

LEONARDO MARTINS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO  
Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 3

Direitos fundamentais ao casamento e à família;  
liberdade de associação;  
garantias constitucionais processuais

 Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

 KONRAD  
ADENAUER  
STIFTUNG  
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

## **PANORAMA DO CONJUNTO DA OBRA**

### **Introdução geral à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, à obra como um todo e ao uso de seus cinco volumes\***

#### **Volume 1 (Art. 1 – 3 GG)**

- Capítulo 1.** Dignidade humana (Art. 1 I GG)
- Capítulo 2.** Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)
- Capítulo 3.** Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)
- Capítulo 4.** Direito fundamental à integridade física (Art. 2 II, 2ª variante GG)
- Capítulo 5.** Igualdade (Art. 3 GG)

#### **Volume 2 (Art. 4 I, 5 I e 5 III GG)**

- Capítulo 6.** Liberdade de consciência e crença (Art. 4 I GG)
- Capítulo 7.** Liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I 1, 1º subperíodo GG)
- Capítulo 8.** Liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2º subperíodo GG)
- Capítulo 9.** Liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1ª variante GG)
- Capítulo 10.** Liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2ª variante GG)
- Capítulo 11.** Liberdade artística (Art. 5 III, 1ª variante GG)
- Capítulo 12.** Liberdade científica (Art. 5 III, 2ª variante GG)

\* Como citar esta obra ou partes dela: v. p. 304.

**Volume 3 (Art. 6, 9, 19 IV, 101 I 2 e 103 GG)**

**Capítulo 13.** Direitos fundamentais ao casamento e à família (Art. 6 I GG)

**Capítulo 14.** Liberdade de associação (Art. 9 GG)

**Capítulo 15.** Garantia da via jurisdicional (Art. 19 IV GG)

**Capítulo 16.** Direito ao juiz natural (Art. 101 I 2 GG)

**Capítulo 17.** Direito à “oitiva judicial” – ampla defesa e contraditório (Art. 103 I GG)

**Capítulo 18.** *Nulla poena sine lege* (Art. 103 II GG)

**Capítulo 19.** *Ne bis in idem* (Art. 103 III GG)

**Volume 4 (Art. 8, 10, 11 e 13 GG)**

**Capítulo 20.** Liberdade de reunião (Art. 8 GG)

**Capítulo 21.** Sigilo da correspondência e das comunicações postais e telefônicas (Art. 10 GG)

**Capítulo 22.** Liberdade de locomoção (Art. 11 GG)

**Capítulo 23.** Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)

**Volume 5 (Art. 12, 14 – 16 GG)**

**Capítulo 24.** Liberdade profissional (Art. 12 GG)

**Capítulo 25.** Direito fundamental à propriedade, função social e socialização da propriedade (Art. 14 e 15 GG)

**Capítulo 26.** Garantia de não extradição (Art. 16 GG)

**Capítulo 27. Epílogo: O futuro da Constituição e da jurisdição constitucional alemãs**

## APRESENTAÇÃO

O Tribunal Constitucional Federal, localizado em Karlsruhe e fundado em 1951, é um pilar fundamental do Estado de direito alemão. Os dois Senados [turmas], cada um constituído por oito juízes, têm desde então decidido sobre a constitucionalidade da atuação dos parlamentos, governos e tribunais do país. O processo perante o Tribunal Constitucional Federal objetiva à resolução tanto de conflitos entre os órgãos constitucionais quanto também das Reclamações Constitucionais dos indivíduos em face do Estado. Há décadas, a Corte constitucional da Alemanha assegura e configura os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como os direitos e obrigações dos órgãos constitucionais da República Federal, utilizando e interpretando a *Grundgesetz* [“Lei Fundamental”, como é chamada a Constituição alemã]. Devido ao efeito vinculante das decisões judiciais constitucionais em face dos demais órgãos constitucionais, trata-se sempre de decisões de extraordinária relevância para a Justiça e a política.

Neste terceiro volume das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal em língua portuguesa, o Prof. Dr. Leonardo Martins comenta a jurisprudência do Tribunal para a proteção do casamento e da família,<sup>1</sup> a liberdade de associação e de coalizão<sup>2</sup> e os direitos fundamentais processuais, incluindo a garantia da via jurisdicional:<sup>3</sup> o direito ao juiz legal<sup>4</sup> e o direito à oitiva judicial, a proibição de retroatividade e analogia, assim como a proibição de dupla punição.<sup>5</sup>

Em particular, os direitos fundamentais processuais discutidos são indispensáveis ao Estado de direito alemão. Eles permitem e garantem aos

1. Art. 6 GG.
2. Art. 9 I e III GG.
3. Art. 19 IV GG.
4. Art. 101 I 2 GG.
5. Art. 103 I, II e III GG.

cidadãos alemães a aplicação dos seus direitos, na medida em que outorgam garantias processuais que devem ser observadas por todos os órgãos constitucionais. Apenas a abertura de um procedimento que permita a proteção efetiva dos direitos fundamentais em favor do respectivo titular do direito confere aos direitos fundamentais o poder de imposição necessário e garante aos cidadãos o exercício daqueles direitos. Nesse contexto, são particularmente representativos a garantia da via jurisdicional, que assegura o acesso aos tribunais, e o direito à oitiva judicial, que marca decisivamente o curso do processo.

A importância central desses direitos iguais a direitos fundamentais revela-se na análise da antiga e permanentemente continuada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal nesse campo temático. Já em 1952,<sup>6</sup> o Tribunal ocupou-se do alcance do direito à oitiva judicial e, desde então, tem se manifestado constantemente sobre o conteúdo dessa garantia processual. No cerne da interpretação do direito à oitiva judicial encontra-se a tese defendida pelos juízes constitucionais segundo a qual as partes processuais não seriam mero objeto, mas, ao contrário, sujeitos configuradores do processo, razão pela qual se deveria abrir-lhes a possibilidade de influenciar o curso e o resultado do procedimento.<sup>7</sup> De acordo com os juízes de Karlsruhe, esse direito não inclui apenas a oportunidade de falar, mas também o conhecimento dos fatos relevantes para a decisão e uma informação prévia sobre quais aspectos são relevantes para a tomada de decisão.<sup>8</sup> Nesse sentido, os juízes são obrigados a viabilizar ao titular do direito o efetivo exercício do seu direito de influenciar.

Os limites do direito decorrente do Art. 103 I GG são encontrados no direito formal e material que permite [presentes alguns pressupostos] a desconsideração da fala do atingido.<sup>9</sup> Contudo, os tribunais estão em princípio vinculados em sua discricionariedade de julgamento, na medida em que o cerne de uma arguição da parte que seja crucial para o resultado do processo deve sempre ser considerado na fundamentação da decisão judicial.<sup>10</sup> As várias manifestações do direito à oitiva judicial asseguram que os tribunais lidem intensamente com os argumentos apresentados e com o alcance de direitos fundamentais eventualmente afetados, garantindo-se assim uma proteção efetiva dos direitos fundamentais por meio das garantias processuais. Mediante a observância dos direitos fundamentais judiciais, garante-se sempre também a proteção de minorias. Isso é essencial para a manutenção de um sistema regido pelo Estado de direito, tanto mais quando a correspondente proteção restar ameaçada em um dado contexto político. Especialmente tendo em vista os atuais desenvolvimentos políticos em todo o mundo, incluindo a América Latina, marcada por uma forte presença de atores

6. BVerfGE 1, 470.

7. BVerfGE 84, 188; nota à margem 7, com mais referências.

8. *Ibid.*

9. BVerfGE 84, 188; nota à margem 15.

10. Ver BVerfGE 85, 386; nota à margem 11.

populistas, são as garantias processuais rigorosamente aplicadas mais do que nunca necessárias para se garantir a pluralidade dos sistemas e para ajudar a proteger o Estado de direito.

As decisões em pauta da Corte constitucional alemã podem, portanto, servir também de exemplo para além das fronteiras nacionais, promovendo assim o desenvolvimento internacional e a proteção dos sistemas de Estado de direito. É para nós, destarte, muito importante expressar nossos parabéns e nosso agradecimento ao Prof. Dr. Leonardo Martins, além de felicitá-lo por seu notável empenho e excelente trabalho na produção dessas coletâneas. No contexto das atuais mudanças políticas no Brasil, é provável que haja um grande interesse atual, especialmente para a população brasileira, nas decisões discutidas neste volume da obra [de cinco volumes]. O trabalho do Prof. Dr. Leonardo Martins é, portanto, de particular importância no momento. Temos o prazer de apoiar esse importante intercâmbio jurídico e político-jurídico internacional com tais coletâneas.

Bogotá, 10 de fevereiro de 2019.

DRA. MARIE-CHRISTINE FUCHS

## PREFÁCIO AO VOLUME 3

É com grande satisfação e sensação de ter dado mais um passo rumo ao cumprimento de meu dever autodeterminado que publico o resultado de mais um ano de intenso trabalho investido na realização do presente projeto.

Na oportunidade em que remeto o leitor ao prefácio geral da obra (no volume 1), reitero que se trata de uma obra em cinco volumes que visa a disponibilizar ao seu leitor, no vernáculo, um acesso tão panorâmico quanto criterioso da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) em matéria de direitos fundamentais positivados na Constituição alemã (*Grundgesetz*) que completará 70 anos de vigência no próximo dia 23 de maio.

Como já frisei em diversas oportunidades e publicações, a comunidade jurídica e a comunidade política da República Federal da Alemanha devem, em grande parte, à jurisprudência daquela Corte o alcance do escopo máximo de um Estado Democrático de Direito que é a efetiva garantia da chamada “força normativa da Constituição”. Não por acaso, isso se dá no sentido propugnado por aquele que, nesse contexto político-filosófico, será sempre lembrado por ter cunhado a expressão destacada, o Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Konrad Hesse*, que foi membro do TCF (1975-1987).

Entre os primeiros esboços de um projeto de tamanho fôlego e complexidade e sua realização podem ocorrer percalços decorrentes também de uma imprudente tendência a subestimar desafios. Por outro lado, há descobertas relevantes, cientificamente falando, que apenas foram viabilizadas graças à provocação do intelecto implícita nas aludidas dificuldades. Nesse sentido, o subtítulo da obra pensado por ocasião dos primeiros esboços em 2013 e 2014, “Decisões **anotadas** sobre direitos fundamentais” (grifo nosso), tornou-se, em razão do uso do singular adjetivo “anotado”, já por ocasião da conclusão do volume 1 – característica intensificada no volume 2 –, um tanto quanto inidôneo a refletir fidedignamente seu conteúdo.

Contudo, suposto que, por intermédio do subtítulo em tela, desperte-se no leitor uma expectativa condizente com o adjetivo, qual seja, a de encontrar na obra *apenas* excertos de textos ou passagens originais de decisões do TCF criteriosamente escolhidas que reflitam a jurisprudência atual e seus antecessores históricos, o autor e os editores não incorrem em publicidade enganosa. Ao contrário: o marketing, em geral incompatível com o *ethos* e o discurso científicos, implica uma promessa de conteúdo menor do que o efetivamente publicado.

Com efeito, a expectativa possivelmente despertada no leitor ficará muito provavelmente aquém do que ele poderá apreciar com a leitura de todo o volume. Isso porque o projeto evoluiu – do primeiro para o segundo e desse para o presente volume – de uma coletânea fulcrada em uma seleção cuidadosa dos excertos e decisões mais reveladoras da jurisprudência do TCF, acompanhadas de anotações ou comentários elucidativos de conceitos e princípios constitucionais gerais, para uma obra de consulta bem mais ampla e aprofundada. A partir do estado da arte dos debates jurídico-dogmáticos em torno das normas definidoras de direitos fundamentais positivadas na *Grundgesetz*, a obra busca propiciar ao leitor uma “vista privilegiada” sobre seu objeto.

Assim, por exemplo, sob a epígrafe das chamadas “notas introdutórias” aos capítulos temáticos, distribuídos pelos parâmetros normativos (direitos fundamentais) interpretados e aplicados na jurisprudência contemplada, apresentam-se sistematizações das chamadas “dogmáticas especiais” dos direitos fundamentais. O leitor atento deparar-se-á com uma reveladora visão de dentro da discussão jurídica especializada germânica, que é frequentemente mais reativa à jurisprudência do TCF do que propositiva. Trata-se, igualmente, de uma perspectiva panorâmica sobre todos os pontos jurídico-dogmáticos relevantes para a interpretação dos direitos fundamentais trazidos ao presente volume, grosso modo, dos Art. 6, 9, 19 IV, 101 e 103 GG.<sup>11</sup>

Já afirmei, também em diversas oportunidades, a especial conveniência que tem o conhecimento da jurisprudência do TCF para a interpretação dos direitos fundamentais, especialmente os de liberdade e igualdade, tais quais positivados na vigente CRFB. Como asseverado no prefácio do volume 2, é uma Corte que tem, de fato, “uma grande reputação junto às comunidades jurídica e jurídico-científica alemãs”. Naturalmente, há também discordâncias advindas da comunidade jurídico-científica e pontualmente choques com a opinião pública. Nada, porém, que seja capaz de abalar a reputação do TCF construída em seus quase 68 anos de jurisprudência.

No presente volume, os textos de “acompanhamento” da tradução das decisões e excertos selecionados da jurisprudência preencheram entre 1/3 e

11. Sobre a opção por não seguir a ordem numérica do catálogo dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*, cf. explicação a seguir, na “introdução ao volume 3”.



metade de sua extensão total. Após a introdução, foram desenvolvidas sete “notas introdutórias” para seus sete capítulos e sínteses das “matérias” (direito e fatos), que foram objetos das 23 decisões contempladas. Como fontes de pesquisa, devidamente declinadas nas notas de rodapé, foram utilizadas recentes obras acadêmicas sobre direitos fundamentais que, como salientado, acompanham (criticamente) a jurisprudência da Corte.

No mais, vale também para esse volume o que restou consignado já no prefácio ao volume 2: “o conceito da obra [...] foi mantido [...]. Manteve-se, principalmente, nas traduções, a preocupação em ser fiel ao texto original, informar os leitores sobre a total extensão de cada decisão, enfatizando sempre suas complexas, mas sempre bem articuladas estruturas (p. 28-34)”.

\* \* \*

Meus sinceros agradecimentos à mestre em direito, MSc *Carmen Vasconcelos*, por seu muito competente trabalho de revisão do manuscrito. Igualmente, agradeço a *Mariana Bigelli de Carvalho* por sua segunda leitura revisional. Como já consignado nos respectivos prefácios aos dois primeiros volumes, reafirmo meu profundo agradecimento à Fundação Konrad Adenauer (KAS), na pessoa da diretora do Programa Estado del Derecho para Latinoamérica, Dr. *Marie-Christine Fuchs*, que propiciou os meios financeiros necessários à presente publicação. Finalmente, agradeço à Editora Marcial Pons, especialmente ao seu editor-chefe jurídico, Dr. *Marcelo Porciuncula*, por ter aceitado minha proposta de parceria editorial, acrescentando o selo daquela ínclita instituição editorial, de consolidada envergadura técnico-editorial e excelência internacionais, ao já muito honroso selo da KAS.

Natal-RN, 31 de março de 2019.

PROF. DR. LEONARDO MARTINS

## SUMÁRIO

<b>Panorama do conjunto da obra</b> .....	vii
<b>Apresentação</b> .....	ix
<b>Prefácio ao Volume 3</b> .....	xiii
<b>Siglas e abreviações</b> .....	xxv
<b>Introdução ao Volume 3: Garantias institucionais jusprivadas e processuais; liberdades de associação</b> .....	1
Capítulo 13.	
<b>Direitos fundamentais ao casamento e à família (Art. 6 I GG)</b>	
<b>A. Notas introdutórias</b> .....	5
I. Direitos fundamentais de resistência (ou à abstenção de) à intervenção estatal .....	6
1. Casamento (Art. 6 I, 1ª variante GG) .....	7
1.1 Área de proteção .....	7
1.2 Intervenções estatais na área de proteção .....	8
1.3 Justificação constitucional de intervenções estatais na área de proteção .....	11
2. Família (Art. 6 I, 2ª variante GG) .....	11
2.1 Área de proteção .....	11
2.2 Justificação constitucional de intervenções estatais .....	13

3. Direito ao poder parental/familiar – especialmente: à educação dos filhos (Art. 6 II 1 GG).....	14
3.1 Área de proteção.....	14
3.2 Intervenções estatais.....	17
3.3 Justificação constitucional.....	18
3.3.1 Limites constitucionais: reserva legal qualificada do Art. 6 II 2 GG e direitos constitucionais colidentes .....	19
3.3.2 Limite ao limite constitucional: Art. 6 III GG e o princípio da proporcionalidade .....	20
3.3.3 Tarefa de fiscalização pelo Estado do cumprimento do dever fundamental decorrente do Art. 6 II 1 GG determinada no Art. 6 II 2 GG.....	22
4. Direitos de resistência dos filhos decorrentes do Art. 6 I, 2ª variante GG	23
II. Garantias institucionais .....	24
1. Princípios estruturais do casamento e o impacto da nova lei civil .....	25
2. Princípios estruturais da família?.....	29
III. Decisão axiológica decorrente do Art. 6 I GG: dever de tutela estatal e direito de proteção .....	31
IV. Direito fundamental prestacional e à proteção de mães do Art. 6 IV GG	33
V. Direitos especiais de igualdade e vedações de discriminação (Art. 6 I, IV e V GG).....	33
<b>B. Decisões do TCF .....</b>	<b>34</b>
<b># 57. BVerfGE 47, 46 (<i>Sexualkundeunterricht</i>) .....</b>	<b>34</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	34
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	35
<b># 58. BVerfGE 105, 313 (<i>Lebenspartnerschaftsgesetz</i>) .....</b>	<b>41</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	41
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	44
<b># 59. BVerfGE 108, 82 (<i>Biologischer Vater</i>).....</b>	<b>81</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	81
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	85

<b># 60. BVerfGE 136,382 (<i>Großeltern</i>)</b> .....	103
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	103
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	105
Capítulo 14.	
<b>Liberdade de associação (Art. 9 GG)</b>	
<b>A. Notas introdutórias</b> .....	113
I. Liberdade (geral) de associação: Art. 9 I GG.....	114
1. Área de proteção.....	114
1.1 Introdução: marca normativa da área de proteção do Art. 9 GG ..	114
1.2 Conceito de associação .....	115
1.3 Exercício individual .....	116
1.4 Exercício coletivo.....	116
2. Intervenções estatais.....	117
3. Justificação constitucional.....	117
3.1 Limites constitucionais.....	117
3.2 Proporcionalidade de intervenções baseadas no Art. 9 II GG.....	118
3.2.1 Leis penais.....	118
3.2.2 Ordem constitucional .....	119
3.2.3 Entendimento entre os povos .....	120
3.3 Outros direitos constitucionais colidentes e proporcionalidade de intervenções neles baseadas .....	120
II. Liberdade de associação sindical (liberdade de coalizão): Art. 9 III GG	120
1. Conteúdo e alcance do direito de resistência.....	120
1.1 Área de proteção.....	120
1.1.1 Conceito de coalização .....	121
1.1.2 Exercício individual.....	121
1.1.3 Exercício coletivo .....	122
1.2 Peculiaridade: Eficácia horizontal direta prescrita no Art. 9 III 2 GG .....	122

2. Intervenções estatais e pelo adversário social .....	123
3. Justificação constitucional.....	123
3.1 Limites constitucionais.....	123
3.2 Direito constitucional de colisão e proporcionalidade de intervenções.....	124
3.3 Limite do limite do Art. 9 III 3 GG .....	125
III. Concorrências .....	125
<b>B. Decisões do TCF .....</b>	<b>126</b>
<b># 61. BVerfGE 19, 303 (<i>Dortmunder Hauptbahnhof</i>).....</b>	<b>126</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	126
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	126
<b># 62. BVerfGE 50, 290 (<i>Mitbestimmungsgesetz</i>) .....</b>	<b>131</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	131
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	132
<b># 63. BVerfGE 84, 212 (<i>Aussperrung</i>) .....</b>	<b>138</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	138
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	139
<b># 64. BVerfGE 92, 365 (<i>Kurzarbeitergeld</i>).....</b>	<b>145</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	145
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	145
<b># 65. BVerfGE 100, 214 (<i>Gewerkschaftsausschluss</i>).....</b>	<b>151</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	151
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	153
<b># 66. BVerfGE 100, 271 (<i>Lohnabstandsklausel</i>).....</b>	<b>158</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	158
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	160
<b># 67. BVerfGE 103, 293 (<i>Urlaubsanrechnung</i>) .....</b>	<b>167</b>
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	167
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	169

## Capítulo 15.

**Garantia da via jurisdicional (Art. 19 IV GG)**

<b>A. Notas introdutórias</b> .....	175
I. Área de proteção.....	176
1. “Poder Público” .....	176
2. Lesão de direito .....	177
3. Abertura da via jurisdicional .....	178
II. Intervenção estatal.....	179
III. Justificação constitucional .....	179
<b>B. Decisões do TCF</b> .....	180
<b># 68. BVerfGE 84, 34 (<i>Gerichtliche Prüfungskontrolle</i>)</b> .....	180
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	180
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	180
<b># 69. BVerfGE 107, 395 (<i>Rechtsschutz gegen den Richter I</i>)</b> .....	184
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	184
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	187

## Capítulo 16.

**Direito ao juiz natural (Art. 101 I 2 GG)**

<b>A. Notas introdutórias</b> .....	207
I. Área de proteção.....	208
II. Intervensões estatais.....	209
III. Justificação constitucional da intervenção estatal na área de proteção do Art. 101 I 2 GG.....	211
<b>B. Decisões do TCF</b> .....	211
<b># 70. BVerfGE 4, 412 (<i>Gesetzlicher Richter</i>)</b> .....	211
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	211
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	211

<b># 71. BVerfGE 95, 322 (<i>Spruchgruppen</i>)</b> .....	214
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	215
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	216

Capítulo 17.

**Direito à “oitiva judicial” – ampla defesa e contraditório (Art. 103 I GG)**

<b>A. Notas introdutórias</b> .....	225
I. Área de proteção.....	226
1. Oitiva judicial .....	226
2. Perante tribunal.....	226
II. Intervenção estatal.....	227
III. Justificação Constitucional.....	227
<b>B. Decisões do TCF</b> .....	227
<b># 72. BVerfGE 9, 89 (<i>Gehör bei Haftbefehl</i>)</b> .....	227
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	227
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	228
<b># 73. BVerfGE 25, 158 (<i>Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen</i>)</b> ....	231
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	231
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	231
<b># 74. BVerfGE 108, 341 (<i>Rechtsschutz gegen den Richter II</i>)</b> .....	234
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	234
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	236

Capítulo 18.

***Nulla poena sine lege* (Art. 103 II GG)**

<b>A. Notas introdutórias</b> .....	243
I. Área de proteção.....	244
1. Conceito de punibilidade.....	244
2. Princípio do ato .....	244

3. Princípio da legalidade .....	245
4. Princípio da determinabilidade .....	245
5. Vedação de retroação .....	245
II. Intervenção estatal .....	246
III. Justificação Constitucional .....	246
<b>B. Decisões do TCF</b> .....	247
<b># 75. BVerfGE 14, 174 (<i>Gesetzgebundenheit im Strafrecht</i>)</b> .....	247
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	247
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	247
<b># 76. BVerfGE 25, 269 (<i>Verfolgungsverjährung</i>)</b> .....	251
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	251
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	251
<b># 77. BVerfGE 105, 135 (<i>Vermögensstrafe</i>)</b> .....	255
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	256
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	259

Capítulo 19.

*Ne bis in idem* (Art. 103 III GG)

<b>A. Notas introdutórias</b> .....	283
I. Área de proteção .....	284
1. Mesmo ato .....	284
2. As leis penais gerais .....	285
3. Singularidade temporal da persecução penal .....	285
II. Intervenção estatal .....	285
III. Justificação Constitucional .....	286
<b>B. Decisões do TCF</b> .....	286
<b># 78. BVerfGE 23, 191 (<i>Dienstflucht</i>)</b> .....	286
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	286
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	287



<b># 79. BVerfGE 56, 22 (<i>Kriminelle Vereinigung</i>)</b> .....	290
Matéria (síntese do direito e dos fatos) .....	290
Excertos da decisão com anotações pontuais .....	291
<b>Bibliografia</b> .....	301
<b>Como citar esta obra ou partes dela</b> .....	304

## INTRODUÇÃO AO VOLUME 3

### **Garantias institucionais jusprivadas e processuais; liberdades de associação:**

#### Direitos fundamentais de substrato normativo em três áreas da vida social

Os direitos fundamentais contemplados neste terceiro volume podem ser classificados em três complexos temáticos aludidos na epígrafe: as garantias de institutos jurídico-privados, as (poucas) garantias institucionais processuais e as (duas) liberdades de associação.

Cabe, aqui, conforme prometido no prefácio, explicar sua unidade temática e justificar a opção de se reunirem direitos fundamentais de naturezas aparentemente diversas, como é o caso do direito constitucional de família (Art. 6 GG: **Capítulo 13**), da liberdade de associação e coalizão – sindical e patronal – (Art. 9 GG: **Capítulo 14**) e das garantias processuais, em sua maioria, penais, distribuídas pelos cinco capítulos finais, **Capítulos 15-19** (Art. 19 IV, 101 e 103 GG).

Trata-se de um complexo temático de áreas da vida social que encontram seu denominador comum na característica da marca e substrato normativos das respectivas “áreas de proteção”. Essa característica é idônea a justificar a presente opção pelos referidos direitos fundamentais. Os conceitos jurídico-dogmáticos serão objeto dos estudos perpetrados nas notas introdutórias aos respectivos capítulos.

Deve-se proceder, na presente introdução, a uma primeira aproximação panorâmica às três áreas da vida social sobre as quais incidem os direitos fundamentais dos dispositivos constitucionais retro mencionados, conectadas como afirmado pela característica comum da marca normativa dos conteúdos

dos próprios direitos. Entretanto, como se verá,<sup>1</sup> tal característica comum dificulta ao controlador da constitucionalidade de leis e atos administrativos e/ou jurisdicionais, que as interpretam e aplicam, o cumprimento de sua tarefa de verificar se o legislador e os titulares das demais funções estatais observaram ou não seu vínculo à norma jufundamental.

Na literatura especializada alemã e em seu debate com a jurisprudência do TCF, os direitos fundamentais de família são por vezes entendidos como partícipes da proteção da personalidade em seu sentido amplo.

Com base nesse entendimento, opor-se-iam<sup>2</sup> conceitualmente à proteção da personalidade em sentido amplo uma proteção do “núcleo da personalidade das pessoas” (proteção da personalidade em sentido estrito). Tal núcleo da personalidade abarcaria basicamente a garantia da dignidade humana (Art. 1 I GG), do direito geral de personalidade (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG), do direito fundamental à autodeterminação informacional (igualmente com fulcro no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG) e do direito à vida e à integridade física (Art. 2 II GG). Fora dele ficaria a liberdade geral de ação protegida pelo Art. 2 I GG, mas sem a aplicação conjunta com o Art. 1 I GG.<sup>3</sup>

Por sua vez, participariam<sup>4</sup> da *proteção ampla* da personalidade, além dos direitos fundamentais de família, alguns direitos fundamentais de natureza sensivelmente mais diversas, conectados de algum modo pelo gênero comum da proteção subsidiária do Art. 2 I GG, tais como a inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG), o sigilo das comunicações interindividuais (Art. 10 GG), a liberdade de locomoção (Art. 11 GG),<sup>5</sup> a proteção contra extradição (Art. 16 GG), o direito ao asilo político (Art. 16a GG) e os “direitos fundamentais judiciais”. De acordo com essa classificação estariam juntos, portanto, o primeiro e o terceiro complexo temático em pauta.

No mais, a liberdade de associação seria<sup>6</sup> um direito de comunicação semelhante à liberdade de reunião e às liberdades de manifestação do pensamento e de comunicação social. Por fim, a liberdade de associação sindical e de associação de empregadores, reunidas sob a epígrafe comum da liberdade de “coalizão”, essa frequentemente tratada separadamente, ainda que ambas sejam relacionadas por generalidade (associação) e especificidade (coalizão), chegou a ser inserida no capítulo subordinado a título diverso daquele reservado à liberdade geral de

1. Principalmente no **Capítulo 13, tópico II**.

2. Por exemplo, segundo Hufen (2018: 131 ss. e 230 ss.).

3. Todos esses que foram objeto do **volume 1**. Cf. Martins (2016-a).

4. Segundo o mesmo Hufen (2018: 250 ss., 290 ss., 301 ss., 309 ss., 316 ss. e 332 ss.).

5. Os três direitos fundamentais comporão, com a liberdade de reunião (Art. 8 GG), o objeto do **volume 4**, a ser publicado, conforme o plano editorial, em 2020. O direito fundamental de proteção contra a extradição será um dos objetos do derradeiro volume 5, programado para 2021.

6. Cf. Hufen (2018: 515-525).

associação, qual seja, no mesmo título dos direitos fundamentais de relevância macroeconômica que são, basicamente, os direitos fundamentais à liberdade profissional/econômica e de propriedade.<sup>7</sup>

Essa classificação por duas categorias da liberdade de associação é até defensável, mas não totalmente livre de questionamentos críticos.<sup>8</sup> Toda a ênfase das liberdades profissional e empresarial (livre iniciativa), do Art. 12 I GG, e do direito fundamental de propriedade, do Art. 14 I GG, recai sobre o fenômeno econômico e os aspectos da liberdade individual a ele intimamente relacionados, quais sejam, do processo de aquisição de bens (Art. 12 I GG) e da proteção do resultado daquele processo (Art. 14 I GG). Já a liberdade de coalizão – como subcategoria específica (*lex specialis*) da liberdade de associação – faz parte de uma área da vida social regida imediatamente pela propensão e faculdade de seus titulares de juntar esforços em prol de determinados propósitos. Ainda que seja um dos propósitos caracterizadores da coalizão correspondente a medidas, princípios e critérios macroeconômicos,<sup>9</sup> o elemento da união de esforços e engajamento individual em prol da associação representa o ponto de ênfase desse direito fundamental, não em primeira linha seu impacto macroeconômico em si.

Um pouco mais precisamente, a liberdade de coalizão – que, como aludido e se verá em detalhes no **Capítulo 14**, abrange o direito de empregadores e empregados de criarem associações com um propósito bastante específico predeterminado no Art. 9 III GG – diz respeito tanto à função de proteção da comunicação em sentido amplo quanto também da personalidade. Não obstante, da mesma forma como ocorre com a liberdade de reunião, trata-se também do “desenvolvimento coletivo da personalidade”,<sup>10</sup> especificamente, do desenvolvimento da personalidade de

7. Cf. *Ibid.*, p. 668-683.

8. Autores muito influentes como Kingreen e Poscher (2018: 235 s.) tratam o parágrafo 3 simplesmente como um caso especial da liberdade uma consagrada no Art. 9 GG que é a liberdade de associação. Mesmo sem separar em dois capítulos, Schmidt (2018: 335) chama a atenção para a proximidade maior do Art. 9 I GG com os direitos fundamentais de comunicação, e do Art. 9 III GG com os direitos fundamentais econômicos. Por outro lado, o próprio Hufen (2018: 5), na parte geral de seu curso de direitos fundamentais, alertou, sob uma significativa epígrafe, “Da utilidade e dos perigos de tentativas de classificação [dos direitos fundamentais por grandes categorias]”, para a inconveniência de se considerar taxativas tais classificações, nos seguintes termos: “se alguém não quiser simplesmente seguir a numeração [ordem numérica dos direitos fundamentais] na *Grundgesetz* (em parte explicável historicamente, em parte acidentalmente), poderá classificar os direitos fundamentais de acordo com vários critérios. Conforme o [respectivo] conteúdo pode-se dividir precipuamente em direitos fundamentais *culturais*, *econômicos* e *políticos* [destaque em negrito no original]. Tais classificações tornam clara a essência de cada direito fundamental, mas não deixam de ser problemáticas. Nesse sentido, direitos fundamentais culturais, como a liberdade de arte ou de ciência, podem ser em grande medida ‘econômicos’ e a liberdade de opinião com certeza não é apenas ‘política’.”

9. Cf. **Capítulo 14, tópico II. 1.1.1.**

10. Cf. Michael e Morlok (2017: 159 s.).

cada titular do direito fundamental em seu relacionamento com terceiros. Por isso, mais indicada é a opção feita aqui de tratar as liberdades de associação e de coalizão no mesmo capítulo. Sem desconsiderar as grandes peculiaridades da *lex specialis* do Art. 9 III GG, a coalizão é, antes de tudo, uma associação. Não bastasse, ambas as liberdades de associação (geral e especial) dependem em larga medida de um aparato normativo configurado ao plano infraconstitucional para sua concretização.

Essa dependência normativa é ainda mais acentuada nos direitos fundamentais subjetivos de família, embora entre casamento e família haja, como se verá no **Capítulo 13**, uma notória gradação nessa dependência. A dependência de normas infraconstitucionais para a realização das garantias processuais analisadas nos cinco capítulos finais dispensa quaisquer comentários adicionais. Apenas para registrar uma singela constatação: o “*devido* processo legal” é o conjunto dos ritos e procedimentos previsto na lei que densifica as garantias constitucionais daquele. Sem lei que o defina e o configure em detalhes, a referida garantia constitucional é absolutamente inútil, sem embargo do vínculo imediato do legislador processual às garantias constitucionais processuais (Art. 1 III GG).<sup>11</sup>

De resto, há um direito fundamental cuja norma-dependência é a mais intensa de todas, mas que não foi contemplado no presente volume, que é o direito fundamental de propriedade. Seu par jusfundamental (incidência sobre o mesmo recorte da complexa realidade social, no caso, sobre o fenômeno macroeconômico), que é a liberdade profissional/empresarial, não tem dependência alguma de normas infraconstitucionais. Contudo, como se trata, no caso do direito fundamental de propriedade, do mais complexo direito fundamental de marca normativa de todos e, tendo em vista sua notória proximidade temática com a outra liberdade de relevância macroeconômica do Art. 12 I GG, decidiu-se por não se ocupar dele no presente volume.

11. A título introdutório-comparativo, o mesmo vale para a relação tripolar normativa entre a *aplicação imediata* das normas definidoras dos direitos fundamentais positivados na CRFB, prescrita em seu art. 5º, §1º, as garantias constitucionais processuais previstas em vários incisos do mesmo art. 5º CRFB e os dispositivos dos códigos processuais e da assim chamada legislação processual extravagante. Sobre o que significa e qual a eficácia das normas constitucionais que determinam a “aplicação imediata” (art. 5º, §1º, CRFB) ou o “vínculo imediato” das três funções estatais clássicas, a começar pela função legislativa, em face de tais categorias de direitos fundamentais (Art. 1 III GG), v. os comentários ao primeiro por Martins (2018-c: 338-341).

## Capítulo 13

### **Direitos fundamentais ao casamento e à família (Art. 6 I GG)**

#### **Artigo 6 (Casamento, família e filhos)**

- (1) O casamento e a família estão sob proteção especial da ordem estatal.
- (2) <sup>1</sup> Os cuidados e a educação dos filhos são o direito natural dos pais e a obrigação que cabe sobretudo a eles. <sup>2</sup> A comunidade público-estatal fiscalizará seu cumprimento.
- (3) Contra a vontade dos responsáveis por sua educação, os filhos poderão ser separados da família somente com base em uma lei, quando não cumprirem seus deveres ou se os filhos, por outras razões, correrem o risco de ficar desamparados.
- (4) Toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade.
- (5) Aos filhos de pais não casados devem ser criadas pela legislação as mesmas condições que existem para os filhos de pais casados para o seu desenvolvimento físico e psíquico e para a sua colocação na sociedade.

#### **A. Notas introdutórias**

Em seus cinco parágrafos, o Art. 6 GG outorgou, pelo menos, cinco direitos fundamentais com efeitos, em parte, muito distintos entre si. Eles são o direito fundamental ao casamento (Art. 6 I, 1ª variante GG), o direito fundamental à família (Art. 6 I, 2ª variante GG), o direito fundamental ao poder parental/familiar, especialmente à educação dos filhos (Art. 6 II GG), o direito fundamental de mães à proteção e assistência (Art. 6 IV GG) e o direito fundamental especial de igualdade de filhos de pais não casados (Art. 6 V GG).

Também as dimensões jurídico-objetivas<sup>12</sup> desses direitos fundamentais tornam a análise ainda mais complexa. No contexto da dimensão objetiva que têm todos os direitos fundamentais, o marcante teor do Art. 6 I GG – com a eloquente fórmula segundo a qual o casamento e família “estão sob proteção especial da ordem estatal” – não deixa nenhuma margem a dúvidas: o constituinte tomou uma decisão axiologicamente orientada em prol de certas formas de vida, ao mesmo tempo em que dotou de proteção constitucional os institutos (de direito privado) do casamento e da família, garantindo-os contra revogação pelo legislador civil ou modificação substancial de seus “princípios estruturais”.

Fala-se, no contexto do Art. 6 I GG, também em: “vedação objetiva de discriminação, deveres estatais de tutela, um direito prestacional e uma garantia institucional [...]. Especialmente, representa [a norma do Art. 6 I GG] uma norma-princípio axiológica para todo o ordenamento jurídico [...]”.<sup>13</sup> Por fim, o sistema de limites e limites dos limites, implícito em seus cinco parágrafos (contudo, especialmente no Art. 6 III GG), também revela uma grande complexidade que não é encontrada em outros direitos fundamentais.<sup>14</sup>

A seguir, divide-se a análise, primeiro, pelos efeitos decorrentes dos direitos fundamentais do Art. 6 GG como um todo para, então, em face de cada efeito, identificarem-se os direitos fundamentais em espécie, com destaque para as posições individuais, jurídico-subjetivas, e para as garantias institucionais de cada um.

## **I. Direitos fundamentais de resistência (ou à abstenção de) à intervenção estatal**

Do sistema jusfundamental firmado no Art. 6 GG como um todo produzem os direitos de casamento, família e dos pais à educação dos filhos (Art. 6 I e II GG) claros efeitos de resistência (*Abwehrrecht*: também chamados, em sua tradução ao vernáculo de direitos de “defesa” ou “à abstenção de”)<sup>15</sup> à intervenção estatal. Os direitos de igualdade do Art. 6 IV e V GG também são direitos fundamentais de resistência, em sua dimensão negativa, ao tratamento desigual,<sup>16</sup> mas serão

12. Sobre o conceito v. Dimoulis e Martins (2018: 139-142).

13. Schmidt (2018: 286).

14. Há uma plethora de limites das categorias “reservas legais” e “direito constitucional colidente” (incluindo um grande potencial de colisão entre direitos fundamentais derivados do próprio Art. 6 GG) e ao menos um “limite do limite” positivado no Art. 6 III GG que modifica a interpretação do dispositivo como um todo e influencia na aplicação do critério da proporcionalidade. Cf. a descrição de “casos e problemas atuais” de Hufen (2018: 284-290).

15. Cf. o esclarecimento e a fundamentação da divergente opção terminológica em Dimoulis e Martins (2018: 63).

16. Isso porque os direitos de igualdade, ao contrário do que muitos entendem, não são direitos em si de *status positivus*, os quais fundamentariam uma obrigação de fazer ao Estado, mas direitos negativos que implicam o dever de abstenção aos destinatários diretos, os órgãos

analisados à parte, tal qual procedido pela grande maioria dos autores (a seguir: sob V).

## 1. Casamento (Art. 6 I, 1ª variante GG)

Prima vista, o casamento é, segundo uma muito precisa definição, “ao mesmo tempo uma construção social e jurídica”, sendo que, no cerne de seu conceito, encontra-se a “imagem do casamento civil (burguês) profano e fechado pelas formas juridicamente previstas”.<sup>17</sup> Sem embargo ou paralelamente a esse aspecto institucional que marca a garantia do instituto do casamento, o direito abrange opções e comportamentos de seus titulares oponíveis contra a intervenção estatal.

Por isso, o exame de uma afirmada violação segue, também aqui, os três passos da verificação do alcance da sua área de proteção, das mais comuns hipóteses de intervenção estatal naquele e da possibilidade de justificação constitucional a partir da aplicação proporcional dos limites constitucionalmente previstos ao direito fundamental do casamento que seja condizente com os demais limites dos limites.<sup>18</sup>

### 1.1 Área de proteção

Na acepção de direito de resistência<sup>19</sup> o casamento alberga várias faculdades individuais, a começar pela livre escolha por casar-se ou não, com quem e quando se queira, além da livre configuração da vida conjugal sem intervenções estatais.<sup>20</sup> Assim, na presente acepção de *status libertatis* ou *status negativus*, o direito parte do “casamento com parceiro autonomamente escolhido, passando pela vida conjunta matrimonial até o divórcio [ou morte de um dos cônjuges]”.<sup>21</sup>

das três funções estatais. Trata-se, aqui, do dever primário de abster-se de tratar desigualmente os essencialmente iguais, ou de abster-se de tratar igualmente os essencialmente desiguais. Os direitos fundamentais de igualdade estão sempre inseridos em uma relação triangular. Ao contrário, os direitos prestacionais (individuais, sociais individuais e coletivos) de *status positivus* encontram-se em uma relação bipolar (Estado e titular do direito à prestação). Traduzindo-o em uma fórmula sintética: direitos fundamentais de liberdade (*status negativus*) = resistência a intervenções estatais na área de proteção não justificadas constitucionalmente; direitos fundamentais de igualdade (*status negativus*) = resistência a tratamentos desiguais *lato sensu* não justificadas constitucionalmente). Cf. a respeito com referências à discussão germânica: Martins (2012: 44-46 e 55-62).

17. Cf. Pieroth; Schlink *et alii* (2014: 177).

18. A respeito dos conceitos jurídico-dogmáticos de limites constitucionais a direitos fundamentais e limites dos limites, v. Dimoulis e Martins (2018: 153-197 e 282 s.).

19. Cf. um primeiro esboço do presente tópico em: Martins (2014: 253 e 255).

20. Por exemplo, no que concerne à divisão de papéis e tarefas, cf. BVerfGE 105, 1 (11).

21. Kingreen e Poscher (2018: 211).