

Leonardo Martins

Tribunal Constitucional Federal Alemão

Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 1:

Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade,
direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade

SÃO PAULO

Konrad-Adenauer Stiftung - KAS – 2016

©2016 by Leonardo Martins.

Capa: Giovanni A. Begossi

Composição: Leonardo Martins

**Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Martins, Leonardo

Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade / Leonardo Martins. -- São Paulo : Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

Bibliografia

ISBN 978-85-7504-203-8

2150-719

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Tribunal Constitucional Federal I.
Título

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Tribunal Constitucional Federal : Direitos Fundamentais :
Direito constitucional 342.7

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil / Printed in Brazil



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Konrad-Adenauer Stiftung – KAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90, n. 19C-74, piso 2; Bogotá, Colômbia
Tel.: +57 1 7430947
<http://www.kas.de/rspla/es/>

Sumário

Apresentação	07
Prefácio	09
Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos	15
I. Siglas e abreviações	15
II. Peculiaridades da citação de dispositivos normativos	21
1. Modos de citação de dispositivos normativos constitucionais e legais	21
2. Padrão oficial dos textos normativos.....	21
3. Das siglas classificatórias do tipo de processo.....	22
Introdução geral à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, à obra como um todo e ao uso de seus cinco volumes	23
I. Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: papel na ordem constitucional interna e destaque internacional	23
II. Panorama do conjunto da obra	26
III. Como utilizar a presente obra e extrair o máximo dela	28
1. Procedimento e técnica decisória.....	28
2. Fundamentação colegiada.....	29
3. Estruturação das decisões	29
Capítulo 1.	
Dignidade humana (Art. 1 I GG)	
Notas introdutórias	35
# 1. BVerfGE 30, 1 (<i>Abhörurteil</i>).....	36
# 2. BVerfGE 125, 175 (<i>Hartz IV</i>).....	39
Capítulo 2.	
Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG)	
Notas introdutórias	49
# 3. BVerfGE 6, 32 (<i>Elfes</i>)	51
# 4. BVerfGE 65, 1 (<i>Volkszählung</i>).....	55
# 5. BVerfGE 80, 137 (<i>Reiten im Walde</i>)	63
# 6. BVerfGE 90, 145 (<i>Cannabis</i>)	74
# 7. BVerfGE 99, 185 (<i>Scientology</i>)	99
# 8. BVerfGE 119, 1 (<i>Roman Esra</i>).....	106
# 9. BVerfGE 120, 274 (<i>Online-Durchsuchungen</i>)	114
# 10. BVerfGE 124, 43 (<i>Beschlagnahme von Emails</i>)	136
# 11 BVerfGE 125, 260 (<i>Vorratsdatenspeicherung</i>)	140
# 12. BVerfGE 133, 277 (<i>Antiterrordatei</i>).....	152

Capítulo 3.

Direito fundamental à vida (Art. 2 II, 1ª variante GG)

Notas introdutórias	175
# 13. BVerfGE 39, 1 (<i>Schwangerschaftsabbruch I</i>).....	176
# 14. BVerfGE 88, 203 (<i>Schwangerschaftsabbruch II</i>).....	181

Capítulo 4.

Direito fundamental à integridade física (Art. 2 II, 2ª variante GG)

Notas introdutórias	197
# 15. BVerfGE 16, 194 (<i>Liquorentnahme</i>)	199
# 16. BVerfGE 53, 30 (<i>Mülheim-Kärlich</i>)	200
# 17. BVerfGE 128, 282 (<i>Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug</i>)	205

Capítulo 5.

Igualdade (Art. 3 GG)

Notas introdutórias	221
# 18. BVerfGE 26, 302 (<i>Einkommensteuergesetz</i>)	223
# 19. BVerfGE 48, 327 (<i>Familiennamen</i>)	224
# 20. BVerfGE 52, 369 (<i>Hausarbeitstag</i>)	227
# 21. BVerfGE 84, 9 (<i>Ehenamen</i>)	230
# 22. BVerfGE 107, 27 (<i>Doppelte Haushaltsführung</i>).....	233
# 23. BVerfGE 111, 176 (<i>Erziehungsgeld an Ausländer</i>)	238
# 24. B VerfGE 116, 243 (<i>Transsexuelle IV</i>)	244
# 25. B VerfGE 117, 316 (<i>Künstliche Befruchtung für Verheiratete</i>)	251
# 26. BVerfGE 124,199 (<i>Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft</i>) ..	254
# 27. BVerfGE 131, 239 (<i>Lebenspartnerschaften von Beamten</i>).....	262
# 28. BVerfGE 133, 59 (<i>Sukzessivadoption</i>)	267
# 29. BVerfGE 133, 377 (<i>Ehegattensplitting</i>)	276

Anexo: excertos reunidos da Grundgesetz e legislação ordinária utilizada291

Bibliografia299

Como citar esta obra ou partes dela303

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



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais
Volume 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais

Leonardo Martins

Editoração eletrônica

Ida Gouveia / HBLYZ / Oficina das Letras®

Impressão e acabamento

VOX Gráfica

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Martins, Leonardo.

Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais / Leonardo Martins. – São Paulo : Konrad-Adenauer Stiftung – KAS; Marcial Pons, 2019.

Bibliografia

ISBN 9788575042267

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Tribunal Constitucional Federal I. Título

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático: 1. Tribunal Constitucional Federal : Direitos Fundamentais : Direito constitucional 342.7

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n. 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

© LEONARDO MARTINS

© KONRAD-ADENAUER STIFTUNG – KAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90, n. 19C-74, piso 2; Bogotá, Colômbia
Tel.: +57 1 7430947
<http://www.kas.de/rspla/es/>

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.
www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

1152749

SUMÁRIO

Panorama do conjunto da obra	vii
Apresentação	ix
Prefácio ao Volume 3	xiii
Siglas e abreviações	xxv
Introdução ao Volume 3: Garantias institucionais jusprivadas e processuais; liberdades de associação	1
Capítulo 13.	
Direitos fundamentais ao casamento e à família (Art. 6 I GG)	
A. Notas introdutórias	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
I. 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. Decisões do TCF	34
# 57. BVerfGE 47, 46 (<i>Sexualkundeunterricht</i>)	34
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	34
Excertos da decisão com anotações pontuais	35
# 58. BVerfGE 105, 313 (<i>Lebenspartnerschaftsgesetz</i>)	41
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	41
Excertos da decisão com anotações pontuais	44
# 59. BVerfGE 108, 82 (<i>Biologischer Vater</i>).....	81
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	81
Excertos da decisão com anotações pontuais	85

# 60. BVerfGE 136,382 (<i>Großeltern</i>)	103
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	103
Excertos da decisão com anotações pontuais	105
 Capítulo 14.	
Liberdade de associação (Art. 9 GG)	
 A. Notas introdutórias	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 coalizão	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. Decisões do TCF	126
# 61. BVerfGE 19, 303 (<i>Dortmunder Hauptbahnhof</i>).....	126
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	126
Excertos da decisão com anotações pontuais	126
# 62. BVerfGE 50, 290 (<i>Mitbestimmungsgesetz</i>)	131
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	131
Excertos da decisão com anotações pontuais	132
# 63. BVerfGE 84, 212 (<i>Aussperrung</i>)	138
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	138
Excertos da decisão com anotações pontuais	139
# 64. BVerfGE 92, 365 (<i>Kurzarbeitergeld</i>).....	145
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	145
Excertos da decisão com anotações pontuais	145
# 65. BVerfGE 100, 214 (<i>Gewerkschaftsausschluss</i>).....	151
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	151
Excertos da decisão com anotações pontuais	153
# 66. BVerfGE 100, 271 (<i>Lohnabstandsklausel</i>).....	158
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	158
Excertos da decisão com anotações pontuais	160
# 67. BVerfGE 103, 293 (<i>Urlaubsanrechnung</i>)	167
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)

A. Notas introdutórias	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. Decisões do TCF	180
# 68. BVerfGE 84, 34 (<i>Gerichtliche Prüfungskontrolle</i>)	180
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	180
Excertos da decisão com anotações pontuais	180
# 69. BVerfGE 107, 395 (<i>Rechtsschutz gegen den Richter I</i>)	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)

A. Notas introdutórias	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. Decisões do TCF	211
# 70. BVerfGE 4, 412 (<i>Gesetzlicher Richter</i>)	211
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	211
Excertos da decisão com anotações pontuais	211

# 71. BVerfGE 95, 322 (<i>Spruchgruppen</i>)	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)	
A. Notas introdutórias	225
I. Área de proteção.....	226
1. Oitiva judicial	226
2. Perante tribunal.....	226
II. Intervenção estatal.....	227
III. Justificação Constitucional.....	227
B. Decisões do TCF	227
# 72. BVerfGE 9, 89 (<i>Gehör bei Haftbefehl</i>)	227
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	227
Excertos da decisão com anotações pontuais	228
# 73. BVerfGE 25, 158 (<i>Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen</i>)	231
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	231
Excertos da decisão com anotações pontuais	231
# 74. BVerfGE 108, 341 (<i>Rechtsschutz gegen den Richter II</i>)	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)

A. Notas introdutórias	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. Decisões do TCF	247
# 75. BVerfGE 14, 174 (<i>Gesetzgebundenheit im Strafrecht</i>)	247
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	247
Excertos da decisão com anotações pontuais	247
# 76. BVerfGE 25, 269 (<i>Verfolgungsverjährung</i>)	251
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	251
Excertos da decisão com anotações pontuais	251
# 77. BVerfGE 105, 135 (<i>Vermögensstrafe</i>)	255
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	256
Excertos da decisão com anotações pontuais	259
Capítulo 19.	
<i>Ne bis in idem</i> (Art. 103 III GG)	
A. Notas introdutórias	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. Decisões do TCF	286
# 78. BVerfGE 23, 191 (<i>Dienstflucht</i>)	286
Matéria (síntese do direito e dos fatos)	286
Excertos da decisão com anotações pontuais	287

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

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

Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 4: Liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade do domicílio

Leonardo Martins

Editoração eletrônica

Leonardo Martins

Impressão e acabamento

VOX Gráfica

Todos os direitos reservados – Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

**Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Martins, Leonardo.

Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 4: Liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade do domicílio / Leonardo Martins. – São Paulo : Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2020.

Bibliografia

ISBN 9786599008405

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Tribunal Constitucional Federal I. Título

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático: 1. Tribunal Constitucional Federal : Direitos Fundamentais : Direito constitucional 342.7

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

© 2020. LEONARDO MARTINS

© 2020. KONRAD-ADENAUER STIFTUNG – KAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93b, n. 18-12, piso 7; Bogotá, Colômbia
Tel.: +57 1 7430947
<https://www.kas.de/es/web/rspla/>
@KASiusLa

© 2020. MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.
www.marcialpons.com.br

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 (subjativa).....	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

LEONARDO MARTINS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 5:

Liberdade profissional, direito fundamental de propriedade,
garantia de não expatiação e não extradição



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 5: Liberdade profissional, direito fundamental à propriedade, garantia de não expatriação e não extradição

Leonardo Martins

Editoração eletrônica

Leonardo Martins

Impressão e acabamento

VOX Gráfica

Todos os direitos reservados – Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

**Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Martins, Leonardo.

Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 5: Liberdade profissional, direito fundamental de propriedade, garantia de não expatriação e não extradição / Leonardo Martins. -- São Paulo : Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2021.

Bibliografia

ISBN 978-65-86696-22-6

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Tribunal Constitucional Federal I. Título

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático: 1. Tribunal Constitucional Federal : Direitos Fundamentais : Direito constitucional 342.7

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

© 2021. LEONARDO MARTINS

© 2021. KONRAD-ADENAUER STIFTUNG – KAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93b. n. 18-12, piso 7; Bogotá, Colômbia
Tel.: +57 1 7430947
<https://www.kas.de/es/web/rspla/>
@KASiusLa

© 2021. MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.
www.marcialpons.com.br

Sumário do Volume 5

Apresentação	vii
Prefácio	xiii
Siglas e abreviações	xxix
Introdução ao volume 5	1

Capítulo 24.

LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 12 GG)

A. Notas Introdutórias	7
I. A liberdade profissional e empresarial do Art. 12 GG no sistema jurfundamental econômico da <i>Grundgesetz</i>	8
II. Liberdade profissional como direito à abstenção de intervenções estatais	10
1. Área de proteção	10
1.1 Área de proteção material ou objetiva	10
1.1.1 Conceito de profissão: da área da vida social ou “de regulamentação” à área de proteção	11
1.1.1.1 Elementos constitutivos positivos.....	11
1.1.1.2 Peculiaridades do serviço público e de profissões próximas ao serviço público	12
1.1.1.3 Da exclusão da proteção de atividades ilícitas	13
1.1.2 Alcance da área de proteção material.....	15
1.1.2.1 Exercício negativo da liberdade profissional	16
1.1.2.2 Escolha versus exercício da profissão	17
1.1.2.2.1 Liberdade de escolha profissional	17
1.1.2.2.2 Liberdade de exercício profissional	19
1.1.2.2.3 Zonas cinzentas e critérios para diferenciação ...	20
1.1.2.3 Lugar da formação	22
1.1.2.4 Local do trabalho e demais relações profissionais e trabalhistas	23

1.1.2.5 Alcance restrito a atividades atinentes à profissão e à Formação	24
1.2 Área de proteção subjetiva ou titularidade	25
2. Intervenções estatais	26
2.1 Requisitos da verificação da intervenção entre seu conceito restrito (clássico) e amplo	27
2.1.1 Alcance negativo	27
2.1.2 Intervenções <i>stricto sensu</i> e intervenções indiretas, fáticas e não finais: da “tendência a regulamentar profissão” em leis gerais.....	28
2.2 Intervenção na liberdade profissional.....	29
2.2.1 Restrições na permissão ou da escolha profissional	30
2.2.1.1 Restrições objetivas	31
2.2.1.2 Restrições subjetivas	32
2.2.2 Restrições ao exercício profissional	33
2.3 Intervenções na liberdade de formação profissional.....	34
2.4 Intervenções na liberdade de escolha do local de trabalho	35
3. Justificação constitucional das intervenções estatais	36
3.1 Limite constitucional bem determinado: reserva legal simples do Art. 12 I 2 GG	37
3.2 Constitucionalidade material de leis concretizadoras do limite	40
3.2.1 Preliminarmente: requisitos formais-materiais da base legal Interventiva	41
3.2.1.1 Espécies normativas autorizadas, caráter geral e abstrato da lei interventiva e mandamento de citação do direito fundamental afetado	42
3.2.1.1.1 Das espécies normativas autorizadas.....	42
3.2.1.1.2 Caráter geral e abstrato da base legal Interventiva (Art. 19 I 1 GG).....	43
3.2.1.1.3 Mandamento de citação (Art. 19 I 2 GG).....	43
3.2.1.2 Papel diferenciado da teoria da essencialidade e reserva parlamentar na dogmática do Art. 12 I GG	44
3.2.1.2.1 Da reserva de/da lei como espécie de limite do limite à reserva parlamentar	45
3.2.1.2.2 Teoria da essencialidade revisitada: delimitação dos aspectos essenciais e delegabilidade ao legislador material	48
3.2.1.3 Mandamento de determinação ou taxatividade da lei	50
3.2.2 A assim chamada “teoria dos degraus” (<i>Apothekenurteil</i>) e seu significado em face do princípio da proporcionalidade	51

3.2.3	Proporcionalidade de intervenções legislativas.....	52
3.2.3.1	Licitude constitucional do propósito da intervenção e do meio utilizado	55
3.2.3.2	Adequação ou idoneidade do meio	62
3.2.3.3	Necessidade ou imprescindibilidade do meio	66
3.2.3.4	Proporcionalidade em sentido estrito segundo a opinião dominante, jurisprudência e crítica.....	68
3.3	Constitucionalidade material de interpretações e aplicações judiciais de leis concretizadoras do limite: da justificação constitucional da intervenção objeto de decisão do TCF	69
3.4	Excurso: Dos serviços cívicos obrigatórios como limites constitucionais extraordinários ou suspensão temporária da liberdade profissional derivados do Art. 12a GG	75
3.4.1	Da relação com o Art. 12 GG: limites constitucionais extraordinários ou suspensão temporária da liberdade profissional derivados do Art. 12a GG?	75
3.4.2	Espécies de serviços potencialmente obrigatórios	78
III.	Direitos de proteção e de participação decorrentes do Art. 12 I GG	82
1.	Teoria geral dos direitos fundamentais revisitada: fundamentos e papel de direitos de proteção e de participação	82
2.	Direito de participação como direito de igualdade; direito de igualdade e <i>status negativus</i>	84
3.	Direito de proteção no contexto da dimensão procedimental.....	85
4.	Liberdade profissional e <i>status positivus</i>	87
4.1	Direito fundamental social ao trabalho?	87
4.2	Direito fundamental social à educação (profissional)?	88
IV.	Liberdade em face de coerção a trabalho e do trabalho forçado (Art. 12 II e III GG)	88
1.	Área de proteção unificada	89
2.	Intervenções estatais na área de proteção	91
3.	Justificações constitucionais de intervenções conforme contexto interventivo específico.....	94
3.1	Limites constitucionais	95
3.1.1	“Reserva legal” qualificada do Art. 12 II GG.....	95
3.1.2	Reserva judicial qualificada do Art. 12 III GG	95
3.2	Constitucionalidade material das intervenções legislativas, executivas e jurisdicionais	96
V.	Derivações da dimensão objetiva da liberdade profissional	97
1.	Garantia jurídico-processual da liberdade profissional como decorrência	

de sua dimensão objetiva?.....	97
2. Efeitos horizontal e de irradiação sobre o direito privado	98
3. Dever estatal de proteção, legislação especial trabalhista	99
VI. Concorrências de direitos fundamentais	102
1. Princípios gerais do conceito e suas implicações dogmáticas e práticas.....	102
2. Concorrências aparentes	104
2.1 Casos de especialidade e proeminência do parâmetro da liberdade profissional.....	105
2.2 Casos de especialidade e proeminência de outros parâmetros jurfundamentais e consequente inaplicabilidade da liberdade profissional	107
3. Concorrências ideais	108
B. Decisões do TCF	112
# 94. BVerfGE 7, 377 (<i>Apothekenurteil</i>)	112
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	112
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	115
# 95. BVerfGE 119, 59 (<i>Hufversorgung</i>)	133
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	133
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	138
# 96. BVerfGE 121, 317 (<i>Rauchverbot in Gaststätten</i>)	150
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	150
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	157

Capítulo 25.

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL E SOCIALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE (ART. 14 E 15 GG)

A. Notas Introdutórias	189/190
I. Direito fundamental individual	193
1. Área de proteção	193
1.1 Área de proteção pessoal ou subjetiva (titularidade)	193
1.2 Área de proteção material ou objetiva	195
1.2.1 Bem jurídico protegido: conceito constitucional de propriedade da <i>Grundgesetz</i>	195
1.2.2 Alcance da proteção	198
1.2.2.1 Alcance positivo	198
1.2.2.1.1 Proteção da existência / manutenção da propriedade adquirida.....	198

1.2.2.1.2	Direitos de uso, fruição e livre disposição	199
1.2.2.1.3	Posições jurídicas de direito público	199
1.2.2.1.4	Proteção do “funcionamento da empresa estabelecida e exercida”	201
1.2.2.1.5	Peculiaridades do direito à situação de bens imóveis.....	202
1.2.2.1.6	Direito à tutela judicial	203
1.2.2.2	Delimitação negativa e concorrências com outros direitos fundamentais	203
1.2.2.3	Excurso: não proteção do patrimônio em si e papel do direito tributário	204
2.	Intervenções estatais na área de proteção.....	205
2.1	Peculiaridades de intervenções estatais no direito fundamental de propriedade	205
2.2	Determinação de conteúdo/limites e desapropriação	206
2.2.1	Critérios para a delimitação entre determinação de conteúdo/limites e desapropriação	207
2.2.1.1	Critério superado na jurisprudência do TCF da dogmática da intensidade da intervenção estatal antes da Decisão <i>Nassauskiesung</i> (BVerfGE 58, 200)	207
2.2.1.2	Critérios formais aplicados desde a Decisão <i>Nassauskiesung</i> (BVerfGE 58, 200)	208
2.2.2	Determinações de conteúdo e limites (Art. 14 I 2 GG).....	210
2.2.3	Desapropriações (Art. 14 III GG)	211
2.2.3.1	Mediante lei (desapropriação “legal” ou “legislativa”).....	211
2.2.3.2	Com fundamento na lei (desapropriação “administrativa”) .	212
2.2.3.3	“Intervenção desapropriante e intervenções iguais à desapropriação”	213
2.3	Intervenções “fáticas” (fatos jurídicos)	213
2.4	Socialização da propriedade (Art. 15 GG).....	213
3.	Justificação constitucional das intervenções estatais	214
3.1	Justificação constitucional de determinações de conteúdo/limites (Art. 14 I 2 GG)	214
3.1.1	Limite constitucional do Art. 14 I 2 GG como reserva legal <i>sui generis</i>	214
3.1.2	Consequência da delimitação entre leis de definição de conteúdo (conformadoras ou configuradoras) e leis interventoras	216
3.1.3	Vínculo social da propriedade (Art. 14 II GG): um limite constitucional peculiar	218
3.1.3.1	Caráter ambivalente.....	218

3.1.3.2	Princípio e mandato constitucional (Art. 14 II 1 GG) e consequências para o exame.....	219
3.1.3.3	Mandamento de ponderação como limite do limite (Art. 14 II 2 GG)	221
3.1.4	Proporcionalidade da “determinação de conteúdo/limites”	223
3.1.4.1	Propósitos lícitos.....	223
3.1.4.2	Meios lícitos.....	224
3.1.4.3	Adequação em sentido estrito (idoneidade do meio em relação ao propósito)	224
3.1.4.4	Necessidade ou imprescindibilidade.....	225
3.1.4.5	Adequação em sentido amplo, exigibilidade ou proporcionalidade em sentido estrito	225
3.1.4.5.1	Vínculo situacional de bens imóveis	226
3.1.4.5.2	Garantias de existência: proteção da confiança (princípio da certeza e segurança jurídicas) e regras de transição	226
3.1.4.5.3	Determinação de conteúdo/limites com obrigação de compensação como possível consequência jurídica	227
3.2	Justificação constitucional de desapropriações (Art. 14 III GG)	229
3.2.1	Reserva legal qualificada, reserva parlamentar e princípio da taxatividade	230
3.2.2	Requisitos da desapropriação legal ou legislativa (Art. 14 III 2, 1. subperíodo, 1. alt. GG).....	231
3.2.2.1	Propósito qualificado: bem-estar da coletividade (Art. 14 III 1 GG)	231
3.2.2.2	Tipo e volume da reparação definidos na própria lei como especial conformação da reserva parlamentar: da cláusula de <i>iunctim</i> (Art. 14 III 2, 2. subperíodo GG).....	233
3.2.2.3	Adequação e necessidade (imprescindibilidade) da desapropriação em relação ao concretizado propósito do bem-estar da coletividade.....	234
3.2.2.4	Valor da indenização (Art. 14 III 3 GG)	236
3.2.2.5	Excurso: relevância interventiva da desapropriação mediante lei em termos de proporcionalidade no sistema de controle de constitucionalidade de normas entre Controle Concreto e Reclamação Constitucional contra Ato Normativo	237
3.2.3	Requisitos específicos da desapropriação administrativa (Art. 14 III 2, 1. subperíodo, 2. alt. GG).....	238

3.2.3.1	Estrita legalidade	238
3.2.3.2	Observância da proporcionalidade concreta-individual	240
3.2.3.3	Dimensão jurídico-processual do direito fundamental do Art. 14 I 1 GG	241
3.2.3.3.1	Em geral: caráter autônomo ou concorrências do Art. 19 IV e do Art. 103 I GG?	242
3.2.3.3.2	Abertura da via jurisdicional administrativa	243
3.2.3.3.3	Abertura da via jurisdicional comum para questionamento da altura da indenização (Art. 14 III 4 GG) e seus limites.....	244
3.2.3.4	Possibilidade de reapropriação	245
II.	Art. 14 GG como garantia institucional	246
1.	Conceito de garantias institucionais: bases justeóricas e relevância jurídico-dogmática.....	246
2.	Configuração da área de proteção como marca normativa estatal	247
3.	Fronteiras da configuração	248
4.	Da relação entre configuração e intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental	250
5.	Configuração e “reconfiguração”	250
6.	Garantia do instituto da propriedade privada como limite do limite.....	251
III.	Socialização (Art. 15 GG)	252
1.	Gênese e papel constitucional	253
1.1	Proposição do SPD no Conselho Parlamentar (Constituinte) e suas repercussões na <i>Grundgesetz</i>	254
1.2	Socialização como caso peculiar de desapropriação: abstrata e estrutural	255
2.	Pressupostos constitucionais e limites (do limite)	255
2.1	Objetos socializáveis.....	256
2.1.1	“Terras” [<i>Grund und Boden</i>]	257
2.1.2	“Recursos naturais”	258
2.1.3	“Meios de produção”	258
2.1.3.1	Em sentido amplo	258
2.1.3.2	Em sentido estrito e análise da crítica	258
2.2	Interpretação da relação entre Art. 14 III 3 e 4 GG e Art. 15 GG e suas consequências	260
2.2.1	Indenização no valor de mercado?	261
2.2.2	Alcance da discricionariedade legislativa	261
2.2.2.1	Ampla e abrangente agenda política de reconfiguração da ordem econômica de livre mercado para uma	

ordem econômica comunitária?.....	262
2.2.2.2 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade?	262
B. Decisões do TCF	268
# 97. BVerfGE 58, 137 (<i>Pflichtexemplar</i>).....	268
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	268
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	271
# 98. BVerfGE 100, 226 (<i>Denkmalschutz</i>)	277
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	277
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	278
# 99. BVerfGE 143, 246 (<i>Atomausstieg II</i>).....	288
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	288
i) Antecedentes e fatos conhecidos pelo TCF.....	288
ii) Arguições das Reclamantes e manifestações de órgãos constitucionais e terceiros	290
iii) Estrutura e síntese da Decisão	298
iii.a) Estrutura detalhada.....	298
iii.b) Síntese do juízo de admissibilidade e decisão do mérito	303
iv) Recepção e efeitos	306
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	308

Capítulo 26.

GARANTIA DE NÃO EXPATRIAÇÃO E NÃO EXTRADIÇÃO (ART. 16 GG)

A. Notas Introdutórias.....	361
I. Direito fundamental à não expatriação (Art. 16 I GG) em sua acepção de <i>status negativus</i>.....	363
1. Área de proteção	363
1.1 Material: objeto de proteção e sua marca normativa	363
1.2 Titularidade.....	364
2. Intervenções estatais: hipóteses gerais e configuração legislativa	364
2.1 Retirada arbitrária da nacionalidade (Art. 16 I 1 GG).....	365
2.2 Perda da nacionalidade contra a vontade do titular (Art. 16 I 2 GG).....	366
2.3 Critérios delimitativos: possibilidade de tomada de influência pelo titular	366
3. Justificação constitucional	372
3.1 Limites constitucionais ao direito fundamental decorrente do Art. 16 I 1 GG?.....	373
3.2 Reserva legal qualificada como limite constitucional ao	

