

§ 13.

Liberdade Artística (Art. 5 III GG)

GRUNDGESETZ

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

(1) ...

(2) ...

(3) ¹ A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. ² A liberdade do ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

57. BVERFG 30, 173

(MEPHISTO)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 24/02/1971

MATÉRIA:

O reclamante é uma editora que teve um produto seu, o livro “Mefisto – romance de uma carreira” de *Klaus Mann*, proibido por decisão (*Urteil*) final do Tribunal Federal (BGH) de 20 de março de 1968, que corroborou a decisão do Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*. No processo original, o autor era o filho adotivo do ator *Gustav Gründgens*, que, devido a sua falta de escrúpulos durante os anos 1930, se tornou uma grande celebridade sob a égide da Alemanha nazista. O personagem principal do romance de *Klaus Mann*, *Hendrik Höfgen*, era notoriamente, principalmente para os leitores habituais de *Klaus Mann*, inspirado em *Gründgens*. O Superior Tribunal de *Hamburg* enxergou no romance uma

violação da honra pessoal do recém falecido ator, além da violação de sua imagem e reputação social, assim como uma agressão à sua memória.

A reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 1, 2 I, 5 I e III, 14 e 103 I GG, assim como do princípio constitucional da proporcionalidade e da segurança jurídica. O TCF julgou a Reclamação Constitucional improcedente, não obstante a grande divisão no Primeiro Senado, que levou à igualdade entre os votos que embasaram a decisão com suas “razões fundamentais” (*tragende Gründe*) e os votos discordantes²⁹⁵. O TCF não vislumbrou, sobretudo, uma violação da liberdade artística (Art. 5 III GG), que, todavia, examinou amplamente.

1. O Art. 5 III 1 GG é uma norma reguladora e definidora da relação do âmbito da arte com o Estado. Garante, ao mesmo tempo, um direito individual de liberdade.
2. A garantia da liberdade artística abrange não apenas a atividade artística, mas também a apresentação e divulgação da obra de arte.
3. Um editor de livros pode se valer do direito da liberdade artística.
4. Para a liberdade artística não valem nem as restrições do Art. 5 II GG nem as do Art. 2 I, 2º sub-período GG.
5. Um conflito entre a garantia da liberdade artística e o âmbito da personalidade protegido constitucionalmente deve ser resolvido segundo a ordem constitucional; aqui deve se considerar principalmente a dignidade humana garantida no Art. 1 I GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 24 de fevereiro de 1971

- 1 BvR 435/68 -

(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional dirige-se contra a proibição, conseguida pelo filho adotivo e sucessor do falecido ator e administrador teatral *Gustaf Gründgens*, de

²⁹⁵ Em caso de igualdade de votos, confirma-se segundo o § 15 IV 3 BVerfGG, a constitucionalidade do ato impugnado.

que a reclamante imprima, distribua e publique o livro “Mefisto, romance de uma carreira” de *Klaus Mann*.

O autor, que emigrou da Alemanha no ano de 1933, publicou o romance em 1936 na Editora *Querido*, em *Amsterdã*. Após sua morte em 1949, o romance foi publicado em 1956 na *Aufbauverlag*, em Berlim Oriental.

O romance descreve a ascensão do talentoso ator *Hendrik Höfgen*, que renegou sua convicção política e deixou para trás todas as relações humanas e éticas para fazer carreira artística a partir de um pacto com os donos do Poder da Alemanha nazista. O romance apresenta todas as condições psíquicas, intelectuais e sociológicas que possibilitaram a sua ascensão.

O ator *Gustaf Gründgens* serviu de modelo à personagem do romance, *Hendrik Höfgen*. (...)

(...).

1. – 3. (...).

B. – I. – II. (...)

C. I. – II. (...)

III.

O Art. 5 III 1 GG declara a arte, assim como a ciência, a pesquisa e o ensino, como livre. Com essa garantia de liberdade, o Art. 5 III 1 GG contém, segundo seu texto e sentido, primeiramente uma norma objetiva, reguladora da relação entre o âmbito da arte e o Estado. Ao mesmo tempo, a disposição garante àquele que trabalha nesse âmbito um direito individual de liberdade.

1. O âmbito da vida “arte” deve ser definido por meio das características estruturais próprias a ela e moldadas por sua essência. Delas deve partir a interpretação do conceito de arte da Constituição. O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo *Medium* de uma certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

A garantia da liberdade artística abrange de igual modo tanto o “âmbito do obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito do obra), mas, além disso, a apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias para o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito” no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG (...).

2. (...).

(...).

3. O Art. 5 III 1 GG garante amplamente a liberdade da atividade no campo da arte. Por isso, se para se estabelecer as relações entre artista e público são necessários meios editoriais, também as pessoas que exercem uma tal atividade intermediadora são protegidas pela garantia da liberdade artística. (...).

4. A arte está garantida, em seu caráter de autonomia e que obedece a leis próprias, sem reservas pelo Art. 5 III 1 GG [não há nenhuma reserva legal ou outro limite expreso fixado pelo dispositivo]. As tentativas de limitar a garantia de liberdade artística mediante diminuição axiológica do conceito de arte, por interpretação ou analogia extensiva decorrente de regras de limites de outros dispositivos constitucionais, não devem ter êxito em face do claro dispositivo do Art. 5 III 1 GG.

Como o Tribunal Federal (BGH), com razão, admite, particularmente inaplicável é o Art. 5 II GG, que limita os direitos fundamentais do Art. 5 I GG. A separação sistemática dos âmbitos de garantia do Art. 5 GG identifica o parágrafo 3º (Art. 5 III GG) desta norma como sendo *lex specialis* em relação ao parágrafo 1º (Art. 5 I GG) e, por isso, proíbe que os limites do parágrafo 2º (Art. 5 II GG) sejam aplicados também nos âmbitos mencionados no parágrafo 3º (Art. 5 III GG). Tampouco seria admissível separar partes isoladas do contexto de uma obra de arte literária e vê-las como expressão do pensamento consoante o Art. 5 I GG, sobre a qual se aplicariam os limites do parágrafo 2º (Art. 5 II GG). Também a gênese do Art. 5 III GG não oferece suporte para a tese de que o legislador quis ver a liberdade artística como um sub-caso da liberdade de expressão do pensamento.

(...).

Também se deve rejeitar a idéia de que a liberdade artística, conforme o Art. 2 I, 2ª Parte GG, estaria limitada pelos direitos dos outros, pela ordem constitucional e pela lei

moral. Esta posição é incompatível com a relação de subsidiariedade do Art. 2 I GG, reconhecida pelo Tribunal Federal em jurisprudência consolidada sobre a especialidade dos direitos de liberdade individual (cf. entre outros BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 s.]), relação essa que não admite uma extensão da reserva comunitária (*Gemeinschaftsvorbehalt*)²⁹⁶ do Art. 2 I, 2º sub-período GG às áreas da vida protegidas por direitos fundamentais especiais. Pelas mesmas considerações, proíbe-se aplicar o Art. 2 I GG como regra de interpretação para exegese do sentido do Art. 5 III 1 GG. Essa regra limite também não deve ser aplicada no “âmbito do efeito” da arte.

5. Por outro lado, o direito de liberdade não é concedido irrestritamente [sem reservas]. A garantia de liberdade do Art. 5 III 1 GG parte, assim como todos os direitos fundamentais, da concepção de pessoa humana da *Grundgesetz*, i.é, do ser humano como personalidade responsável por si mesma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social (BVerfGE 4, 7 [15 *et seq.*]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Todavia, a ausência de reservas do direito fundamental tem como significado o fato importante de os limites da garantia da liberdade artística só poderem ser determinados pela própria Constituição. Como a liberdade artística não contém reserva [em favor] do legislador ordinário, ela não pode ser relativizada, nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada, que, sem base constitucional e sem salvaguardas suficientes do devido processo legal [próprias da realização do princípio do Estado de direito], acabem por ameaçar os bens necessários para a existência da comunidade do Estado. Pelo contrário, um conflito a ser observado no contexto da garantia da liberdade artística deve ser resolvido por meio da interpretação constitucional, segundo o paradigma da ordem axiológica da *Grundgesetz*, observando-se a unidade de seu sistema axiológico fundamental. Como parte do sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade artística está ligada principalmente à dignidade humana garantida no Art. 1 GG, que domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais como valor máximo (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Porém, a garantia da liberdade artística pode colidir com o âmbito da personalidade igualmente protegido pela Constituição, porque uma obra de arte também pode desenvolver seus efeitos ao nível social.

²⁹⁶ Quer dizer uma reserva em favor de bens comunitários ou coletivos.

(...).

6. – 7. (...).

IV.

O Tribunal Constitucional Federal tem que decidir se os tribunais, em sua ponderação entre o âmbito da personalidade, protegido pelo Art. I 1 GG, do falecido *Gustaf Gründgens* e seu filho adotivo e a liberdade artística garantida pelo Art. 5 III 1 GG, levaram em consideração os princípios expostos. Na decisão desta questão, o resultado no Senado foi empate. Conseqüentemente, não pôde ser constatado, conforme o § 15 II 4 BVerfGG, que as decisões impugnadas violam a *Grundgesetz*.

1. – 3. (...).

V.

(...)

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

Opinião divergente do Juiz Dr. *Stein* sobre a decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 24 de fevereiro de 1971
- 1 BvR 435/68 -

I. – II. (...) ²⁹⁷

(ass.) Dr. *Stein*

Opinião divergente da Juíza *Rupp-v. Brünneck* sobre a decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 24 de fevereiro de 1971
- 1 BvR 435/68 -

Eu aquiesço à opinião divergente do Juiz Dr. *Stein* e gostaria de brevemente destacar e completar o seguinte:

1. – 4. (...).

(ass.) *Rupp-v. Brünneck*

²⁹⁷ Trata-se de um voto relativa e proporcionalmente (quando comparado à decisão propriamente dita, ou seja, da maioria do Senado) bastante extenso: BVerfGE 30, 173 (200 – 218). Quando se computa a extensão do voto discordante seguinte, que, em conclusão, também é pela inconstitucionalidade da decisão do BGH, tem-se 27 páginas para a decisão (BVerfGE 30, 173 [173 – 200] e 27 páginas para os votos dissidentes (BVerfGE 30, 173 [200 – 227]. Embora tenha havido empate também em outras decisões, o Primeiro Senado do TCF talvez nunca tenha ficado tão dividido assim em outra decisão passada ou futura.