

LEONARDO MARTINS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO
Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 4:

Liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de
locomoção, inviolabilidade do domicílio



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Sumário

Panorama do conjunto da obra.....	vii
Apresentação	ix
Prefácio.....	xiii
Siglas e abreviações	xxi

Introdução ao volume 4:

Da ampla proteção do núcleo espacial da personalidade individual à comunicação interindividual e coletiva	1
---	---

Capítulo 20.

Liberdade de reunião (Art. 8 GG)

A. Notas introdutórias.....	9
I. Introdução	9
II. Suporte fático diferenciado do Art. 8 I GG: da área de regulamentação à área de proteção	11
1. Área da vida social: conceito de reunião.....	12
2. Excurso: concorrências com outros direitos fundamentais	16
2.1 Direito fundamental à liberdade de opinião (Art. 5 I 1 GG)	16
2.2 Liberdades de consciência e crença (Art. 4 I GG) e artística (Art. 5 III, 1. variante GG).....	19
2.3 Liberdade geral de ação (Art. 2 I GG)	20
3. Delimitação negativa da área de proteção: exclusão de reuniões não pacíficas e “armadas”	20
3.1 Relevância jurídico-dogmática.....	20
3.2 Condição apriorística da ausência de “armas”	22
3.3 Condição apriorística do “caráter pacífico” da “reunião”	23
3.4 Problema especial do emprego de suposta “violência psicológica”: da proteção de bloqueios por pessoas sentadas	25
4. Alcance do direito fundamental	27
5. Área de proteção subjetiva ou titularidade do direito fundamental	31
III. Típicas intervenções estatais na área de proteção do Art. 8 I GG	34
IV. Justificação constitucional das intervenções estatais	37
1. Limites constitucionais à liberdade de reunião.....	37
1.1 Reserva legal qualificada (aplicáveis apenas a reuniões “ao ar livre”) do Art. 8 II GG	37
1.2 Reserva legal qualificada (reuniões de militares) do Art. 17a I GG?	39

1.3	Direito constitucional colidente como limite de reuniões realizadas em locais fechados.....	39
2.	Constitucionalidade material da aplicação dos limites	41
2.1	Proporcionalidade das bases legais da intervenção.....	41
2.2	Proporcionalidade de medidas administrativas e de sua revisão judicial..	43
2.3	Proibição da obrigação de aviso e a liberdade independente de autorização prévia	45
V.	Dimensões jurídico-objetivas	47
B.	Decisões do TCF.....	52
# 80.	BVerfGE 69, 315 (<i>Brokdorf</i>)	52
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	52
	Excertos da decisão com anotações pontuais	52
# 81.	BVerfGE 85, 69 (<i>Eilversammlungen</i>)	71
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	71
	Excertos da decisão com anotações pontuais	73
# 82.	BVerfGE 87, 399 (<i>Versammlungsauflösung</i>)	77
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	77
	Excertos da decisão com anotações pontuais	80
# 83.	BVerfGE 92, 1 (<i>Sitzblockaden II</i>).....	86
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	86
	Excertos da decisão com anotações pontuais	88
# 84.	BVerfGE 111, 147 (<i>Inhaltsbezogene Versammlungsverbot</i>)	94
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	94
	Excertos da decisão com anotações pontuais	97
# 85.	BVerfGE 128, 226 (<i>Fraport</i>).....	104
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	104
	Excertos da decisão com anotações pontuais	109
# 86.	BVerfGE 143, 161 (<i>Karfreitag</i>).....	131
	Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	131
	Excertos da decisão com anotações pontuais	138

Capítulo 21.

Sigilo da correspondência, postal e das telecomunicações (Art. 10 GG)

A.	Notas introdutórias.....	149
I.	Classificação temática, área de proteção do Art. 10 I GG e concorrência com outros direitos fundamentais.....	149
1.	Tema da proteção, supostas e aparentes concorrências e suas soluções preliminares.....	150

2. Alcance da(s) área(s) de proteção	151
2.1 Sigilo da correspondência.....	152
2.2 Sigilo postal entre obsolescência e reinterpretação de sua vinculatividade	152
2.3 Sigilo da comunicação à distância	153
II. Intervenções estatais.....	155
III. Limite constitucional do Art. 10 II 1 e 2 GG e justificação constitucional de sua imposição	156
1. Reserva legal simples do Art. 10 II 1 GG.....	157
2. Reserva legal do Art. 10 II 2 GG.....	158
3. Reserva judicial como limite do limite e proporcionalidade das intervenções legislativas e judiciais	159
IV. Efeito horizontal indireto, deveres estatais de proteção e “reservas de configuração”	161
B. Decisões do TCF.....	163
# 87. BVerfGE 100, 313 (<i>Telefonüberwachung I</i>)	163
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	163
Excertos da decisão com anotações pontuais	170
# 88. BVerfGE 130, 151 (<i>Zuordnung dynamischer IP-Adressen</i>)	200
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	200
Excertos da decisão com anotações pontuais	204
Capítulo 22.	
Liberdade de locomoção (Art. 11 GG)	
A. Notas introdutórias.....	223
I. Área de proteção	224
1. Fixação de local de permanência e domicílio	224
2. Locomoção em sentido estrito	226
3. Liberdade de entrada e imigração; liberdade de saída ao exterior e emigração	226
4. Liberdade do titular para trazer consigo pertences pessoais.....	228
5. Liberdade ao exercício negativo do direito fundamental	228
II. Intervenções estatais.....	229
III. Limites constitucionais e justificação constitucional de sua aplicação.....	230
1. Reserva legal qualificada do Art. 11 II GG	230
2. Outros limites	231
B. Decisões do TCF.....	232
# 89. BVerfGE 110, 177 (<i>Freizügigkeit von Spätaussiedlern</i>)	232

Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	232
Excertos da decisão com anotações pontuais	236
# 90. BVerfGE 134, 242 (<i>Garzweiler</i>).....	245
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	245
Excertos da decisão com anotações pontuais	249

Capítulo 23.

Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)

A. Notas introdutórias	258
I. Introdução: aspectos terminológicos, política constitucional e desenvolvimento dogmático	258
II. Da área de proteção: do tema ou objeto geral (recorte da vida social) à proteção específica	259
1. “Domicílio” entre interpretação histórica e sistemática do Art. 13 I GG	259
2. Área de proteção material <i>stricto sensu</i> e seu alcance	261
3. Área de proteção pessoal (subjetiva).....	262
III. Intervenções estatais	264
1. Aspectos gerais em face das possibilidades fáticas e jurídicas de intervenção provenientes do exercício das três funções estatais.....	264
2. Tipologia especial das intervenções estatais no Art. 13 I GG.....	265
2.1 Buscas	265
2.2 Vigilâncias acústicas	266
2.3 Demais intervenções estatais	266
IV. Justificação constitucional das intervenções estatais	267
1. Limites constitucionais e suas concretizações legislativas.....	268
1.1 Reservas legais qualificadas no Art. 13 GG.....	268
1.1.1 Buscas (Art. 13 II GG)	268
1.1.2 Vigilâncias acústicas (Art. 13 III, IV e V GG)	268
1.1.3 Demais intervenções (Art. 13 VII GG)	270
1.2 Reserva legal do Art. 17a II GG	271
2. Limites aos limites	271
2.1 Configurações das reservas judiciais	271
2.2 Taxatividade de leis e ordens judiciais	273
2.3 Proporcionalidade das intervenções legislativas, administrativas e judiciais	273
2.4 Art. 13 VI GG	274
V. Concorrências e novas funções?	275
1. Supostas, reais e aparentes concorrências	275
2. Novas funções decorrentes da dimensão jurídico-objetiva do direito	

fundamental	276
B. Decisões do TCF.....	277
# 91. BVerfGE 32, 54 (<i>Betriebsbetretungsrecht</i>)	277
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	277
Excertos da decisão com anotações pontuais	278
# 92. BVerfGE 103, 142 (<i>Wohnungsdurchsuchung</i>)	286
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	286
Excertos da decisão com anotações pontuais	289
# 93. BVerfGE 109, 279 (<i>Großer Lauschangriff</i>)	300
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	300
Excertos da decisão com anotações pontuais	305
Bibliografia	345
Como citar esta obra ou partes dela	355

Panorama do Conjunto da Obra

A obra estruturada em cinco volumes cobre praticamente todo o catálogo dos direitos fundamentais, que foram outorgados, em sua maioria, a toda pessoa humana, e alguns apenas a cidadãos alemães.¹

Assim, a distribuição dos capítulos enfocando os direitos fundamentais em espécie pelos cinco volumes é a seguinte:

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 GG)

Capítulo 12. Liberdade científica (Art. 5 III GG)

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. Direito à tutela judicial (Art. 19 IV GG)

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

Capítulo 17. Direito à “audiência 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)

¹ “Praticamente todo”, porque foram excluídos direitos fundamentais desinteressantes para uma análise comparativa de direito constitucional em sentido estrito ou relativos a instituições especificamente alemãs, tais como o direito fundamental ao asilo político para estrangeiros ou à organização da educação fundamental e média.

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 alemã e da jurisdição constitucional alemã

Apresentação

Neste quarto volume com as mais importantes decisões do Tribunal Constitucional Federal (TCF) em português, o Prof. Dr. Leonardo Martins analisa a jurisprudência do tribunal sobre a liberdade de reunião², os sigilos postal, das correspondências e telecomunicações;³ a liberdade de locomoção⁴ e a inviolabilidade do domicílio⁵. Particularmente a liberdade de reunião é indispensável à luz da ordem fundamental democrático-liberal da Alemanha. Merece, portanto, especial atenção. O direito dos cidadãos de reunirem-se publicamente para formar opiniões políticas, juntamente com o direito fundamental da liberdade de opinião,⁶ que foi tratado em detalhe no segundo volume desta série, é a garantia de um discurso político pluralista.

* * *

Devido à importância fundamental da liberdade de reunião, o TCF já a declarou como um “elemento essencial da transparência democrática”⁷ e “elemento funcional indispensável”⁸ da política democrática em uma decisão de 14 de maio de 1985. Em sua histórica Decisão *Brokdorf*, a liberdade de reunião é caracterizada como direito à expressão coletiva de opinião, que não exige necessariamente um momento de argumentação, mas apenas a apresentação pacífica das convicções.⁹ A fim de se garantir máxima proteção possível pelo Art. 8 GG, o TCF determinou que as leis que restringem a liberdade de reunião devem ser sempre aplicadas com extrema cautela, mediante estrita observância do princípio da proporcionalidade.

O TCF também decidiu que a proteção da liberdade de reunião dos participantes pacíficos deve ser mantida mesmo em caso de distúrbios provenientes de minoria ou indivíduos.¹⁰ No mais, a liberdade de reunião garante aos cidadãos um fórum público para sua realização. Em princípio, o organizador é livre para escolher local, hora e forma do anúncio. Em decisão mais recente,¹¹ o tribunal tratou pormenorizadamente o alcance do direito de liberdade e, favoravelmente aos titulares, alargou em princípio

² Art. 8 I GG.

³ Art. 10 I GG.

⁴ Art. 11 I GG.

⁵ Art. 13 I GG.

⁶ Art. 5 I 1 GG.

⁷ BVerfGE 69, 315 ss., n. à margem 66.

⁸ *Ibid.*

⁹ BVerfGE 69, 315 ss., n. à margem 63.

¹⁰ BVerfGE 69, 315 ss., n. à margem 93.

¹¹ BVerfGE 128, 226–278.

a liberdade de escolha do local, sob determinadas condições, até à propriedade privada.

* * *

Os acontecimentos políticos dos últimos anos, na Alemanha, mas, sobretudo, na América Latina, mostraram que o direito fundamental à liberdade de reunião é ainda hoje muito atual e de grande importância para uma democracia funcional. Na República Federal da Alemanha, a realização da cúpula do G20 em Hamburg, em 2017, pôs à prova esse direito, como restou demonstrado, notadamente, pela batalha judicial sobre um planejado camping de protesto. No mesmo ano, o Tribunal Administrativo Federal decidiu que o sobrevoo de um campo de protesto na cúpula do G8 em *Heiligendam* por aviões de combate das Forças Armadas constituiu uma intervenção fática na liberdade de reunião dos manifestantes, uma vez que ela protege também atividades prévias à reunião propriamente dita.¹²

Por outro lado, na América Latina, inclusive no Brasil, muitos Estados enfrentam o desafio de garantir a liberdade de reunião de modo mais pleno possível, ao mesmo tempo em que se busca garantir a segurança dos cidadãos diante dos protestos e manifestações que, motivados pela desigualdade social, ocorrem há meses. No Brasil, desde a eleição de Jair Bolsonaro como presidente em 2018, cidadãos protestam contra sua política educacional e ambiental. O que começou como um protesto estudantil contra cortes na educação rapidamente se transformou em manifestações nacionais em todas as grandes cidades brasileiras, nas quais a população expressa sua insatisfação com a reforma previdenciária, a destruição da floresta tropical ou o aumento do preço do transporte público. Ao mesmo tempo, repetidamente ocorreram contramanifestações promovidas por apoiadores de Bolsonaro em muitas cidades brasileiras.

Desde outubro de 2019, no Chile milhares de pessoas têm se manifestado entre outros contra o aumento do custo de vida – os protestos mais abrangentes desde o fim da ditadura Pinochet. Acontecimentos individuais no Equador e na Colômbia também levaram a repetidos motins e manifestações. Essa multiplicidade de eventos recentemente levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a publicar um relatório sobre “Protestos e Direitos Humanos”.¹³ Nele sublinhou-se a importância do diálogo com atores da sociedade civil e apelou-se aos Estados para que formulem normas transparentes para o uso da força estatal como último recurso. Assim como o

¹² BVerwG 6 C 45.16 – Decisão de 25 de outubro de 2017.

¹³ Veja COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protesta y Derechos Humanos*, 2019; disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

Apresentação

TCF, a Comissão enfatiza o direito de se reunir sem autorização prévia e de escolher livremente o conteúdo, o tempo, o local e a forma de expressão.¹⁴

No contexto desses eventos, tendo em vista a influência da jurisprudência do TCF no discurso político-legislativo internacional, especialmente na América Latina, suas decisões sobre a liberdade de reunião são agora mais importantes do que nunca. Por isso, apreciamos muito o fato de o Prof. Dr. Leonardo Martins ter dado uma ambiciosa e necessária contribuição ao desenvolvimento dos direitos humanos na América Latina, ao traduzir para português as decisões judiciais mais importantes do mais alto tribunal alemão e produzir o quarto volume da presente coletânea em cinco volumes. A publicação desta coletânea, enriquecida com extensas e aprofundadas análises, as quais refletem o estágio atual da doutrina jurídico-constitucional que acompanha a jurisprudência do TCF, somente foi possível graças aos seus esforços. Gostaríamos, portanto, de lhe agradecer muito sinceramente por seu trabalho ímpar. Temos o prazer de continuar promovendo o discurso mundial sobre questões constitucionais com esta edição das coletâneas.

Bogotá, 25 de fevereiro de 2020

Dr. Marie-Christine Fuchs

¹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protesta y Derechos Humanos*, 2019; *idem*, p. 27 ss.

Prefácio ao Volume 4¹⁵

Com grande satisfação e sensação de ter dado mais um passo rumo ao cumprimento de meu dever autodeterminado, apresento o resultado de mais um ano de intenso trabalho investido na realização do projeto de 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*).

Como tenho frisado em diversas oportunidades e publicações, a comunidade jurídica e a comunidade política da República Federal da Alemanha devem, em grande parte, à jurisprudência do TCF o alcance do escopo máximo de um Estado Democrático de Direito que é a efetiva garantia da “força normativa da Constituição” no sentido propugnado pelo Professor *Konrad Hesse*, que foi membro da Corte entre 1975 e 1987.

Continua válido o diagnóstico apresentado no prefácio ao Volume 3: apesar dos percalços decorrentes de uma imprudente tendência a subestimar desafios, há descobertas relevantes que apenas foram viabilizadas graças à provocação do intelecto implícita nas dificuldades enfrentadas. 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 singelo adjetivo “anotado”, já por ocasião da conclusão do Volume 1 – característica intensificada no Volume 2 e mais ainda no Volume 3 –, 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 histórica, o autor e os editores não incorrem no risco de fazer publicidade enganosa.

De fato, a expectativa possivelmente despertada no leitor provavelmente ficará aquém do que poderá apreciar com a leitura de todo o Volume. Isso porque o projeto paulatinamente evoluiu – do primeiro ao terceiro e desse ao presente Volume 4 – de uma cuidadosa coletânea dos excertos de decisões 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

¹⁵ Como não poderia deixar de ser, há intersecções com algumas partes dos prefácios dos três primeiros volumes, especialmente com o prefácio do Volume 3. Cf. Martins (2019-b: xiii-xv.).

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 original e propositiva.

Este Volume 4 traz uma perspectiva panorâmica sobre todos os pontos jurídico-dogmáticos relevantes à interpretação dos direitos fundamentais nele detalhadamente analisados: Art. 8, 10, 11 e 13 GG. A escolha dos direitos fundamentais que desde o Volume 3 não segue a ordem numérica do catálogo dos direitos fundamentais da *Grundgesetz* é explicada adiante, na introdução ao presente volume.

Ao lado da definição do respectivo alcance de cada direito, a dogmática dos direitos fundamentais cunhada pela jurisprudência do TCF e literatura especializada igualmente dedica bastante tempo e energia na elucidação dos seus limites e modo constitucionalmente justificado de impô-los. É especialmente o caso dos quatro direitos fundamentais tratados nesse volume, pois foram todos garantidos com limites expressos nas chamadas “reservas legais”: Art. 8 II; 10 II; 11 II e 13 II – VII GG (em face da respectiva outorga nos primeiros parágrafos de cada artigo, por exemplo no Art. 8 I GG). Isso será mais bem detalhado já na Introdução ao Volume a seguir, sob o tópico III e, depois, exaustivamente analisado nas quatro notas introdutórias aos Capítulos 20 ao 23.

No presente Volume, os próprios textos do autor acrescentados aos excertos de decisões do TCF avançaram ainda mais na comparação com os volumes anteriores. Após a introdução, foram desenvolvidas as antes referidas quatro “notas introdutórias” para seus quatro capítulos. Todas as 14 decisões contempladas foram respectivamente introduzidas com uma síntese da “matéria” (direito e fatos). Como fontes privilegiadas, foram utilizadas as últimas edições das mais relevantes obras acadêmicas germânicas sobre direitos fundamentais dedicadas não apenas ao seu ensino, mas especialmente à sua pesquisa.

Por fim, vale também para este o que restou consignado no prefácio ao Volume 2 (p. 12): “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”.

* * *

Sabidamente, autores de obras acadêmico-científicas não prescindem do apoio e da colaboração de parceiros. Alguns colegas acadêmicos colaboraram indiretamente à conclusão desta etapa do projeto de obra em cinco volumes com sua generosa abertura ao diálogo e à crítica, elixir da pesquisa científica. Para não enfadar os leitores com um rol muito extenso, restrinjo-me a elencar apenas as pessoas e instituições que colaboraram diretamente:

Meus agradecimentos à mestre em direito, MSc *Carmen Vasconcelos*, por seu muito competente trabalho de revisão do manuscrito. Ao doutorando em direito constitucional *Rafael Giorgio Dalla Barba* (*Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, cátedra Prof. Dr. *Ralf Poscher*) tributo meus mais sinceros agradecimentos pelo envio de cópias digitalizadas de dezenas de artigos efetivamente utilizados como fontes de pesquisa no presente volume. Mais uma vez, reitero aqui meus agradecimentos à Fundação Konrad Adenauer (KAS), em especial à diretora do Programa Estado del Derecho para Latinoamérica, Dr. *Marie-Christine Fuchs*, pelo generoso fomento a toda a obra. Finalmente, agradeço à Editora Marcel Pons, especialmente ao seu editor-chefe jurídico, Dr. *Marcelo Porciúncula*, por prosseguir na parceria editorial iniciada no Volume 3. O selo daquela ínclita instituição editorial, de consolidada envergadura técnico editorial e excelência internacionais, aliado ao já muito honroso selo da KAS, fez crescer ainda mais minha motivação.

Natal-RN, 19 de fevereiro de 2020.

Prof. Dr. Leonardo Martins

Introdução ao Volume 4:

Da ampla proteção do núcleo espacial da personalidade individual à comunicação interindividual e coletiva

Os direitos fundamentais garantidos na *Grundgesetz* à liberdade de reunião (Art. 8 I); às liberdades de correspondência, postal e de telecomunicações (Art. 10 I); à liberdade de locomoção (Art. 11 I) e à inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I) têm como liame que justifica seu tratamento conjunto no presente Volume a *proteção da personalidade em seu aspecto comunicativo* (interindividual e coletivamente). Como os direitos fundamentais de personalidade já foram tratados no **Volume 1**, no quadro da jurisprudência do TCF ao subsidiário Art. 2 I GG, e alguns direitos de comunicação foram tratados no **Volume 2**, quando do estudo especialmente do Art. 5 I GG, devem-se questionar suas relações e o sentido de uma precisa delimitação que não dispensa, todavia, algumas pontes sistemáticas.¹⁶

I.

A ampla proteção do núcleo *espacial* da personalidade individual aludida na epígrafe é garantida especialmente pelo último direito fundamental tratado neste Volume: o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (**Capítulo 23**). A proteção do núcleo da personalidade individual é objeto do direito fundamental protegido pelo Art. 2 I GG (**Volume 1, Capítulo 2**).¹⁷ Seu caráter de *lex generalis* foi lá devidamente explicado. O elemento específico do Art. 13 I GG na relação com o genérico Art. 2 I GG deriva-se do adjetivo retro destacado: a espacialidade.

Nesse aspecto espacial do núcleo da personalidade, como se discutirá em detalhes no Capítulo 23, está especificamente compreendida a faculdade de o titular definir, de modo autodeterminado, o local de seu domicílio, dentro do qual possa se preservar (“privacidade e intimidade espaciais”). Paralelamente, encontra-se o direito fundamental à livre escolha da *região geográfica* dentro do território federal na qual

¹⁶ Com mais referências a algumas delimitações temático-sistemáticas mais abrangentes que ajudam o leitor a vislumbrar o quadro holístico-sistêmico dos temas tratados nos cinco volumes da obra, cf. Martins (2019-b: 2–3): **Introdução ao Vol. 3**.

¹⁷ No âmbito daquele deve ser distinguido, ainda, entre o direito geral de personalidade e a liberdade geral de ação. Para sintetizá-lo em uma conhecida fórmula: enquanto o primeiro protege a pessoa em seu *status* de liberdade (autonomia e conexão à dignidade humana do Art. 1 I 1 GG), o segundo protege, do modo mais subsidiário possível, comportamentos individuais decorrentes do livre arbítrio individual. Cf. a sucinta explicação nas notas introdutórias ao Art. 2 I GG trazidas no **Vol. 1**: Martins (2016: 49–51) e, mais detidamente, com amplas referências à discussão germânica, Martins (2012: 48–54). Em obras jurídicas sobre direitos fundamentais voltadas ao ensino da disciplina jurídica, alguns autores separam em campos absolutamente diversos o tratamento de ambos que se encontram lastreados na singela sentença do Art. 2 I GG, segundo a qual “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. Cf. por todos: Ipsen (2019: 87–93 e 217–225).

o titular deseja fixar seu domicílio. Essa segunda faculdade de escolha é o bem jurídico-constitucional protegido pelo Art. 11 I GG (**Capítulo 22**), a despeito de a denominação liberdade de “locomoção” não revelar, de plano, quais as escolhas autodeterminadas e condutas que são efetivamente protegidas.

Assim, *prima vista* poder-se-ia pensar em um direito fundamental genérico à liberdade “de ir e vir”. Contudo, tal faculdade individual já se encontra contemplada no rol de direitos fundamentais da *Grundgesetz* bem antes, pelo direito à “liberdade da pessoa”, alocado no Art. 2 II 2 GG. Chama a atenção do pesquisador que essa “liberdade da pessoa” aparece ao final do artigo da *Grundgesetz* no qual se positivaram ao menos cinco direitos individuais personalíssimos. Ela é lastreada na matriz genética britânica da garantia do *habeas corpus*. Há uma diferença sutil em relação ao direito fundamental tutelado pelo Art. 11 I GG a ser analisada nas “notas introdutórias” ao Capítulo 22.

A delimitação entre os Art. 13 I e 11 I GG (entre as chamadas “áreas de regulamentação”¹⁸ de cada um) já se encontra, porém, suficientemente consolidada na dogmática. Em síntese, como retro aludido, enquanto o primeiro protege o núcleo e o entorno da personalidade no contexto da salvaguarda da privacidade e intimidade espaciais a serem asseguradas em princípio dentro do domicílio, a liberdade de locomoção garante a escolha do local geográfico onde se deseja fundar o próprio domicílio. Em prol dessa essência da tutela, todos os comportamentos e situações com ela condizentes, especialmente a faculdade de permanecer domiciliado em determinada localidade são *prima facie* protegidos. São inclusive, em tese, imponíveis em face de planos governamentais de construção de instalações e usinas energéticas as quais, na prática, implicam expulsão de moradores de dada região. Como se apresentará na **Decisão # 90**, embora o TCF tenha permanecido aquém de algumas expectativas – rendendo-lhe críticas ao negar, em sede de conclusão, uma violação do Art. 11 I GG e espancar do exame técnico-jurídico constitucional o *pathos* de um assim denominado “direito ao lar”, no sentido da garantia da manutenção do entorno sociocultural dos titulares do direito fundamental –, ele ao menos cogitou seriamente a possibilidade e examinou a violação afirmada pelos Reclamantes, *amici curiae* e parte da opinião jurídico-científica especializada.

II.

Esse primeiro complexo temático de áreas da vida social que encontram seu denominador comum na característica espacial/regional de definir o núcleo geográfico da personalidade e, indiretamente, na consecução de alguns dos mais importantes pressupostos da formação de laços familiares e sociais (Art. 13 GG) e/ou

¹⁸ Sobre a figura, com amplas referências da literatura jurídica alemã, cf. Dimoulis e Martins (2020: 169–172).

étnico-culturais (Art. 11 GG) é completado com as garantias de comunicação respectivamente coletiva e interindividual dos Art. 8 e 10 GG. Essas foram analisadas nos dois primeiros capítulos do presente Volume.

Em primeiro lugar, a comunicação interindividual e a garantia de seu sigilo prescrita no Art. 10 I GG são essenciais ao desenvolvimento da personalidade de cada titular do direito fundamental (**Capítulo 21**). Em segundo lugar (mas, absolutamente, não em ordem de importância), o direito fundamental à liberdade de reunião representa, como quase unanimemente admitido, um direito fundamental de comunicação que se exerce coletivamente por excelência (**Capítulo 20**).¹⁹

Se a delimitação do primeiro complexo temático (**Capítulos 23 e 22**) em relação às genéricas e subsidiárias posições jusfundamentais do Art. 2 I GG tratadas no Volume 1 é relativamente mais simples de ser traçada, a delimitação desse segundo complexo temático (**Capítulos 21 e 20**) em relação aos direitos fundamentais de comunicação individual e social do Art. 5 I GG (**Volume 2, Capítulos 7 ao 10**) apresenta dificuldades ao intérprete.

Especialmente entre as telecomunicações e demais comunicações interindividuais à distância (sigilo da correspondência e postal) e a liberdade de expressão da opinião do Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG (**Volume 2, Capítulo 7**) podem surgir em tese concorrências *ideais* ou *aparentes*, como também *pseudoconcorrências*²⁰ cuja prevenção (da última) merece aqui especial destaque.

Em que pese não ser possível excluir de plano uma concorrência entre a liberdade de expressão da opinião e os direitos fundamentais de comunicação interindividual à distância, uma vez que faz parte da área de proteção do Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG a livre escolha do meio e do veículo utilizados para que a opinião e seu eventual suporte fático cheguem aos interlocutores, as duas liberdades clássicas incidem sobre aspectos bem distintos da comunicação.

¹⁹ Por todos, cf. a explanação desse tipo de sistematização nas observações preliminares à seção “direitos fundamentais de comunicação” de Hufen (2018: 411), ainda que reconheça no Art. 5 I 1, 1. Subperíodo GG um “direito fundamental matriz”. Lembre-se que apenas o Art. 5 GG abrange sete direitos fundamentais (liberdades de opinião, informação, imprensa, filme, arte e ciência) distribuídos pelos parágrafos 1 e 3 (Art. 5 I e III GG), todos abordados no **Vol. 2, Capítulos 7 ao 12**).

²⁰ A verificação de uma concorrência entre direitos fundamentais, que estará presente quando mais de um parâmetro normativo definidor de direito fundamental vier à pauta para a avaliação da constitucionalidade de ato estatal (não deve ser confundida com a colisão de direitos fundamentais), representa a primeira e imprescindível etapa do exame de constitucionalidade no sentido da avaliação de hipóteses de violação da Constituição. Classificam-se, na literatura especializada alemã – v. referências em Dimoulis e Martins (2020: 212–217) – as concorrências em “ideal” e “aparente”. O termo “pseudoconcorrência” é aqui utilizado no sentido de uma assunção equivocada da presença de uma concorrência entre direitos fundamentais.

Antes de tudo, certo é que o titular do Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG pode pretender – e tal escolha é igualmente abrangida por aquele direito fundamental – que sua opinião chegue a um número estritamente delimitado de destinatários. Em todo caso, poderia ter um legítimo interesse no sigilo a respeito da opinião expressada a destinatários de sua confiança. Não obstante, na grande maioria dos casos, quem expressa um juízo de valor geralmente quer convencer um público indeterminado de pessoas. Por isso, justamente não tem nenhum interesse no sigilo. Apesar dos riscos à liberdade de uma teoria funcional-democrática,²¹ faz parte de um dos elementos essenciais dessa liberdade a possibilidade de se contribuir para a formação da opinião pública. Logo, em vez de reconhecer uma concorrência (que, no caso, seria uma concorrência “ideal”), faz mais sentido dogmático entender que opiniões que forem expressas exclusivamente a um público determinado devam ser absorvidas pelo direito fundamental ao sigilo das comunicações interindividuais à distância. No caso do Art. 10 I GG é do interesse no sigilo da comunicação – presumível quando os titulares se comunicam com interlocutores de sua confiança – que se trata. Se tal interesse não estiver presente de modo reconhecível, então pode-se pensar pontualmente no parâmetro do Art. 5 I 1, 1. subperíodo GG.

A relação entre os direitos fundamentais protegidos no Art. 10 I GG e aquele à liberdade (individual, não “difusa”) de informação (**Volume 2, Capítulo 8**) é menos problemática porque o último protege o indivíduo apenas contra intervenções estatais que cerceiem o acesso a fontes de informação de todo modo *já acessíveis*. O aspecto da confiança – típico da garantia do sigilo – não está presente aqui. As intervenções estatais geralmente são percebidas e conhecidas pelos titulares do direito, ao contrário do que tipicamente ocorre quando há “quebra do sigilo”.²²

No que tange à delimitação entre as garantias (do sigilo) das (três) comunicações interindividuais à distância protegidas pelo Art. 10 I GG e tratadas no Capítulo 21 e os direitos fundamentais de comunicação social protegidos pelas três variantes²³ do Art.

²¹ Cf. em detalhes a partir da muito conhecida classificação das teorias de direitos fundamentais por Böckenförde: Martins (2012: 25–27).

²² Como exemplo do modo de exercício negativo da liberdade de informação [v. a respeito com amplas referências à dogmática jusfundamental alemã: Dimoulis e Martins (2020: 175–178)] e sua eficácia indireta também em face de particulares, mencione-se o recebimento inoportuno e indesejado de chamadas telefônicas. Falta aqui o elemento do interesse pelo titular no sigilo do processo comunicativo. Hufen (2018: 294) enxergou-o bem, mas aplica ao caso o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG (direito geral de personalidade: **Vol. 1, Cap. 2**) como parâmetro de avaliação de potenciais violações jusfundamentais. Em tese, porém, caberia a incidência do Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG como parâmetro concorrente, eventualmente até específico em relação ao Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

²³ Das três variantes, a chamada liberdade de filme, praticamente obsoleta, não recebeu um capítulo à parte. Ao lado da liberdade de noticiar por radiodifusão, a liberdade de noticiar por cinematografia – apresentação de imagens em movimento em uma determinada localidade fixa – é, de fato, uma reminiscência histórica. Como, porém, essa liberdade de noticiar é interpretada em sentido amplo em

5 I 2 GG (**Volume 2, Capítulos 9 e 10**), o fator de distinção recai especificamente sobre o adjetivo “social” em oposição à comunicação interindividual. Com ele – que também poderia ser substituído pela locução analítica “(comunicação) em massa” –, protegem-se não apenas as condutas dos titulares, tais como, por exemplo, as atividades de jornalistas atuantes em órgãos de comunicação social, mas todos seus pressupostos e prerrogativas institucionais imprescindíveis às atividades da imprensa e radiodifusão. Por essa razão, a ênfase não recai sobre a comunicação de pessoas e sua respectiva contribuição ao desenvolvimento das personalidades individuais, mas sobre as organizações e órgãos de comunicação. Com efeito, nesse caso, o direito fundamental pode ser exercido especialmente por pessoas jurídicas de direito privado.

III.

Em face do presente declarado escopo de fundamentar uma espécie de subsistema jusfundamental com delimitação entre seus elementos e, assim, justificar o tratamento conjunto dos Art. 8, 10, 11 e 13 GG, cabe uma última observação devidamente acompanhada de sua própria fundamentação:

Tão importante quanto o estudo dos “suportes fáticos jusfundamentais” (*Grundrechtstatbestände*), a partir do fio condutor da jurisprudência do TCF em profícuo constante diálogo com a literatura jurídica germânica especializada, é o estudo de seus complexos *limites constitucionais*. Esses foram previstos, respectivamente, nos segundos parágrafos de cada artigo (à exceção do ultra complexo Art. 13 GG). Também os Art. 8 II, 10 II, 11 II e 13 II – VII GG formam um sistema. Porém, trata-se de um sistema estritamente interligado por seus respectivos suportes fáticos. Consequentemente, são absolutamente vedadas transposições de limites entre si porque são despidas de método jurídico e potencialmente motiváveis por resultados hermenêuticos “desejados”, porquanto são correspondentes a determinada agenda política.

Não obstante, desta vez, ao contrário, com preocupação e esforços metodológicos, tornou-se comum na dogmática explorar o conteúdo e alcance de um direito fundamental (seu suporte fático) a partir da análise de cada limite e suas relações sistemáticas. A função jurídico-dogmática dos limites constitucionais aos direitos fundamentais, especialmente os expressos no texto constitucional na forma de reservas legais, visa a, paradoxalmente, reforçar o vínculo aos direitos fundamentais das funções estatais executiva e jurisdicional, mas também da função legislativa.

ambos os casos (Art. 5 I 2, 2. variante e Art. 5 I 2, 3. variante GG), até filmes de entretenimento são protegidos. Ademais, há concorrência ideal com a liberdade artística, que é a liberdade normalmente aplicada. Cf. por muitos: Münch e Mager (2018: 243).

Em termos de política constitucional, pode-se dizer que o constituinte da *Grundgesetz* buscou, de modo realista, assegurar, no máximo grau possível, o exercício de liberdades individuais ínsitas à personalidade tão vulneráveis como o são as que foram tuteladas nos referidos quatro artigos. Em prol de tal efeito, foi imprescindível ter se adiantado a conflitos mediante previsão de limites específicos. Como a violação da ordem jurídica, em geral, especialmente o comprometimento de bens jurídicos individuais e coletivos, que podem ser sintetizados sob a epígrafe da segurança pública, ocorrem também mediante exercício de liberdades individuais, deve haver um programa normativo-constitucional e um aparato jurídico-dogmático rigoroso o bastante para se responder os problemas decorrentes do que seria uma liberdade “sem rédeas” de modo compatível com a ordem constitucional democrático-liberal idealizada pelo constituinte originário.

O embate paulatinamente mais intenso entre segurança e liberdade, decidido cada vez mais aqui e alhures em detrimento desta e em prol daquela, recebeu também na Alemanha contornos notáveis, principalmente desde fins da década de 1990. Uma das decisões tratadas [# 93] confirmou a constitucionalidade de inserção no Art. 13 GG de limites à inviolabilidade do domicílio [Art. 13 III-VI]. Outras duas [# 89 e 90] sedimentam-se em uma linha iniciada pela confirmação da constitucionalidade de limites inseridos pelo constituinte derivado às comunicações interindividuais do Art. 10 GG.²⁴ Em um contexto de vigilância estatal, algumas intervenções “informativas” viabilizadas pelo avanço exponencial da tecnologia tiveram sua constitucionalidade confirmada, incluindo-se até restrições ao acesso à via jurisdicional garantida pelo Art. 19 IV GG, apesar das muitas e igualmente complexas salvaguardas estabelecidas nas decisões do TCF. “Escalada do Estado policial e de vigilância”, acusariam alguns. Sem embargo, conhecer em detalhes os limites da liberdade e os respectivos – mas, pontuais e bem localizados – “preços” a serem pagos para não deixar desprotegida a segurança (na forma da justificação constitucional de intervenções estatais a partir dos limites expressos ou imanentes à Constituição) e ter a certeza e segurança do respaldo de uma jurisprudência constitucional e de uma cultura jurídica que, de fato, partem da prevalência da liberdade sobre os interesses de Estado representam um grande trunfo do jurisdicionado alemão. A alternativa que mais se apresenta no debate é o voluntarismo jurídico e judicial fundado em sopesamentos de “princípios”, axiológicos ou equivalentes que golpeia os pressupostos do Estado de direito com riscos de

²⁴ Cf. BVerfGE 30, 1 (*Abhörurteil*), de 15.12.1970. Foi uma decisão não unânime. Referências à opinião divergente conjuntamente redigida e publicada por decisão de três dos oito juizes que então compunham o Segundo Senado do TCF e ao seu significado (inclusive dos destaques em itálico retro) encontram-se nas **Notas Introdutórias ao Cap. 21**, sob o tópico **III.2, in fine**.

fatalidade, especialmente por causa de sua maleabilidade e complacência com autoritarismos governamentais de plantão.

Apesar das sempre cabíveis – mais ainda, esperáveis²⁵ – críticas, também no caso da sua intrinsecamente coerente jurisprudência sobre os parâmetros constitucionais discutidos neste Volume 4, incluindo-se necessariamente os limites aos direitos fundamentais neles definidos, o TCF cumpre, uma vez mais, sua missão constitucional.

²⁵ Por se constituírem em resultados do mais comezinho *ethos* profissional do cientista do direito.

Capítulo 20.

Liberdade de reunião (Art. 8 I GG)

Grundgesetz

Artigo 8 (Liberdade de reunião)

(1) Todos os alemães têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, sem aviso prévio ou autorização.

(2) Em se tratando de reuniões ao ar livre, esse direito pode ser limitado por lei ou com base em uma lei.

A. Notas Introdutórias

I. Introdução

O direito fundamental à liberdade de reunião protegido pelo Art. 8 I GG pertence ao rol dos direitos fundamentais de comunicação, ao lado daqueles estudados nos **Capítulos 6 ao 12 (Vol. 2)** e **14 (Vol. 3)** da presente obra.²⁶ Segundo uma opinião ainda minoritária,²⁷ é considerado também um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade em seu aspecto da sociabilidade do indivíduo. Em

²⁶ Martins (2018-d) e Martins (2019-b: 113–174). V. a classificação dos direitos fundamentais de comunicação de Hufen (2018: 411–525).

²⁷ Representada, sobretudo, por Michael e Morlok (2016: 159 ss., 161–164). No mesmo sentido, cf. os comentários ao Art. 8 GG de Höfling (2018: 436). A opinião majoritária reconhece na liberdade de reunião um pressuposto do livre desenvolvimento da personalidade. O bem jurídico implícito na primeira pode ser visto em uma dualidade. Em uma dimensão jurídico-subjetiva é a comunicação; em uma dimensão jurídico-objetiva, haveria alguns “componentes político-democráticos”. Cf. entre muitos, os comentários ao Art. 8 GG de Schulze-Fielitz (2013: 1031–1033). A essa bidimensionalidade implícita no bem jurídico protegido se refere também Kloepfer (2015: 977 s., 982–987).

um ou outro caso, trata-se de um direito a ser exercido, necessariamente, de modo coletivo.²⁸

Sistemicamente falando, protege-se, com diferentes pressupostos e limites constitucionais, a comunicação ou o desenvolvimento da personalidade coletivos, ocorridos em reuniões públicas ou não públicas, em ambientes abertos (“ao ar livre”) ou fechados ao público.²⁹ Como nenhum outro direito fundamental, a liberdade de reunião tem um paralelo jurídico-objetivo ao nível infraconstitucional, o direito (objetivo) de reunião, positivado especialmente na Lei (Federal) de Reuniões e, após a reforma constitucional do federalismo alemão de 2006, também por leis estaduais. Esse aparato normativo infraconstitucional configura a área de proteção do Art. 8 I GG, mas, ao mesmo tempo, sobretudo, limita-a a partir da autorização para intervenções constantes da reserva legal do Art. 8 II GG e no direito constitucional colidente no caso das reuniões realizadas em ambientes fechados ao público.³⁰

Apesar da aludida reforma constitucional que, mediante emenda ao Art. 74 I, n. 3 GG, transferiu a competência legislativa de regulamentação de reuniões da União aos Estados-membros, a Lei de Reuniões (*Versammlungsgesetz – BVersG*) continua valendo em conformidade com o Art. 125a I 1 GG naqueles Estados que não promulgaram suas próprias leis. Trata-se de lei promulgada em 1953, que conta com uma tradição legislativa e jurisprudencial a qual remonta ao direito policial ou de segurança pública germânicos do sec. XIX, até mesmo anteriores à unificação por *Otto von Bismarck*, em 1871. São duas suas precípuas tarefas. A primeira é configurar a área de proteção, especialmente em face da demarcação dos elementos excluídos *a priori* da proteção, que são o caráter não pacífico e a presença de armas, no contexto do reconhecimento e “entendimento do mandato legislativo no sentido da garantia e da proteção da liberdade de reunião, que garante uma forma de auto-organização civil essencial à ordem democrática”.³¹ A segunda tarefa é fazer uso das autorizações legislativas expressa (reserva legal do Art. 8 II GG) em face de reuniões “ao ar livre” ou implícitas (derivadas do direito constitucional colidente) para o caso das reuniões fechadas ao público geral cuja liberdade foi outorgada, em princípio, sem reservas legais. O cumprimento de ambas as tarefas pelo legislador marcou a composição de

²⁸ Cf. Schmidt (2019: 337) muito instrutivo, com referência a uma decisão do TCF (NJW 1987, 3245): “vigília por único homem”.

²⁹ Essa categorização combinatória (local aberto/fechado; pública/não pública), a ser mais bem explicitada adiante, encontra respaldo na legislação regulamentadora e passa por controle de constitucionalidade diferenciado, tendo em vista a reserva legal do Art. 8 II GG. Um quadro panorâmico – bem distribuído pelos níveis do tipo de reunião, de reserva legal no Art. 8 GG e de suas possíveis respectivas configurações legislativas – pode ser encontrado na exposição de Schmidt (2013: 261 e 271).

³⁰ Cf. especialmente o Projeto-Lei-Modelo (a seguir: PLM-LR) para os legisladores estaduais elaborado por um grupo de experts (“Grupo de Trabalho Direito de Reunião”), com detalhada exposição da fundamentação de cada dispositivo: Enders *et al.* (2011).

³¹ Enders *et al.* (2011: 2).

um sub-ramo do direito administrativo especial, qual seja, do direito de reunião. Por sua vez, este pode ser entendido como sub-ramo do direito administrativo especial da segurança pública ou policial ou, pelo menos, como *lex specialis* em relação àquele.³²

II. Suporte fático diferenciado do Art. 8 I GG: da área de regulamentação à área de proteção

Os direitos fundamentais outorgados na *Grundgesetz* compõem um sistema de proteção de liberdades que tem a pretensão de não ter lacunas.³³ Não obstante, é imprescindível determinar qual é o parâmetro ou quais são os parâmetros aplicáveis no exame de constitucionalidade de um ato estatal, seja ele proveniente de órgão de quaisquer das três funções fundamentais do Estado. De tal determinação dependerão as condições para o cumprimento do ônus de justificação quando da aplicação dos específicos limites dos direitos fundamentais que vêm à pauta.

Ao lado da verificação e possível solução apriorística de uma concorrência entre direitos fundamentais, a delimitação dogmática da “área de regulamentação” em face da “área de proteção” é o primeiro passo no sentido do cumprimento de tal ônus estatal. Nesse contexto, o caso da liberdade de reunião é paradigmático. Isso porque a diferença entre as duas áreas, que nem sempre está presente,³⁴ é muito nítida no caso da liberdade de reunião por conta da expressa exclusão *ab initio* de certos modos de exercício do direito (porte de armas e caráter não pacífico).³⁵ No caso da primeira – da área de regulamentação –, trata-se do âmbito da vida social sobre o qual incide a norma. Já no caso da área de proteção, tem-se as condutas e situações protegidas e, com isso, subtraídas da livre discricionariedade estatal.³⁶

³² Como “capítulo”, por assim dizer, ou como *lex specialis*, o direito objetivo de reunião, quando aplicável, torna inaplicável o direito geral policial, o que foi consolidado como “princípio da impenetrabilidade do direito policial”. Cf. por todos, apenas: Schmidt (2019: 349) e, adiante, no texto. Propugna por sua importação no sistema jurídico brasileiro: Martins (2017).

³³ O Art. 2 I GG, ao lado da outorga do direito geral de personalidade, entendido como “liberdade geral de ação”, desempenha a função, como tutela subsidiária que é, de fechar lacunas de proteção jusfundamental. Isso tem especial relevância no caso do direito fundamental em tela por conta da restrição de sua titularidade a cidadão alemão. Cf. Kingreen e Poscher (2019: 61–62, 120 s.) e Martins (2016: 49).

³⁴ Cf. Kingreen e Poscher (2019: 80 s. e 82) e, na recepção pátria, discutindo as consequências jurídico-dogmáticas em detalhes: Dimoulis e Martins (2020: 169–172).

³⁵ Tendo em vista o aludido papel do Art. 2 I GG como liberdade geral de ação, boa parte da literatura defende – cf., nesse sentido, por todos: Kingreen e Poscher (2019: 108) com referência (e citação de fonte) à opinião contrária – que titulares (o mesmo valendo para estrangeiros que não são titulares) do direito fundamental outorgado no Art. 8 I GG e reuniões que não observem esse pré-requisito são protegidos pelo subsidiário direito fundamental do Art. 2 I GG. Por sua vez, os divergentes propugnam aqui por um efeito de bloqueio à tutela do Art. 2 I GG.

³⁶ Cf. Dimoulis e Martins (2020: 169–174).