncio queria, com uma intenção crítica, direcionar a atenção pública para uma discriminação e marginalização de doentes de AIDS de fato existentes. Nesta interpretação não reside uma violação da dignidade da pessoa humana dos doentes de AIDS. Em seu novo tratamento da matéria, o Tribunal Federal deverá enfrentar a alternativa exegética ora demonstrada.

II.

Uma vez que as decisões impugnadas já devem ser revogadas por violarem o Art. 5 I 1 GG, não se faz necessário o exame da pela reclamante também alegada violação do princípio geral da igualdade, assim como da possibilidade de uma violação do Art. 5 III GG [no caso: liberdade artística].

Papier, Kühling, Jaeger, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt.

52. BVERFG 52, 283
(TENDENZBETRIEB)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 06/11/1979

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 (*Betriebsrat*), 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 perseguição 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 uma 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 da liberdade de imprensa do Art. 5 I 2, 1ª Alternativa GG, que viu violado pelas decisões do Tribunal Estadual e do Tribunal Federal do Trabalho, as quais teriam imposto a obrigação de ouvir a comissão dos representantes dos empregadores, comprometendo assim sua liberdade de tendência, um dos aspectos mais relevantes da liberdade de imprensa, a

reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional. Os tribunais trabalhistas teriam interpretado e aplicado o § 118 I 1 BetrVG de forma 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 feitas pelos tribunais trabalhistas).

1. O direito fundamental da 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, para se respeitar a 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 (*Betriebsverfassungsgesetz* – BetrVG) no sentido de que esta norma, quando da dispensa 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 a comissão dos representantes dos empregados 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.... – procurador: Advogado Dr. *Edgar Kull*, Kochstrasse 50, Berlin 61 – 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 da decisão:

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES:**A.**

O objeto da Reclamação Constitucional é saber se a reclamante, como titular de uma empresa da imprensa, tem seu direito fundamental de liberdade da imprensa violado pelo fato de que a dispensa de um redator sem a oitiva prévia da Comissão dos Representantes dos Empregados foi tida como nula nas decisões judiciais contestadas.

I.

Segundo o § 102 I da Lei de Constituição de Empresas (BetrVG) de 15 de janeiro de 1972 (BGBl. I, p. 13), a Comissão dos Representantes dos Empregados deve ser consultada antes de qualquer dispensa. O empregador deve lhe comunicar os motivos da dispensa. A dispensa efetuada sem consulta da Comissão dos Representantes dos Empregados é nula. Conforme o § 118 I BetrVG, as normas da lei não são aplicáveis a empresas de tendência, caso 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 regulamentem a compensação ou atenuação de desvantagens econômicas para os empregados. As normas em pauta têm o seguinte teor:

“§ 102

(1) A Comissão dos Representantes dos Empregados deve ser consultada antes da dispensa. O empregador deve lhe comunicar os motivos da dispensa. Uma dispensa efetuada sem a consulta da 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 do pensamento para as quais seja aplicável o Art. 5 I 2 GG, desde que a natureza particular da empresa se oponha à sua aplicação. Os §§ 106 a 110 não são aplicáveis e os §§ 111 – 113 somente são aplicáveis quando regulamentem 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 via o autor da ação como adequado para o 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 dos 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 dos 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 se dirige contra decisões dos tribunais competentes proferidas em litígio entre duas partes particulares, para cujo julgamento são decisivas normas do direito do trabalho, principalmente § 118 I 1 BetrVG. O Tribunal Constitucional Federal não deve examinar completamente a interpretação e aplicação destas 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 maiores referências bibliográficas). Por isso, é-lhe, em princípio, proibido substituir a interpretação dos tribunais especializados 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 enquanto 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.

1. a) O direito fundamental da liberdade de imprensa abrange a liberdade de estabelecer, manter, alterar e concretizar a tendência de um jornal; este 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 do Estado livre e sua função é possibilitar informação abrangente, reproduzir a diversidade de opiniões existentes, bem como formar e defender opiniões próprias. Isto 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, para se respeitar a liberdade de imprensa (cf. BVerfGE 20, 162 [175]).

b) Em relação às relações internas das empresas da imprensa, isso é uma questão de proteção à tendência (*Tendenzschutz*) tal qual regulada (também), 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; isto 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 dispensa relacionada à tendência da empresa. Para o julgamento da obrigação, não é importante que a violação desta obrigação provoque, segundo o § 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, e está protegido, nesta 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 co-gestão.

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 na defesa dos interesses de todos os 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 através do 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 esta só pode caber aos titulares da tendência. Isto não muda se funcionários titulares da tendência também estão na comissão de representantes dos empregados, pois esta 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 deste 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 desta 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, pois, que o princípio do Estado social contivesse a incumbência concreta e vinculante de se introduzir a co-gestão 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 co-gestão 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 co-gestão empresarial dos empregados. Isto 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 co-gestão 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 este dispositivo legal restringir a liberdade de imprensa, sua aplicação é 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 esta 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. Este 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 é repreensível 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 se referem à interpretação infraconstitucional desta 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 neste 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 este 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 que aceitar que sua decisão enfrente incompreensão ou rejeição por parte de membros da comissão dos representantes dos empregados e do pessoal – que eventualmente defendem uma orientação política diferente daquela do jornal – e ameaça a paz na empresa, ainda mais quando os funcionários da empresa verão a rescisão como mais injustificada se os motivos não são informados. Pode até haver alguns argumentos a favor de que a divulgação de motivos, incluindo aqueles relacionados à tendência, possa ser mais útil à paz na empresa do que a sua ocultação, vez que tem o condão de minar o fundamento

para suspeições 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 que 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 desta 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 só pode cuidar, no que lhe compete, 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 dos 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 da comissão dos representantes dos empregados serve para o cumprimento de suas funções legais. Além da oitiva frustrar quaisquer tentativas de que se apresentem motivos apenas ligados à tendência, evitando, assim, o surgimento de uma atmosfera de desconfiança entre empregador e comissão dos representantes dos empregados, a comissão tem, neste 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 dos representantes dos empregados, conforme a interpretação do Tribunal Federal do Trabalho, a ameaça de um “confronto relacionado à tendência” entre o empregador e a comissão dos representantes dos empregados, nem a conseqüente perda ou restrição da liberdade de decisão sobre a tendência de um jornal. Esta ameaça só existiria em tese se a comissão dos 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 se comportarem 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. Esta possibilidade não permite concluir no sentido da inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Tribunal Federal do Trabalho.

A atitude de destinatários da lei que extrapolar 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 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 esta provoca, na interpretação e aplicação da lei, um efeito jurídico que em si é compatível com a lei e a Constituição, e quando ela caracteriza de forma inequívoca e clara o limite do comportamento legítimo.

Esses pressupostos estão presentes na decisão contestada: Caso a comissão dos representantes dos empregados se restrinja a fazer valer os aspectos não relacionados à tendência, ela conseqüentemente 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 se mantiver dentro do limite a ela determinado, 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 ensinaria que o simples direito de ser ouvido mais cedo ou mais tarde se fortalece, transformando-se em direito de co-gestão. 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 co-decisão.

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heussner*

53. BVERFGE 12, 205

(1. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle abstrato / Contencioso federativo**(entre União e Estados-membros)**

28/02/1961

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. Trata-se da primeira de pelo menos 8 decisões fundamentais sobre a radiodifusão²⁹² que se sucederiam (**1ª Decisão da Radiodifusão = 1. Rundfunkentscheidung**).

O controle abstrato era relativo à lei de anuência da Cidade-Estado de *Hamburg* (unidade da federação) ao § 3 do Contrato Estatal (*Staatsvertrag*) de 16 de fevereiro de 1955 sobre a NDR (*Norddeutscher Rundfunk*), a Empresa de Radiodifusão setentrional alemã. 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 nas unidades da federação (*Länder*) *Niedersachsen, Schleswig-Holstein e Hamburg*.

No litígio entre a União e Estados-membros, vários Estados questionaram o fato de o Governo Federal ter criado, em 25 de junho de 1960, a *Deutschland-Fernsehen-GmbH*, que deveria gerenciar um segundo canal de televisão de alcance nacional, ao lado da ARD, a “*Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland*”.

O TCF declarou o § 3 do Contrato Estatal como nulo, até o ponto em que previa um monopólio da técnica de transmissão da NDR, e verificou a inconstitucionalidade da fundação da *Deutschland-Fernsehen-GmbH*.

Nesta decisão, o TCF lançou as bases de sua dogmática da liberdade de radiodifusão, que ele mesmo aperfeiçoaria nas demais

²⁹² Quais sejam: BVerfGE 31, 314 – 2. *Rundfunkentscheidung*, 57, 295 (**Decisão 54.**)– 3. *Rundfunkentscheidung*, 73, 118 – 4. *Rundfunkentscheidung*, 74, 297 – 5. *Rundfunkentscheidung*, 83, 238 – 6. *Rundfunkentscheidung*. Quanto aos respectivos objetos das decisões cf. no final da síntese da matéria da presente decisão.

decisões supra citadas. Nesta 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.

1. – 9. (...).

10. O Art. 5 GG exige leis pelas quais os produtores de programas de radiodifusão sejam organizados de tal forma que todos os funcionários envolvidos tenham influência em seus órgãos e possam opinar sobre toda a programação, e que tornem obrigatórias 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 –

(...)

RAZÕES

A. – D. (...)

E.

I. – II. (...).

III.

(...).

(...). Sem prejuízo de uma ainda a ser discutida peculiaridade da instituição radiodifusão, a radiodifusão 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 estação de rádio, pois a radiodifusão se aplica a ambos] seguirá uma 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 aquela de um meio de comunicação de massa moderno, imprescindível, pelo menos tão importante quanto a imprensa, e um fator de formação de opinião pública. É o que o Art. 5 GG claramente expressa quando, no 2º período de seu 1º 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 impreciso afirmar que 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 alto que pressupõem, relativamente pequeno. Esta situação peculiar havida na área da radiodifusão exige medidas especiais para 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] co-responsáveis 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 têm a palavra e que a liberdade de noticiar permanece intangível. Constitucionalmente, não há objeção contra esse tipo de sociedade, se, por exemplo, se colocar à disposição, por lei, uma forma de sociedade especial, que garanta os fins específicos da radiodifusão e principalmente a manutenção de sua liberdade institucional, e 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 sorte organizados que assegurem 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 só pode ser garantido se esses princípios organizacionais e objetivos se tornarem 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.

54. BVERFGE 57, 295

(3. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle concreto

16/06/1981

MATÉRIA:

Trata-se da **terceira decisão** fundamental do TCF **sobre a radiodifusão** (3. *Rundfunkentscheidung*). O Estado de *Saarland* (Sarre) foi o primeiro Estado-membro da República Federal da Alemanha a estabelecer os pressupostos jurídicos para a realização de programas privados de radiodifusão. Ele o fez pela Lei nº 806 sobre a realização de programas de radiodifusão em Saarland (GVRS), do ano 1964, modificada em 1967 (*Saarländisches Rundfunkgesetz* – Lei da Radiodifusão de Saarland). Por isso, a presente decisão por vezes é alcunhada também de *Saarländisches Rundfunkgesetz*.

A referida lei criava a necessidade de uma concessão para os realizadores privados de programas de radiodifusão (§ 38 GVRS)²⁹³. Competente para a outorga da concessão era o governo estadual (§ 39 I 1 GVRS); não existia um direito à concessão (§ 39 I 5 GVRS). Os realizadores tinham que ter, de acordo com o § 40 I GVRS, a forma jurídica de uma sociedade anônima com sede em *Saarland*. Existiam dispositivos específicos para os realizadores privados. Estes estavam, porém, vinculados aos mesmos princípios a que estava a empresa pública de radiodifusão do Estado de *Saarland*, e submetidos à fiscalização estatal. A concessão pressupunha que a sociedade interessada tivesse criado, em seus estatutos, um conselho consultivo, que tivesse alguns direitos de co-gestão, definidos pela lei, e que assegurasse que no conselho fiscal participassem dois membros do conselho consultivo. O conselho consultivo tinha, segundo o § 46b I 1 GVRS, a missão de representar a coletividade em face do realizador e zelar pelo cumprimento dos dispositivos legais e dos correspondentes dispositivos do estatuto.

No processo originário, suspenso pelo Tribunal Administrativo de *Saarland*, pela decisão de apresentação (*Vorlagebeschluss*) de 21 de agosto de 1978 para tomada de decisão sobre a questão constitucional pelo TCF, uma sociedade anônima, que estava sendo criada, volta-se contra o indeferimento de seu pedido de concessão para a realização de programas

²⁹³ Cf. síntese de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Vol. 2., p. 43.

de radiodifusão pelo governo do Estado de *Saarland*. O TCF declarou os dispositivos apresentados pelo Tribunal Administrativo de *Saarland* inconstitucionais e, por isso, nulos.

1. O Art. 5 I 1 GG exige, para a realização de programas privados de radiodifusão, uma legislação na qual sejam tomadas precauções para a garantia da liberdade de radiodifusão. Essa necessidade existe também quando a condição especial da radiodifusão, decorrente da escassez das frequências de emissão e dos altos custos da realização de programas de radiodifusão, deixa de existir em razão do desenvolvimento [técnico] moderno.
2. Uma das questões que o legislador tem de regulamentar é a decisão sobre as diretrizes da Lei de Radiodifusão. Seguindo o modelo legislativo adotado, o legislador deve garantir que a totalidade da oferta dos canais [e estações] nacionais corresponda, em essência, à diversidade de opiniões existentes. Além disso, ele deve tornar obrigatórios princípios que, em face do conteúdo da programação, garantam um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo. Deve prever uma supervisão estatal limitada, regulamentar o acesso à realização de programas de radiodifusão privados, determinar critérios de seleção, enquanto esse acesso não possa ser concedido a qualquer candidato. Não deve ser decidido [aqui] se também o financiamento da radiodifusão privada necessita de regulamentação legal.
3. Os dispositivos que a lei determinou sobre a realização de programas de radiodifusão no Sarre [*Saarland*] para programas em língua alemã são, em partes essenciais, insuficientes em face das referidas exigências constitucionais; são por isso nulos.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 16 de junho de 1981

após a audiência de 24 de março de 1981

— 1 BvL 89/87 —

(...)

RAZÕES

A.

O objeto do processo é a questão de saber se os dispositivos da Lei da Realização de Programas de Radiodifusão no Sarre [*Saarland*], que diz respeito à organização privada dos programas em língua alemã, são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I. – IV. (...)

B.

A Apresentação Judicial é admitida.

I. – II. (...)

C.

I.

(...)

II.

O Art. 5 I 2 GG exige um estatuto legal para a realização de programas radiodifusão privados. Por ela devem ser fixadas as medidas necessárias para garantir a liberdade de radiodifusão.

1. Para produzir os seus efeitos, a liberdade de radiodifusão garantida constitucionalmente no Art. 5 I 2 GG necessita de uma conformação legal. Esta resulta da tarefa e da peculiaridade da garantia.

a) A liberdade de radiodifusão serve à mesma tarefa que todas as garantias do Art. 5 I GG: garantia da livre formação de opinião individual e pública, isso no sentido amplo, não limitado à simples notícia ou transmissão de opiniões políticas, mas qualquer transmissão de informação em sentido amplo (cf. BVerfGE 12, 205 [260] – *Deutschlandfernseher*, 31, 314 [326] – *Umsatzsteuer*, 35, 202 [222 s.] – *Lebach*). A livre formação de opinião completa-se em um processo de comunicação. Por um lado, pressupõe a liberdade de expressar e divulgar opiniões; por outro lado, a liberdade de tomar conhecimento de opiniões expressadas, de se informar. Garantindo liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de informação como direitos humanos, o Art. 5 I GG procura, ao mesmo tempo, salvaguardar esse processo constitucionalmente. Ele fundamenta, até aqui, direitos subjetivos e, nesse contexto, regulamenta a liberdade de expressão como princípio objetivo da ordem jurídica geral, sendo que os elementos de direito subjetivo e objetivo se condicionam e sustentam mutuamente (cf. BVerfGE 7, 198 [204 s.] – *Lüth*).

A radiodifusão é “meio” e “fator” desse processo constitucionalmente protegido da livre formação de opinião (BVerfGE 12, 205 [260]). Conseqüentemente, a liberdade de radiodifusão é precipuamente uma liberdade *que serve* à liberdade da formação de opinião em seus elementos jurídico-subjetivo e jurídico-objetivo: Ela configura, nas

circunstâncias da moderna comunicação de massa, uma complementação necessária e um fortalecimento dessa liberdade; ela atende à missão de garantir a formação de uma opinião pública livre e ampla pelo veículo radiodifusão.

Esta tarefa determina a peculiaridade e o significado da liberdade de radiodifusão:

A formação pela radiodifusão da opinião pública e individual livres exige inicialmente a liberdade de [do medium] radiodifusão em face do domínio e influência estatais. Assim, a liberdade de radiodifusão tem, como os direitos de liberdade clássicos, um significado de resistência [à intervenção do Estado]. Mas com isto ainda não está garantido o que deve ser garantido. Pois a simples liberdade em face do Estado ainda não significa que a formação de opinião livre e ampla pelo medium radiodifusão seja possível; esta tarefa não tem como ser cumprida somente mediante uma conformação negatória [de *status negativus* da liberdade de radiodifusão]. Muito mais necessária é uma ordem positiva que garanta que a diversidade das opiniões existentes seja expressa na radiodifusão da forma mais ampla e completa possível, oferecendo-se, desse modo, informação abrangente. Para se atingi-lo, são necessárias regulamentações processuais, materiais e organizacionais que sejam orientadas pela função da liberdade de radiodifusão e por isso adequadas a concretizar o que o Art. 5 I GG quer garantir.

b) A forma legal exigida está submetida à reserva legal (BVerfGE 47, 46 [78 s.] – *Sexualkundeunterricht*; 49, 89 [126 s.] com mais referências – *Kalkar*): As decisões necessárias [a serem tomadas pela instância política] são decisões essenciais, porque, abstraindo-se o significado objetivo da radiodifusão para a vida individual e pública contemporânea, elas surgem em um âmbito relevante para os direitos fundamentais, sendo essenciais para sua concretização (BVerfGE 47, 46 [79]). Precisamente, encontram-se neste ponto diversas posições de direitos fundamentais que podem colidir entre si: por um lado, a pretensão jurídica decorrente da liberdade de informação à informação ampla e verídica; por outro lado, a liberdade de expressão do pensamento daqueles que produzem as programações ou falam nos programas. É função do legislador harmonizar [resolver] tais colisões.

Essa reserva legal é uma reserva parlamentar – estadual – (cf. BVerfGE 47, 46 [79]): Somente o parlamento²⁹⁴ deve determinar o que é essencial para a garantia da liberdade de radiodifusão; ele não pode deixar a decisão ao Executivo, p.ex. na forma de uma ampla competência geral que abranja a autorização para encargos, nem deixando

²⁹⁴ Ou seja, o Legislativo, no caso estadual, não pode, como se depreende do desenvolvimento do texto, delegar essa tarefa à Administração.

que isso aconteça não expressamente, mas por normas, na espécie não suficientemente definidas. Tampouco a garantia da liberdade de radiodifusão deve ser confiada a uma disciplina contratual ou baseada em Regulamento dos produtores.

A tarefa decorrente do Art. 5 I GG, de conformar legalmente [infraconstitucionalmente] não autoriza, porém, uma limitação do direito fundamental. Esta só é permitida em conformidade com o Art. 5 II GG, segundo o qual os direitos do parágrafo 1º do Art. 5 [Art. 5 I GG] encontram seus limites [somente] nos dispositivos das leis gerais, nas normas legais para proteção da juventude [e infância] e no direito da honra pessoal.

É assunto da própria decisão do legislador como ele cumprirá sua tarefa. A *Grundgesetz* não lhe prescreve nenhuma forma determinada da organização de radiodifusão; o essencial é que a formação de opinião livre, ampla e verídica seja garantida conforme exposto e que prejuízos ou desenvolvimentos errôneos sejam evitados. O legislador tem que tomar medidas que garantam que a radiodifusão não seja entregue a um ou a alguns grupos sociais, que as forças sociais em questão se manifestem na programação total e que a liberdade de noticiar permaneça intangível (cf. BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 s.]).

c) Essa necessidade de conformação legal também existe quando, graças ao desenvolvimento [tecnológico] moderno, deixar de existir a situação especial da radiodifusão marcada pela escassez das freqüências de emissão e pelo altos custos envolvidos na realização de programas de radiodifusão. O Tribunal Constitucional Federal partiu desta situação especial em sua jurisprudência até hoje (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]), restando em aberto o que valeria no caso da cessação dessa situação especial (cf. BVerfGE 31, 314 [326]). Também nesse caso, permanece, portanto, a exigência constitucional de disposições legais para a garantia da liberdade de radiodifusão. Não obstante ser verdade que tais disposições sejam mais necessárias em uma situação de restrição inevitável [numérica de participantes do processo] a poucos responsáveis por produções de radiodifusão, tornando necessários [também até] outros meios do que em uma situação na qual essa restrição não mais exista, permanece, contudo, conforme exposto, a necessidade de se garantir a liberdade de radiodifusão por meio das medidas legais.

Também com a supressão das restrições existentes não se poderia esperar com segurança que a programação em sua totalidade correspondesse às exigências da liberdade de radiodifusão, por força das leis próprias da concorrência. Certamente, muito leva a

crer que um número limitado [de empresas] seria atingido, como, por exemplo, ocorre atualmente no campo dos jornais diários supra-regionais. Mas se trata de mera possibilidade. Enquanto que, no caso da imprensa, o desenvolvimento histórico levou a um certo equilíbrio, de tal sorte que ele é hoje suficiente, em princípio, para assegurar o que existe em termos de informação e formação de opinião abrangentes a partir da imprensa, não se pode falar, pelo menos por enquanto, de um estado de coisas semelhante no campo da radiodifusão privada. Por isso, é incerto se, no caso da correção da falha atual na “programação total” como soma de todos os programas nacionais transmitidos, todos ou pelo menos uma parte considerável dos grupos sociais e correntes intelectuais realmente conseguiriam a palavra; se, portanto, surgiria um “mercado de opiniões” no qual a diversidade das correntes de opinião pudesse de fato e sem cortes ter a palavra. Além disso, devem ser consideradas, justamente em um *Medium* da importância da radiodifusão, as possibilidades de uma concentração de poder sobre a opinião pública e do risco do abuso implícito no propósito da manipulação da opinião pública (BVerwGE 39, 159 [167]; BayVerfGH, VerfGH 30, 78 [97]). Em uma tal situação não se atenderia ao mandamento constitucional de garantia da liberdade de radiodifusão, se apenas as intervenções estatais fossem excluídas e a radiodifusão fosse entregue ao jogo livre das forças [sociais, econômicas] (cf. BVerfGE 31, 314 [325]), ainda mais porque os desenvolvimentos equivocados já iniciados podem ser – se é que possível – corrigidos apenas em parte e somente com dificuldades consideráveis.

Assim, é da responsabilidade do legislador fazer com que haja uma programação total, na qual a diversidade de opiniões, constitutiva para uma democracia livre, possa ser representada. Há que se enfrentar o perigo de opiniões que deveriam ser divulgadas acabarem sendo excluídas da formação da opinião pública e dos titulares de opinião que detenham o uso de frequências de emissão, e meios financeiros dominarem a formação da opinião pública (cf. Superior Tribunal Administrativo de *Münster*, DVBl. 1977, p. 210). Isso certamente não é possível com toda a segurança; pelo menos deve haver uma probabilidade suficiente de que tal diversidade equilibrada encontre o seu lugar no sistema de radiodifusão ordenado juridicamente.

Nada muda com relação a esta necessidade também quando se consideram cumpridas as exigências da liberdade de radiodifusão, pelo menos pelas instituições de direito público existentes, de forma que – em todo caso segundo seu objetivo – todos os grupos e tendências sociais importantes possam se expressar naquelas instituições de direito público e que os participantes [telespectadores ou ouvintes] possam ser amplamente

informados. Pois uma consideração unilateral adicional de apenas algumas tendências de opinião na radiodifusão privada perturbaria, ou mesmo eliminaria, o equilíbrio do “acesso à palavra” dos grupos sociais, essencial em face da totalidade dos canais [ou estações] nacionais acessíveis aos participantes.

2. Não é necessário, no presente processo, expor exaustivamente e com detalhes quais exigências a *Grundgesetz*, após as explicações acima, coloca a uma normatização legal de radiodifusão privada. Isso vale principalmente para a questão de saber se o financiamento de produções de radiodifusão privada – por causa de seus possíveis efeitos sobre a configuração da programação ou sobre a situação de outros titulares de meios de comunicação de massa, especialmente a imprensa – precisa ser disciplinado pela lei.

a) De qualquer forma, uma das questões essenciais que o legislador tem que resolver é a decisão sobre as diretrizes da Lei de Radiodifusão: a introdução da radiodifusão privada necessita de uma base legal e da decisão do parlamento. Isso vale também para as tentativas de regulamentação restritas no tempo e no espaço, porque estas têm a mesma relevância, em face dos direitos fundamentais, que teria uma regulamentação definitiva. Evidentemente, o legislador tem então uma liberdade de conformação (*Gestaltungsfreiheit*) muito maior, pois tais tentativas servem ao ganho de experiência (cf. BVerfGE 54, 173 [202] com mais referências bibliográficas).

b) O legislador não pode se contentar com uma tal decisão básica. São necessários mais dispositivos legais que garantam, dentro do modelo de regulamentação adotado, que a radiodifusão não seja entregue a um ou a poucos grupos sociais, e que as forças sociais representativas tenham, em face da programação total, acesso à palavra.

Caso o legislador se decida por uma – segundo o decisão *Fernsehurteil* (BVerfGE 12, 205 [262]) constitucionalmente não censurável – estrutura “pluralista interna” das empresas [de radiodifusão], portanto uma organização na qual a influência das forças sociais representativas é feita internamente por meio dos órgãos das respectivas empresas, é necessária sobretudo uma regulamentação adequada, que leve em conta fundamentalmente a diversidade existente e o peso das forças sociais representativas, além da garantia da influência efetiva daquele órgão no qual tais forças estão representadas.

O legislador pode, contudo, escolher outras possibilidade de conformação, contanto que garanta, por meio de medidas adequadas, que a oferta total dos canais nacionais

corresponda realmente, em sua essência, à diversidade de opiniões existentes. Se ele quiser engendrar e manter a liberdade de radiodifusão por meio de diversidade externa [“pluralista exterior”], ele não pode, junto a esta escolha, desistir da regulamentação; a garantia da liberdade permanece sob sua responsabilidade (v. acima 1.c)). Enquanto não houver à disposição um número suficiente de frequências, uma possibilidade de cumprir esta responsabilidade estaria em uma tal conformação, na qual diversos titulares de opinião pudessem usar a mesma frequência em horários limitados.

c) Além disso, o legislador tem que tornar obrigatórios princípios sobre o conteúdo da programação total, que garantam um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuos (BVerfGE 12, 205 [263]). No caso de estrutura “pluralista interna” dos produtores, esta exigência vale para toda a programação de cada produtor. No caso de um modelo “pluralista exterior”, não cabe equilíbrio aos diversos produtores, mas eles continuam obrigados à informação objetiva, abrangente e verídica e a um mínimo de respeito mútuo. Além disso, todos os produtores estão vinculados aos limites do Art. 5 II GG. Sobretudo deve ser atentado para a proteção da juventude [pela radiodifusão infância] nas Leis de Radiodifusão.

d) Uma outra norma legal necessária para a radiodifusão privada é a regulamentação de uma supervisão estatal limitada que deve ter – apenas – a função de garantir o cumprimento dos dispositivos promulgados para a garantia da liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 12, 205 [262]).

e) Finalmente, junto a qualquer forma de ordem legal da radiodifusão é imprescindível um exame prévio, no sentido de se verificar se as exigências expostas foram atendidas quando da criação de empresas privadas de radiodifusão ou da admissão de novas. Caso o legislador se decida por uma organização de radiodifusão que abranja a radiodifusão privada, ele tem que criar normas de acesso que garantam o referido exame e eventualmente fundamentem a recusa do acesso, prevendo, tanto para o exame quanto para a decisão, um devido processo legal. Um tal procedimento de autorização só pode ter, além do exame das condições gerais como, por exemplo, a capacidade civil ou a confiabilidade do requerente, a função de garantir a liberdade de radiodifusão, motivo pelo qual é ordenado constitucionalmente.

Cabe ao legislador determinar as condições da concessão ou recusa da autorização. A ele é negado, pela reserva parlamentar, transferir o direito de decisão sobre a realização de radiodifusão privada ao Executivo (v. acima 1 b)). Essa reserva e o princípio da separação de poderes ordenam-lhe que ele mesmo delimite a esfera jurídica que se abre à medida

estatal. A lei deve regular a atividade da Administração em seu conteúdo, não podendo se restringir a estabelecer princípios gerais (BVerfGE 52, 1 [41] – *Kleingarten*). O mesmo vale para uma revogação da autorização.

f) Caso as possibilidades de divulgação à disposição não permitam abrir acesso à realização de programas de radiodifusão privados para todos os candidatos que surgirem, nas normas sobre acesso devem ser incluídas também regras sobre a seleção de candidatos. É o que ordena o princípio da igualdade (Art. 3 I GG).

A questão sobre a quem deve ser concedida uma das poucas possibilidades de produção de programa não pode ser, por isso, deixada a critério do acaso ou do livre jogo das forças [sociais e econômicas]. Também não basta deixar a decisão à discricionariedade juridicamente não vinculada do Executivo [a qual responde só politicamente]. Isso seria incompatível com a reserva legal (cf. BVerfGE 33, 303 [345 s.] – *Numerus clausus*). Muito mais deve o legislador determinar as condições sob as quais o acesso deve ser concedido ou negado, devendo fixar o devido processo legal no qual será tomada uma decisão a respeito. O dever de igual tratamento pode ser satisfeito sem maiores dificuldades dentro de um sistema que possibilite uma distribuição - se necessário, uma diminuição proporcional - de horários de transmissão. Se isso não for suficiente ou se o legislador se decidir por um sistema no qual são concedidas apenas licenças para canais completos a respectivamente um produtor, ele deve estabelecer princípios de seleção que garantam chances iguais aos candidatos (BVerfGE 33, 303 [345]); o grau de concretização das chances deve ser determinado por meio de critérios objetivamente adequados e individualmente exigíveis (cf. BVerfGE 43, 291 [316 s.]).

III.

1. – 4. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*,
Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

55. BVERFG 73, 118

(4. RUNDFUNKENTSCHEIDUNG)

Controle abstrato

04/11/1986

MATÉRIA:

Trata-se do controle abstrato da lei de radiodifusão de *Niedersachsen* (*Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*), proposto pelo Deputado Federal *Hans-Jochen Vogele* por 200 de seus colegas. É a **quarta decisão** fundamental do TCF **sobre a radiodifusão** (4. *Rundfunkentscheidung*).

Até o início da década de 1980, a realização de programas de televisão na RFA era reservada a instituições de direito público. As condições básicas constitucionais do sistema de radiodifusão resultavam, em grande medida, das três decisões anteriores do TCF sobre a radiodifusão, dos anos 1961, 1971 e 1981. O TCF frisou, nessas três decisões, a situação peculiar da radiodifusão em relação à imprensa, situação essa que se referia à escassez de frequências disponíveis e do vultoso volume de investimentos financeiros necessários para a realização de programas de televisão. Embora essa situação ainda persistisse em meados da década de 1980, ela havia se modificado bastante com o avanço da técnica de transmissão e avanço da transmissão via satélite e da transmissão a cabo. As leis estaduais (primeiro em *Saarland*, agora em *Niedersachsen*, passaram a modificar o sistema de radiodifusão, admitindo, ao lado dos realizadores públicos, os realizadores privados. A admissão do novo sistema, chamado de sistema dual (metade público e metade privado) suscitou algumas preocupações, como, sobretudo, a necessidade de se garantir a diversidade da representação das diversas correntes ideológicas e opiniões na televisão, tendo em vista a impedir o surgimento dos chamados poderes sobre a opinião, o monopólio da formação da opinião pública por poucos realizadores privados.

Vários dispositivos da presente lei foram considerados pelo TCF insuficientes para uma tal garantia. Por isso, declarou sua nulidade em face do Art. 5 I 2, 2ª Alternativa GG. Nessa decisão, o TCF determinou a necessidade da subsistência de uma forte radiodifusão pública, pois a privada não poderia substituí-la na missão de informar com total isenção. A lei seria, em seus fundamentos (a criação do sistema dual), compatível com a

Constituição. No entanto: “um grupo de seus dispositivos não conseguem garantir a *liberdade de radiodifusão* do modo prescrito constitucionalmente (...). Além disso, há a necessidade de regulamentação legal complementar para a proteção da liberdade de radiodifusão”. Tais declarações deixam claro que o TCF enxerga na liberdade de radiodifusão um conteúdo jurídico-objetivo muito grande e um papel de “liberdade que serve” (*dienende Freiheit*) ao processo democrático.

1. a) No sistema dual de radiodifusão, da forma como se configura atualmente na maioria dos Estados-membros alemães, com base nas novas Leis da Mídia, o imprescindível “atendimento básico” é função das instituições de direito público, cujos canais terrestres atingem quase toda a população e estão em condições de oferecer uma programação completa em face de seu conteúdo. Essa tarefa abrange as funções essenciais da radiodifusão para a ordem democrática, assim como para a vida cultural da Alemanha. Nela, a radiodifusão de direito público e sua característica peculiar encontram sua razão de ser. As tarefas que lhe cabem tornam necessário garantir os pressupostos técnicos, organizacionais, de recursos humanos e financeiros.

b) Se e na medida em que o cumprimento das tarefas citadas for efetivamente assegurado pela radiodifusão de direito público, parece legítimo não colocar, em face da amplitude da programação e da garantia de diversidade equilibrada na radiodifusão privada, as mesmas exigências feitas à radiodifusão de direito público. As medidas que o legislador tem que tomar devem ser, porém, determinadas e adequadas a atingir e garantir o máximo possível de diversidade equilibrada [também] na radiodifusão privada. Decisivo para o controle pelos grêmios [externos] criados para garantia da diversidade e pelos tribunais é o padrão básico que abrange os pressupostos essenciais da diversidade de opiniões: a possibilidade, para todas as tendências de opinião – também aquelas das minorias – de se expressarem na radiodifusão privada, e a exclusão da influência fortemente desproporcional de alguns produtores ou canais sobre a formação da opinião pública, sobretudo o impedimento do surgimento de poder de opinião dominante. A tarefa do legislador é garantir a imposição estrita deste padrão básico a partir de regulamentos processuais, materiais e organizacionais.

2. Em princípio basta, para estas e outras exigências da liberdade de radiodifusão, uma concepção de ordenamento da radiodifusão privada, financiada pelos recursos

provenientes da publicidade, a qual defina claramente, ao lado das exigências mínimas, as condições da garantia obrigatória da diversidade e equilíbrio entre os canais, que transfira o cuidado de seu cumprimento, assim como as decisões importantes sobre o conteúdo dos canais, para um órgão externo, independente do Estado, que esteja sob a influência das forças e tendências sociais representativas e que tome medidas legais efetivas contra uma concentração do poder de opinião.

3 (...).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 4 de novembro de 1986,
Com base na audiência de 3 de junho de 1986

– 1 BvF 1/84 –

no processo do requerimento de exame da Lei de Radiodifusão do Estado da Baixa Saxônia (*Niedersachsen*) de 23 de maio de 1984 (GVBl., p. 147) em face de sua compatibilidade com a *Grundgesetz*. Requerente: Dr. Hans-Joachim Vogel, MdB [Membro da Câmara Federal = Deputado Federal] e 200 outros membros da Câmara Federal Alemã - Procurador: Professor Dr. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kätnerweg 24, Hamburg 65 -.

(...)

RAZÕES

A. I. – IV.; B. I – II.; C. I. – VI. (...)

(ass.) *Herzog, Simon, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner, Henschel*

56. BVERFG 35, 202

(LEBACH)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 05/06/1973

MATÉRIA:

O reclamante participou, na condição de coadjuvante, com dois outros 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 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 ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal 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, dos acontecimentos da noite do crime e, finalmente, da sua perseguição e prisão pela polícia. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do reclamante.

As tentativas do reclamante de conseguir em juízo uma medida liminar que pudesse impedir a transmissão do programa resultaram infrutíferas: tanto o Tribunal Estadual de *Mainz* quanto o Superior Tribunal Estadual de *Koblenz* julgaram improcedente o pedido do reclamante.

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por conseqüência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes.

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente 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. Só 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 (*Kunsturhebergesetz*) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, 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 criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização 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 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional dirige-se contra o indeferimento de um pedido de uma medida liminar do reclamante por parte de decisões judiciais civis. Pela requerida medida liminar, a ZDF [canal de televisão “*Zweites Deutsches Fernsehen*” - Segunda Televisão Alemã] 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 do soldado 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 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. A *ZDF* considera a Reclamação Constitucional notoriamente improcedente e argumenta aqui como segue:

(...).

5. O Tribunal Constitucional Federal deu ainda oportunidade para falar 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 as 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 a forma do programa a ser transmitido, um efeito formador de opinião (cf. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).

Tampouco a liberdade de radiodifusão 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 *et seq.*). Conseqüentemente, uma estação de rádio ou um canal de televisão pode se valer, em princípio, da proteção do Art. 5 I 2 GG, indiferentemente de se tratar de programas políticos, debates críticos sobre questões que tocam no 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.*). Conseqüentemente, 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.

Só 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 regulou 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 decorrem das leis gerais. Segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, 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 garantir a concretização adequada à liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 20, 162 [176 s.]; 7, 198 [208 *et seq.*]). 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 (RGBl., 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 da ordem democrática livre 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 de tipo questionável 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 – da proteção à personalidade.

IV.

1. Destes 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. (...).

V.

As decisões impugnadas não conseguem passar no exame segundo os critérios constitucionais [supra] desenvolvidos.

1. – 2. (...).

3. Pode restar pendente 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 desta norma constitucional deveria ser considerado que a liberdade artística, embora os limites do Art. 5 III GG não valham para ela, não é superior à proteção da personalidade garantida pelos Art. 1 e 2 II GG (cf. BVerfGE 30, 173 [193 *et seq*] – *Mephisto* – [cf. a seguir – próxima decisão estudada]).

VI.

As decisões contestadas ferem, portanto, os direitos fundamentais do reclamante do Art. 2 I c. c. Art. 1 GG e devem ser revogadas segundo o § 95 II BVerfGG. (...).
(...).

(ass.) *Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon*

Seleção de 13 indicações bibliográficas sobre o Art. 5 I GG:

BULLINGER, Martin. *Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks*, 1999

CALLIESS, Christian. “Inhalt, Dogmatik und Grenzen der Selbstregulierung im Medienrecht”, *AfP* 2002, p. 465 – 475.

DÖRR, Dieter. “Der Einfluss der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf das Medienrecht”, *VerwArch.* 92 (2001), p. 149 – 183.

FIEDLER, Christoph. *Meinungsfreiheit in einer vernetzten Welt*, 2002.

FRYE, Bernhard. *Die Staatsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk*, 2001.

GRIMM, Dieter. “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”. *NJW* 1995, p. 1697 – 1705.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, 2000.
_____. *Kommunikationsfreiheiten*, 2002.

KÜBLER, Friedrich. “Legitimationsfragen der Medienregulierung”, *AfP* 2002, p. 277 – 283.

RÜHL, Ulli F. H. *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, 1998.

SCHULZ, Wolfgang. *Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung*, 1998.

STOCK, Martin. *Innere Medienfreiheit – Ein modernes Konzept der Qualitätssicherung*, 2001.

STORR, Stefan. “Medienkonzentrationsrecht im Zeitalter der Medienkonvergenz”,
ThürVbl. 2003, p. 169 - 176

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 5 I GG:

BVerfGE 27, 71 (79 *et seq.*) – *Leipziger Volkszeitung*; 31, 314 (323 *et seq.*) – 2. *Rundfunkentscheidung*; 42, 143 (147 *et seq.*) – *Deutschland-Magazin*; 43, 130 (137 *et seq.*) – *Flugblatt*; 54, 129 (135 *et seq.*) – *Kunstkritik*; 54, 148 (151 *et seq.*) – *Eppler*; 54, 208 (217 *et seq.*) – *Bölt*; 61, 1 (7 *et seq.*) – *Wahlkampf*; 66, 116 (*Springer/Wallraff*); 74, 297 (322 *et seq.*) – 5. *Rundfunkentscheidung*; 77, 346 (353 *et seq.*) – *Presse-Grosser*; 80, 124 (131 *et seq.*) – *Postzeitungsdienst*; 83, 238 (295 *et seq.*) – 6. *Rundfunkentscheidung*; 86, 1 (8 *et seq.*) – TITANIC / “geb. Mörder” etc.