

**“Georg Elser: herói ou assassino?”: Sobre o controle de constitucionalidade do sancionamento de relatos, “narrativas” e opiniões nocivas às instituições do Estado democrático de direito**

***“Georg Elser: hero or murderer?”: on the constitutionality control of the sanctioning of reports, “narratives” and harmful opinions to the institutions of the democratic rule of law***

Leonardo Martins <sup>1</sup>

 0000-0002-1188-8194

 <http://lattes.cnpq.br/6963079630876141>

**Resumo**

A partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, o artigo propõe sua reconstrução como exercício de avaliação de hipóteses de inconstitucionalidade. A decisão tem como objeto sentença judicial penal condenatória por crime de difamação do Estado democrático de direito em razão de manifestações trazidas em panfleto composto por teorias do chamado revisionismo histórico. A Corte verificou a inconstitucionalidade da condenação penal em razão de uma insuficiente consideração do direito fundamental à liberdade de expressão da opinião e seus limites devida pelo juízo monocrático e tribunal revisor vinculados que são ao Art. 5 I 1 da Constituição alemã. Nas decisões impugnadas, faltou principalmente uma interpretação mais rigorosa, tanto da norma penal aplicável quanto dos fatos (expressões) a ela subsumidos, que poderia ter revelado tratar-se de

**Abstract**

*Based on a decision of the German Federal Constitutional Court, the article proposes its reconstruction as an exercise to evaluate hypotheses of unconstitutionality. The decision has as its subject a criminal sentence for the crime of defamation of the democratic state under the rule of law due to manifestations published in a pamphlet composed of theories of so-called historical revisionism. The Court found the unconstitutionality of the criminal conviction because of insufficient consideration of the fundamental right to freedom of speech and its limits, which must be done by the monocratic court and review court, since both are bound by Article 5 I 1 of the German Constitution. In the contested decisions, there was a lack of a more rigorous interpretation of both the applicable criminal law and the facts (expressions) subsumed in it that could*

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Av. Senador Salgado Filho, 3000, Centro de Convivência Djalma Maranhão, Sala 9, Lagoa Nova, 59078-970, Natal, RN, Brasil. E-mail: leonardomartins1@yahoo.com.br

---

Como citar este artigo/How to cite this article

MARTINS, L. “Georg Elser: herói ou assassino?”: Sobre o controle de constitucionalidade do sancionamento de relatos, “narrativas” e opiniões nocivas às instituições do Estado democrático de direito. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 1, e205154, 2020.

intervenções estatais desproporcionais na liberdade de expressão da opinião.

### Palavras-chave

Ataque ao Estado democrático de direito.  
Liberdade de expressão da opinião.  
Limites às liberdades de expressão.  
Revisionismo histórico.

*have showed to be disproportionate state interventions in the freedom of speech.*

### Keywords

*Attack on the democratic rule of law. Freedom of speech. Limits to freedom of speech. Historical revisionism.*

## INTRODUÇÃO

Revisionismo histórico, discurso de ódio, coisificação do adversário político com recusa ao debate honesto de ideias e posições políticas já se tornaram parte significativa do *Zeitgeist*. Tanto no contexto da busca de diagnósticos e explicações quanto da reação em prol do asseguramento de marcos civilizatórios mínimos tão arduamente conquistados nas chamadas democracias ocidentais e da consequente censura moral e/ou política, avoca-se genericamente a “liberdade de expressão”.

Sem dúvida! A liberdade de manifestação do pensamento – tal qual protegida no art. 5º, IV da CF, no Art. 5 I 1 1ª variante da Grundgesetz – Lei fundamental de Bonn (GG), na *First Amendment* à Constituição Federal dos EUA, entre tantas outras positivações dotadas de supremacia normativa – é liberdade para divergir também da opinião pública dominante e até de opiniões técnicas e científicas. Como todos os direitos fundamentais, a liberdade de manifestação do pensamento protege minorias, entendidas como tais pessoas e grupos de pessoas adeptos de opiniões que não lograram (ainda) convencer interlocutores a ponto de se tornarem maioria, com reflexos diretos na outorga de mandatos eletivos e representatividade majoritária em Parlamentos, tendo impacto, portanto, na legislação. O princípio é claro: o destinatário da norma, o Estado, não pode fazer acepção de opiniões e de titulares da liberdade de sua expressão.

Porém, duas incômodas, mas necessárias reflexões impõem-se aqui. A primeira é que as opiniões carregadas do propósito de discriminação, muitas vezes de cunho racista, que até há pouco, pelo menos no Brasil, eram consideradas radicais e marginais, coisa de “gueto” em um país multicultural e multiétnico, ganharam um espaço tal que talvez não justifique mais o rótulo de opinião divergente de suposta opinião majoritária. Em segundo lugar, não se trata de mais uma opinião no mercado livre das opiniões, o que nutre o processo democrático com a busca das melhores e mais justas soluções para problemas coletivos e, destarte, políticos.

Ao contrário, há muito se conhece o paradoxo da liberdade de expressão de opiniões específicas cujos propósitos impliquem a negação da alteridade, da

legitimidade discursiva do outro. O totalitarismo da opinião antes apenas radical, de ultradireita, pode perigosamente passar a ameaçar o "quadro geral do jogo político-democrático". Por outro lado, a dificuldade que se apresenta é a de se criarem mecanismos racionais jurídicos para bem localizar a ameaça que é por vezes difusa demais. Trata-se de focalizar expressões que tenham *de fato* o condão de erodir os alicerces do Estado democrático e constitucional de direito e de dar uma resposta tão apropriada quanto constitucionalmente compatível a elas. Em nome da defesa da democracia a partir de conceitos há muito debatidos como da "democracia militante", o destinatário das normas definidoras de direito fundamental, entre elas com destaque das normas definidoras da liberdade em tela, o referido Estado não pode comprometer sua neutralidade ética, não pode fazer proselitismo ideológico.

Para além das preocupações político-filosóficas atinentes ao tema, no presente artigo pretende-se apresentar uma contribuição diferente, de natureza jurídico-dogmática, à luz de uma decisão de uma das Câmaras do Tribunal Constitucional Federal alemão que repercute a consolidada jurisprudência daquela Corte constitucional no âmbito da liberdade de expressão da opinião<sup>2</sup>. Faz-se uma reconstrução da decisão com elementos do assim chamado "estilo de parecer" amplamente praticado e historicamente consolidado, tanto como técnica judicial-decisória quanto como exercício acadêmico-científico em todas as disciplinas acadêmicas e em todos os cursos jurídicos de universidade alemãs<sup>3</sup>.

O objetivo central é demonstrar que decisões judiciais sobre um assunto tão sensível podem pautar-se em critérios racionais jurídicos de modo a se garantirem os princípios da independência e imparcialidade judiciais tão caros à ideia de Estado de direito. Não apenas se buscará demonstrar que (o "se" da questão) isso é, em geral, possível, mas também o "como".

---

<sup>2</sup> A decisão em tela do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante: TCF) de 28.11.2011 foi publicada, entre outros periódicos, na NJW 2012, 1273: BVerfG-K, 1 BvR 917/09. Sobre as siglas aqui utilizadas: MARTINS, L. Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016. v. 1; MARTINS, L. Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018. v. 2; MARTINS, L. Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdades de associação; garantias constitucionais processuais. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2019b. v. 3; MARTINS, L. Liberdade de reunião, sigilos postal e telefônico, liberdade de locomoção, direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. v. 4, com listas bastante abrangentes de siglas e abreviações utilizadas nas decisões do TCF alemão.

<sup>3</sup> A respeito, em detalhes: DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020. p. 283–298.

Para tanto, vale-se aqui do método puramente lógico-dedutivo e consequentes subsunções de fatos a normas constitucionais que, a despeito de suas características “lapidares”<sup>4</sup>, continua sendo missão de todo poder constituído no Brasil, na Alemanha, nos EUA e em qualquer membro da comunidade internacional de Estado soberanos democráticos de direito. Esse é o método que marca o aludido “estilo de parecer” há décadas. Nenhuma espécie de relativismo cultural-jurídico seria aqui forte o bastante para desmerecer o profícuo caráter do estilo de parecer e da dogmática jusfundamental. Não há alternativa viável à subsunção na interpretação e aplicação também do direito constitucional.

Na primeira seção, apresenta-se o caso que foi objeto da decisão do TCF (I.). Por sua vez, a segunda seção (II.) é articulada com subseções que repercutem os passos do exame de constitucionalidade apresentados na ordem correta do ponto de vista racional-jurídico<sup>5</sup>. Nesse sentido, primeiro, apresenta-se, em face do parâmetro constitucional da *Grundgesetz* como se convencionou alcunhar por motivos históricos a Constituição alemã em vigor<sup>6</sup>, a hipótese normativa (premissa maior) com a interpretação e definição do objeto de tutela positivado no Art. 5 I 1 1º subperíodo GG e alcance de sua proteção concreta (1), seguida da identificação do fato da intervenção estatal potencialmente violadora do direito fundamental (premissa menor, sob 2). Finalmente, antes de se proceder à conclusão lógica, é tarefa do tradicional terceiro passo do exame enfrentar os limites constitucionalmente previstos ao direito fundamental em tela. Não fossem esses limites os quais, contudo, acompanham de modo implícito, mas na maioria das vezes de maneira explícita, todos os direitos fundamentais, verificar-se-ia a violação do direito com uma simples constatação da intervenção estatal<sup>7</sup>. Porém, uma violação pode ser constatada apenas após a interpretação e aplicação de tais limites e da observância, junto à sua imposição concreta, de certos critérios que asseguram que o cumprimento do *vínculo* do legislador e das demais funções estatais, aqui especialmente do juiz penal, continue a corroborar a supremacia da norma jus fundamental cuja força normativa pressupõe as exigências a seguir trabalhadas.

---

<sup>4</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 19 *et. seq.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 165-239 *et. seq.*

<sup>6</sup> MARTINS, L. Questões Constitucionais na Ordem Processual: entre a Repercussão Geral e a Tutela de Direitos Fundamentais Individuais. *Espaço Jurídico Journal of Law: EJLL*, v. 20, n. 1, p. 21-72, 2019. p. 40, n. rod. 62: “Era para ser o estatuto provisório do Estado formado pelas zonas de ocupação norte-americana, britânica e francesa até que os alemães orientais desistissem de seu próprio Estado, quando passariam a integrar então um só Estado alemão. O estatuto provisório foi tão minuciosamente concretizado pelo TCF alemão e as ciências jurídicas que o acompanharam nessas quase sete décadas que foi adotado como a Constituição da Alemanha reunificada pós 3 de outubro de 1990”.

<sup>7</sup> DIMOULIS; MARTINS, *op. cit.*, p. 178 *et. seq.*, 189.

## I Do caso: decisões judiciais penais como objeto de controle de constitucionalidade

O ano é 1939. Na Berlim submetida ao jugo nacional-socialista e às consequências de um Estado totalitário governado pelo líder supremo de um movimento político-ideológico que ganhou força a partir de meados da década de 1920, *Georg Elser* planejou já em 1938 matar Hitler no famoso *Bierbräukeller*, uma cervejaria e ponto de confraternização de membros do *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP). Nascido em janeiro de 1903 e morto no campo de concentração de *Dachau*, *Elser* foi um simples carpinteiro que desde a década de 1920 chamava a atenção como opositor da ascensão paulatina ao poder dos nacional-socialistas. Segundo relatos<sup>8</sup>, em 1939 teria se recusado a fazer a saudação hitlerista e não escondia sua ojeriza ante a imagem do célebre genocida, condutas criminalizadas e sancionáveis com deportação aos temidos campos de concentração.

Desde a eleição de Hitler como *Kanzler* em janeiro de 1933, toda crítica, por mínima que fosse, era rechaçada no início como antipatriótica. Muito rapidamente, as divergências passariam a ser rotuladas como penalmente sancionadas espécies de atentado contra o povo alemão ou ao seu (equivalente) líder supremo que o conduziria ao olimpo da raça pura destinada a dominar o mundo. Toda expressão artística e todo método educacional que não reproduzissem fidedignamente seus mitos eram considerados “degenerados”. A suposta degeneração das artes, ciências, da cultura e da educação teriam de ser, assim como da raça, contundente e definitivamente dizimada para que o Império de 1.000 anos pudesse florescer.

O atentado foi executado em 8 de novembro de 1939 (há praticamente exatos 50 anos da histórica Queda do Muro de Berlin, ocorrida na noite de 9 de novembro de 1989). Por muito pouco não deu certo: Hitler deixou a cervejaria menos de 15 minutos antes de a bomba-relógio instalada atrás do púlpito de onde discursara explodir<sup>9</sup>.

Como periodicamente acontece com vários acontecimentos históricos do III. Reich, porque a sociedade alemã com a promulgação em 1949 de sua Constituição liberal democrática decidiu séria e definitivamente jamais se esquecer daquele absoluto descarrilamento civilizatório e suas consequências, a memória desse atentado contra Hitler foi especialmente retomada a partir de fins da década de 1980 em vários fóruns. Também serviu de argumento para mais de um filme e – aqui especialmente interessante –, como argumento de uma peça teatral<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Com amplas referências e fontes originais: GEORG Elser. *Wikipedia*, 2020. Available from: [https://de.wikipedia.org/wiki/Georg\\_Elser](https://de.wikipedia.org/wiki/Georg_Elser). *Cited*: Nov. 11, 2020.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Durante as primeiras quatro décadas do Pós-Guerra, o primeiro atentado contra Hitler perpetrado por Elser apenas dois meses após o início da Segunda Guerra ficou nas sombras do mais famoso atentado

Em 28 de fevereiro de 2008, estreava a peça teatral “*Georg Elser – sozinho contra Hitler*”. Naquela estreia, foram distribuídos, por pessoas que permaneceram anônimas, panfletos epigrafados com a pergunta “Georg Elser – herói ou assassino?”. Sob esse título, havia, entre outros, os seguintes dizeres:

O comunista militante Georg Elser (entre outros, membro da União dos Combatentes do Fronte Vermelho desde 1928) que, apesar disso, não teve um fio de cabelo tocado pelos nacional-socialistas, planejou assassinar o Chanceler do Reich democraticamente eleito, Adolf Hitler, já em 1938. Em 08.11.1939 explodiu sua bomba-relógio no *Bürgerbräukeller* de Munique. Ela provocou a morte de oito pessoas inocentes. Outras 63 pessoas foram feridas, das quais 16 gravemente. Entre as vítimas, encontravam-se também mães e pais de família, tornando seus filhos órfãos. Quão degenerado é esse sistema da RFA, a ponto de precisar de tal exemplo para a sua “luta contra a direita” [“K(r)ampf gegen Rechts”]<sup>11</sup> (e, portanto, tudo que é alemão!)? Celebrá-lo em filmes e peças de teatro, forçando os alunos a adorá-lo e até a emitir selos para o comunista Elser? Serão em breve os terroristas comunistas da RAF honrados da mesma forma que suas vítimas ridicularizadas? Assassinos de pessoas inocentes não podem ser modelo de conduta!

Tais fatos ensejaram uma ação penal com fundamento no Código Penal alemão (§§90a I n.1, 27StGB)<sup>12</sup>, que culminou com a condenação de Z, membro da diretoria da

---

de 20 de julho de 1944 (que, inclusive, dá nome a uma das principais avenidas de Berlin que cruza o vasto parque verde de *Tiergarten*). No entanto, Elser já havia chegado em Munique no final de 1938 decidido a matar Hitler. Seu plano foi preparado durante quase todo o ano de 1939 antes de eclodir a guerra em 1º de setembro. Tivesse ele logrado fazê-lo como planejado no início de 1939, a história poderia ter tomado um curso totalmente diferente. A partir da década de 1980, reconheceu-se que a tentativa frustrada perpetrada solitariamente por aquele carpinteiro, acusado até hoje por extremistas da direita alemã de ter sido um terrorista comunista, começou a ser revisitada quanto à sua relevância, especialmente na comparação com o atentado de julho de 1944, orquestrado por *Claus Schenk Graf von Stauffenberg*, nobre (conde) e oficial das Forças Armadas Alemãs. Ao contrário de *Elser, von Stauffenberg* chegou a saudar a chegada de Hitler ao poder, em 1933. Converteu-se tardiamente à resistência. A assim chamada “Operação Valquíria” por ele liderada inspirou, entre pelo menos mais 10 filmes alemães e estrangeiros, o conhecido filme hollywoodiano lançado em 2008 com Tom Cruise no papel protagonista de *Von Stauffenberg* (Dir.: *Bryan Singer*). Em menor número, porém mais reconhecidos pela intelectualidade artística alemã, encontram-se, além de alguns documentários, filmes sobre ele como “Georg Elser: *Einer aus Deutschland*” (Georg Elser: alguém da Alemanha), lançado em 1989 e protagonizado pelo excepcional ator austríaco *Klaus Maria Brandauer* (Mephisto, 1981). Mais recentemente, o filme de 2015 com o sugestivo título “*Elser: er hätte die Welt verändert*” – “Elser: ele teria mudado o mundo” (Dir.: *Oliver Hirschbiegel*). Como se desprende das razões da decisão do TCF na qual se baseia o caso proposto, o centenário do nascimento de Elser foi homenageado com um especial selo postal. Tais homenagens causam comumente um transtorno insuportável aos extremistas da direita alemã que motivam as ações revisionistas históricas, tais quais as enfrentadas na decisão do TCF que serve de base ao presente exercício.

<sup>11</sup> Com a inserção da letra “r” entre parêntesis no meio do vocábulo “Kampf” (luta), a manifestante propõe aqui um trocadilho visual, pois “Kraampf” significa espasmo muscular (cãibras).

<sup>12</sup> Segundo o § 90a StGB:

§ 90a [Difamação do Estado e de seus símbolos]

(1) Quem, publicamente, em uma reunião ou mediante a difusão de escritos (§ 11 III)

1. insultar ou maliciosamente expuser ao ridículo a República Federal da Alemanha ou um de seus Estados-membros ou a sua ordem constitucional [...]

associação distrital do *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD)<sup>13</sup> e publicamente responsável pelo panfleto no sentido da lei de imprensa alemã à pena cominada no referido dispositivo penal (§90a I n.1 StGB), dosada concretamente pelo juízo penal de primeira instância (J) em 90 dias a 10€ cada de multa por se tratar de mero auxílio na prática do crime (§27 StGB). Esgotadas as instâncias judiciais recursais, Z ajuizou a cabível Reclamação Constitucional contra as decisões judiciais penais perante o Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF).

Como o TCF deve julgar a Reclamação Constitucional de Z?<sup>14</sup>

## II Da solução em “estilo parecer” como possível modelo de parecer *Amicus Curiae*

O TCF deve julgar procedente a Reclamação Constitucional de Z se as decisões judiciais penais condenatórias impugnadas tiverem violado algum de seus direitos fundamentais. À pauta vem uma possível violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão da opinião protegido no Art. 5 I 1 1º subperíodo (ou 1ª oração) GG.

A presença dessa violação pressupõe que as referidas decisões judiciais representem uma intervenção estatal (a seguir: 2) não justificada (3) na área de proteção do direito fundamental do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG (1).

### 1. Da área de proteção da liberdade de expressão da opinião

A conduta de Z poderia fazer parte da área de proteção do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG. Nessa primeira fase do exame, trata-se de interpretar o objeto da proteção jusfundamental específica. Deve-se, primeiro, com o necessário detalhamento, delimitar seu alcance e os efeitos perante os destinatários normativos por excelência, que são órgãos das três funções estatais clássicas: legislativa, executivo-administrativa e judicial

---

2. [...].

será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa.

(2) [...].

(3) [...].

<sup>13</sup> Partido Nacional-democrático da Alemanha: um partido da ultradireita que já sobreviveu a dois pedidos de proibição junto ao Tribunal Constitucional Federal alemão. BVerfGE 107, 339 (de 18.03.2003) e BVerfGE 140, 20 (de 17.01.2017).

<sup>14</sup> Como se trata aqui de uma *proposta do exercício* de redação de um parecer técnico-jurídico-constitucional, a verificação do parâmetro normativo constitucional correto, ou específico em havendo concorrências aparentes, para o exame da constitucionalidade do objeto apresentado por Z ao TCF, configura tarefa do autor do parecer (no presente caso, dos/as alunos/as). Uma vez que o parâmetro do controle de constitucionalidade de leis alemãs e suas interpretações e aplicações pela Administração Pública e/ou Poder Judiciário alemães é, obviamente, a Constituição daquele país, conforme já mencionado da introdução (*cf.* referência retro, n. rod. 5) alcinhada por razões históricas de *Grundgesetz* (no vernáculo: Lei Fundamental), remete-se o/a leitor/a que não domine o alemão à tradução para o vernáculo publicada em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

(sob 1.1). Logo após, há de ser esclarecido se a Reclamante é titular do direito fundamental cuja lesão argui e pode concretamente exercê-lo do modo por ela pretendido (1.2).

### 1.1 Alcance da área de proteção objetiva ou material

A área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão da opinião abrange, por um lado, opiniões. Trata-se de declarações marcadas pelo elemento da tomada de posição e da avaliação [axiológico-subjetiva]. Irrelevantes para efeitos da proteção em tela são quaisquer avaliações prévias a respeito de qualidades ou qualificativos de dada opinião. Sobretudo, ao contrário de afirmações de fatos, uma opinião não é passível de classificação como falsa ou verdadeira. Igualmente, as opiniões protegidas independem de serem consideradas fundamentadas ou infundadas, emocionais ou racionais, valiosas ou inúteis, perigosas ou inofensivas<sup>15</sup>. Não deixam de ser protegidas se expressas de maneira ácida ou polêmica<sup>16</sup>.

A proteção do direito fundamental à liberdade de expressão da opinião do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG não pressupõe sequer que seu titular seja obrigado “a partilhar dos valores subjacentes à Constituição porque, embora a *Grundgesetz* baseie-se na lealdade aos seus valores, ela não os impõe”<sup>17</sup>.

Sem embargo da proeminência protetiva de opiniões com suas típicas características encontradas em quaisquer juízos de valor, marcados por considerações e predileções ideológicas subjetivas, a proteção do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG também abrange “as comunicações de fatos, na medida em que são ou podem ser uma condição prévia da formação de opiniões”<sup>18</sup>. Excepcionadas de tal proteção são, contudo, as afirmações de fatos “que sejam deliberada ou comprovadamente falsas”. Nesse contexto, em sua jurisprudência, imbuído de uma interpretação menos liberal e mais funcional-democrática, o TCF faz referência à incapacidade de afirmações inverídicas contribuírem para a formação da opinião constitucionalmente garantida<sup>19</sup>. Apesar disso, não desiste do primeiro efeito de todos os direitos fundamentais de *status negativus* quando, ato contínuo, assegura que os “os requisitos dirigidos à obrigação de verdade não devem ser avaliados de tal modo a causar um prejuízo à função da liberdade de opinião”<sup>20</sup>. Trata-se aqui da função de resistir a intervenções estatais que não apliquem

<sup>15</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 18, com referências a BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320).

<sup>16</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, com referências a BVerfGE 61, 1 (7 s.); 90, 241 (247); 93, 266 (289).

<sup>17</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, com referências a BVerfGE 124, 300 (320).

<sup>18</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09.

<sup>19</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 18, com referências a BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247).

<sup>20</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 18, com referências a BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247).

um limite constitucionalmente previsto ao direito fundamental em tela de modo materialmente constitucional, o que estará presente apenas junto àquelas intervenções que sirvam a um propósito admitido ou predeterminado pelo constituinte que possam ser classificadas como proporcionais.

Nesse sentido, concretamente, "uma separação entre os componentes fáticos e axiológicos será apenas admissível se não distorcer o significado da expressão. Quando isso não for possível, a expressão como um todo deve ser considerada, no interesse de uma proteção eficaz dos direitos fundamentais, uma expressão de opinião, pois, caso contrário, implicaria a ameaça de substancial redução na proteção dos direitos fundamentais"<sup>21</sup>.

A opinião pode ser expressa, conforme inclusive explícito teor do parâmetro constitucional interpretando, oralmente, por escrito ou imagem. Em relação à segunda variante, a única que diante dos fatos apresentados interessa, não importa o meio ou veículo sobre o qual a expressão da opinião tenha se assentado, sem em uma publicação de distribuição limitada de responsabilidade exclusiva daquele que se expressa, em um veículo tradicional da imprensa (jornais gerais ou técnicos, revistas e demais periódicos), nas respectivas representações na internet, em blogs eletrônicos ou quaisquer outros formatos digitais.

No caso em exame<sup>22</sup>, o conteúdo do panfleto é precipuamente marcado por tomadas de posição, especialmente nos parágrafos três a cinco da coluna da esquerda do texto e na declaração final da coluna da direita. As descrições de fatos no primeiro e segundo parágrafos da coluna da esquerda do texto sobre o atentado no *Bürgerbräukeller* em Munique, em 8 de novembro de 1939, são nitidamente a base das avaliações [subjetivas] subsequentes. No caso, por um lado, foi tomada uma posição, no contexto da apresentação da peça "Georg Elser: sozinho contra Hitler", sobre o atentado no *Bürgerbräukeller* e a própria pessoa de Georg Elser. Por outro lado, manifestou-se sobre a suposta veneração de Georg Elser na República Federal da Alemanha promovida pela apresentação dessa peça e outros eventos similares, tal qual sentida pelos autores do panfleto. O fato de, nesse contexto, o "sistema da RFA" ter sido descrito como "degenerado" não é decisivo à abertura da área de proteção da liberdade de opinião, uma vez serem irrelevantes o valor das expressões e uma lealdade aos próprios valores [da *Grundgesetz*] por parte da Reclamante.

Os parágrafos três a cinco também não contêm quaisquer afirmações de fatos comprovadamente erradas<sup>23</sup>. A inserção, no terceiro parágrafo, da coluna da esquerda

---

<sup>21</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, com referências a BVerfGE 90, 241 (248) – jurisprudência pacífica.

<sup>22</sup> Em relação a todo o parágrafo, cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 22.

<sup>23</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 22.

do texto, “e forçar os alunos a adorá-lo (Georg Elser)”, está, caso não se queira distorcer o significado da afirmação, inseparavelmente conectada às demais considerações valorativas do terceiro parágrafo. Pode-se extrair dela, de modo plausível, que, no entendimento da Reclamante, os alunos são injustificadamente forçados a adorar Georg Elser mediante tais espetáculos teatrais, na opinião do Reclamante. Também a pergunta do quarto parágrafo, segundo a qual: “serão em breve os terroristas comunistas da RAF honrados da mesma forma que suas vítimas ridicularizadas?”, tem a função de apenas enfatizar a afirmação inicial, mas não contém, também no sentido inverso, uma afirmação de fato sujeitável à comprovação.

### **1.2 Área de proteção subjetiva do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG: da titularidade de Z**

Ao contrário de quatro direitos fundamentais reservados pelo constituinte da *Grundgesetz* apenas a cidadão alemão, titular do direito fundamental do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG pode ser qualquer pessoa física e até jurídica, levando em consideração que a essência desse direito fundamental é compatível com o caráter artificial da personalidade jurídica (Art. 19 III GG). Com efeito, um juízo de valor pode ser expresso como resultado de uma deliberação colegiada que compõe o órgão responsável segundo seus estatutos.

No caso, Z, como membro de órgão diretor de partido político, responsável pelo teor dos panfletos, a respeito dos quais, segundo os fatos apresentados à presente apreciação, tinha ciência, anuiu ao referido teor, sendo responsável por ele no sentido da legislação ordinária da imprensa, pode avocar a tutela jusfundamental por ser seu titular.

### **1.3 Conclusão intermediária**

Logo, a distribuição dos panfletos por representantes anônimos de Z é abrangida pela área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão da opinião do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG.

## **2. Decisões judiciais penais como intervenção estatal na área de Proteção da Liberdade de Expressão da Opinião**

Antes de cogitar a aplicação de limites previstos na *Grundgesetz* aos direitos fundamentais às liberdades de expressão do Art. 5 I GG, deve-se, primeiro, verificar se o Estado, no exercício de uma de suas funções constitucionais primárias, de fato interveio na área de proteção retro descrita do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG. À pauta vem a decisão judicial penal condenatória de J, corroborada por J’.

Uma intervenção estatal está presente, primeiro, se algum órgão estatal diretamente vinculado ao direito fundamental impossibilitar o exercício do direito

fundamental, ao determinar ordens por ato normativo em princípio válido ou meramente concretas e/ou fáticas (medidas executivo-administrativas, atos administrativos concretos) que o impeçam. Em segundo lugar, um ato normativo em princípio válido representará uma intervenção estatal mesmo que não o inviabilize, mas comine seu exercício com uma desvantagem jurídica, especial e gravemente se se tratar de uma sanção penal.

Como o exercício da função jurisdicional também é vinculada diretamente ao direito fundamental que atualiza intervenções cominadas em normas por intermédio de suas decisões de improcedência de pedidos de uma das partes ou de condenações cíveis ou criminais, as decisões nas quais se reduzem a termo sua interpretação e aplicação de normas intervenientes também representam intervenções estatais.

No caso em tela, o juízo de primeira instância J condenou Z à pena prevista no §90a I nº1 StGB e o Superior Tribunal Estadual (J') negou provimento ao seu recurso de revisão.

Portanto, ambas as decisões judiciais condenatórias representam intervenção estatal judicial na área de proteção do direito fundamental de Z à livre expressão da opinião.

### **3. justificação constitucional da intervenção estatal**

Justificada restaria a intervenção estatal retro verificada implícita na aplicação por J do §90a I nº 1 StGB se, primeiro, essa norma fosse em si formal e materialmente compatível com toda a ordem constitucional configurada na *Grundgesetz* e, em especial, com o parâmetro do Art. 5 I 1 GG. Antes de tudo, a intervenção penal-legislativa teria de ser autorizada por um limite constitucional previsto ao Art. 5 I GG (a seguir, sob 3.1). Em segundo lugar, também a interpretação e aplicação por J teria de representar uma intervenção estatal justificada na área de proteção do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG (3.2).

#### **3.1 Limite constitucional do Art. 5 II GG: reserva legal qualificada e sua percepção pelo legislador penal no §90a I nº 1 StGB**

Segundo o Art. 5 II GG, os dois direitos fundamentais do Art. 5 I 1 GG, assim como os direitos fundamentais às liberdades de comunicação social do Art. 5 I 2 GG, encontram seus limites nas normas das "leis gerais" e nos dispositivos para a proteção da infância e juventude e no direito da honra pessoal. Trata-se de três reservas legais qualificadas. No caso das duas últimas, são qualificadas por conta dos possíveis legítimos propósitos pré-determinados pelo constituinte, em princípio, com exceção de quaisquer outros.

Não obstante, a primeira reserva legal, que aparentemente pertence à categoria das reservas legais simples, tem o condão de ampliar o rol de propósitos legítimos, admitidos como propósito da intervenção estatal legislativa nos cinco direitos fundamentais de comunicação do Art. 5 I GG<sup>24</sup>. Contudo, trata-se, ao contrário dessa primeira aparência, de uma reserva legal qualificada não em razão de um propósito predeterminado, mas de uma condição material a ser cumprida pela lei em si que a faça corresponder ao qualificativo “geral”. Esse especial qualificativo não se reduz à conhecida condição, de cunho mais formal, do caráter geral e abstrato que toda lei deve cumprir.

### 3.1.1 Constitucionalidade formal-material do §90a I n° 1 StGB em face do Art. 5 I 1 1° subperíodo GG

Assim, a norma do §90a I n° 1 StGB teria preenchido esse primeiro requisito formal-material se representasse uma lei geral.

Uma lei geral no sentido do Art. 5 II GG tem, segundo a consolidada jurisprudência do TCF, outra específica conotação. A interpretação e dogmática dessa reserva legal qualificada em razão da peculiaridade de o adjetivo “geral” ter aqui um significado paradoxalmente específico visam a excluir a possibilidade de uma lei, mesmo sendo geral e abstrata (no sentido do “limite ao limite” previsto no Art. 19 I 1 GG)<sup>25</sup>, ter efeito sancionador sobre uma opinião específica (vedação do assim chamado direito excepcional ou especial).

Essa dogmática remonta à discussão entre juristas da República de Weimar. Enquanto *Häntzschel* foi o mentor da teoria da inadmissibilidade de direito excepcional/especial (*Sonderrechtslehre*), *Smend* defendia a tese de que uma lei seria geral, no sentido do Art. 5 II GG, quando protegesse um valor jurídico que fosse tão relevante a ponto de justificar a restrição a ser infligida ao valor contraposto das três liberdades de comunicação do Art. 5 I GG. Essa sua proposta recebeu a alcunha de teoria da ponderação (*Abwägungslehre*). O TCF combinou ambas as teorias de sorte a adotar um entendimento intermediário desde a Decisão *Lüth*<sup>26</sup>.

Sem embargo, a referência à relevância do bem jurídico a cuja proteção deve servir a intervenção, para que a lei seja considerada geral, acaba tendo conotação mais retórica do que jurídico-dogmática. Vedadas são leis que discriminem uma opinião

---

<sup>24</sup> Expressão individual ou coletiva da opinião, liberdade de informação a partir de fontes a todos acessíveis – Art. 5 I 1 GG – e liberdades de expressão da atividade de comunicação social do Art. 5 I 2 GG. MARTINS, 2018, v. 2, p. 91 *et. seq.*

<sup>25</sup> Sobre o sistema dos limites aos limites dos direitos fundamentais previstos no Art. 19 I e II GG, com referências à dogmática alemã. DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 208-209.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 198 (209 s.) e os excertos e análises em MARTINS, 2018, v. 2, p. 95-104.

pertinente ao vasto espectro político-ideológico ou que promovam determinada opinião de modo a comprometer a neutralidade ética do Estado, com exceções, no último caso, aos alertas quanto a malefícios à saúde do consumo de drogas, alimentos, medicamentos *etc.*<sup>27</sup>.

No mais, essa tríade qualificadora não é entendida como determinante de alternativas equivalentes. Em casos que envolvam potencial comprometimento da honra pessoal, a jurisprudência do TCF não tem dispensado o exame da qualificadora do meio interventivo em si que é a condição de a lei ser geral no sentido exposto. Apesar de direcionada ao meio de intervenção, trata-se, aqui também, de uma circunstância qualificadora e correspondente pré-requisito destinado ao propósito da lei de definição negativa: a lei pode perseguir qualquer propósito em geral lícito desde que não seja o de discriminar ou prestigiar determinada opinião. Na prática, como ocorreu com a tríade de limites ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I GG – direito de outrem; lei moral; ordem jurídica constitucionalmente compatível –, junto à qual os dois primeiros foram absorvidos pelo último na jurisprudência do TCF, aqui também, ainda que em menor grau, as duas qualificadoras relativas ao propósito da intervenção tendem a ser tematizadas junto com a qualificadora da generalidade da lei<sup>28</sup>.

No caso em exame do §90a I n° 1 StGB, o legislador penal comina com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou multa o “insulto” e a “ridicularização” da Bundesrepublik Deutschland (BRD - RFA) de um de seus Estados-membros ou de sua ordem constitucional, consignada na *Grundgesetz* promulgada em 23 de maio de 1949 e em vigor, a despeito da reunificação entre a BRD e a DDR (RDA) por tratado de 3 de outubro de 1990. Assim como ocorre com os crimes de proteção da honra e imagem pessoais definidos nos §§ 185 ss. StGB, não se faz acepção de opiniões, especialmente quanto à sua pertinência a um dos setores do espectro político ideológico.

Assim, o aplicado § 90a I n° 1 StGB cumpre o requisito direcionado ao legislador de não aprovar lei que discrimine alguma opinião específica. Trata-se, portanto, de uma “lei geral” no sentido do Art. 5 II GG expressamente autorizada pelo constituinte em sua assim chamada reserva legal qualificada.

### 3.1.2 Constitucionalidade material: limites dos limites

Para ser finalmente considerada justificada, não basta a intervenção estatal legislativa perpetrada no §90a I n° 1 StGB ter sido autorizada pelo limite constitucional ao direito fundamental do art. 5 I 1 1° subperíodo GG consubstanciado na reserva legal

---

<sup>27</sup> BVerfGE 95, 173 e os excertos e análises em MARTINS, *op. cit.* p. 119-123.

<sup>28</sup> MARTINS, *op cit.*, p. 93-94 e MARTINS, 2016, v. 1, p. 51.

qualificada retro interpretada do Art. 5 II GG. Ao contrário, ela tem de ser também materialmente constitucional em sentido estrito. Materialmente constitucional será tal formalmente legitimada configuração infraconstitucional penal do limite previsto no Art. 5 II GG se observar não apenas os assim chamados limites dos limites positivados no Art. 19 I, II GG (1.2.1), mas também o princípio da proporcionalidade decorrente do vínculo específico do legislador aos direitos fundamentais (1.2.2).

### 3.1.2.1 Limites dos limites do Art. 19 I, II GG

Concretamente, trata-se de verificar se, ao nível da configuração infraconstitucional do limite constitucional em pauta, o § 90a I nº 1 StGB é materialmente compatível com o Art. 5 I 1 1º subperíodo GG. As condições prescritas no Art. 19 I, II GG foram com propriedade alcunhadas pela literatura jurídica especializada germânica de “limites dos limites”, porque impõem limites à competência legislativa de criar óbices preventivos e/ou repressivos. Tais condições fazem-no de modo a restringir sua margem de apreciação, avaliação e decisão discricionária que, no caso, já foram delimitadas com os critérios abstratos formais-materiais da reserva legal qualificada do Art. 5 II GG. Em parte (Art. 19 I GG), há, aqui novamente, um recurso a limites mais formais àquela – em princípio, mais (reservas legais simples) ou menos (reservas legais qualificadas, direitos fundamentais sem expresse limite) –, ampla margem discricionária legislativa.

No Art. 19 I GG, prescreve-se que a lei intervinda deve ter caráter geral e abstrato (Art. 19 I 1 GG), além de o legislador ter de citar o direito fundamental atingido/restringido por sua lei (Art. 19 I 2 GG). No caso do segundo dispositivo, a jurisprudência e a literatura constitucional especializada, mediante menção à interdependência entre os dois períodos (o segundo iniciado com a locução “além disso”), interpretam-no restritivamente<sup>29</sup>. Segundo essa interpretação do dever de citação, que deve cumprir uma função de alerta e autoconscientização do legislador do caráter interventivo de sua lei, ele é tão somente exigível quando “segundo [a] *Grundgesetz* um direito fundamental puder ser restringido”. Por fim, o dever de citação destina-se apenas a normas aprovadas após a promulgação da *Grundgesetz* (teoria da recepção).

Por sua vez, o Art. 19 II GG determina que, em hipótese alguma, a intervenção estatal, no caso, a legislativa, pode atingir o conteúdo essencial do direito fundamental intervindo, requisito em grande parte não avaliado pela jurisprudência do TCF porque em larga medida absorvido pelo mandamento de proporcionalidade da lei.

No caso em pauta, trata-se: i. de norma penal pré-constitucional, dispensada, portanto, do dever de citação; e ii. que define um tipo penal notoriamente de modo geral

---

<sup>29</sup> Por todos: KINGREEN, T.; POSCHER, R. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 35. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. p. 101-102.

e abstrato. Apesar das dificuldades no delineamento dos pressupostos do Art. 19 II GG, especialmente daquelas relacionadas ao conceito de "conteúdo essencial", também não se vislumbra hipótese de seu "tangenciamento".

### **3.1.2.2 Princípio da proporcionalidade como limite do limite e critério metodológico decisivo da justificação constitucional da intervenção estatal legislativa**

Sem embargo, esses limites dos limites positivados nos dois primeiros parágrafos do Art. 19 GG, que fecha o catálogo de direitos fundamentais materiais, pelo menos da *Grundgesetz*, foram sendo substituídos, como aludido especialmente o do Art. 19 II GG, por um limite do limite não positivado, mas construído pela jurisprudência do TCF em diálogo constante com a ciência jurídico-constitucional daquele país: o princípio da proporcionalidade. Trata-se de um princípio constitucional que, em um primeiro momento, foi derivado pelos intérpretes da *Grundgesetz* do princípio do Estado de direito, ou "da própria essência dos direitos fundamentais"<sup>30</sup>. Contudo, mais convincente é a derivação do vínculo do Legislativo, do chamado Primeiro Poder, aos direitos fundamentais a despeito das autorizações de intervenção positivadas nas chamadas reservas legais simples ou qualificadas<sup>31</sup>.

Portanto, para uma final justificação constitucional material, exige-se que a intervenção legislativa observe o princípio da proporcionalidade. Concretamente, a observância desse princípio pelo órgão legislativo que foi, como no caso em tela, formalmente autorizado a intervir, pressupõe que a norma (objeto do controle, no caso: §90a I nº 1 StGB) formalmente constitucional, como meio lícito de uma intervenção estatal (a seguir 2) que persegue um propósito igualmente lícito e admissível, em se tratando de reserva legal qualificada pelo propósito (1), seja adequada (3), necessária (4) e, segundo a opinião majoritária, também proporcional em sentido estrito (5).

#### **3.1.2.2.1 Propósito do legislador no §90a I nº 1 StGB em face da reserva legal qualificada pelo propósito do Art. 5 II GG**

Conforme anteriormente discutido, trata-se de uma reserva legal triplamente qualificada, sendo que a primeira qualificação da lei define negativamente o propósito a (não) ser perseguido e as duas demais fazem-no positivamente.

Questionável aqui é se propósito efetivamente perseguido pelo legislador no §90a I nº1 StGB corresponde a um desses predeterminados, sendo em si permitido.

---

<sup>30</sup> MARTINS, L. *Liberdade e Estado constitucional*: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121-123 e DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 220.

<sup>31</sup> Sobre o conceito da reserva legal e sua classificação, com riqueza de detalhes e fontes da literatura jurídica germânica: DIMOULIS; MARTINS, *op cit.*, p. 192-204.

Como já fundamentado, esse é o caso: no §90a I nº1 StGB, o legislador penal busca proteger bens jurídicos de índole constitucional (propósito lícito por excelência), quais sejam, a boa imagem da BRD, dos seus Estados-membros e sua ordem constitucional instituída e firmada pela *Grundgesetz*, sem discriminar nenhuma opinião específica. A proteção dessa boa imagem serve à garantia de uma aceitação mínima das instituições do Estado democrático-liberal de direito alemão pela população que é imprescindível à sua capacidade funcional, ou seja, à concretização da ordem constitucional da *Grundgesetz*<sup>32</sup>.

No caso, o dispositivo comina qualquer expressão de opinião ou afirmação de fatos que tenham o condão, como ataques que são, de atingir tais bens-jurídico constitucionais, pouco importando a inspiração ou base ideológica dos referidos ataques.

Logo, o legislador persegue um propósito lícito constitucionalmente.

### 3.1.2.2.2 Licidade do meio interventivo implícito no § 90a I nº 1 StGB

Também o meio de intervenção em si tem de ser lícito e, se o caso, corresponder à reserva legal qualificada pela predeterminação de um meio/método interventivo.

A exigência do caráter geral da lei na acepção do Art. 5 II GG liga-se, como visto, antes a uma predefinição negativa do constituinte a respeito de qual propósito não deve ser perseguido do que a um requisito destinado ao meio. Como não há nenhuma menção na descrição do caso a eventuais vícios procedimentais ou de competência para iniciativa legislativa (iniciativa do legislador federal é inquestionável, de resto, eventuais objeções formais procedimentais não se aplicam a direito pré-constitucional), o reconhecimento da licitude do meio é, igualmente, constitucionalmente inquestionável.

### 3.1.2.2.3 Adequação ou idoneidade do meio interventivo legislativo-penal

A adequação está presente se puder ser verificada, com base em hipóteses comprovadas sobre a realidade, a presença de uma relação entre a situação efetivamente suscitada pela intervenção e o estado de coisas correspondente ao cumprimento do propósito<sup>33</sup>. Trata-se de um prognóstico de fomento do propósito pelo meio interventivo escolhido pelo legislador. Quando se trata do controle da norma em tese, como aqui, em havendo dúvidas sobre o prognóstico, vale o princípio (*favor legis*)

---

<sup>32</sup> BVerfGE 93, 266 (“Soldaten-sind-Mörder”) e os excertos e análises em MARTINS, 2018, v. 2, p. 111-199.

<sup>33</sup> Com referências à fonte germânica: SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker&Humblot, 1976. A definição técnica trazida por DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 249.

da prerrogativa do legislador em firmar prognósticos pelo menos *ainda não* refutados com seguros dados empíricos.

Como amplamente confirmado na ciência jurídico-constitucional alemã e jurisprudência do TCF<sup>34</sup>, dispositivos penais de proteção da honra e imagem de pessoas (§§185 ss. StGB), assim como de instituições e do próprio Estado democrático-liberal de direito (§90a I n°1 StGB), em que pesem todas as dúvidas e divergências teóricas penais sobre a idoneidade geral preventiva (escopo da prevenção geral), passam no exame da adequação. Isso porque até hoje sua contribuição como desestímulo das práticas cominadas atentatórias dos bens jurídicos constitucionais protegidos não foi validamente refutada.

Portanto, o meio interventivo legislativo penal consubstanciado no §90a I n°1 StGB é adequado ao propósito retro verificado.

#### **3.1.2.2.4 Necessidade ou imprescindibilidade do meio interventivo legislativo-penal**

Na aplicação do – decisivo, definitivo, segundo uma opinião ainda minoritária aqui representada –, critério da necessidade, também chamado critério da “imprescindibilidade”, trata-se de cogitar, abordar e examinar alternativas igualmente adequadas, mas que impliquem o menor impacto (possível) na liberdade atingida. Em verdade, basta que se apresente uma única alternativa igualmente idônea ao alcance do propósito que seja, em geral, menos impactante na liberdade, para que o meio escolhido pelo legislador (sua intervenção) seja descartado como desproporcional porque violador da proibição de excesso e, conseqüentemente, não justificado constitucionalmente.

Consoante a ciência jurídico-constitucional e jurisprudência do TCF que já se ocuparam da questão em várias oportunidades<sup>35</sup>, eventuais alternativas menos impactantes como direito de resposta ou contraexposição não seriam igualmente adequadas.

---

<sup>34</sup> Ver BVerfGE 90, 241 (*Auschwitzlüge*) e 124, 300 (*Rudolf-Heß-Gedenkfeier / Wundsiedel*) e os excertos e análises em MARTINS, 2018, v. 2, p. 104ss. e 123ss.

<sup>35</sup> No vernáculo, uma boa síntese apresentam LEITE, A.; TEIXEIRA, A. *Defesa do Estado de direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro: parecer*. München: Conselho Federal da OAB, 2020. p. 33ss. Em relação ao §185 StGB, cf. o fundamental texto de Grimm (1995). Em relação à constitucionalidade do §130 IV StGB (ultraje da memória dos judeus vítimas do genocídio perpetrado pelo regime nacional-socialista – holocausto) que foi especial objeto da Decisão BVerfGE 124, 300 (*Rudolf-Heß-Gedenkfeier/Wundsiedel*), cf. as anotações de HÖRNLE, T. Zur vom BVerfG angenommenen Vereinbarkeit von §130 Abs. 4 StGB mit Art. 5 Abs. 2 GG aus strafrechtlicher Sicht. *Juristenzeitung:JZ.* v. 2010, p.310-313, 2010.

A esse primeiro prognóstico da inadequação de meios alternativos menos impactantes anui-se aqui: medidas administrativas não são aptas a produzir a situação de desestímulo que guarda relação com o alcance do propósito.

Questionável seria se uma pena exclusivamente pecuniária não seria igualmente adequada. Trata-se, indubitavelmente, de meio interventivo de menor intensidade. Em geral, seria o caso de afirmar a adequação dessa alternativa e desnecessidade do meio escolhido pelo legislador alemão. Porém, pena de multa é meio adequado apenas quando se trata de potencial devedor solvente. Isso nem sempre é o caso e especialmente não que se tem em vista grupos radicais marginais. Logo, também essa alternativa é inadequada.

Por fim, não se vislumbram mais alternativas, ao mesmo tempo potencialmente igualmente adequadas, e menos impactantes na liberdade atingida da liberdade de expressão da opinião.

Portanto, o meio interventivo escolhido pelo legislador cumpre o critério da necessidade ou imprescindibilidade.

### 3.1.2.2.5 Da chamada proporcionalidade em sentido estrito

Sem embargo de seus notórios déficits de racionalidade, tanto a literatura jurídica especializada quanto a jurisprudência do TCF exigem que o meio interventivo não deve ser tão somente necessário ou “imprescindível”. Ele teria de ser também proporcional em sentido estrito, apropriado ou adequado em sentido estrito (*angemessen*) e ser concreta e racionalmente exigível (*zumutbar*)<sup>36</sup>. Trata-se de sopesar e ponderar vantagens e desvantagens provocadas pelo meio interventivo aos bens jurídicos propriamente ditos, que se encontram atrás do meio e propósito da intervenção. Contudo, ao contrário da comparabilidade dos meios interventivos quanto à sua intensidade, o que norteia a aplicação do critério da necessidade, já se demonstrou e se confirmou sobejamente a tese da incomensurabilidade dos bens jurídicos em si<sup>37</sup>. Como falta totalmente um critério racional para se estabelecerem relações de preferências intersubjetivas e suas comparações ordinais, quanto menos atribuição de valores cardinais, na aplicação desse suposto critério avulta o juízo de valor próprio do intérprete ou da maioria de um órgão colegiado como um dos dois Senados do TCF.

<sup>36</sup> Confira as análises do problema em DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 268-280.

<sup>37</sup> POSCHER, R. Proportionality and the bindingness of fundamental rights. In: BILLIS, E.; KNUST, N.; RUI, P. (org.). *Proportionality in crime control and criminal justice*. London: Hart Publishing, 2020 (in press) e SCHLINK, 1976, p. 158ss. No mais, o problema da racionalidade jurídica do princípio da proporcionalidade especialmente enfrentado por LEPSIUS, O. Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (org.). *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 1-41 e, no Brasil, em exposição monográfica original por LAURENTIIS, L. *C.A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

No mais das vezes, na própria jurisprudência do TCF, esse exame confirma a exigibilidade do meio considerado necessário<sup>38</sup> e, por vezes, aparece nele elementos do exame de adequação e necessidade<sup>39</sup>.

No caso em tela, não obstante essas objeções, o TCF, seguido da literatura, sempre afirmou a proporcionalidade em sentido estrito do meio interventivo em pauta. Não há motivos aqui para se discordar, até porque, no entendimento defendido, basta a "imprescindibilidade" do meio para que se conclua pela presença da proporcionalidade (em sentido amplo) da medida legislativa interventiva.

### **3.2 Constitucionalidade da interpretação e aplicação do §90a I n° 1 StGB por J/J' em face do Art. 5 I 1 1° subperíodoGG**

Como poder igualmente vinculado aos direitos fundamentais, também a decisão de J, confirmada pelo STE (J'), que pressupõe uma determinada interpretação e aplicação do §90a I n°1 StGB tem de, na sua qualidade de intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental do Art. 5 I 1 1° subperíodo GG, ser justificada constitucionalmente.

Isso porque, ao interpretar e aplicar a norma que restringe a liberdade de opinião no caso concreto, todo órgão judicante deve levar em específica consideração o direito fundamental restringido; nas palavras do TCF: "para que seu significado de afirmação axiológica seja mantido também ao nível da aplicação do direito"<sup>40</sup>. Independentemente da alusão à "afirmação axiológica" implícita na tutela do direito fundamental, o juiz pode, ao decidir lides, tanto as de natureza penal, administrativa ou cível, em prol do autor ou do réu, proceder a uma intervenção não justificada. Aqui, o critério da proporcionalidade é sutilmente dissolvido em condições bem específicas estabelecidas na jurisprudência do TCF.

Segundo a jurisprudência iniciada na Decisão *Lüth*, posteriormente desenvolvida e hoje plenamente consolidada, existiria "um efeito recíproco entre a proteção dos direitos fundamentais e os limites aos direitos fundamentais, no sentido de que, embora

---

<sup>38</sup> KINGREEN; POSCHER, 2019, p. 98.

<sup>39</sup> Cf. a crítica em DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 267: "Por isso, formula-se muitas vezes a crítica segundo a qual o critério da necessidade seria uma forma disfarçada de realizar uma ponderação", com referência a um antigo trabalho de HIRSCHBERG, L. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Schwartz, 1981. p. 158-165, 174-175, que continua repercutindo uma espécie de preconceito teórico. Ponderar em sentido amplo implica comparar os graus de intensidade de meios alternativos adequados. Não se trata de ponderar em sentido estrito, ou seja, de atribuir diferentes pesos ou importância abstrata ou concretamente aos bens, valores, princípios ou interesses jurídicos em si. Em geral, mas definitivamente, essa confusão conceitual já foi esclarecida há mais de quatro décadas por Schlinkem sua tese intitulada justamente "ponderação em direito constitucional". SCHLINK, 1976.

<sup>40</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 19, com referências a BVerfGE 7, 198 <208 s.>; 93, 266 <292>; 124, 300 <342>, tríade a qual a Câmara do TCF adicionou a locução "jurisprudência pacífica".

por seu teor os limites estabeleçam restrições ao direito fundamental, eles mesmos devem ser interpretados a partir do reconhecimento do significado fundamental desse direito fundamental no Estado liberal democrático e, por conseguinte, ser novamente restringidos quanto ao seu efeito de limitação do direito fundamental”<sup>41</sup>.

Nessa altura, o TCF mais uma vez reitera o aspecto antes verificado pertinente à área de proteção objetiva do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG: “o simples fato de as opiniões em si serem inúteis ou até mesmo perigosas não é razão para as restringir. Em contraste, é legítimo prevenir violações de bens jurídicos”<sup>42</sup>.

A consequência extraída desse reconhecimento é uma diferenciação tipicamente perpetrada na aplicação do critério da proporcionalidade, notadamente no exame da necessidade do meio interventivo escolhido, implícito na passagem nas decisões judiciais que configuram objeto do controle de constitucionalidade por excelência. Segundo o TCF, “não pode ser o conteúdo em si de uma opinião proibido, mas tão somente o tipo e o modo da comunicação que perceptivelmente já traz em si a transição à violação de bens jurídicos e, assim, ultrapassa o limiar de uma iminente violação de bem jurídico”<sup>43</sup>. Com efeito, embora sejam protegidos igualmente tanto o “conteúdo em si” de dada opinião quanto “o tipo e o modo da comunicação”, é evidente que a censura *a posteriori* encontrada em uma decisão condenatória tal qual a presente que atinja “o tipo e o modo” e, assim, a forma da expressão, é menos impactante. Aqui não se trata de traçar o limite entre os elementos da dicotomia censura prévia versus repressiva ou *a posteriori* até porque a primeira é totalmente impertinente em face dos fatos apresentados (*Sachverhalt*), mas do controle da fundamentação das decisões judiciais impugnadas. Se houver qualquer conexão da fundamentação ao conteúdo da expressão propriamente dito, não apenas o mandamento jurídico-objetivo da neutralidade ética do Estado, válida sobretudo para o Estado-juíz, restará comprometido, mas haverá também uma repressão *desnecessária* no sentido do subcritério da proporcionalidade em face do propósito perseguido, aqui configurado no bem-jurídico concretamente protegido pelo §90a I n° 1 StGB.

Na apreciação do mencionado “limiar de uma iminente violação de bem jurídico”, primeiro, o TCF faz uma referência pertinente ao exame da proporcionalidade em sentido estrito quando assevera: “se esse limiar for ultrapassado, o significado da liberdade de opinião exige, em uma segunda fase, uma ponderação entre a liberdade de opinião e o bem jurídico em cujo interesse aquela é restringida”<sup>44</sup>. Contudo, essa

---

<sup>41</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09., com referências a BVerfGE 7, 198 (208 s.); BVerfGE 124, 300 (332 e 342).

<sup>42</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09., com referências a BVerfGE 124, 300 (332 s.).

<sup>43</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09., com referências a BVerfGE 124, 300 (342).

<sup>44</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09., com referências a BVerfGE 93, 266 (293 ss.) [“*SoldatensindMörder*”].

observação permanece sem mais consequências de modo a revelar a dispensabilidade da referência à ponderação, pois "no caso das normas de proteção do Estado, deve ser feita uma distinção particularmente cuidadosa entre uma polêmica – por mais improcedente que possa parecer –, por um lado, e um insulto ou menosprezo malicioso, por outro, porque o Art. 5 I GG desenvolveu-se justamente a partir da especial demanda de proteção da crítica ao poder [estatal constituído] e mantém-se inalterado quanto a esse significado"<sup>45</sup>.

Em sua decisão, J não apenas ignorou o alcance da área de proteção do direito fundamental de Z que implicou sua errônea interpretação das avaliações axiológicas constantes do panfleto como afirmações de fatos, senão também deixou de considerar a possibilidade de o bem-jurídico protegido pelo §90a I n° 1 StGB não estar de fato ameaçado pelas polêmicas expressões. Em outras palavras, não enxergou, em sua própria decisão, uma intervenção estatal que, ainda que em tese seja indiretamente autorizada pelo limite do Art. 5 II GG, não observou o princípio da proporcionalidade como critério de justificação constitucional de intervenções estatais. Faltou, aqui também, uma específica interpretação das expressões que fosse orientada pelo parâmetro do Art. 5 I 1, 1º Subperíodo GG. Ao mais tardar desde a Decisão "*Soldaten sind Mörder*"<sup>46</sup> ("soldados são assassinos), o TCF, de modo bem fundamentado, exige dos órgãos judicantes que interpretem de modo orientado jusfundamentalmente não apenas as normas (inclusive penais, como aqui e na Decisão ora citada) aplicáveis, mas também *as expressões em si*. Como especialmente no caso da interpretação da expressão da atividade artística<sup>47</sup>, juízes e tribunais têm de buscar sentidos da expressão que não se choquem contra bens-jurídicos protegidos por seus legítimos limites constitucionais. Como nos parâmetros concretos derivados da citada jurisprudência do TCF, obrigatória é uma espécie de "interpretação de boa vontade"<sup>48</sup> em favor da específica liberdade de expressão que lhes seja o parâmetro decisório ao qual estão vinculados. Nesse sentido, se as polêmicas expressões anuídas por Z não fossem de fato idôneas a afetar o bem-jurídico protegido pelo §90a I n° 1 StGB, logo sua aplicação a casos como o presente seria inidônea ao alcance do seu propósito e, consequentemente, como intervenção judicial penal já per se inadequada.

---

<sup>45</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09., com referências a BVerfGE 93, 266 (293) e Decisão da Primeira Câmara do Primeiro Senado de 29.07.1998 – 1 BvR 287/93 –, NJW 1999, p. 204 (205).

<sup>46</sup> Cf. BVerfGE 93, 266 e os excertos e análises em MARTINS, 2018, v. 2, p. 111-199.

<sup>47</sup> KINGREEN; POSCHER, 2019, p. 207.

<sup>48</sup> KINGREEN; POSCHER, 2019, p. 207; MARTINS, 2018, v. 2, p. 225; e com vastas referências ao debate específico: MARTINS, L. Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, G.; FRANCA FILHO, M. T.; RODRIGUES JR., O. L. (org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55-58.

Na decisão do presente caso, o TCF interpretou o propósito da intervenção, nessa etapa final do exame, mediante menção a outra decisão e à literatura especializada sobre o §90a I nº1 StGB como sendo a “manutenção da própria existência do Estado”<sup>49</sup>. A menção feita no panfleto à “degeneração” “do sistema da RFA” não poderia ser interpretada, assim o TCF, isoladamente como afirmação de um fato que, somente então, tivesse o condão de, na qualidade de difamação, preencher o tipo penal do §90a I nº 1 StGB, sendo também culpável e antijurídica. Com razão, o TCF entende que se trata de uma avaliação subjetiva negativa do “sistema da RFA”, assim como há avaliações positivas e que o ponto de ênfase da expressão como um todo seria o último parágrafo do panfleto, segundo o qual *Elser* não poderia ser considerado um exemplo de conduta. A essa interpretação pode-se facilmente aquiescer quando trazemos à pauta o título do panfleto. Ou seja, todos os quatro primeiros parágrafos encerram recursos retóricos impregnados de juízos de valor negativos em relação ao culto da memória e produção de Elser, mas não de afirmações de fatos. Elser, sua representação e o culto à sua memória compõem nitidamente o foco temático do panfleto, sendo seu ponto de referência não a ordem constitucional da *Grundgesetz* em si, “mas, devido ‘a luta contra a direita’, tão somente um aspecto político individual”. As expressões teriam permanecido, segundo a correta avaliação do TCF, “em larga medida ao nível intelectual”, razão pela qual, pautando-se nessa interpretação orientada pelo direito fundamental do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG, não teria sido ainda ultrapassada “a fronteira entre mera polêmica e violação de bem jurídico”<sup>50</sup>.

Logo, as decisões judiciais impugnadas (originalmente de J e confirmado pelo STE, J’), as quais aplicaram o §90a I nº 1 StGB, não observaram suficientemente as diretrizes constitucionais derivadas do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG, não procederam a um autoexame da intervenção estatal implícita nas fundamentações e partes dispositivas de suas próprias decisões. Estão presentes intervenções estatais judiciais não justificadas constitucionalmente no direito fundamental de Z à liberdade de expressão da opinião.

### 3.3 Conclusão intermediária

A decisão de J e sua confirmação pelo STE (J’) violaram o direito fundamental de Z decorrente do Art. 5 I 1 1º subperíodo GG.

## 4 Conclusão geral

---

<sup>49</sup> BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 24.

<sup>50</sup> Cf. BVerf-K 1 BvR 917/09, n. à margem 25.

O TCF deve julgar procedente a Reclamação Constitucional de Z com efeito de suspender a decisão de J e devolver-lhe a matéria para nova decisão.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da proposta metodológica adotada no presente artigo, consolidada no ensino e pesquisa jurídicos alemães há pelo menos sete décadas, permite, em síntese, fixar o seguinte.

Primeiro, quanto à questão material do alcance da liberdade de expressão da opinião no contexto de juízos de valor e afirmação de fatos históricos em face da discutida difícil delimitação entre esses elementos e seus limites constitucionalmente previstos, não se pode excluir da proteção *a priori* (ou *prima facie*) nem conteúdos de expressão nem seus modos, formas e veículos. A *Grundgesetz*, em seu art. 5 I 1, 1º subperíodo, não o fez. Logo, seu intérprete também não pode fazê-lo. Uma questão de ordem meramente normativa. No entanto, reconhecer a proteção *a priori* não significa – na verdade está muito distante de sê-lo – ignorar os impactos negativos que pode ter um exercício ilimitado da genericamente alcunhada “liberdade de expressão” (tecnicamente: liberdade de manifestação/expressão da opinião/do pensamento, como espécie das “liberdades” de expressão) em bens jurídicos coletivos, inclusive de “dignidade constitucional”, lastreados diretamente no sistema normativo constitucional. Pelo contrário, como se demonstrou, correspondentemente à própria estrutura do parecer sobre uma hipótese de violação do art. 5 I 1, 1º subperíodo GG, contido no presente artigo, é lícito constitucionalmente que o Estado, i.e., os órgãos titulares das três funções estatais clássicas da legislação, governo/administração pública e jurisdição, valha-se de limites implícitos e explícitos previstos no mesmo sistema normativo constitucional para iniciarem um processo de justificação constitucional de suas respectivas intervenções. Tal processo de justificação perpetra-se com a interpretação e aplicação de limites (“limites dos limites”) à competência estatal de restrição cuja disciplina metodológica principal dá-se pela observância do critério derivado do princípio da proporcionalidade “*lato sensu*”. Aqui não ocorre sopesamento e ponderação de princípios, interesses, valores ou bens jurídicos para os quais não há critério racional-jurídico.

Segundo, no que tange aos méritos do método de estudo de caso e exame de hipótese de violação em vez da afirmação de uma tese com ulterior busca de seus fundamentos e, precipuamente, de sua transportabilidade para a interpretação do art. 5º, IV da CF (parâmetro normativo constitucional brasileiro correspondente ao art. 5 I 1 1º subperíodo GG), podem ser deduzidos da exposição os seguintes resultados:

Teórica e metodologicamente, a assunção de uma proteção *prima facie*, ou seja, não definitiva, não torna necessária a prática de uma ponderação principiológica que

visar a uma otimização de princípios que, em sede de conclusão, reduza sensivelmente (no limite a zero = “solução ótima”) a legítima discricionariedade legislativa para dirimir conflitos entre liberdades individuais e bens coletivos. Pelo contrário, trata-se de se investigar, detalhada e exaustivamente, a delimitação entre o alcance, no caso, da liberdade de expressão da opinião, de um lado, e da legitimidade material da aplicação dos seus limites constitucionais, de outro. Essa delimitação justamente não parte de uma equidistância de um centro de equilíbrio implícito na antiga, tradicional metáfora da balança (um tanto antiquada e muito insuficiente para explicar qualquer teoria jurídica com esforços de se alcançar uma específica racionalidade). Pelo contrário, é do parâmetro normativo-constitucional atingido, correspondente à hipótese de violação da qual se parte, que decorre um *específico ônus argumentativo* a ser cumprido pelos destinatários da norma. Do lado de tais destinatários, trata-se dos órgãos dos três poderes intervenientes. Secundariamente, deve ser cumprido pelo intérprete que vinculadamente realiza o exame de constitucionalidade, de modo a controlar a constitucionalidade de atos estatais vinculados à norma parâmetro dotada de supremacia. Essa regra do ônus argumentativo já há muito consolidada e que implica uma precedência lógica (não cronológica) da liberdade em face do Estado passa constantemente por adaptações aos novos desafios impostos pelo desenvolvimento do sistema social e político, catapultados, não por último, por impressionantes revoluções tecnológicas, como é o caso da digitalização da vida social e humana. Porém, contribui ainda decisivamente para se garantir a racionalidade do sistema jurídico-constitucional e sua autonomia em face de outros sistemas sociais, notadamente do cultural, político e econômico. Tendo em vista seu detalhamento, permite, inclusive, um “*doublecheck*”, ao passo que sua principal alternativa teórica e metodológica – sua concorrente –, não supera a suspeita de ocultar decisionismos mais ou menos conscientes.

A fecundidade do método adotado restou clara na abordagem do caso em tela. Foi plenamente possível ao intérprete, operador do sistema jurídico-constitucional, não se imiscuir no embate das posições ideológicas envolvidas. Em última análise, a intervenção estatal judicial, objeto do exame, não cumpriu seu ônus argumentativo por ter interpretado o §90a I n° 1 StGB, uma norma em si constitucional, sem considerar em que medida o bem jurídico protegido por aquele dispositivo penal restou de fato ameaçado pelas expressões cominadas. Em outras palavras, não restou esclarecido em que medida o resultado fático de sua interpretação e aplicação teria ou não criado um estado de coisas que guardasse, mediante hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica, uma relação com o estado de coisas intencionado pelo Estado-legislador em sua intervenção em si justificada a partir dos fundamentos retro expostos. A inadequação da medida judicial acarreta o não cumprimento do referido ônus

argumentativo e, conseqüentemente, a não justificação constitucional da intervenção estatal nela implícita.

Por fim, os esforços hermenêuticos e metodológicos aqui adotados podem ser muito profícuos não apenas para a interpretação e aplicação do art. 5º, IV da CF como também para o fomento de uma cultura da não litigância processual *na interpretação do direito constitucional*, ao menos. Trata-se, mesmo, de um parecer de *amicus curiae*. O "amigo do juiz" deveria ajudá-lo a cumprir fidedignamente sua missão constitucional. Primeiro passo para tanto é assegurar que o propósito de ele ser independente e imparcial esteja muito bem definido no horizonte. Por sua vez, o detalhamento ora proposto pode ser generalizado de tal modo a ser adotado em qualquer caso que envolva o controle de constitucionalidade de normas e de suas interpretações e aplicações pelo Estado, tendo como parâmetro norma definidora de direito fundamental, tal qual o art. 5 I 1, 1º subperíodo GG, o art. 5º, IV da CF e suas congêneres em outras ordens constitucionais nacionais ou internacionais.

## REFERÊNCIAS

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2020.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020.

GEORG ELSER. *Wikipedia*, 2020. Available from: [https://de.wikipedia.org/wiki/Georg\\_Elser](https://de.wikipedia.org/wiki/Georg_Elser). Cited: Nov. 11, 2020.

GRIMM, D. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Wochenschrift: NJW*, v. 1995, p. 1697-1705, 1995.

HIRSCHBERG, L. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Schwartz, 1981.

HÖRNLE, T. Zur vom BVerfG angenommenen Vereinbarkeit von § 130 Abs. 4 StGB mit Art. 5 Abs. 2 GG aus strafrechtlicher Sicht. *Juristenzeitung: JZ*, v. 2010, p. 310-313, 2010.

KINGREEN, T.; POSCHER, R. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 35. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEITE, A.; TEIXEIRA, A. *Defesa do Estado de direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro: Parecer*. München: Conselho Federal da OAB, 2020.

LEPSIUS, O. Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (hrsg.). *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 1-41.

MARTINS, L. Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, G.; FRANCA FILHO, M. T.; RODRIGUES JR., O. L. (org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-86.

MARTINS, L. *Liberdade e Estado constitucional*. Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, L. Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016. v. 1.

MARTINS, L. Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018. v. 2.

MARTINS, L. Questões Constitucionais na Ordem Processual: entre a Repercussão Geral e a Tutela de Direitos Fundamentais Individuais. *Espaço Jurídico Journal of Law: EJJL*, v. 20, n. 1, p. 21-72, 2019a.

MARTINS, L. Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdades de associação; garantias constitucionais processuais. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2019b. v. 3.

MARTINS, L. Liberdade de reunião, sigilos postal e telefônico, liberdade de locomoção, direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. In: MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. v. 4.

POSCHER, R. Proportionality and the bindingness of fundamental rights. In: BILLIS, E.; KNUST, N.; RUI, J. P. (org.). *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*. London: Hart Publishing, 2020. (in press).

SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

Recebido em 5/11/2020, aprovado em 27/11/2020