

§ 8.

Livre Desenvolvimento da Personalidade

(Art. 2 I GG)

GRUNDGESETZ

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

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

(2) ...

NOTA INTRODUTÓRIA:

O Art. 2 I GG tem uma importância prática ímpar. Seu sempre destacado caráter subsidiário em face das outorgas específicas não afasta seu significado. Pelo contrário: como último limite à ação estatal cerceadora da liberdade individual, ele precisou ser dogmática e minuciosamente concretizado. Também aqui o TCF não foi omissivo, mas, pelo contrário, em um número de decisões muito relevantes que chega à casa das dezenas, concretizou vários aspectos, chegando a criar verdadeiros “direitos”, a partir da derivação do conceito de livre desenvolvimento encontrado no Art. 2 I GG, como foi o caso do direito à auto-determinação sobre informações (ou dados) pessoais (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) na decisão *Volkszählung* (BVerfGE 65, 1 – cf. abaixo: **decisão 20.**)

Tradicionalmente, o conceito de livre desenvolvimento da personalidade é, a despeito das várias críticas a ela endereçadas, explicado pela teoria do núcleo da personalidade (*Persönlichkeitskerntheorie*), defendida

sobretudo por *Peters*²²³ desde o início da década de 1960. Segundo essa teoria, haveria camadas ou esferas da personalidade que mereciam proteção diferenciada, sendo que a esfera íntima deveria ser mais protegida que, entre outras subdivisões, a esfera privada e a social. Essa teoria foi sempre bastante questionada, por ser impossível determinar cientificamente as fronteiras entre as referidas esferas e em face da incontrollável relatividade destas.

O TCF não descartou totalmente a teoria do núcleo da personalidade (pelo contrário, ela sempre ecoa de maneira mais ou menos retórica – sobretudo quando se liga o Art. 2 I com o Art. 1 I GG), mas vai muito além, entendendo que a outorga encerra, na verdade, dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e a liberdade geral de ação. Esta última foi fundamentada dogmaticamente na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32, abaixo: **decisão 14.**). O TCF se vale da gênese do dispositivo constitucional para fundamentar esse conteúdo da área de proteção do direito fundamental do art. 2 I GG. Hoje, boa parte da literatura especializada segue essa dicotomia proposta de jurisprudência do TCF. Os críticos apontam para os riscos de uma tutela sem contornos, consubstanciada nessa acepção do Art. 2 I GG enquanto direito geral de ação. Momento alto dessa crítica foi alcançado na própria jurisprudência do TCF, com um dos votos dissidentes mais célebres de toda a história do TCF: trata-se do voto dissidente do Juiz *Dieter Grimm* na decisão *Reiten im Walde* (BVerfGE 80, 137 [164 *et seq.*] – abaixo: **decisão 19.**), que, sem romper totalmente com a tradição fundada na decisão *Elfes*, chamou a atenção para o fato de que nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2 I GG na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as conseqüências dogmáticas poderiam ser desastrosas (cf. síntese da matéria da **decisão 19.**).

Quando o TCF, juntamente com a literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a

²²³ *Peters*, Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes *modos de desenvolvimento* do titular do direito²²⁴, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual, etc., ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal (essa protegida, porém, por garantia específica – Art. 10 I GG) etc., ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal etc.

Tanto o direito geral de ação quanto o direito geral da personalidade estão submetidos ao chamado trio de limites (*Schrankentrias*), quais sejam: segundo o teor do Art. 2 I 2º sub-período GG, o direito de terceiros, a lei moral e o mais importante deles, uma vez que segundo a própria jurisprudência do TCF abrange os demais: a ordem constitucional. Essa redução do trio à ordem constitucional também sempre sofreu críticas da literatura especializada, a mais eloqüente delas produzida e exarada por *Dieter Suhr* em sua célebre monografia “*Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen*” (“O desenvolvimento da pessoa por intermédio das pessoas”), publicada em 1976 (Duncker & Humblot, Berlim).

As decisões abaixo selecionadas têm, como problema central, ora a definição pormenorizada de aspectos anteriormente ainda não trabalhados da área de proteção do direito (além das já citadas, lembrem-se aqui as **decisões 15, 17 e 18**), ora se ocuparam intensamente da dogmática dos limites, ou seja, da concretização do limite da ordem constitucional: além de *Ellés*, também as **decisões 16, 21** e, sobretudo, a **decisão 22** – BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), que mesmo sem reconhecer um direito ao entorpecimento (o que seria um aspecto da área de proteção), trabalha,

²²⁴ Cf. PIEROTH / SCHLINK (2004: 86 *et seq.*).

implicitamente, com a idéia de intervenção no direito geral de personalidade, na acepção de auto-determinação e da dialética com seu limite e conseqüente análise da proporcionalidade de sua imposição.

14. BVERFGE 6, 32 (ELFES)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/01/1957

MATÉRIA:

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

O reclamante teve seu requerimento de prorrogação da validade de seu passaporte denegada pela autoridade competente, que se valeu, em sua decisão administrativa, de um dispositivo da lei de passaportes que prescrevia a denegação do referido pedido toda vez que isso fosse necessário em face de uma ameaça à segurança ou ao interesse relevante da República Federal da Alemanha ou de um Estado-membro da federação. Após trilhar e esgotar a via jurisdicional administrativa, o reclamante ajuizou então sua Reclamação Constitucional contra a decisão (*Urteil*) de última instância do Tribunal Federal Administrativo.

O TCF julgou improcedente a reclamação, porque: 1º) negou que a área de proteção do Art. 11 GG que garante a livre circulação (porém no sentido de livre circulação e fixação de domicílio em território nacional) tivesse sido atingida, restando somente o Art. 2 I GG, o qual tutela subsidiariamente os direitos gerais da personalidade e a liberdade geral da ação, como parâmetro do controle; e 2º) considerou o dispositivo aplicado pelos tribunais administrativos como sendo parte da ordem constitucional, um dos limites legítimos, segundo o Art. 2 I GG, impostos à liberdade, no caso a princípio protegida, de sair do território nacional.

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

**Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 16 de janeiro de 1957
– 1 BvR 253/56 –**

no processo da Reclamação Constitucional de *Wilhelm Elfes* (...) contra a decisão (*Urteil*) do Tribunal Administrativo Federal de 22 de fevereiro de 1956 – I C 41.55 -,

Dispositivo da Decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida.

RAZÕES

I.

(...).

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

(...).

II.

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

1. (...).

(...).

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

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

a) A *Grundgesetz* não pode ter querido, com o “livre desenvolvimento da personalidade”, proteger apenas o desenvolvimento dentro do núcleo essencial da personalidade que perfaz a essência do ser humano como personalidade intelecto-moral. Com efeito, não seria compreensível de que modo o desenvolvimento dentro desse âmbito central poderia violar os costumes, o direito de terceiros ou até mesmo a ordem constitucional de uma democracia livre. Justamente essas limitações impostas ao indivíduo como membro da comunidade mostram que a *Grundgesetz*, em seu Art. 2 I, pensa na liberdade de ação em sentido amplo.

Contudo, a formulação solene do Art. 2 I GG foi o ensejo para analisá-lo especialmente sob a luz do Art. 1 GG e dali derivar que ele, entre outros, se destina a cunhar a imagem [na acepção de conceito] de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz*. Com isso, porém, não se diz nada além de que o Art. 1 GG na realidade faz parte dos princípios básicos constitucionais que, assim como todas as demais disposições da *Grundgesetz*, também dominam o Art. 2 I GG. Do ponto de vista jurídico, é um direito fundamental individualizado que garante a liberdade de ação geral. Não foram considerações jurídicas, mas motivos lingüísticos, que levaram o legislador a substituir a versão original “cada um pode fazer e deixar de fazer o que quiser” pela versão atual (cf. *Mangoldt*, Conselho Parlamentar²²⁵, 42ª Sessão da comissão principal, p. 533). Aparentemente, o que contribuiu para a teoria de que o Art. 2 I GG quis proteger apenas

²²⁵ O “*Parlamentarischer Rat*” foi a Assembléia Nacional Constituinte, que culminou com a promulgação da *Grundgesetz*.

um núcleo essencial da personalidade foi o fato de ser mencionada, na segunda parte da frase, também a ordem constitucional como limite para o desenvolvimento da personalidade do cidadão. No propósito de interpretar esse conceito, que aparece também em outro ponto da *Grundgesetz*, sempre da mesma maneira, resolveu-se finalmente adotar no caso da ordem constitucional um conceito mais estrito do que o dado à ordem jurídica constitucional. Com isso, viram-se em contrapartida forçados à conclusão de que somente um núcleo essencial da personalidade, mas não a liberdade de ação humana, deveria ser protegido constitucionalmente²²⁶.

Ao lado da liberdade geral de ação garantida pelo Art. 2 I GG, a *Grundgesetz* protegeu, por meio de disposições especiais de direito fundamental, a liberdade de ação em determinados setores da vida que, pela experiência histórica, estão especialmente expostos à intervenção do poder público. Junto àqueles referidos setores da vida, a Constituição delimitou, por meio de reservas legais escalonadas, até que ponto pode ocorrer a intervenção no respectivo âmbito de direito fundamental. Nos casos onde os âmbitos especiais da vida não forem protegidos pelos direitos fundamentais [específicos], o indivíduo pode se valer, no caso de intervenção do poder público em sua liberdade, [da proteção] do Art. 2 I GG. Aqui não é necessária uma reserva legal, porque o conjunto das possibilidades de intervenção estatal resulta automaticamente da restrição do livre desenvolvimento da personalidade pela ordem constitucional.

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

(...).

c) Na literatura jurídica especializada [doutrina] objeta-se freqüentemente que, seguindo um tal entendimento, o direito fundamental do Art. 2 I GG “esvaziar-se-ia”, já

²²⁶ A ordem constitucional (*verfassungsmäßige Ordnung*) seria o ordenamento restrito à *Grundgesetz*, ao passo que a ordem jurídica constitucional (*verfassungsmäßige Rechtsordnung*) abrangeria todos o ordenamento jurídico. Daí ser a primeira interpretada restritivamente.

que é colocado sob a reserva legal geral. Ignora-se, porém, neste ponto, que o Poder Legislativo, segundo a *Grundgesetz*, está submetido a limites mais severos do que estava sob a vigência da Constituição de 1919 [da República de Weimar]²²⁷. Na época, não apenas diversos direitos fundamentais estavam realmente “esvaziados” pela reserva legal geral, à qual qualquer lei constitucionalmente promulgada correspondia; o legislador podia superar a qualquer momento, também no caso concreto e por meio de uma lei promulgada pela maioria necessária para a emenda constitucional, qualquer limitação constitucional que se lhe opusesse. Por sua vez, a *Grundgesetz* estabeleceu uma ordem axiológica que limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado (BVerfGE 2, 1 [12 *et seq.*]; 5, 85 [204 *et seq.*]). Os princípios superiores dessa ordem de valores são protegidos contra emendas constitucionais (Art. 1, 20, 79 III GG). Rompimentos com a Constituição não são [mais] possíveis; a jurisdição constitucional fiscaliza a subordinação do legislador aos parâmetros constitucionais. Assim, as leis não são “constitucionais” somente por terem sido produzidas formalmente de acordo com a ordem constitucional. Elas têm de estar materialmente de acordo com os valores básicos superiores da ordem democrática livre, mais do que da ordem de valores constitucional, bem como corresponder aos princípios constitucionais elementares não escritos e às decisões básicas da *Grundgesetz*, especialmente ao princípio do Estado de direito e do Estado social. Sobretudo, as leis não podem, por isso, ferir a dignidade humana, que é o valor maior da *Grundgesetz*, mas também não podem restringir a liberdade humana intelectual, política e econômica de forma a atingir tais liberdades em seu conteúdo essencial (Art. 19 II, Art. 1 III, Art. 2 I GG). Daí resulta que ao cidadão está constitucionalmente reservada uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um último âmbito intangível de liberdade humana que não se submete à ação do poder público como um todo. Uma lei que interviesse no aludido último âmbito nunca poderia ser elemento da “ordem constitucional”; teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional Federal.

Disso resulta que uma norma jurídica, somente quando atende a todas essas exigências, e também quando se torna elemento da “ordem constitucional”, limita efetivamente o âmbito da capacidade de ação geral do cidadão. Processualmente isso significa: Qualquer um pode, por meio da Reclamação Constitucional, alegar que uma

²²⁷ Pois o legislador foi, no Art. 1 III GG, expressamente vinculado aos direitos fundamentais.

lei que limite sua liberdade geral de ação não faz parte da ordem constitucional, porque estaria se chocando contra certas disposições constitucionais (na forma ou conteúdo) ou princípios constitucionais gerais. Em sendo assim, [também] seu direito fundamental previsto no Art. 2 I GG estaria sendo violado.

3. – 5. (...).

15. BVERFGE 34, 238 (TONBAND)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 31/01/1973

MATÉRIA:

Um casal vendeu ao reclamante um imóvel, segundo eles, por 495.000 marcos alemães, no dia 11 de maio de 1970. A escritura foi passada, porém, no valor de 425.000 marcos. 70.000 marcos foram pagos à parte em moeda corrente. O casal assinou um recibo preparado pelo reclamante de “empréstimo” da quantia, o qual deveria ser destruído quando do registro da escritura, o que foi de fato feito na ocasião na presença do casal que alienou o imóvel. Porém, o reclamante cobrou algum tempo depois do referido casal o pagamento do suposto empréstimo apresentando um segundo recibo de 70.000 marcos alemães. Em 14 de dezembro do mesmo ano, o casal registrou um boletim de ocorrência policial por estelionato e falsificação de documento.

O casal gravou, no entanto, uma **fitá fonográfica** (*Tónband*) de uma conversa tida em agosto de 1970 sobre o acordo verbal realizado entre eles, sem o conhecimento e, portanto, consentimento do reclamante. O juízo de primeira instância de *Osnabrück* atendeu ao pedido do Ministério Público local no sentido de utilizar a gravação como prova da acusação. O Tribunal Estadual de *Osnabrück* denegou, em suma, a reclamação ordinária (*Beschwerde*)²²⁸. Contra essa decisão (*Beschluss*) do Tribunal Estadual de *Osnabrück* foi ajuizada a Reclamação Constitucional, que foi julgada

²²⁸ Neste caso específico, semelhante ao agravo de instrumento da processualística brasileira, vez em que impugna decisão interlocutória: o deferimento da prova ilicitamente levantada.

admitida e procedente, porque a decisão do Tribunal Estadual de *Osnabrück* feriu, segundo o TCF, o direito fundamental do reclamante com fulcro no Art. 2 I GG.

1. O direito fundamental previsto no Art. 2 I GG protege também posições jurídicas que são necessárias para o desenvolvimento da personalidade. Delas fazem parte, dentro de certos limites, tanto o direito à própria imagem como o direito à palavra falada. Por isso, em princípio, cada um por si mesmo e individualmente pode determinar quem deve gravar sua palavra, assim como se e diante de quem sua voz gravada pode ser reproduzida.

2. Com isso, porém, não é defeso que, em casos onde o interesse geral necessariamente o exija, o direito digno de proteção do acusado à não utilização de uma gravação sigilosa em processo penal tenha que ceder.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 31 de janeiro de 1973

– 2 BvR 454/71 –

(...)

RAZÕES:

A. – I.

A Reclamação Constitucional refere-se à admissibilidade da utilização de uma gravação particular, feita sigilosamente, em uma investigação dirigida contra o reclamante por suspeita de sonegação fiscal, estelionato e falsificação de documentos.

(...).

II.

B. – I.

(...)

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

(...).

1. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu em jurisprudência consolidada que a *Grundgesetz* garante ao cidadão um âmbito intangível da vida privada, que não está submetido à ação do poder público (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]; 27, 1 [6], 344 [350

s.]; 32, 373 [378 s.]; (...) = BVerfGE 33, 367 *et seq.*, 376 s.). O mandamento de força constitucional de respeitar esse núcleo da esfera íntima do indivíduo tem sua base no direito ao livre desenvolvimento de personalidade garantido pelo Art. 2 I GG. Na definição de conteúdo e alcance do direito fundamental do Art. 2 I GG deve ser considerado que, nos termos da norma fundamental do Art. 1 I GG, a dignidade humana é inviolável e que ela requer proteção e observância contra todo o poder público. Além disso, nos termos do Art. 19 II GG, também o direito fundamental do Art. 2 I GG não pode ser atingido em seu conteúdo essencial (BVerfGE 27, 344 [350 s.]; 32, 373 [379]). Mesmo interesses preponderantes da coletividade não podem justificar uma intervenção no núcleo central, absolutamente protegido, da conformação da vida privada. Não se admite uma ponderação conforme ao princípio da proporcionalidade.

Porém, nem todo o âmbito da vida privada se encontra sob proteção absoluta do direito fundamental do Art. 2 I, c.c. Art. 1 I GG (BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]). Como cidadão participante da e vinculado à comunidade, cada um deve tolerar medidas públicas tomadas no interesse superior da coletividade, sob a estrita observância do mandamento da proporcionalidade, e contanto que não prejudiquem o núcleo intangível da conformação da vida privada. (...).

2. O Art. 2 I GG garante a cada um o direito de livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não viole direito alheio nem se choque com a ordem constitucional e a lei moral. Esse direito fundamental também protege posições jurídicas que são necessárias para o desenvolvimento da personalidade. Delas fazem parte, dentro de certos limites, tanto o direito à própria imagem como o direito à palavra falada. Por isso, em princípio, cada um por si mesmo e individualmente pode determinar quem deve gravar sua palavra, assim como se e diante de quem sua voz gravada pode ser reproduzida.

(...).

3. – 4. (...).

5. Como não se trata de uma intervenção do poder público no âmbito absolutamente protegido da personalidade, a utilização da gravação seria permitida se fosse justificada por um interesse preponderante da coletividade. Não é o caso.

a) A *Grundgesetz* confere ao direito de livre desenvolvimento da personalidade uma grande importância. Medidas públicas que o prejudiquem são admissíveis, quando o são, apenas sob estrita observância do princípio da proporcionalidade. Por outro lado,

a *Grundgesetz* confere também uma importância especial às condições de uma jurisdição eficiente. O Tribunal Constitucional Federal, por isso, destacou repetidamente as inevitáveis necessidades de uma efetiva persecução penal e do combate ao crime (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]), o interesse público na averiguação mais completa possível no processo penal – para provar a culpa de criminosos, como também para livrar inocentes – (BVerfGE 32, 373 [381]), apreciou o esclarecimento efetivo de delitos graves como uma tarefa essencial de uma coletividade de Estado de Direito (BVerfGE 29, 183 [194]), e destacou a manutenção de uma jurisdição eficiente sem a qual a Justiça não pode ser feita (2 BvL 7/71, p. 21 s. = BVerfGE 33, 367 [382 s.]).

O direito constitucionalmente garantido ao livre desenvolvimento da personalidade e as condições de uma jurisdição eficiente podem entrar em conflito de variadas formas. Pode-se conseguir um equilíbrio justo destas tensões somente quando, como corretivo, sempre for contraposto às intervenções necessárias para uma jurisdição eficiente o mandamento de proteção do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]). Isso significa que deve ser averiguado a qual desses importantes princípios constitucionais deve ser atribuído maior peso em cada caso particular.

b) – c) (...).

6. (...).

III.

(...).

A decisão foi promulgada com 6 votos a 1.

(ass.) *Seuffert, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Dr. Rottmann, Wand*

16. BVERFGE 99, 185

(SCIENTOLOGY)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/11/1998

MATÉRIA:

O reclamante, que no passado fora filiado à *Scientology Church*, uma agremiação ou seita religiosa que nos últimos anos causou bastante polêmica na Alemanha (entre outros, a opinião pública dominante acusou-a de ter pretensões políticas totalitárias e de alienar seus membros

com um conhecimento pseudo científico), voltou-se judicialmente contra afirmações segundo as quais ele ainda seria ligado à seita, sendo inclusive um líder e sacerdote dela. Sua motivação de querer ver imposta judicialmente essa pretensão era não somente de natureza pessoal, mas econômica e profissional, visto que, como artista plástico, perdera bastante reputação e, concretamente, contratos com essa ligação incômoda.

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

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

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

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

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

– 1 BvR 1531/96 –

(...)

Dispositivo da decisão

A decisão do Superior Tribunal Estadual de Frankfurt/Main de 20 de junho de 1996 – 16 U 163/95 – fere o direito fundamental do reclamante previsto no Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, ao julgar improcedente seu pedido. Revogue-se a decisão, nesta extensão incluindo seu dispositivo sobre as custas processuais. Retorne-se os autos ao Superior Tribunal Estadual.

O Estado de Hessen deve indenizar o reclamante pela custas com o processo de Reclamação Constitucional.

RAZÕES

A.

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

I.

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

(...).

2. – 3. (...)

II.

Por meio de sua Reclamação Constitucional, o reclamante afirma a violação de seu direito geral de personalidade previsto pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

Ele não seria cientólogo, nunca teria se formado sacerdote, nunca teria assumido tal função, e também nunca teria se denominado como tal. No artigo da [publicado na revista] “Celebrity”, edição 262, tratar-se-ia não de uma entrevista, mas de propaganda. Ele não teria sido entrevistado para esse artigo, nem teria autorizado sua publicação. Embora tivesse se ocupado dos livros da Scientology nos anos 70 e 80, por interesse geral em questões

transcendentais, e freqüentado os cursos por ela oferecidos, havia perdido posteriormente o interesse e se dedicado a outros assuntos. Depois de 1992, ele teria se distanciado da Scientology e se voltado judicialmente contra a afirmação de que seria um cientólogo.

A decisão do tribunal de apelação²²⁹ teria como efeito que fatos incorretos sobre ele pudessem ser divulgados. Isso seria equivalente a uma proibição de exercer a profissão e realizar exposições, pois não estaria mais recebendo quase nenhum convite na Alemanha por causa das acusações. (...). De resto, teria o reclamante tomado todas as devidas providências contra as notícias, exigindo declarações corretivas da igreja Scientology na Alemanha, que as recebera; mais do que isso não poderia ser exigido dele.

III.

(...)

B.

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

I.

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

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

O direito fundamental protege elementos da personalidade que não são objeto de garantias especiais de liberdade, mas que não são menos importantes para a personalidade

²²⁹ “*Berufungsgericht*” que, no sistema recursal alemão, se ocupa ainda dos fatos em oposição à *Revision* (*Revisionsgericht* = Tribunal de [recurso de] revisão, que se ocupa só com questões jurídicas. A respeito, cf. MARTINS (2004: 205 [211 *et seq.*])).

em seu significado constitutivo (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; jurisprudência consolidada). Nesse contexto está inserida também a reputação social do indivíduo. Por essa razão, o direito geral da personalidade abrange a proteção contra declarações que sirvam para denegrir a imagem de uma pessoa junto à opinião pública. Tais declarações ameaçam o livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo Art. 2 I GG, porque podem diminuir o prestígio do indivíduo, enfraquecer seus contatos sociais e, conseqüentemente, destruir sua auto-estima. Porém, a proteção desse direito fundamental não tem o condão de conceder ao indivíduo o direito de ser apresentado publicamente como ele mesmo se vê ou como gostaria de ser visto pelos outros. De qualquer modo, ele é protegido contra representações falsas ou distorcidas de sua pessoa que não sejam de todo insignificantes para o desenvolvimento da sua personalidade (cf. BVerfGE 97, 125 [148 s.]; 97, 391 [403]).

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

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

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

a jurisprudência consolidada do TCF, não apenas uma violação do direito constitucional objetivo, mas uma violação dos direitos fundamentais subjetivos do indivíduo (cf. BVerfGE 7, 198 [206 s.]).

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

II.

A decisão atacada viola o direito geral da personalidade.

1. Este não é, porém, garantido sem reserva. Segundo o Art. 2 I GG, ele é limitado pela ordem constitucional, inclusive pelos direitos de outrem. Desses direitos fazem parte também a liberdade de expressão do pensamento, garantida a todos pelo Art. 5 I GG. Da mesma forma como o direito geral da personalidade, porém, a liberdade de expressão não é garantida sem reserva. Ela encontra seus limites no Art. 5 II GG, dentre outros, nas leis gerais e no direito à honra pessoal. Como fundamento de direito civil para o pedido de omissão de declarações são considerados os §§ 1004 I, 823 II BGB, c. c. o § 186 StGB, nos quais o Superior Tribunal Estadual se baseou para sua decisão. Em contrapartida, os interesses da liberdade de expressão são determinados, sobretudo, no § 193 StGB (cf. BVerfGE 12, 113 [125 s.]; 93 266 [290 s.]), que afasta uma condenação [exclui a ilicitude] por declarações ofensivas à honra quando estas representarem interesses justificados (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*), o que – por intermédio do § 823 II BGB, no mais de acordo com seu conceito jurídico – é aplicado também no Direito Civil.

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

O resultado dessa ponderação não pode ser definido de antemão, de forma geral e abstrata, devido à variação das circunstâncias de cada caso. No decorrer do tempo, porém, formaram-se na jurisprudência algumas regras de prevalência. Assim, no caso de juízos de valor [expressão do pensamento ou opinião], a proteção da personalidade prevalece normalmente sobre a liberdade de expressão do pensamento quando a expressão configurar um ataque à dignidade humana, uma crítica degradante (*Schmähkritik*) ou uma ofensa formal (*Formalbeleidigung*)²³⁰ (cf. BVerfGE 93, 266 [293 s.]). No caso de afirmações de fatos, a ponderação depende da veracidade de seu conteúdo. As declarações verdadeiras devem ser, em regra, toleradas, mesmo que sejam prejudiciais ao indivíduo atingido, enquanto as falsas não (cf. BVerfGE 97, 391 [403]).

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

Por outro lado, não há, via de regra, motivo que justifique a divulgação de falsas afirmações de fato. Isso não significa que falsas afirmações de fato sejam excluídas *a priori* da área de proteção da liberdade de expressão. Embora o TCF tenha constatado que informação incorreta não é um bem jurídico a ser protegido, sob a ótica da liberdade de expressão (cf. BVerfGE 54, 208 [219]), fora da área de proteção do Art. 5 I GG estão

²³⁰ Trata-se de figuras próprias da dogmática dos limites do Art. 5 I 1 GG. Cf. a respeito, **Decisão 48**.

apenas afirmações intencionalmente incorretas e aquelas cuja inverdade seja patente já no momento da declaração. Todas as demais afirmações de fatos com relação à opinião [oferecendo o “substrato”²³¹ desta] gozam da proteção de direito fundamental, mesmo quando posteriormente se revelarem incorretas (cf. BVerfGE 61, 1 [8]; 90, 1 [15]; 90, 241 [254]).

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

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

A ponderação depende do respeito a esses deveres de cuidado. No caso de afirmações completamente infundadas ou inventadas, a liberdade de expressão do pensamento não pode reprimir o direito da personalidade. De resto, depende da extensão dos deveres de cuidado, desenvolvida em harmonia com as exigências dos direitos fundamentais. Se elas forem respeitadas, mas posteriormente for constatada a inverdade da afirmação, esta deve ser

²³¹ Esta é a tese segundo a qual toda opinião parte, necessariamente, de fatos (verídicos ou inverídicos), dificultando a tarefa de apartar afirmações sobre fatos de juízos de valor.

considerada, para efeitos legais, no momento em que foi feita, de forma a não se cogitar qualquer penalidade, nem retratação, nem indenização. Por outro lado, não existe interesse legítimo em se manter a afirmação após a constatação de sua inverdade (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Em havendo o perigo de ser mantida a declaração a despeito da constatação de sua inverdade (o assim denominado perigo [proveniente] da primeira prática (*Erstbegehungsfahr*), cf. BGH, NJW 1986, p. 2503 [2505]), o declarante pode ser conseqüentemente condenado à abstenção [de futuras declarações no mesmo sentido]. Se o prejuízo do indivíduo atingido pela declaração persistir, este pode exigir uma retificação (cf. BVerfGE 97, 125 [149]).

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

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

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

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

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

a) (...).

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

b) – c) (...).

3. (...).

(ass.) Papier, Grimm, Kühling, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner

17. BVERFG 96, 56

(VATERSCHAFTSAUSKUNFT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

06/05/1997

MATÉRIA:

A filha da Reclamante, nascida em 1959, entrou em juízo requerendo que sua mãe, solteira na época de seu nascimento, fosse condenada a revelar a identidade de seu genitor (**informação sobre a paternidade** = *Vaterschaftsauskunft*). Logo após seu nascimento, a filha

foi entregue a um orfanato e depois a pais adotivos que a educaram. Na fundamentação de sua ação, ela disse querer saber a identidade de seu pai, tanto por motivos pessoais quanto para fazer valer pretensões sucessórias. Além disso, ela teria direito a que o nome de seu pai fosse registrado no tabelionato competente. A mãe, requerida, ora reclamante, disse que havia mantido relações sexuais à época da concepção com vários homens que estariam neste ínterim casados e vivendo em famílias intactas. Por isso, ela não precisaria nomeá-los.

O juízo de primeira instância julgou procedente o pedido, condenando a mãe a revelar a identidade do pai. A sentença foi baseada nos §§ 1618 e 1934 *et seq.* BGB, que tratam, respectivamente, do direito de família e sucessões à luz do Art. 6 V GG, que contém o mandamento de tratamento igual de filhos havidos dentro e fora do casamento. No mais, o juízo realizou a ponderação entre a intensidade da intervenção na esfera privada da mãe, que teria de revelar a identidade de seus parceiros sexuais, intervenção bastante intensa, segundo o entendimento do juízo, e o direito fundamental geral da personalidade (Art. 2 I GG) da filha. O interesse da filha teria prevalência sobre o interesse dos pais, responsáveis por sua existência, principalmente porque a filha teria sido entregue a um orfanato e mais tarde a pais adotivos, não se podendo exigir, por isso, da filha o cumprimento de um dever geral de consideração dos interesses paternos.

No julgamento da apelação da ora reclamante, o Tribunal Estadual reformou, em parte, a sentença de primeira instância: como não foi possível provar que a mãe sabia da identidade do pai por ter mantido relações sexuais com diversos homens, mas que os conhece pessoalmente, o tribunal atendeu ao pedido alternativo da autora então apelada no sentido de ela ser condenada a fornecer os nomes e endereços de todos os homens com quem mantivera relação sexual no período entre o 181º até o 302º dia antes do nascimento da filha. Como fundamento, o tribunal seguiu a mesma linha de ponderação entre os direitos colidentes perpetrada pelo juízo de primeira instância, enriquecendo-a com a assertiva de que os pais teriam que arcar com os ônus decorrentes desse eventual choque de interesses e que, embora

alguns potenciais pais tivessem que ser submetidos a um processo de reconhecimento de paternidade, isso deveria ser tolerado pelos mesmos como risco normal da vida. Os interesses da autora prevaleceriam, no balanço geral, aos interesses da esfera privada da reclamante e de terceiros.

Em sua Reclamação Constitucional, a mãe impugnou o método de ponderação seguido pelo Tribunal Estadual que teria, abstratamente – sem considerar as circunstâncias do caso –, considerado o interesse da filha como sendo preponderante. Principalmente, pelo fato de vários homens serem atingidos pela pretensão da filha, teria maior peso o interesse da reclamante na preservação de sua esfera íntima e da dos terceiros.

O TCF julgou presentes as condições processuais da Reclamação Constitucional e, no mérito, julgou-a procedente. O Tribunal Estadual violou o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, não porque teria atingido uma área intocável do direito da personalidade da mãe (o interesse da filha já excluiria essa possibilidade), mas porque teria desconhecido sua margem discricionária de avaliação, tanto junto ao cumprimento do seu dever de tutela do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, quanto junto ao cumprimento da ordem de tratamento igual entre filhos havidos dentro e fora do casamento. No caso de filhos havidos fora do casamento, o tribunal estadual teria que ter verificado a ausência de um gênero comum, *tertium comparationis*, para a verificação de suposto tratamento discriminatório, porque os dispositivos legais sobre filhos havidos no casamento não se baseiam no aspecto biológico da paternidade, mas no casamento da mãe: o pai presumido, o pai de direito é o marido da mãe, ou seja, aqui também o filho havido dentro do casamento não tem uma pretensão jurídica contra a mãe, de saber quem é seu verdadeiro genitor. Também não existe para a mãe, nesse caso, o mesmo conflito que existe no caso presente. Destarte, o Tribunal Estadual poderia ter chegado a outra conclusão se tivesse esgotado sua margem de ação discricionária junto à necessária ponderação dos direitos fundamentais em colisão, margem discricionária de ponderação, essa, permitida pelos dispositivos aplicados, que não resolvem o conflito no plano abstrato.

O TCF, portanto, não reformou a decisão do caso, que é da competência exclusiva dos tribunais ordinários, mas a suspendeu,

devolvendo os autos para nova decisão pelo Tribunal Estadual. Este chegou depois à mesma conclusão, e uma segunda Reclamação Constitucional foi julgada improcedente. Todavia, a decisão não tem como ser executada²³².

1. Não há uma conclusão pré-determinada sobre a questão do direito de um filho havido fora do casamento poder reivindicar de sua mãe a identidade de seu pai. Uma tal conclusão não decorre nem do direito do filho, protegido pelo Art. 2 I c. c. e o Art. 1 I GG, de conhecer suas origens, nem do Art. 6 V GG.
2. Na ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes da mãe e do seu filho, por ocasião da aplicação de cláusulas gerais de direito civil – como aquela aqui aplicada pelo tribunal, § 1618 a BGB –, os tribunais têm à sua disposição um amplo poder discricionário.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 6 de maio de 1997
– 1 BvR 409/90 –
(...)

RAZÕES:

A.

A Reclamação Constitucional trata da questão de se e, eventualmente, sob quais pressupostos, está a mãe obrigada a informar ao seu filho maior de idade, havido fora do casamento, a identidade do pai biológico.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional admitida é procedente.

I.

A condenação da reclamante à identificação dos homens com os quais tivera relações sexuais durante o período regular de concepção atinge sua esfera privada protegida pelos Art. 2 I e Art. 1 I GG.

²³² J. SCHWABE (*op. cit.*, p. 42) anotou, neste diapasão, que o “processo foi inútil”, dando a fonte da publicação da segunda decisão do Tribunal Estadual de Münster: NJW 1999, 3787. Cf. abaixo, no texto, ao fim da presente decisão.

1. O direito geral da personalidade decorrente do Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG, protege a vida íntima pessoal e a preservação de suas condições básicas (cf. BVerfGE 54, 148 [153 s.]; 79, 256 [268]). Abrange, entre outros, o direito de respeito à esfera íntima e privada (cf. BVerfGE 89, 69 [82 s.]). Delas fazem parte o âmbito familiar e as relações pessoais, bem como as relações sexuais com um parceiro (cf. BVerfGE 27, 344 [350 s.]). Além disso, o direito geral da personalidade protege a competência individual de cada um para decidir por si mesmo até que ponto e a quem revelar assuntos da vida pessoal (cf. BVerfGE 65, 1 [43 s.]).
2. O direito geral da personalidade, contudo, não é garantido sem ressalvas. Contanto que a intervenção não ocorra no âmbito intangível da vida privada, o indivíduo tem que aceitar as restrições que são impostas em nome do interesse comum preponderante ou de interesses protegidos por direitos fundamentais de terceiros, sob observância estrita da proporcionalidade (cf. BVerfGE 65, 1 [44]). Uma intervenção no âmbito intangível da vida privada não está presente no caso em pauta, até porque da relação sobre a qual se exige a informação nasceu, como terceira pessoa, a filha, autora da ação [do processo originário], cuja esfera pessoal é consideravelmente atingida.

II.

O Tribunal Estadual fundamentou sua decisão no § 1618 a BGB c. c. Art. 6 V, Art. 2 I e Art. 14 I 1 GG. Ainda que não esteja presente nessa decisão um caso de construção jurisprudencial inadmissível (1)²³³, o Tribunal Estadual ignorou a margem de ação [discricionariade] que cabe aos órgãos estatais competentes no cumprimento de deveres de tutela decorrentes do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, da mesma forma que na realização de sua função prevista no Art. 6 V GG (2).

1. (...).

Ao derivar do § 1618 a BGB um direito de informação contra a mãe, o Tribunal Estadual não ultrapassou os limites do possível desenvolvimento jurisprudencial do direito (*Rechtsfortbildung*). Ele analisou, quando de sua interpretação, tanto a antiga jurisprudência dos tribunais superiores que denegava o direito de informação do Juizado de Menores e de (demais) autoridades estatais, quanto considerou a gênese da norma do § 1618a BGB.

²³³ A cifra entre parênteses refere-se ao texto a ser abaixo (sob “1.”) desenvolvido, o mesmo valendo respectivamente para “(2)”, que aparece no fim do período.

Suas considerações são compreensíveis e não permitem concluir que o tribunal não estava objetivamente preparado para se submeter ao direito e à lei²³⁴, mas que passava do papel de aplicador de normas para o de uma instância produtora de normas (cf. BVerfGE 87, 273 [280]).

2. A reclamante é atingida em seu direito da personalidade pela decisão questionada, porque o Tribunal Estadual ignorou, em seu prejuízo, que ele (o tribunal) tinha à disposição um amplo poder discricionário para a ponderação.

a) Não há uma conclusão pré-determinada sobre a questão do direito de um filho havido fora do casamento poder reivindicar de sua mãe a identidade de seu pai. Uma tal conclusão não decorre nem do direito do filho, protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG ou pelo Art. 14 I GG, de conhecer suas origens, nem do Art. 6 V GG. O legislador ou os tribunais devem decidir se existe tal direito quando do seu (respectivo) cumprimento do dever de tutela decorrente dos direitos fundamentais.

O direito geral da personalidade abrange o direito ao conhecimento da própria origem. Porém, o Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG não implica no direito de obter tais informações, mas apenas na proteção contra a retenção de informações que possam ser obtidas por parte de órgãos estatais (cf. BVerfGE 79, 256 [269]).

Tampouco pode-se inferir do Art. 6 V GG como pode ser concretizada a equiparação de filhos havidos fora do casamento em relação à identificação do pai biológico, contra o qual se possa requerer alimentos, ou para efeitos sucessórios. Uma equiparação total dos filhos havidos fora do casamento não é possível já pelo fato de um filho nascido do casamento ter, por força das normas legais aplicáveis, um pai presumido, o qual não precisa ser necessariamente o pai biológico.

(...).

b) Do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, resulta, no entanto, um dever de tutela por parte dos órgãos estatais, dever este que se refere à garantia das condições constitutivas para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 79, 256 [268]).

De um lado, os direitos subjetivos de resistência contra intervenções do Estado, decorrentes primariamente dos direitos fundamentais, e, de outro lado, os deveres de

²³⁴ Prescrição do Art. 20 III 2ª Parte GG como elemento do princípio do Estado de direito (v. abaixo, sob § 29, principalmente **Decisão 114**. – BVerfGE 34, 269 – *Soraya*) e da separação de poderes.

tutela resultantes do significado objetivo dos direitos fundamentais²³⁵ distinguem-se entre si basicamente na medida em que o direito de resistência exige, quanto a objetivo e conteúdo, um certo e determinado comportamento do Estado, enquanto que o dever de tutela é por princípio indeterminado. Os órgãos estatais são quem decide, sob sua própria responsabilidade, como cumprir seu dever de tutela (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Isso vale basicamente não somente para os casos nos quais há várias possibilidades de concretizar a proteção exigida pela *Grundgesetz*. Pelo contrário, é tarefa dos respectivos órgãos estatais competentes ponderar entre os direitos fundamentais que se contrapõem e considerar as conseqüências negativas que uma determinada forma de cumprimento do dever de tutela possa ter.

O TCF frisou, por isso, em jurisprudência consolidada, que o estabelecimento e a concretização normativa de um plano de tutela é tarefa do legislador, a quem cabe também a discricionariedade para a avaliação, valoração e configuração quando estiver obrigado a tomar medidas para proteção de um bem jurídico (cf. BVerfGE 88, 203 [262]).

O mesmo vale quando os tribunais civis, por falta de uma decisão do legislador no desenvolvimento do Direito ou na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, observam o dever de tutela (cf. BVerfGE 84, 212 [226 s.]), ou quando esse dever deve ser cumprido por um órgão executivo (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Só excepcionalmente se pode deduzir, dos direitos fundamentais, deveres concretos de regulamentação. Sobretudo, existe uma discricionariedade de configuração, onde se tem que levar em consideração direitos fundamentais conflitantes entre si. O mesmo vale também quando – como no presente caso – a proteção de uma posição de direito fundamental forçosamente provoca o prejuízo do direito fundamental de outra pessoa, porque a ponderação cabe sobretudo aos órgãos estatais respectivamente competentes.

Situação semelhante ocorre com a incumbência do Art. 6 V GG, endereçada sobretudo ao legislador, que deve ser considerada pelos tribunais na aplicação do direito vigente. Do Art. 6 V GG resulta que filhos havidos fora do casamento, em princípio, não podem ser tratados de forma discriminatória em relação aos filhos havidos no casamento, conquanto não existam motivos, decorrentes de sua situação especial, que justifiquem um tratamento desigual. Aqui uma equiparação total já não é possível, porque as normas legais não se baseiam, no caso de filhos havidos no casamento, no conhecimento

²³⁵ Cf. Cap. Introdução, III. 2. a).

de quem é o pai biológico, mas se reportam ao casamento da mãe. Por outro lado, nesses casos não existe o citado conflito de interesses para a mãe.

c) O Tribunal Estadual ignorou o poder discricionário que lhe cabe na ponderação. Ele derivou o pedido de informação da filha havida fora do casamento contra sua mãe não diretamente da *Grundgesetz*, mas de uma norma de direito civil. Porém, na aplicação do § 1618a BGB partiu do interesse da filha havida fora do casamento tal qual protegido por direito fundamental, o qual permite uma ponderação com os interesses da mãe apenas dentro de estreitos limites. Sobretudo a questão, vista pelo Tribunal como decisiva, sobre “quem deve ser responsabilizado pelo conflito dos diferentes interesses” exclui a possibilidade de uma consideração suficiente dos interesses opostos, porque a filha nunca poderá ser responsabilizada pela colisão criada pelos pais quando a conceberam.

Também na ponderação concreta dos interesses, o Tribunal Estadual viu apenas uma margem muito estreita de ação. Assim, até reconheceu que a reclamante tinha um forte interesse em não ter que informar os nomes dos homens com os quais tivera relações sexuais durante o provável período da concepção. Ao final, o tribunal não atribuiu um peso decisivo a esse aspecto, porque deu prioridade, sem ponderação concreta, aos interesses da filha havida fora do casamento em oposição aos interesses da mãe e dos homens em questão.

Não se pode excluir a possibilidade do Tribunal Estadual, em esgotando sua margem de ação (discricionária) junto à ponderação, chegar a uma outra conclusão²³⁶.

III.

(...)

(*ass.*) *Seidl, Grimm, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner*

²³⁶ JÜRGEN SCHWABE anotou, neste ponto, em sua coletânea (*op. cit.*, p. 42): “(Observação: O Tribunal Estadual chegou à mesma conclusão, e a nova reclamação ao TCF não foi julgada procedente. A decisão não deve, porém, ser executável; ela fica no papel e o processo foi inútil: Tribunal Estadual de Münster, NJW 1999, 3787 [não transitou em julgado])”.

18. BVERFGE 27, 1 (MIKROZENSUS)

Controle concreto

16/07/1969

MATÉRIA:

O juízo de *Fürstenfeldbruck* viu-se obrigado a aplicar norma de uma lei do micro-censo de 1957 que previa uma multa de até 10 mil marcos alemães para o caso de recusa pelos entrevistados de responder sobre os quesitos “viagens de férias” e “viagens de repouso”. O juízo considerou tal dispositivo inconstitucional por violar o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, e como de sua validade dependia o julgamento do caso, viu-se obrigado a, de acordo com o Art. 100 I GG, suspender o processo e apresentar a questão de constitucionalidade ao TCF.

O TCF julgou presentes as condições processuais da apresentação judicial e no mérito confirmou a constitucionalidade dos dispositivos da lei do micro-censo, que havia sido questionada pelo juízo representante. Na fundamentação, o TCF considerou, em suma, que os dados levantados não atingiam a esfera íntima intocável do indivíduo e que a intervenção estava justificada por ser formalmente permitida pelo Art. 2 I GG e materialmente proporcional em face do propósito de abastecer o Estado com dados necessários ao planejamento da ação estatal.

Sobre a constitucionalidade de uma estatística representativa (micro-censo).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de julho de 1969

– 1 BvL 19/63–

(...)

Dispositivo da decisão

Os § 1 e § 2, nº 3 da Lei da Realização de Estatística Representativa da População e da Atividade Econômica (micro-censo), de 16 de março de 1957 (BGBl. I, p. 213), na versão da lei de 5 de dezembro de 1960 (BGBl I, p. 873), eram compatíveis com a *Grundgesetz*, quando lá determinado que os fatos “viagens de férias” e “viagens de repouso”, como base representativa, deviam ser computados na estatística determinada pelo § 1 da Lei.

RAZÕES

A.

(...)

B. – I.

1. A autora do processo originário mora em uma região que foi recenseada segundo um procedimento estatístico-matemático e cujos moradores em sua totalidade devem ser entrevistados segundo a lei do micro-censo. Ela se recusou a receber os funcionários do Departamento Estadual de Estatística da Baviera e a responder às 60 perguntas constantes de um questionário branco e de um questionário complementar amarelo. (...).

2. – 3. (...).

II.

(...)

C. – I.

(...)

II.

A pesquisa estatística representativa sobre os fatos “Viagens de férias e de repouso” não violam nem o Art. 1 I GG e Art. 2 I GG nem quaisquer outros dispositivos da *Grundgesetz*.

1. a) Nos termos do Art. 1 I GG, a dignidade humana é inviolável e deve ser observada e protegida por todo o poder público.

Na ordem axiológica da *Grundgesetz*, a dignidade humana é o valor mais elevado (BVerfGE 6, 32 [41]). Como todas as disposições da *Grundgesetz*, esse declarado reconhecimento da dignidade humana domina também o Art. 2 I GG. O Estado não pode, por meio de nenhuma medida, nem mesmo pela lei, ferir a dignidade humana ou atingir a liberdade da pessoa em sua essência, ultrapassando os limites estabelecidos no Art. 2 I GG. Com isso, a *Grundgesetz* concede a cada cidadão um âmbito intangível de vida privada que não está submetido à ação do poder público (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]).

b) Sob a luz desse conceito da pessoa humana (*Menschenbild*), o cidadão tem na comunidade um direito social ao valor e ao respeito. Contraria a dignidade humana fazer do cidadão um mero objeto no Estado. (cf. BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]).

Não seria compatível com a dignidade humana se o Estado pudesse se arrogar ao direito de registrar e catalogar o cidadão coercitivamente, atingindo toda a sua personalidade, mesmo dentro do sigilo de uma pesquisa estatística, e tratá-lo, em todos os aspectos, como uma coisa suscetível de ser inventariada.

Tal invasão no âmbito pessoal por meio de tomada de conhecimento abrangente das relações pessoais de seus cidadãos também é proibida ao Estado, uma vez que ao indivíduo deve restar, tendo em vista um desenvolvimento livre e responsável de sua personalidade, um “espaço interior”, no qual ele “pertence a si mesmo” e ao qual “pode se recolher, ao qual os outros não têm acesso, no qual é deixado em paz, desfrutando do direito à solidão” (*Wintrich*, *Die Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 15 s.; cf. também: *Dürig*, in *Maunz-Dürig*, *Grundgesetz*, 2ª ed., n° margem 37 do Art. 1 GG). Nesse âmbito, o Estado eventualmente já estará intervindo por meio de uma tomada de conhecimento – mesmo que neutra em termos de avaliação –, vez em que poderá estar inibindo o livre desenvolvimento da personalidade por meio da pressão psíquica própria da participação pública [em seus assuntos pessoais].

c) Nem toda pesquisa estatística sobre dados pessoais e de vida, porém, fere a personalidade humana em sua dignidade ou atinge seu direito à autodeterminação em seu âmbito mais interior. Como cidadão vinculado e participante de uma comunidade (BVerfGE 4, 7 [15, 16]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]), cada um tem que aceitar, até certo ponto, a necessidade de pesquisas estatísticas sobre sua pessoa, como p.ex. ocorre em um recenseamento, como pré-condição para o planejamento de ação governamental.

Uma pesquisa estatística sobre a pessoa pode, assim, ser considerada humilhante e ameaçadora ao direito de autodeterminação naqueles casos onde se registra o âmbito de vida pessoal que tem, por natureza, caráter sigiloso e com isso declara também esse setor interior como material apreensível estatisticamente e obrigatoriamente apreensível. Nessa medida, existem para o Estado da moderna sociedade industrial também barreiras diante da “despersonalização” tecnocrata. Em contraposição, quando a pesquisa estatística se referir apenas ao comportamento do cidadão no mundo exterior, a personalidade humana dessa forma ainda não estará sendo “apreendida” em seu âmbito intangível de vida privada. Em todo caso, isso vale quando esses dados perdem o caráter pessoal ao chegarem anônimos para a apreciação pelos órgãos competentes. A condição para tanto é que o caráter anônimo dos dados esteja suficientemente garantido (...).

d) Destarte, o questionário sobre viagens de férias e de repouso não se chocou contra o Art. 1 I e Art. 2 I GG.

Embora a pesquisa tenha se referido a um âmbito de vida privada, não obrigou o entrevistado nem a revelações sobre sua esfera íntima nem concedeu ao Estado visão sobre relações que não são acessíveis ao mundo exterior e que, assim, não têm por natureza “caráter sigiloso”. (...).

2. – 3. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Dr. Haager, Rupp-v.Brünneck, Dr. Böhmer,
Dr. Brox, Dr. Zeidler

19. BVERFG 80, 137 (REITEN IM WALDE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial / Reclamação Judicial contra Ato Normativo

06/06/1989

MATÉRIA:

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

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

O reclamante requereu junto aos tribunais administrativos, dentre outros pedidos, a declaração de que poderia usar os caminhos questionados em uma certa área florestal, sem precisar observar a lei estadual. Não obteve êxito. Esgotadas as instâncias administrativas ordinárias, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional contra as decisões denegatórias e indiretamente também contra o § 50 II 1 da Lei Topográfica, alegando violação de sua liberdade geral de ação, com

fulcro no Art. 2 I GG. Esta foi admitida, mas julgada improcedente pela maioria do Primeiro Senado, que considerou a intervenção legislativa na liberdade geral de ação como justificada. A uma ampla tutela da liberdade geral de ação, que englobaria qualquer comportamento individual não tutelado pelos direitos fundamentais especiais (Art. 2 II *et seq.* GG), corresponde um limite também bastante prodigioso da ordem constitucional. A maioria do Senado manteve-se supostamente (o que foi questionado também pela opinião divergente do juiz *Grimm*, cf. a seguir) na tradição iniciada quando da decisão *Elfes* da década de 1950.

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

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

– 1 BvR 921/85 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à regulamentação estadual da cavalgada em florestas em *Nordrhein-Westfalen* [Renânia do Norte – Vestfália, Estado-membro da República Fed. da Alemanha].

I.

1. O livre acesso à floresta da população em busca de lazer foi regulamentado juridicamente apenas após a Segunda Guerra Mundial. A legislação anterior a 1949 continha, assim como as leis florestais estaduais anteriores, regras expressas sobre o acesso à floresta e ao campo – principalmente também sobre a cavalgada na floresta – apenas na forma de normas proibitivas. Assim, o § 368 IX StGB ameaçava com sanções penais, até sua revogação pela Lei de Introdução ao Código Penal [StGB], de 2 de março de 1974 (BGBl. I, p. 469), dentre outros, aquele que, sem autorização, “anda, dirige, cavalga ou conduz gado por reserva florestal protegida por cerca ou cuja entrada é sinalizada por sinais de aviso ou por caminho particular”. Em emenda expressa, o § 8 I da Lei Florestal Prussiana (na versão da publicação em 21 de janeiro de 1926 – PrGS, p. 83) pune genericamente a cavalgada não autorizada em propriedades particulares.

Uma norma federal positiva sobre o acesso à floresta foi criada pela primeira vez no § 14 da Lei Florestal Federal (BWaldG), de 2 de maio de 1975 (BGBl. I, p. 1037), com o seguinte teor:

“§ 14 – Entrada na floresta

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

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

proprietário da floresta, e equiparar total ou parcialmente outras formas de uso para a entrada na floresta.”

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

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

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

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

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

A previsão normativa aqui introduzida para a cavalgada em trilhas em florestas particulares foi restringida pelo Art. 2 II (a) a (c) da Lei de Alteração da Lei Florestal

Estadual de 11 de março de 1980 (GVBl., p. 214), de 1º de janeiro de 1981. A nova regulamentação criada com os §§ 36 a 36b da Lei Topográfica foi assumida na promulgação da nova versão da lei de paisagem de 26 de junho de 1980 (GVBl., p. 374; a seguir LG 1980) sem modificações como §§ 50 a 52. As normas, essenciais para o processo da Reclamação Constitucional, dos §§ 50, 51 LG 1980, têm o seguinte teor (considerando alteração do § 51 II 2 pela lei de 19 de março de 1985 (GVBl., p. 261)):

“§ 50 – cavalgar na paisagem livre e na floresta

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

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

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

(4) a (5) ...

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

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

§ 51 - Sinalização de cavalos, taxa de cavalgada

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

(2) Os sinais mencionados no parágrafo 1º [o supra § 51 I] só podem ser fornecidos mediante pagamento de uma taxa. A taxa é vinculada à finalidade de instalação e

manutenção de trilhas para cavalgada, assim como indenizações nos termos do § 53 III; ela será recolhida pelas autoridades florestais superiores”.

Conforme o § 70 I, n.ºs. 7 e 8 LG 1980, na redação dada pela lei de 6 de novembro de 1984 (GVBl., p. 663), os não cumprimentos das restrições de cavalgada do § 50 I e II e da obrigação de sinalização do § 51 I LG 1980 são passíveis de multa.

II. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida somente em parte.

1. – 5. (...).

C.

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

I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Na decisão dessa questão, o Tribunal Constitucional Federal não se limita a examinar a interpretação de normas federais pelos tribunais especializados no processo originário segundo os princípios que foram desenvolvidos para o controle de constitucionalidade da aplicação de direito ordinário em decisões judiciais (cf. BVerfGE 18, 85 [92 *et seq.*]). Esses princípios fariam com que o exame da validade da norma estadual, que deve ocorrer de forma indireta na decisão, pudesse ser feito apenas em parte: se, em um outro caso, um tribunal especializado interpretasse a norma federal de outra forma, o que não lhe poderia ser proibido – conquanto o Tribunal Constitucional Federal não tenha ele mesmo decidido sobre a interpretação – a norma estadual teria que ser novamente avaliada, possivelmente com outro resultado. Isso, mesmo indiretamente, não seria compatível com o sentido do controle normativo. A decisão sobre se a norma estadual é válida ou não, deve ser definitiva; com isso, o parâmetro de exame – aqui,

portanto, o conteúdo da regulamentação federal – deve estar definido. Neste sentido, o próprio Tribunal Constitucional Federal sempre interpretou as normas federais, no contexto do Art. 100 I 2 (2ª alternativa) GG, no exame do direito estadual, usando como parâmetro o direito federal (BVerfGE 25, 142 [149 *et seq.*]; 66, 270 [282 *et seq.*]; 66, 291 [307 *et seq.*]). Não é visível um motivo objetivo para proceder de outra forma no controle incidental de constitucionalidade.

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

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

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

aa) – cc) (...).

c) (...).

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

a) A norma questionada atende ao princípio da proporcionalidade.

Ela é estruturada com uma separação contínua do “trânsito de lazer” na floresta, de tal forma que são destinadas trilhas separadas para os cavaleiros, de um lado, e para os demais cidadãos em busca de lazer (sobretudo pedestres e ciclistas), de outro lado. Como

o governo estadual justificou, o legislador quis evitar sobretudo os perigos e outros prejuízos que resultam para caminhantes em busca de lazer de um encontro com cavalos, e aqueles que decorrem do revolvimento do solo da floresta provocado pela cavalgada. Com isso, o legislador perseguiu um propósito que não é somente constitucionalmente legítimo enquanto escopo ligado ao bem comum, como também cuja justificação pode ser derivada diretamente do Art. 2 I GG. Tendo tentado com a separação de cavaleiros e outros cidadãos em busca de lazer organizar diversas formas de atividade da liberdade geral de ação, ele se dedicou a uma tarefa que está disposta na própria norma de direito fundamental, e que está prevista no Art. 2 I GG com a referência ao direito de outrem.

Não pode ser constatado que o legislador tenha partido de diagnósticos claramente equivocados ao perseguir esse objetivo. Ele pôde basear-se nas experiências acumuladas durante a vigência da norma anterior. O governo estadual explicou, nesse sentido, que os encontros com cavalos provocam em muitas pessoas que buscam descanso uma sensação de ameaça, e que podem ocorrer situações sérias de perigo para pedestres causadas por cavaleiros, principalmente em trilhas mais estreitas nas florestas. Finalmente, o próprio reclamante admite isto quando supõe colisões de interesses entre cavaleiros e outras pessoas nas proximidades de regiões industriais densamente povoadas. De qualquer forma, sua afirmação de que seria uma alegria para a maioria das pessoas em busca de lazer ver cavalos em movimento na natureza não pode valer para um encontro em um espaço estreito.

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

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

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

b) – c) (...).

II.

(...)

(ass.) *Herzog, Niemeyer, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich*

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

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

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

Da gênese da Constituição não se depreende, ao contrário da posição geralmente defendida, que, no caso do Art. 2 I GG, a intenção teria sido outra. É verdade que a comissão de redação do Conselho Parlamentar [*Parlamentarischer Rat* = Assembléia Nacional Constituinte que precedeu a *Grundgesetz*] propôs a seguinte redação, baseada na formulação do Projeto de *Herrenchiemsee*: “Todos têm a liberdade de fazer e deixar de fazer o que bem entenderem, [desde que] não firam o direito de outrem e não infrinjam a ordem constitucional ou lei moral”. Contudo, justamente esta fórmula não se tornou direito constitucional, mas – abandonando a liberdade de ação não especificada – a redação da comissão principal, na qual o comportamento não especificado do indivíduo foi substituído pelo “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, uma vez que a formulação da [anterior] comissão de redação, do ponto de vista lingüístico, não expressava adequadamente o que se queria proteger, segundo a opinião da maioria (cf. JöR N.F. vol. 1, p. 55 *et seq.*; *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, p. 51 *et seq.*).

Se o Tribunal Constitucional Federal transformou novamente esse direito em autorização para se fazer e deixar de fazer o que bem se entender na decisão *Elfes* (BVerfGE 6, 32), parecem ter sido dois os motivos decisivos: por um lado, o fato de que se tratava de decidir sobre um direito à liberdade não insignificante, direito esse que não podia ser associado a nenhum direito fundamental específico, especialmente não ao Art. 11 GG, mas que, se fosse o caso, gozava de proteção de direito fundamental apenas como parte do desenvolvimento de personalidade. De outro lado, o fato de que o tribunal, ao interpretar o Art. 2 I GG, se viu diante da alternativa de entender como livre desenvolvimento da personalidade ou “a liberdade humana de ação em seu sentido mais

amplo possível” ou “a proteção de um mínimo grau dessa liberdade de ação ..., sem o qual o ser humano não consegue absolutamente desenvolver sua essência como pessoa intelecto-moral” (BVerfGE, *op.cit.*, p. 36).

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

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

Para embasar essas posições de direito fundamental concretas, derivadas do Art. 2 I GG, o Tribunal Constitucional Federal sempre se baseou em sua relevância para o desenvolvimento da personalidade (cf. *Scholz*, AöR 100, p. 80, 265). Dessa maneira, ele também conseguiu acompanhar as novas ameaças ao desenvolvimento da personalidade que surgem especialmente do progresso técnico-científico. O Art. 2 I GG mostra-se aqui, em sua formulação não específica, como um direito fundamental bastante aberto à adaptação da proteção da personalidade a condições variáveis e, portanto, pode preencher lacunas impossíveis de serem preenchidas pelos direitos especiais de liberdade (BVerfGE

54, 148 [153]). Assim, o Art. 2 I GG pode ser encarado de fato como “direito fundamental subsidiário” (*Auffanggrundrecht*), mas não como direito fundamental subsidiário que protege qualquer ação humana pensável que já não seja protegida por um direito fundamental especial, e sim como um direito fundamental subsidiário para a proteção de “elementos constitutivos da personalidade” (BVerfGE, *op. cit.*) que não foram protegidos por direitos especiais de liberdade.

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

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

Tal amplitude de controle até já acompanha todas as Reclamações Constitucionais admitidas, pois o indivíduo precisa tolerar apenas aquelas intervenções nos direitos fundamentais com base legal, e como base de intervenção suficiente vale apenas a lei que está de acordo com a Constituição formal e materialmente. Porém, as Reclamações Constitucionais fora do Art. 2 I GG só podem ser interpostas em âmbitos delineados,

definidos tematicamente e abranger via de regra apenas leis que têm efeito justamente sobre o direito fundamental atingido. Um direito fundamental para qualquer tipo de comportamento, irrestrito em sua área de proteção, suspende essa restrição e deixa que o interesse próprio de agir (*Selbstbetroffenheit*)²³⁷ do reclamante, em razão de um ato estatal que o onera, seja suficiente para que, por meio da Reclamação Constitucional, enseje o controle normativo pleno.

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

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

Os pontos de referência para a fixação de limites resultam, sobretudo, dos chamados direitos da liberdade. Os bens protegidos, que são abrangidos pelo Art. 2 I GG, devem ser equiparados aos objetos protegidos a que se referem aqueles direitos de liberdade

²³⁷ Cf. Cap. Introdução, II. 3. e) bb).

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

A cavalgada na floresta não atende a essas exigências, tampouco, como, p.ex., a alimentação de pombos em áreas públicas (nesse sentido todavia: BVerfGE 54, 143). Não resta dúvida de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não deve cessar no âmbito do lazer, mas encontra aqui uma possibilidade de concretização cada vez mais importante em face da redução do tempo de trabalho na semana e na vida e ao paralelo prolongamento do tempo [da expectativa] de vida. Com isso, porém, não é qualquer modalidade, associada a esse âmbito da vida, que se encontra sob proteção de direito fundamental. O desenvolvimento da personalidade individual não depende da possibilidade de cavalgar na floresta. Por isso, a Reclamação Constitucional deve ser julgada improcedente, não porque os §§ 50 e 51 da Lei Estadual da Renânia do Norte – Vestfália, contra os quais ela se dirige, sejam compatíveis com o Art. 2 I GG, mas porque eles nem sequer atingem a área de proteção deste direito fundamental.

(ass.) *Grimm*

20. BVERFGE 65, 1 (VOLKSZÄHLUNG)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 15/12/1983

MATÉRIA:

Por meio da Lei do **Censo** (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), ordenou-se, no início de 1983, o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. O objetivo declarado da lei era, por

meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios. O último censo havia acontecido em 1970. A Lei do Censo de 1983 listava os dados que deviam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.

Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). O TCF considerou presentes as condições processuais das Reclamações Constitucionais (julgadas conjuntamente), pois os reclamantes seriam, em grande parte, própria, direta e atualmente atingidos. O pressuposto “ser diretamente atingido” foi, no entanto, relativizado: embora o ato executório fosse o levantamento do dado em si, quando esse ocorresse, a potencial violação, nesse caso, seria necessariamente irreversível. No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa.

1. Tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade previsto no Art. 2 I GG c. c. o Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

2. As restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade.

3. No que tange às exigências constitucionais para essas restrições, deve-se distinguir entre dados pessoais que são levantados e manipulados individualmente, não anonimamente, e aqueles que são destinados a objetivos estatísticos.

No levantamento de dados para propósitos estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta de propósito dos dados. Mas dentro do sistema de informação devem existir barreiras respectivas para compensação, em contraposição ao levantamento e manipulação da informação.

4. O programa de levantamento de dados da Lei de Recenseamento de 1983 (§ 2 I a VII, §§ 3 a 5) não leva a um registro e catalogação da personalidade incompatível com a dignidade humana; ele atende também aos princípios da clareza normativa e da proporcionalidade. Contudo, são necessárias, para garantia do direito à autodeterminação sobre informação, medidas adicionais processuais para a realização e organização da pesquisa.

5. A regulamentação sobre comunicação prevista no § 9 I a III da Lei do Recenseamento de 1983 (entre outro, atualização do registro de moradores) infringe o direito geral da personalidade. A comunicação dos dados para fins científicos (§ 9 IV da Lei do Recenseamento de 1983) é compatível com a *Grundgesetz*.

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

após audiência de 18 e 19 de outubro de 1983

– 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 –

(...)

Dispositivo da decisão

1. Os § 2 I a VII e §§ 3 a 5 da Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983), de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), são compatíveis com a *Grundgesetz*, mas o legislador deve providenciar

- regulamentação complementar sobre a organização e procedimento do recenseamento.
2. O § 9 I a III da Lei de Recenseamento de 1983 é incompatível com o Art. 2 I c. c. o Art. 1 I GG, e, assim, é nulo.
 3. Os direitos fundamentais dos reclamantes, decorrentes dos Art. 2 I e Art. 1 I GG, foram violados pela Lei do Recenseamento de 1983 em seus números 1 e 2. De resto, as Reclamações Constitucionais são improcedentes.
 4. A República Federal da Alemanha deve reembolsar aos reclamantes as despesas necessárias.

RAZÕES

A.

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

I. – IV. (...)

B.

I. – II. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são, na parte admitida,
parcialmente procedentes.

I.

(...)

II.

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

1. a) No centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro de uma sociedade livre. À sua proteção serve – além de garantias especiais de liberdade – o direito geral da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, que ganha importância principalmente em vista do desenvolvimento moderno e das novas ameaças à personalidade humana, associadas àquele desenvolvimento (BVerfGE 54, 148 [153]). As concretizações feitas até hoje pela jurisprudência não circunscrevem o conteúdo do direito da personalidade de forma taxativa. Abrange, como já indicado na decisão BVerfGE 54, 148 [155], desenvolvendo decisões anteriores (como:

BVerfGE 27, 1 [6] *Mikrozensus* = “micro-censo”; 27, 344 [350 s.] – *Scheidungsakten* = “autos do processo de divórcio”; 32, 373 [379] – *Arztkartei* = “ficha médica”; 35, 202 [220] – *Lebach*, 44, 353 [372 s.] – *Suchtkrankenberatungsstelle* = “Centro de Orientação para Viciados”), também o poder do indivíduo, decorrente da idéia de autodeterminação, de decidir em princípio por si próprio, quando e dentro de que limites fatos pessoais serão revelados (também: BVerfGE 56, 37 [41 *et seq.*] – *Selbstbeziehung* = “auto-acusação”; 63, 131 [142 s.] – *Gegendarstellung* = “direito de resposta”).

Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo porque em processos decisórios não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostos manualmente. Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal sobre a Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação –, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos.

Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembléia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art. 8, 9 GG)²³⁸. Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.

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

b) Esse direito à “autodeterminação sobre a informação” não é garantido ilimitadamente. O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre “seus” dados; ele é muito mais uma personalidade em desenvolvimento, dependente da comunicação, dentro da comunidade social. A informação, também quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado exclusivamente ao indivíduo atingido [por causa da demanda de informações do Estado ou de terceiros]. A *Grundgesetz*, como frisado várias vezes na jurisprudência do TCF, decidiu o conflito indivíduo – comunidade, orientado pela vinculação à coletividade da pessoa e sua participação interdependente na [mesma] coletividade²³⁹ (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 s.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). Por isso, em princípio o indivíduo tem que aceitar limitações de seu direito à autodeterminação sobre a informação em favor do interesse geral predominante.

Essas limitações necessitam, nos termos do Art. 2 I GG – como se reconheceu acertadamente no § 6 I da Lei Federal de Estatística –, de base legal constitucional, da qual resultam de forma clara e reconhecível para o cidadão os pressupostos e a extensão

²³⁸ Quais sejam, nesse caso, respectivamente liberdade de reunião e liberdade de associação profissional.

²³⁹ *Gemeinschaftsgebundenheit* e *Gemeinschaftsbezogenheit* do indivíduo constituem o paradigma social próprio da tradição alemã, que se contrapõe ao individualismo da tradição calvinista anglo-saxã. A radicalização histórica deste paradigma se deu no “princípio do povo” (*Völkprinzip*) vigente no terceiro Reich. Na ordem constitucional instaurada pela *Grundgesetz*, porém, a liberdade individual impõe sempre limites também e precipuamente à ação do Estado em prol da coletividade, o que não significa totalizar o indivíduo. A fórmula proposta sintetizada por esses dois conceitos é o compromisso entre os dois extremos, positivado constitucionalmente por meio do sistema de reservas legais existente na *Grundgesetz*.

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

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

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

a) Até o presente momento se reconhece que o levantamento obrigatório de dados relativos à pessoa não é admissível de forma irrestrita, especialmente quando tais dados devem ser utilizados para a função administrativa (p.ex., para tributação ou

concessão de benefícios sociais). Dessa forma, o legislador já previu diversas medidas para proteção do atingido, que apontam para a direção do cumprimento dos preceitos constitucionais (cf., p.ex., as normas das leis de proteção de dados federais e estaduais: §§ 30, 31 AO²⁴⁰ (Código Tributário); § 35 do Primeiro Livro do Código Social – SGB I²⁴¹, associado aos §§ 67 a 86 SGB X).

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

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

O uso dos dados está restrito à finalidade prevista em lei. Já tendo em vista os perigos do processamento eletrônico de dados, é necessária uma proteção – que não pode ser enfraquecida pela cooperação administrativa (*Amtshilfefest*)²⁴² – contra o afastamento do propósito inicial de levantamento de dados, mediante proibição de transmissão e de utilização. Outras medidas processuais essenciais de proteção são os deveres de esclarecimento, informação e apagamento dos dados.

A participação de responsáveis pela proteção de dados independentes (*Datenschutzbeauftragte*) é de vital importância para uma proteção eficiente do direito à autodeterminação sobre a informação, por causa da falta de transparência para o cidadão

²⁴⁰ Sigla de *Abgabenordnung*.

²⁴¹ O *Sozialgesetzbuch* é dividido em vários livros. Os algarismos romanos designam o respectivo livro.

²⁴² Dá-se o nome de *Amtshilfe* (literalmente “ajuda oficial”) à cooperação entre mais de um órgão da Administração Pública, no sentido de trocarem informações, muitas delas de natureza pessoal. Essa possibilidade é regulamentada e, em grande medida, limitada pela legislação de proteção de dados alemã, como mostra inclusive essa passagem da presente decisão.

na armazenagem e uso dos dados, no contexto do processamento eletrônico de dados, e também visando a proteção legal antecipada por meio de medidas tempestivas eficazes.

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

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

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

bb) Se a diversidade das possibilidades de uso e associação de dados não é determinável antecipadamente, pela natureza da estatística, são necessários limites compensatórios no levantamento e no uso da informação dentro do sistema de informação. É necessário criar condições de manipulação claramente definidas que garantam que o indivíduo não se torne um simples objeto de informação, no contexto de um levantamento e manipulação automáticos dos dados relativos à sua pessoa. Ambas as coisas, a falta de vinculação a um propósito definido, reconhecível e compreensível a qualquer momento,

e o uso multifuncional dos dados, fortalecem as tendências que devem ser identificadas e restringidas pelas leis de proteção aos dados, que concretizam o direito garantido constitucionalmente à autodeterminação sobre a informação. Justamente porque faltam desde o início limites relativos à definição de propósitos quanto ao volume de dados, os recenseamentos já trazem tendencialmente consigo o perigo – destacado na decisão do micro-censo (BVerfGE 27, 1 [6]) – de um registro e catalogação dos cidadãos hostis à proteção de sua personalidade. Por isso, devem ser feitas exigências [procedimentais] – em prol da proteção do direito da personalidade do cidadão obrigado a fornecer informações – no levantamento e processamento de dados para fins estatísticos.

Sem prejuízo do caráter multifuncional do levantamento e processamento dos dados para fins estatísticos, é pressuposto que eles aconteçam apenas como ajuda na realização de tarefas públicas. Também não é todo dado que pode ser neste contexto exigido. Mesmo no levantamento de dados individuais que serão utilizados para fins estatísticos, o legislador deve examinar, ao ordenar o dever de informação, se eles podem causar para o cidadão o perigo da discriminação social (p.ex. como viciado em drogas, com antecedentes criminais, doente mental, anti-social) e se o objetivo da pesquisa não pode ser alcançado também com uma averiguação anônima. Isso poderia ser o caso na hipótese legal do levantamento de dados previsto pelo § 2 VIII da Lei do Recenseamento 1983, segundo o qual o recenseamento de população e de profissão no âmbito de instituições penais constata a condição de preso ou de funcionário ou de parentesco de funcionário. Essa pesquisa deve fornecer referências sobre a ocupação das instituições (BTDrucks²⁴³. 9/451, p. 9). Tal objetivo pode ser alcançado – abstraindo-se o perigo de discriminação social – também sem referências pessoais. Basta que o diretor da instituição seja obrigado a comunicar no dia do recenseamento o número de pessoas que possuam as características enumeradas no § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983, sem qualquer referência à pessoa individual. Um levantamento de dados pessoais do conjunto de fatos do § 2 VIII da Lei do Recenseamento de 1983 já seria, por isso, uma violação do direito da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG.

Para garantir o direito de autodeterminação sobre a informação, são necessárias precauções especiais quanto à realização e organização do levantamento e processamento de dados, já que as informações durante a fase do levantamento de dados – e em parte

²⁴³ Sigla usual de *Bundestagdrucksachen* = Registro das discussões parlamentares/anais dos trabalhos legislativos do *Bundestag*.

também durante ao arquivamento – ainda são individualizáveis; simultaneamente são necessárias regras de eliminação para aquelas informações que foram exigidas como informações auxiliares (dados de identificação) e que possibilitariam facilmente uma quebra do anonimato, como nome, endereço, número de identificação e lista do recenseamento (cf. também 11 § 7 I da Lei Federal de Estatística). De especial importância para os levantamentos estatísticos são as eficazes regras de bloqueio em face do mundo exterior. Para a proteção do direito de autodeterminação sobre a informação é imprescindível a manutenção em sigilo absoluto dos dados individuais obtidos para fins estatísticos – e já desde o processo de levantamento – enquanto existir uma referência pessoal ou esta puder ser produzida (segredo estatístico); o mesmo vale para a obrigação de tornar, o mais cedo possível, anônimos (de fato) os dados, associada a precauções contra a quebra do anonimato.

Enquanto, ainda que por um tempo limitado, a estatística estiver revelando referências pessoais, só sua separação mediante o anonimato dos dados e sua manutenção em sigilo, a ser legalmente garantida e exigida pelo direito à autodeterminação sobre a informação, autoriza o acesso dos órgãos públicos às informações necessárias para as tarefas de planejamento. Apenas estando presente essa condição é possível, e pode-se esperar do cidadão, que as informações dele exigidas coercitivamente sejam dadas por ele. Se dados pessoais que foram levantados para fins estatísticos pudessem ser transmitidos a terceiros contra a vontade ou sem conhecimento do atingido, isso não apenas limitaria de forma inadmissível o direito constitucionalmente garantido de autodeterminação sobre a informação, mas também ameaçaria a estatística oficial prevista e com isso protegida pela própria *Grundgesetz* em seu Art. 73 XI. Para que a estatística oficial cumpra seu papel, é necessário o maior grau possível de exatidão e veracidade dos dados coletados. Esse objetivo somente será atingido se for criada no cidadão, que é obrigado a fornecer informações, a confiança necessária na proteção de seus dados coletados para fins estatísticos, sem a qual não se pode contar com sua prontidão em fornecer dados verdadeiros (correta a fundamentação do governo federal sobre o projeto da Lei do Recenseamento de 1950, cf. *BTDrucks.* 1/1982, p. 20 sobre o § 10). Uma ação governamental que não se esforçasse pela formação de tal confiança, por meio da transparência do processo de processamento de dados e de sua estrita proteção, levaria a longo prazo à decrescente prontidão para cooperação, porque surgiria a desconfiança [sobre o modo de processamento e o próprio destino dos dados]. Como a coerção do Estado só pode ser eficaz de forma limitada, a ação estatal que ignore os interesses do

cidadão parecerá eventualmente vantajosa somente em curto prazo; em longo prazo levará a uma redução do volume e da exatidão das informações (*BTDrucks. 1/982, op cit.*). Como a crescente complexidade do mundo ambiente (*Umwelt*)²⁴⁴, tão característica das sociedades altamente industrializadas, só pode ser decifrada e processada para fins públicos com ajuda de uma estatística confiável, colocar a estatística oficial em risco significa enfraquecer um importante pressuposto de política social. Se a tarefa do Estado de “planejamento” só pode ser garantida por meio da proteção da estatística, o princípio de se garantir o quanto antes sigilo e anonimato dos dados é exigido não apenas para proteção do direito individual de autodeterminação sobre a informação, mas também é constitutivo para a própria estatística.

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

Uma eventual transmissão (entrega) dos dados que não sejam anônimos nem tenham sido processados estatisticamente - portanto, que sejam ainda pessoais - encerra problemas especiais. Os levantamentos de dados para fins estatísticos abrangem também dados individualizados de cada cidadão, que não são necessários para os fins estatísticos e que – disso devendo poder partir o cidadão questionado – servem apenas como auxiliares no processo de pesquisa. Todos esses dados podem até ser transmitidos a terceiros por força de expressa autorização legal, se e na medida em que isso aconteça para o processamento estatístico por parte de outras autoridades, e para que as medidas prescritas em prol da proteção do direito da personalidade, principalmente o sigilo estatístico e o princípio do anonimato sejam, tão logo possível, garantidas de maneira confiável, tanto

²⁴⁴ A tradução de *Umwelt* como “mundo ambiente” justifica-se para se evitar o erro de intelecção a que o leitor lusófono poderia ser induzido com a mezinha tradução “meio ambiente”, ainda normalmente ligada ao significado de meio ambiente “natural”. Porém, “*Umwelt*”, em alemão, é significante também para “meio ambiente social”, designando, sobretudo depois dos reconhecimentos da teoria sistêmica, o ambiente onde os diversos sistemas sociais se encontram e eventualmente se comunicam, ou seja, o espaço onde está compreendida toda a complexidade do mundo.

na organização e procedimento quanto nos órgãos estatísticos federais e estaduais. A transmissão a terceiros dos dados levantados para fins estatísticos, não anônimos nem processados estatisticamente para fins de execução administrativa, pode, ao contrário, intervir de forma inadmissível no direito de autodeterminação sobre a informação (cf. no mais abaixo: C. IV. 1.).

III. – VI. (...)

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

21. BVERFG 38, 281

(ARBEITNEHMERKAMMERN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo 18/12/1974

MATÉRIA:

Contra leis dos Estados-membros de *Bremen* e *Saarland* que prescreviam a obrigatoriedade de filiação em entidades de classe profissionais de empregados, as assim chamadas **Câmaras de Empregados** (*Arbeitnehmerkammern*), as quais contam na Alemanha com uma tradição que remonta ao Séc. XIX, voltaram-se dois cidadãos alemães mediante Reclamações Constitucionais diretas e também contra decisões judiciais que aplicaram seus dispositivos.

Em suas Reclamações Constitucionais, os reclamantes alegaram, entre outros pontos, que as referidas leis violavam seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 2 I, 9 e 9 III GG. O TCF julgou as reclamações improcedentes. Como parâmetro do exame tomou tão somente o Art. 2 I GG, pois o Art. 9 GG sequer teria sido tangenciado. A intervenção no direito de livre desenvolvimento da personalidade, perpetrada pelas leis em pauta, foi considerada como justificada pelo TCF.

As leis dos Estados de *Bremen* e *Saarland* (Sarre) sobre a instituição de Câmaras de Empregados como corporações de direito público, com filiação obrigatória de todos os empregados, são compatíveis com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 18 de dezembro de 1974
–1 BvR 430/65 und 259/66 –
(...)

RAZÕES

A.

(...)

B.

(...)

C.

As Reclamações Constitucionais são improcedentes.

I.

Os reclamantes sentem-se prejudicados por serem obrigados por lei a se associarem, como membros, a uma corporação de direito público, cuja necessidade contestam. A questão de se saber a qual direito fundamental eles podem se remeter para sustentar sua opinião foi respondida pelo Tribunal Constitucional Federal em jurisprudência consolidada da seguinte forma: os limites constitucionais a uma filiação obrigatória em uma associação de direito público não decorrem do Art. 9, mas tão somente do Art. 2 I GG. Na decisão de 29 de julho de 1959 (BVerfGE 10, 89) consta o seguinte (p. 102):

“...não se pode responder à questão sobre os limites constitucionais de uma filiação obrigatória em uma associação de direito público a partir do Art. 9 GG, pois essa disposição garante apenas a liberdade de fundar associações de direito privado, nelas ingressar ou delas se afastar. Mas o Art. 2 I GG mostra que essa filiação obrigatória só é possível dentro da ordem constitucional. Segundo ela, associações de direito público só podem ser fundadas para que sejam cumpridas *legítimas* tarefas públicas. Mas faz parte do poder discricionário do legislador a decisão sobre quais dessas tarefas o Estado não cumpre por meio de órgãos da Administração Pública direta, mas por meio de institutos ou pessoas jurídicas de direito público fundadas exclusivamente para tal. O Tribunal Constitucional Federal só pode examinar se o legislador respeitou os limites de sua discricionariedade. Portanto, o Tribunal Constitucional Federal não tem que verificar se a escolha da forma de organização foi adequada ou necessária.

Também em decisões posteriores (BVerfGE 10, 354 [361 s.]; 12, 319 [323]; 15, 235 [239] respeita-se essa posição, que encontra aprovação sobretudo na literatura jurídica especializada (*von Mangoldt e Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2^a ed. comentário III/6 [p. 320] sobre o Art. 9; *Maunz, Dürig e Herzog*, Grundgesetz, n^o de margem 41, 44 sobre o Art. 9; *von Münch*, in: Bonner Kommentar, segunda revisão [1966], comentário 52 sobre o Art. 9 com maiores informações; *Friauf* em publicação em homenagem a *R. Reinhardt*, 1972, p. 389 *et seq.*, especialmente Capítulo III).

No Art. 9 I GG está garantida ao indivíduo a liberdade – limitável apenas pelo Art. 9 II GG – de formar, por iniciativa privada, associações de qualquer tipo, de fundá-las, mas também de delas se afastar e delas se desligar. É diferente quando o Estado decide para o bem comum fundar por força de lei uma pessoa jurídica de direito público como associação de pessoas à qual um certo grupo de cidadãos tem que pertencer para que suas tarefas sejam adequadamente cumpridas. Naturalmente, o Estado não pode fazê-lo de forma ilimitada. Sua lei deve fazer parte da “ordem constitucional”, isto é, deve ser compatível formal e materialmente com a *Grundgesetz* (BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*, especialmente 41]). Também deve atender à exigência do Estado de direito que compreende o princípio da proporcionalidade da intervenção estatal. No presente contexto, isso significa que o legislador, tendo em vista a presunção de liberdade fundamental do Art. 2 I GG e a prerrogativa da livre associação decorrente do Art. 9 I GG, deve examinar cuidadosamente a necessidade da fundação de pessoas jurídicas de direito público. Para o cidadão, decorre do Art. 2 I GG o direito de não ser coagido à filiação obrigatória por pessoas jurídicas “desnecessárias” (BVerfGE 10, 89 [99]).

II.

(...)

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

O juiz Dr. *Böhmer* estava impedido de assinar

Dr. *Benda*, Dr. *Simon*

22. BVERFG 90, 145
(CANNABIS)

Controle Concreto / Reclamação Constitucional
contra decisão judicial

09/03/1994

MATÉRIA:

Nessa decisão, o TCF julgou conjuntamente várias Apresentações Judiciais (controle concreto) e uma Reclamação Constitucional, que questionavam basicamente a constitucionalidade da tipificação penal, entre outros, da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *canabis sativa L* do § 29 I BtMG (Lei de Entorpecentes). Os tribunais apresentantes e os reclamantes alegaram violação principalmente do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG, mas também do Art. 3 I GG (igualdade: por causa da legalidade de outras substâncias, no seu entendimento tão ou mais nocivas à saúde pública como a nicotina e o álcool) e até mesmo do Art. 2 II 1 GG (incolumidade física – cf. abaixo).

O TCF julgou presentes as condições processuais da maioria das apresentações judiciais e da Reclamação Constitucional para, no mérito, confirmar a constitucionalidade dos dispositivos questionados e julgar improcedente a Reclamação Constitucional.

O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de “ficar em êxtase” (*Recht zum Rausch*). Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez [que era considerada] proporcional em sentido estrito (C. I.). Com veemência, o TCF rejeitou a tese defendida por alguns tribunais apresentantes, segundo a qual a proibição representaria uma intervenção no Art. 2 II 1 GG (incolumidade física) c.c. Art. 1 I 2 GG (dever estatal de tutela), uma vez que a proibição faria com que os potenciais usuários da droga considerada mais leve passassem a consumir outras drogas legais como o álcool: “O dever estatal de tutela seria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de cannabis não fosse criminalizada,

[só] porque outros estupefacientes não subordinados à Lei de Entorpecentes poderiam (...) causar maiores danos à saúde” (C. II.). Finalmente, o TCF não viu uma violação do mandamento de igualdade do Art. 3 I GG, porque o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Primeiro, porque, junto à seleção de fatos aos quais o legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele tem uma ampla margem discricionária, valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional. Em segundo lugar, e como consequência do primeiro fundamento, o preceito da igualdade não ordena a proibição ou permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade. A “lista positiva”²⁴⁵ do anexo à lei poderia ser a todo momento complementada, assim como exceções poderiam ser previstas. Como critério para a introdução de substâncias na lista, o legislador poderia, entre outros, partir do significado cultural da substância em pauta. Enquanto a comparação com a nicotina já seria inapropriada pelo simples fato da nicotina não entorpecer (não levar ao “*Rausch*”, àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial) como o faria o princípio ativo THC da planta *canabis sativa L.*, a comparação com o álcool, uma droga que, como amplamente conhecido, altera a percepção sensorial, sendo que um elevado estado de embriaguez pode ser considerado muito mais intrépido (comprometendo, por exemplo, totalmente a capacidade motora e conseqüentemente também a capacidade para direção de automóveis) do que o estado de entorpecimento alcançado pelo uso de cannabis, foi refutada pelo TCF com o seguinte problemático argumento: O álcool gozaria de longa tradição no círculo cultural europeu, seria usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho. Pelo contrário, a cannabis seria usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “*Rausch*”. No caso do uso do álcool, como seu efeito inebriante é em geral conhecido, sendo submetido a um maior “controle social”, a ameaça à coletividade seria menor. No mais, de qualquer sorte em face da tradição apontada, nem o legislador alemão nem o europeu poderia proibir de forma eficaz a relação com o álcool (C. III.).

²⁴⁵ A lista nomeia taxativamente as substâncias proibidas, permitindo todas as demais.

Todavia, a decisão não foi unânime. Dois juízes divergiram da maioria no Segundo Senado. A primeira opinião divergente, da juíza *Grabhof*, foi relativa tão somente à parte da fundamentação (cf. abaixo) e não à conclusão. Já a segunda opinião divergente, do Juiz *Simon*, contestou a conclusão da maioria no Senado, considerando que o dispositivo penal da Lei de Entorpecentes, já quando previsto e depois também, quando aplicado e executado em face da relação com *canabis sativa* L em pequenas quantidades, viola o direito fundamental derivado do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG. Em três passos, o Juiz *Simon* discutiu criticamente com os fundamentos da maioria no Segundo Senado, alegando, primeiramente, tratar-se de uma intervenção de grande intensidade (I.), para, no segundo momento, demonstrar que a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito) não fora respeitada (II.) e, finalmente (III.), que esse desrespeito não pôde ser excluído com as chamadas cláusulas de privilégio (desistência da persecução penal, da aplicação da pena ou trancamento da ação).

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

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

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

b) Numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito). Do exame, com base nesse parâmetro, pode resultar que um meio, em si adequado e necessário para a proteção de bens jurídicos, não possa ser empregado, porque os prejuízos

infligidos aos direitos fundamentais do atingido superam claramente o aumento da proteção dos bens jurídicos [aos quais o meio empregado deve servir], de modo que a utilização do meio de proteção se apresente como inapropriada [“*unangemessen*”: inconveniente, desproporcional em sentido estrito]²⁴⁶.

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

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

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

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

A.

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

²⁴⁶ O termo “*angemessen*” muitas vezes traduzido como “adequado” (tradução lingüística literal) é utilizado na dogmática, com efeito, como proporcionalidade em sentido estrito, não se confundindo com o princípio da adequação (*Geeignetheitsprinzip*), que ordena uma certa qualidade empírica do meio utilizado, qual seja, ele deve, com base na experiência passada autorizar o prognóstico de que levará ao alcance do propósito almejado, que hoje, portanto, fomentará tal alcance. Sobre essas diferenciações: MARTINS (2003: 33 *et seq.*).

I. – III. (...)

B.

(...)

C.

Os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes apresentados para o exame constitucional, tanto quanto forem objeto de uma apresentação judicial admitida [porque presentes as suas condições e pressupostos processuais], são compatíveis com a *Grundgesetz*²⁴⁷. A punibilidade do envolvimento ilícito com produtos de cannabis, principalmente o haxixe, não infringe nem o Art. 2 II 1 GG, nem o Art. 3 I GG, e, em princípio, também não o Art. 2 I c.c. o Art. 2 II 2 GG.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

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

O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 6, 32 [41]); 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]).

²⁴⁷ A ressalva de natureza processual tem um sentido bastante simples: sobre as partes das Apresentações Judiciais não admitidas (cujas condições e pressupostos processuais não estão presentes), o TCF não decidiu, não se produzindo os efeitos da coisa julgada, do vínculo dos demais órgãos constitucionais ou da força de lei (§ 31 BVerfGG). Cf. **Cap. Introdução, IV. 3.**

Sob ordem constitucional devem ser entendidas todas as normas jurídicas que estão formal e materialmente em harmonia com a Constituição (BVerfGE 6, 32 *et seq.*; jurisprudência consolidada). As limitações da liberdade geral de ação, com base em tais normas, não ferem o Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 34, 369 [378 s.]; 55, 144 [148]). Não existe um “direito ao êxtase”, que não estaria submetido a essas restrições.

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

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

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173, 176]). Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, bem como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal—dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo—poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

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

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 80, 244 [255] com outras indicações).

2. a) Com a atual Lei de Entorpecentes vigente, bem como o fez com suas precursoras, o legislador persegue a finalidade de proteger a saúde humana, tanto a do indivíduo como a da população em sua totalidade, dos perigos oriundos dos entorpecentes e defender a população, sobretudo a juvenil, da dependência dos entorpecentes. (...).

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

(...).

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

b) Segundo a avaliação do legislador, os riscos à saúde que se originam a partir do consumo dos produtos de canabis são consideráveis (...).

(...).

c) A avaliação original do legislador dos perigos à saúde é, hodiernamente, polêmica. Entretanto, também a hipótese da falta de periculosidade no consumo dos produtos de canabis que norteiam as apresentações judiciais [que ensejaram o controle concreto] é insegura.

(...).

Amplio consenso existe em torno do fato de que o consumo de produtos de canabis não causa dependência física (...). Também os danos imediatos à saúde, no consumo moderado, são considerados de baixo risco (...). A isto corresponde o grande número de discretos consumidores de ocasião, assim como o consumidor que se restringe ao consumo de haxixe. No mais, relata-se que o consumo a longo prazo de produtos de canabis poderia provocar alterações comportamentais, como letargia, indiferença, sentimentos de medo, perda da realidade e depressões (...).

Preponderantemente rejeitada é a concepção, segundo a qual canabis teria uma “função de demarcação de passo” para drogas mais pesadas, quando com isso se queira descrever uma propriedade bioquímica dos produtos da canabis (...).

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

3. Embora, sob o ponto de vista atual, os riscos à saúde advindos dos produtos de canabis, se apresentem como menores do que o legislador presumiu por ocasião da promulgação da lei, continuam existindo, porém -também segundo o estágio atual de conhecimento-, perigos e riscos não desconsideráveis, de tal modo que a concepção geral da lei em relação aos produtos de canabis também continua tendo vigência diante da Constituição. Isso resulta das posições das autoridades especializadas da Secretaria da Saúde e da Polícia Criminal Federal (BKA - *Bundeskriminalamt*) colhidas pelo Senado, bem como da respectiva literatura, avaliada pelo Senado – que vai além das apresentações citadas. A concepção legal é no sentido de submeter a um controle estatal abrangente

toda a relação com os produtos de canabis, à exceção do próprio consumo, por causa dos perigos advindos da droga para o indivíduo e para a coletividade, prevendo, para a imposição desse controle, penas sem lacunas para a relação não autorizada com produtos de canabis. Com esse conteúdo, os dispositivos penais da Lei de Entorpecentes são adequados para restringir o alastramento da droga na sociedade e, com isso, diminuir, como um todo, os perigos dela provenientes. Os dispositivos penais são, portanto, adequados para fomentar, em geral, o cumprimento do propósito da lei.

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

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

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

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

(...).

a) – b) (...).

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

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

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

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

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

(...).

c 3) A decisão do legislador de diferenciar um diminuto conteúdo antijurídico e culpável de determinados atos, preponderantemente por uma limitação da imperatividade da persecução, não pode ser contestada constitucionalmente. Para o legislador, oferecem-se dois caminhos, atendendo à proibição de excesso, para considerar um pequeno conteúdo antijurídico e culpável de determinados grupos de casos: ele pode – por exemplo, por meio de tipos penais de privilégio [aproximadamente causas excludentes de ilicitude] – restringir o campo de aplicação da pena ou possibilitar sanções especiais para casos de crimes de bagatela (solução jurídico-material). Mas, ele pode, também, limitar e afrouxar a imperatividade da persecução (solução processual). A proibição de excesso, constitucionalmente ordenada, admite, em princípio, ambas as soluções (cf. BVerfGE 50, 205 [213 *et seq.*]) (...).

d) – f) (...).

6. (...).

II.

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

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

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

Uma vez que a proibição do tráfico de produtos de canabis não obriga ninguém a recorrer a outros entorpecentes que não estão sujeitos à Lei de Entorpecentes, como, por exemplo, o álcool, não há uma intervenção estatal nos bens jurídicos protegidos pelo Art. 2 II 1 GG. A decisão de prejudicar a própria saúde pelo abuso de tais entorpecentes disponíveis no mercado faz parte, pelo contrário, do âmbito de responsabilidade dos próprios consumidores.

O dever estatal de tutela seria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de canabis não fosse criminalizada, porque outras substâncias não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam, circunstancialmente, causar maiores danos à saúde.

III.

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

1. O princípio da igualdade proíbe tratar de maneira diferenciada os essencialmente iguais e determina que os essencialmente desiguais sejam tratados de maneira diferenciada, conforme às suas particularidades. Nesse caso, cabe fundamentalmente ao legislador a seleção dos fatos nos quais ele liga a mesma consequência jurídica, que ele, portanto, quer considerar como iguais no sentido jurídico. O legislador, contudo, deve fazer uma seleção racional (cf. BVerfGE 53, 313 [329]). O que será, no contexto da aplicação do princípio da igualdade, defensável racional ou irracionalmente, não é possível determinar de uma forma geral e abstrata, mas tão somente e sempre com base na particularidade da área concreta que deve ser regulamentada (cf. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; jurisprudência consolidada).

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

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

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

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

Mais ainda: o legislador se vê diante da situação de que ele não pode impedir a apreciação do álcool devido aos costumes de consumo tradicionais da Alemanha e do círculo cultural europeu. Por causa disso, o Art. 3 I GG não ordena que se abdique da proibição da droga canabis.

IV.

(...)

V.

(...)

(ass.) *Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*
Opinião divergente da Juíza *Grabhof* sobre a decisão (*Beschluss*)
do Segundo Senado de 9 de março de 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70,
80/92, 2 BvR 2031/92

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

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

(ass.) *Grabhof*

Opinião divergente do Juiz *Sommer* sobre a decisão (*Beschluss*) do Segundo
Senado de 9 de março de 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR
2031/92

Eu não posso concordar com a decisão do Senado, em face do item 2. do seu dispositivo²⁴⁸, em sua plenitude. A previsão de pena do § 29 I, nº 1, 3 e 5 da Lei de Entorpecentes (BtMG) contra introdução, transporte, aquisição e posse de produtos de cannabis (sobretudo haxixe), também em pequenas quantidades para o consumo próprio, viola o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, ambos combinados com o princípio da proporcionalidade.

Já a previsão de pena enquanto intervenção em direito fundamental – ao lado de sua aplicação e execução – tem um peso especial (I.). Os dispositivos da lei de entorpecentes, na extensão supra caracterizada, já não passam mais hoje, ao contrário da opinião do Senado, pelo crivo do parâmetro da proporcionalidade em sentido estrito (II.). A violação da proibição de excesso não pode ser excluída, [só] porque, segundo prescrito nos dispositivos dos §§ 29 V e 31a BtMG, se pode desistir da [aplicação] da pena ou da persecução processual penal ou porque a ação penal pode ser trancada.

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

(ass.) *Sommer*

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 2 I GG:

HOCHHUTH, Martin . “Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2 Abs. 1 GG”. *JZ* 2002, p. 743 – 752.

KAHL, Wolfgang. *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen*, 2000.

KUKK, Alexander. *Verfassungsrechtliche Aspekte zum Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG), 2000.

SCHLINK, Bernhard. “Das Recht der informationellen Selbstbestimmung”. *Der Staat* 25 (1986), p. 233 – 250.

²⁴⁸ Nesta parte do dispositivo da decisão do TCF, foi corroborada a constitucionalidade de diversos tipos penais envolvendo a introdução, transporte, aquisição e posse de produtos de cannabis.

SUHR, Dieter. Entfaltung des Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Übungsgemeinschaften und des Eigentums, 1976.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 2 I GG:

Além das aqui trazidas, vide também:

- a) **Sobre a liberdade geral de ação:** BVerfGE 20, 150 (154 *et seq.*) – *Sammlungsgesetz*, 54, 143 (144) – *Taubenfütterungsverbot*, 55, 159 (165 *et seq.*) – *Falknerjagdscheirr*, 89, 214 (229 *et seq.*) – *Bürgschaftsverträge*²⁴⁹; 92, 191 (196, 199 *et seq.*) – *Personalienangabe*, 95, 267 (303 *et seq.*) – *Altschulden*, 96, 375 (398) – *Sterilisation*, 97, 271 (285 s.) – *Hinterbliebenenrente II*, 97, 332 (340 *et seq.*) – *Kindergartenbeiträge*, 98, 218 (259) – *Rechtschreibreform*, 99, 1(8) – *Bayerische Kommunalwahlen*, 99, 145 (156) – *Gegenläufige Kinderrückführungsanträge*, 103, 197 (215 *et seq.*) – *Pflegeversicherung I*; 104, 337 (345 *et seq.*, 353 s.) – *Schächtern*, 105, 17 (32 *et seq.*) – *Sozialpfandbrief*.
- b) **Sobre o direito geral de personalidade:** BVerfGE 27, 344 (350 s.) – *Ehescheidungsakten*, 34, 269 (280 *et seq.*) – *Soraya*; 35, 202 (219 *et seq.*, 238 *et seq.*) – *Lebach*²⁵⁰; 54, 148 (151 *et seq.*) – *Eppler*; 54, 208 (217 *et seq.*) – *Bölk*, 79, 256 (268 *et seq.*) – *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 80, 367 (373 *et seq.*) – *Tagebuch*, 92, 191 (197 *et seq.*) – *Personalienangabe*, 95, 220 (241 s.) – *Aufzeichnungspflicht*, 96, 171 (181 *et seq.*) – *Stasi-Fragen*, 97, 125 (146 *et seq.*) – *Carolina von Monaco I*, 97, 228 (268 *et seq.*) – *Kurzberichterstattung*, 101, 106 (121 *et seq.*) – *Akteneinsichtsrecht*, 101, 361 (380 *et seq.*) – *Carolina von Monaco II*, 103, 21 (29 *et seq.*) – *Genetischer Fingerabdruck I*; 104, 373 (387 *et seq.*) – *Ausschluss von Doppelnamen*, 106, 28 (39 *et seq.*) – *Mithörrichtung*.

²⁴⁹ Discussão sobre essa decisão em: MARTINS (2004: 110 s.).

²⁵⁰ Estudado nesta coletânea abaixo (**Decisão 56.**), sob o § 12 (liberdade de radiodifusão).