

# VIGILÂNCIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA DA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ

## *SURVEILLANCE AND FREEDOM OF EXPRESSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT*

Italo Roberto Fuhrmann<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Considerações Introdutórias. 2. Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e o Sigilo das Comunicações na Constituição alemã (1949). 2.1. O Serviço Federal Alemão de Inteligência (BND). 2.2. A Decisão BvR 2835/17. 3. O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa no Direito Constitucional Alemão e a sua Influência no Direito Brasileiro. 4. Conclusão e Perspectivas. 5. Referências Bibliográficas

### **RESUMO:**

O artigo trata, no contexto do direito constitucional alemão, do direito fundamental à liberdade de expressão jornalística e do direito ao sigilo das comunicações defronte os atos de vigilância da internet realizada secretamente pelo governo de Estado alemão (*Bundesnachrichtendienst* - BND). Em maio de 2019, a Corte Constitucional Alemã declarou inconstitucional a lei que regula as atividades de inteligência e de vigilância realizadas pelo Estado alemão, inclusive no exterior, porquanto a lei não previa mecanismos normativos de defesa e proteção dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do sigilo comunicacional de estrangeiros. O estudo se baseou no método comparativo e dedutivo, desde a análise dos pressupostos normativos dos direitos fundamentais e a aplicação correlativa ao caso concreto.

### **Palavras-chave:**

Liberdade de Imprensa; Sigilo das Comunicações; Direitos Fundamentais; BND; Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Recebido: 10-1-2004  
Aprovado: 15-02-2024

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12167728>

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Advogado.

**ABSTRACT:**

*The article deals, in the context of German constitutional law, with the fundamental right to freedom of journalistic expression and the right to secrecy of communications in the face of acts of internet surveillance carried out secretly by the German state government (Bundesnachrichtendienst - BND). In May 2019, the German Constitutional Court declared unconstitutional the law regulating intelligence and surveillance activities carried out by the German state, including abroad, because the law did not provide for regulatory mechanisms to defend and protect the fundamental rights of freedom of expression and confidentiality of communications of foreigners. The study was based on the comparative and deductive method, from the analysis of the normative assumptions of fundamental rights and the correlative application to the specific case.*

**Keywords:**

*Freedom of the Press; Secrecy of Communications; Fundamental Rights; BND; Federal Constitutional Court of Germany.*

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Desde o ano de 2019, uma obra vem chamando a atenção do público acadêmico em geral. Trata-se do livro “A Era do Capitalismo de Vigilância”<sup>2</sup>, de *Shoshana Zuboff* (ZUBOFF, 2019). A sociedade tecnológica e da informação engendrou uma nova dimensão autônoma e virtual da existência humana, mediante o processamento inaudito de informações e dados, inclusive pessoais, entrelaçando de modo inextricável as esferas do *on-line* e *off-line*, criando, neste contexto, um modo de existência *on-life*.

Na esteira da chamada *digitalização*, consoante assevera o ex-juiz da Corte Constitucional Alemã, *Wolfgang Hoffmann-Riem*, a profusão de dados e informações (Big Data) está sendo usada para o controle de comportamentos individuais e coletivos, para a coleta de tendências de desenvolvimentos, para possibilitar novos modos de produção e distribuição, bem como para a realização de atividades estatais, e também para novas ilegalidades, dentre as quais a criminalidade cibernética (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 37).

Nesta exata linha, em virtude do exacerbamento das possíveis ameaças a direitos das pessoas na internet, o Conselho de Direitos Humanos da ONU publicou, no ano de 2016, a

Resolução A/HRC/32, que assevera a amplitude protetiva dos direitos humanos igualmente na esfera virtual: “*the same rights people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression.*”<sup>3</sup>.

O tema concernente às liberdades fundamentais de comunicação não é um *novum* no cenário jurisprudencial e constitucional alemão. Sem embargo, a decisão judicial mais citada da Corte constitucional alemã, dentro e fora da Alemanha, é, sem dúvida, o cognominado caso “Lüth”, de 1958<sup>4</sup>. Tratava-se àquela altura da garantia da liberdade de expressão individual do diretor de cinema alemão *Erich Lüth* (que deu nome à decisão) e que fez escola na dogmática dos direitos fundamentais, especialmente quanto à sua relação com as normas jurídicas de Direito privado, máxime o Código Civil.

Calcado no direito fundamental à liberdade de expressão, a mais alta Corte de justiça alemã anulou a decisão judicial do Estado de Hamburgo no sentido de assegurar ao litigante *Erich Lüth* seu direito fundamental de se manifestar *publicamente* contra a produção cinematográfica de *Veit Harlan*, diretor de cinema que trabalhou intensamente para o regime do III Reich alemão<sup>5</sup>, e que no pós-guerra, tentava se reestabelecer profissionalmente na República de Bonn através do filme *unsterbliche geliebte*. Neste diapasão, o Tribunal Constitucional alemão assegurou inclusive o *direito ao boicote público*, como conteúdo legítimo albergado pela liberdade de expressão<sup>6</sup>, que não poderia ser coarctado a limites mais angustos pelo direito infraconstitucional, no caso o art. 826 do BGB<sup>7</sup>.

No Brasil, em especial no contexto jurisprudencial do STF, o direito à liberdade de expressão igualmente detém um lugar de destaque, inclusive na condição de “*sobredireito*”, o que pode ser constatado com as decisões paradigmáticas ADPF 130, julgada em 2009, que declarou inconstitucional a chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67), e a ADI 4815, julgada em 2015, que conformou nova interpretação sem redução de texto ao Código Civil brasileiro quanto à proteção da imagem e da vida privada quando em causa a liberdade de expressão por meio de publicações de biografias não autorizadas.

A partir do ano de 2018, o STF vem atuando no sentido de criar um direito fundamental

---

<sup>3</sup> Disponível em: [https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_32\\_L20.pdf](https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf). Acesso aos 15.04.2024.

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 (1958). Cf., por todos, (SCHWABE, 2005).

<sup>5</sup> Os filmes “Jud Süß”, “Kolberg” e “Opfergang” ilustram a apreensão política da arte cinematográfica em prol da ideologia nacional-socialista.

<sup>6</sup> Acerca da teoria da influência dos direitos fundamentais no Direito privado através do chamado “efeito de irradiação”, cf., (HESSE, 1999).

<sup>7</sup> Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch).

(autônomo) à proteção de dados pessoais, e moldar, no direito constitucional brasileiro, um direito fundamental à autodeterminação informativa, a exemplo da doutrina e jurisprudência alemã. Neste compasso, foram três as decisões mais significativas sobre o tema, a saber a Medida Cautelar em Mandado de Segurança 36150, julgada pelo ministro relator Roberto Barroso, que, em linhas gerais, suspendeu a ordem de compartilhamento de dados do INEP (Instituto Educacional Anísio Teixeira) proferida em acórdão do TCU para fins de auditoria do programa Bolsa Família. Neste caso, os dados de alunos colhidos através do ENEM e do Censo escolar foram protegidos face uma medida estatal de controle interno de políticas públicas<sup>8</sup>.

Outra decisão relevante foi a ADI 6393, com grande repercussão nacional, inclusive em termos midiáticos, abordando o caso da Medida Provisória 954/2020<sup>9</sup> que autorizava o compartilhamento de dados de usuários de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A decisão foi proferida em sede de julgamento monocrático pela min. Rosa Weber, que, de modo expresse, vedou, cautelarmente, o acesso aos dados pessoais cadastrados nas empresas de telefonia, ainda que o objetivo governamental fosse de combate à pandemia da Covid-19 no sentido da tutela coletiva da saúde.

Finalmente, cite-se o *decisum* ADPF 695, cuja relatoria coube ao min. Gilmar Mendes, na qual foi suspenso o compartilhamento de dados referentes a carteira nacional de habilitação de 76 milhões de brasileiros cadastrados pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (Abin).

A partir destas três decisões referenciais do STF, podemos sinalar que no Brasil, pela via da criação jurisprudencial, contamos com um direito fundamental à autodeterminação informativa e à proteção qualificada dos dados pessoais, lastreado pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor no ano de 2020. Defronte a emenda constitucional n. 115, de 2022, a proteção dos dados pessoais se tornou um direito fundamental (formal e material) na Constituição brasileira de 1988, cláusula pétreia, parâmetro para o controle de constitucionalidade e passível de judicialização, individual e coletiva. A emenda n. 115 ainda estipula que é de competência privativa da União legislar sobre proteção e tratamento de dados

---

<sup>8</sup> Tal decisão cautelar foi confirmada pela primeira turma do STF por ocasião do julgamento do agravo em Mandado de Segurança 36150, em 10 de outubro de 2022.

<sup>9</sup> No âmbito do julgamento, o STF suspendeu a eficácia da MP 954/2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/08/stf-suspende-eficacia-de-mp-sobre-compartilhamento-de-cadastrados-telefonicos-com-o-ibge>>. Acesso aos 05.04.2024. A vigência da MP encerrou na data do dia 14 de agosto de 2020.

pessoais<sup>10</sup>.

A decisão alemã que ora será objeto de análise reflete o estado atual em que o tema da proteção de dados, da privacidade e do sigilo comunicacional está sendo tratado nas mais altas cortes de justiça da Europa. Destarte, tal análise poderá *a fortiori* auxiliar o legislador e os órgãos julgadores nacionais na condição de paradigma a ser internalizado, atentando-se para o contexto normativo e social, justamente por representar um entendimento consolidado num ambiente onde a doutrina e a jurisprudência estão mais desenvolvidas sobre o tema.

## **2. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ (1949)**

O estudo analítico do direito comparado alemão se tornou na segunda metade do século XX um pressuposto inarredável, máxime no que concerne à teoria do Direito do Estado, à teoria constitucional e à dogmática dos direitos fundamentais. A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, erguida dos escombros de uma Alemanha aluída e devastada, moral e materialmente, foi a pedra angular da produção doutrinária e jurisprudencial subsequente em solo germânico, de inestimável valia jurídica e política, que influenciou países em escala global (SARLET; GODOY, 2021. p. 17).

Ao contrário de outros países do continente europeu, a jurisdição constitucional na Alemanha teve um desenvolvimento bastante lento, de modo que o primeiro modelo de Tribunal de última instância de julgasse em definitivo questões de índole constitucional só foi implementado em 1849, através da chamada Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*) (MENDES, 2005. p. 7 e ss).

Com efeito, era uma Constituição surpreendentemente moderna, apesar de nunca ter entrado em vigor, com a previsão de direitos fundamentais, que em certa medida foram retomados até nos detalhes de sua formulação na atual Constituição, garantindo inclusive a independência da justiça (DAUBLER-GMELIN, 2001. p. 12).

No período da República de Weimar (1919-1933), foi institucionalizado um autêntico

---

<sup>10</sup> Disponível em: <

Tribunal de Justiça do Estado – *Staatsgerichtshof*<sup>11</sup> – com o escopo para decidir conflitos constitucionais nos Estados, conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central (MENDES, 2005. p. 8). Em suma, o Tribunal de Justiça do Estado de Weimar não detinha o monopólio da jurisdição constitucional, de modo que era apenas competente para o julgamento de questões constitucionais no âmbito de um Estado, a responsabilidade ministerial, questões federais e o controle normativo na relação entre o direito estadual e o federal. Não havia, àquela altura, um modelo concentrado de jurisdição à semelhança dos sistemas já consagrados na Áustria e na Tchecoslováquia.

A Corte constitucional prevista na Lei Fundamental alemã de 1949 somente foi implementada aos 12 de março de 1951, com a edição de sua lei regulamentadora. São dois órgãos (Senados) que compõem o Tribunal, cada qual integrado por 8 ministros, que são assessorados por câmaras de 3 juízes para aferição da admissibilidade processual (PESTALOZZA, 1991). Em caso de empate na votação, tem-se como constitucional o ato normativo impugnado. Desde 1970, o voto vencido é publicado, do modo a dar mais transparência aos julgamentos da Corte. De suma importância, impende sinalar que a lei que regulamenta o processo e julgamento do Tribunal Constitucional alemão prevê uma abertura participativa de professores e doutrinadores europeus, e não só alemães, vinculados a instituições superiores de ensino europeias, e que podem realizar a defesa em juízo da inconstitucionalidade do ato normativo<sup>12</sup>. Por fim, a eleição de um juiz para a Corte constitucional alemã depende inelutavelmente de um amplo consenso político entre as duas principais forças eleitorais da Alemanha, a saber o CDU e o SPD, no sentido de que apenas com uma maioria qualificada (2/3) dos votos do parlamento (Bundestag) um juiz pode ser eleito para compor a Corte constitucional alemã para um mandato pré-fixado de 12 anos<sup>13</sup>.

Na dicção acurada de *Miguel Reale*, a Lei Fundamental alemã veio, em primeiro lugar, demonstrar que uma Constituição não deve ser o receptáculo de tudo aquilo que se queira e a que se aspira; mas, ao contrário, deve estabelecer diretrizes e estruturas básicas da sociedade civil e do Estado, sem bloquear o processo legislativo (REALE, 2001. p. 10).

---

<sup>11</sup> Sobre a crítica de Tribunais constitucionais “polivalentes”, com ampla competência recursal, à luz da experiência do Tribunal de Justiça do Estado de Weimar, v. FUHRMANN, Italo. O STF como Supertribunal de Revisão – e algumas alternativas constitucionais, in: *ConJur*, 07 de agosto de 2018.

<sup>12</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG (12.03.1951).

<sup>13</sup> Além disso, o indicado deve ter no mínimo 40 anos de idade e aptidão para exercer o cargo de juiz através dos exames estatais.

A atual Constituição alemã, promulgada em 1949, constitui a materialização jurídico-normativa da reconstrução democrática da Alemanha, levada a efeito por destacados políticos de variados matizes ideológicos, como Konrad Adenauer (União Democrata-Cristã e presidente do Conselho Parlamentar), Carlo Schmid (Partido Social-Democrata) e Theodor Heuss (Partido Democrático Liberal). Uma Constituição que não garante apenas a separação dos poderes e os direitos fundamentais, mas que, igualmente, proporciona a abertura política necessária para a vida democrática e assegura *pari passu* a estabilidade institucional é, sem dúvida, um ideal progressivamente concretizado pela jurisdição constitucional alemã do segundo pós-guerra (SARLET, 2009).

A Lei Fundamental alemã (1949) contém um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais estabelecidos entre os arts. 1 a 19. Já na contextura semântica do *präambel* e do artigo inaugural da Constituição alemã, afirma-se o desiderato estatal de servir à paz e à promoção da dignidade humana, considerando-a como intangível – *unantastbar* (SARLET; GODOY, 2021. p. 270). O direito à liberdade de expressão está amplamente consagrado no art. 5 (1) da LF<sup>14</sup>, proscurendo quaisquer espécies de censura. É garantido, em termos categóricos, a livre expressão do pensamento, incluindo neste contexto a liberdade de expressão jornalística, que, à semelhança da ordem jurídica brasileira, assume uma *posição preferencial*, que se entrelaça com a própria noção de dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade.

Na ordem jurídico-constitucional alemã, a liberdade de informação e opinião, assim como a liberdade de imprensa, tem como objeto a liberdade de conteúdos intelectuais – *Vielfalt geistiger Inhalte* –, e como objetivo a sua comunicação numa concorrência pluralista no livre espaço público (MICHAEL; MORLOK, 2008. p. 126).

A liberdade de comunicação, neste contexto dogmático, fortalece a abertura para novos conhecimentos e com isso a capacidade de aprendizado (e de formação da opinião pública) de uma sociedade. O conceito de opinião abrange não somente juízos de valor, mas também afirmações sobre fatos, *ainda que controversos*<sup>15</sup>. A democracia não se limita ao ato de eleger e à atividade parlamentar, mas se estabelece numa comunicação social aberta, que forma a

---

<sup>14</sup> Art 5º, (1): “Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt”.

Tradução livre do alemão: “Toda pessoa terá o direito fundamental de expressar e divulgar livremente suas opiniões por meio da fala, da escrita e de imagens, e de se informar sem impedimentos a partir de fontes em geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar por meio de rádio e filmes são garantidas. Não haverá censura”.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 128.

opinião política e possibilita críticas numa ambiência sem censura.

Em contraposição ao amplo espaço destinado à liberdade de expressão jornalística e de manifestação do pensamento pela Lei Fundamental alemã, encontra-se sua limitação constitucional no art. 10 (1), que prevê a proteção jurídica do sigilo postal e das comunicações<sup>16</sup>. Tanto a liberdade de manifestação do pensamento quanto a proteção do sigilo comunicacional estão abrangidos pela cláusula da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, conforme dicção normativa do art. 19 (2) da Lei Fundamental alemã<sup>17</sup>. Insofismável a asserção dogmática de que o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais é insuscetível de violações, sem qualquer margem a quaisquer disceptações, porquanto enraizado maciçamente na teoria geral dos direitos fundamentais (MICHAEL; MORLOK, 2008. p. 456).

Impende consignar que um dos casos mais importantes sobre liberdade de expressão decididos pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi o chamado caso “*Strauss-Karikatur*”, em 1987. Com efeito, tratava-se de um caso judicial envolvendo um proeminente político alemão, cuja carreira foi construída na Bavária, e que quase chegou a ser Chanceler da Alemanha na década de 1980.

Franz-Josef Strauss é tão reconhecido na Alemanha, e em especial na Bavária, que o aeroporto de Munique leva o seu nome. O caso “*Strauss-Karikatur*” se tornou, de modo emblemático, o aresto judicial que moldou o entendimento de toda a justiça alemã acerca da liberdade de expressão, designadamente quando em jogo a imagem de personalidades públicas. Também restou consignado que a liberdade de expressão, ainda que artística, científica e intelectual, não é ilimitada, e encontra barreiras intransponíveis nos assim chamados direitos da personalidade, ainda que seus titulares sejam pessoas públicas.

A decisão do caso *Strauss* foi tomada em 03 de junho de 1987<sup>18</sup>, um ano antes do seu falecimento, estabelecendo limites e diretivas para o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão artística positivado no art. 5º (III) da Lei Fundamental alemã de 1949. O tribunal entendeu, à época, que caricaturas que violavam o núcleo da honra e imagem da pessoa

---

<sup>16</sup> Art. 10 (1) da LF: Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich. Tradução livre do alemão: “O sigilo de correspondência, bem como o sigilo postal e de telecomunicações são invioláveis”.

<sup>17</sup> Art. 19 (2) da LF: In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Tradução livre do alemão: “Em nenhuma hipótese o núcleo essencial de um direito fundamental poderá ser violado Cf., por todos, (HÄBERLE, 1983).

<sup>18</sup> BVerfGE 75, 369. Cf. por todos, (SCHWABE, 2005).



humana, no sentido do art. 1º (I) da LF, não estavam abrangidas pelo direito à liberdade de expressão artística. No caso, o jornalista de Berlin *Rainer Hachfeld* publicou em sua Revista (Konkret) três caricaturas do então ministro de Estado Franz-Josef Strauss, onde ele era retratado como um porco copulando com outro porco que representava o sistema de justiça alemão.

Através de tais caricaturas, o jornalista alemão queria expor o contentamento, aliás, o prazer animalesco do político alemão pelo fato de ter todo o aparato da justiça alemã à sua inteira submissão. Malgrado tal expressão tenha o conteúdo político e de crítica numa sociedade democrática, para a Corte Constitucional alemã o direito à honra e à imagem não poderiam ser completamente elididos, mesmo que se trate de uma crítica política aos ocupantes de cargos públicos. Também deve ser consignado que o Tribunal àquela altura não removeu de circulação o periódico, ou seja, as caricaturas ultrajantes, que permaneceram na esfera pública alemã, mas simplesmente mantiveram as decisões de instâncias inferiores que aplicaram uma multa pecuniária ao jornalista, no sentido de uma responsabilização penal *a posteriori*.

## 2.1. O Serviço Federal Alemão de Inteligência (BND)

O Estado alemão, à época a Alemanha ocidental, desde 1956 dispõe em sua estrutura governamental de uma agência de inteligência, forjada, originalmente, para atuar como órgão de espionagem e de informação no contexto político da chamada “Guerra Fria”, à semelhança das atividades realizadas pela Agência Nacional de Segurança (NSA) norte-americana.

Malgrado o BND seja uma agência de inteligência e de assuntos estratégicos, não se trata propriamente de uma atividade clandestina, mas de um serviço de Estado regulado por Lei, e com previsão constitucional<sup>19</sup>. O Serviço Federal Alemão de Informações tem um orçamento anual superior a 400 milhões de euros, e possui mais de 6 mil funcionários.

No atual contexto da geopolítica europeia e mundial, o BND se ocupa, preponderantemente, com as ameaças de terrorismo. Justamente pelo recrudescimento da tensão entre muçulmanos e cristão no continente europeu, o BND vem reiteradamente promovendo políticas massivas de vigilância da internet de jornais, revistas e órgãos públicos

---

<sup>19</sup> Art. 73 (1) da LF: Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über die auswärtigen Angelegenheiten sowie die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung. Tradução livre do alemão: “A Confederação tem poder legislativo exclusivo sobre assuntos estrangeiros e defesa, incluindo a proteção da população civil”.

no exterior, o que deu origem à decisão do Tribunal Constitucional alemão a seguir analisada.

## **2.2. A decisão BvR 2835/17**

Trata-se de uma ação direta ajuizada perante o Tribunal Constitucional da Alemanha promovida por várias associações de jornalistas e, em especial, pela ONG Jornalistas sem Fronteiras, contestando a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei sobre o Serviço Federal de Inteligência alemão (*Gesetz über den BND*), que restringiam, ou mesmo anulavam, direitos fundamentais consagrados no texto constitucional alemão, como o direito à confidencialidade das comunicações individuais e o direito à liberdade de imprensa. Também foi objeto de deliberação pela Corte a proteção jurídico-legal de direitos fundamentais de funcionários que integram pessoas jurídicas em Estados estrangeiros.

A lei alemã sobre a vigilância de telecomunicações de estrangeiros fora do território alemão, que governa as operações do BND, teria proporcionado um arcabouço jurídico às práticas preexistentes de vigilância internacional em massa reveladas por Edward Snowden em 2013. Jornalistas e organizações da sociedade civil manifestaram preocupação com os efeitos nocivos que ela poderia ter sobre denunciadores e sobre o jornalismo investigativo, em uma época em que a maioria das comunicações é feita online. Em decorrência disso, ajuizaram ação perante a Corte Constitucional alemã para que fosse realizada uma análise sobre a compatibilidade da Lei que regula as atividades do BND, inclusive fora do território alemão, face as garantias da liberdade de expressão jornalística e o sigilo das comunicações.

Os requerentes argumentaram que, nos termos do artigo 1º da Constituição alemã, o governo era obrigado a respeitar os direitos fundamentais, tanto na Alemanha quanto no exterior, no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais exorbita a esfera territorial e o vínculo de cidadania das pessoas afetadas. Neste ínterim, os cidadãos de países estrangeiros também têm direito a uma vida privada, protegidas pela Constituição alemã, o que significa que o BND não poderia interceptar de maneira irrestrita, massiva e aleatória as comunicações e o tráfego na Internet de estrangeiros fora da Alemanha, como a lei relacionada ao BND, atualmente, permite que seja feito.

No bojo desta ação, o Tribunal Constitucional da Alemanha definiu objetivamente, com base no artigo 10 da Constituição, a garantia da confidencialidade das comunicações on-line, que vincula o Estado alemão para além das fronteiras territoriais da Alemanha, incluindo

estrangeiros e órgãos públicos e privados no exterior.

O grande temor concernente a este caso era justamente a proteção das fontes, que poderiam ser comprometidas. Caso os serviços secretos alemães pudessem manter e avaliar e vigiar cada comunicação da imprensa, as pessoas de todo o mundo perderiam a confiança nos meios de comunicação e, desta forma, não recorreriam mais à imprensa para expressar seus descontentamentos, vilipendiando o exercício da liberdade de imprensa e impedindo o controle social por meio da mídia dos detentores do poder político.

Essa lei, até então incontestada, permitiu que o BND desprezasse o sigilo alemão das redações jornalísticas, em especial, colocando sob escuta telefônica os meios de comunicação estrangeiros parceiros da mídia alemã no âmbito de seu trabalho colaborativo em grandes projetos de pesquisa internacional. Há, inclusive, projetos de vigilância massiva da internet em colaboração com a Agência Nacional de Segurança Norte-americana (NSA), o que foi publicizado em 2013 no famoso caso Edward Snowden.

Em suma, o Tribunal definiu em 9 pontos significativos acerca do estado de inconstitucionalidade da lei que estrutura o funcionamento atual do Serviço Federal de Informações alemão, e prescreveu a sua adaptação ao acórdão até a data de 31.12.2021, a ser levada a efeito pelo parlamento alemão:

- (1) previsão de critérios objetivos para selecionar dados de comunicação, ou seja, a lei deve prescrever objetivamente quais os critérios legítimos para o levantamento de dados, inclusive para possibilitar controle legal *a posteriori*;
- (2) limitação para o levantamento de dados, isto é, deve haver previsão temporal e de conteúdo determinada na Lei para atividades de levantamento de dados;
- (3) definição de objetivos qualificada para a vigilância estratégica. Isto significa que a Lei deve estipular critérios qualificados que deem ensejo a uma ação de vigilância estratégica, a fim de tutelar um relevante bem jurídico de índole constitucional;
- (4) estruturação da vigilância com base em medidas especificamente definidas
- (5) requisitos especiais para autorizar a vigilância de dados pessoais
- (6) limites para a conservação de dados de tráfego
- (7) determinações pré-definidas para a avaliação destes dados
- (8) precauções para a proteção de relações de confidencialidade
- (9) garantia de um núcleo essencial protetivo das comunicações e a obrigatoriedade do descarte.

Igualmente restou consignado que a transmissão de dados pessoais provindos da

vigilância estratégica só é permitida para a proteção de relevantes bens jurídicos, e pressupõe uma situação de perigo concreta ou a suspeita suficientemente concreta de um ato criminoso. Isto significa dizer que lei não pode conceder uma “carta branca” para a atuação estratégica do governo alemão, mas deve fixar limites normativos para tal atuação, e exigir a fundamentação criteriosa para o desempenho de vigilância na internet, a partir de casos concretos, e que possam ser objeto de controle por órgãos independentes.

### **3. O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO**

O direito geral de personalidade não objetiva uma desvinculação completa do indivíduo em relação ao social. Muito pelo contrário, a autodeterminação do indivíduo está vinculada a sociedade, de modo que toda pessoa tem uma necessidade de se representar no meio social, que conglobam informações sobre a identidade e individualidade de cada pessoa. De grande relevo é o levantamento e o processamento de dados pessoais através do Estado e de atores privados no âmbito do tratamento eletrônicos de dados, e sua possibilidade vinculada de combinação e transferência.

A autonomia de gerência sobre esses dados é do indivíduo, caracterizada como *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* (direito à autodeterminação informativa) (MICHAEL; MORLOK, 2008. p. 217). Essa noção de proteção dos dados pessoais foi desenvolvida no início dos anos 1980 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, através da cognominada “Volkszählungsurteil” (BVerfGE 65, 1, 45). Neste *decisum*, ficou consignado de que inexistente distinção entre dados importantes e dados irrelevantes, e que não apenas o levantamento de dados, mas também o arquivamento, a utilização e a transmissão de dados devem estar sob proteção jurídica qualificada contra violações.

Após 25 anos, a Corte Constitucional alemã desenvolveu, neste sentido, uma nova perspectiva para o direito geral de personalidade: o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnicos de informações – *Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*”. Este construto jurisprudencial estende a proteção de dados pessoais para o sistema computacional e

a toda sua rede técnica, protegida juridicamente como *instituto pessoal*. Este entendimento permitiu a extensão da proteção do sigilo comunicacional e de correspondência para todos os meios modernos de comunicação<sup>20</sup>.

Existe de fato um amálgama jurídico e filosófico que une o direito geral da personalidade à tutela da autodeterminação informativa, englobando em seu âmbito de proteção *pari passu* a proteção jurídico-constitucional dos dados pessoais, e que forja uma constelação complexa de normas avalizadoras da autonomia e da dignidade do indivíduo. O percurso histórico dos direitos fundamentais, uma autêntica *via crucis*, avança progressivamente em virtude da longanimidade e resiliência dos seus titulares, como é o caso, *ad exemplum*, dos direitos à autodeterminação informativa, ao sigilo das comunicações e à liberdade de expressão e comunicação na era digital.

No Brasil, em especial na contextura dogmática constitucional, o novo inciso LXXIX do art. 5º, da CF/88, reflete normativamente a influência do direito constitucional alemão no Direito brasileiro.

Tal abertura se deu inicialmente pela via jurisprudencial do STF, que muitas vezes conforma suas decisões com referências expressas à doutrina e jurisprudência alemãs, em especial no âmbito dogmático dos direitos fundamentais. De fato, ainda há um percurso longo para o atingimento de um regime jurídico seguro, previsível e protetor da personalidade, da privacidade e da liberdade de expressão dentre nós. Porém, o estágio inicial já foi sedimentado, não para a proteção dos dados pessoais *per se*, mas para a tutela integral da pessoa que é titular destes dados (SCHERTEL MENDES, 2014).

#### 4. CONCLUSÃO E PERSPECTIVAS

A Lei Fundamental alemã consagrou no seu art. 5º (1) a garantia da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, por meio de palavras, escritos e imagens, proscrevendo quaisquer espécies de censura. Trata-se de uma garantia catalisadora das liberdades individuais do povo alemão, e que se volta contra os atos de arbítrio estatal praticados de forma massiva tanto na ditadura nacional-socialista quanto na zona de ocupação soviética, a chamada República Democrática Alemã (DDR). A liberdade de expressão e de

---

<sup>20</sup> *Ibidem.*, p. 218.

imprensa pode ser caracterizada como a própria vista da Nação, nas palavras de Rui Barbosa (BARBOSA, 2016. p. 31). É através dela que se realiza o efetivo controle social das práticas estatais, e que, certamente, sustenta qualquer Estado que se pretenda democrático.

O direito constitucional vem se modificando adrede em direção a um sistema normativo supranacional, de regulação jurídica unificada de diversos países ou regiões, e de cooperação institucional entre Estados para a consolidação de uma comunidade jurídica internacional com poderes jurídicos (judiciais) vinculatórios (PETERS, 2018). Neste compasso, basta à referência às Convenções europeia (1950), interamericana (1969) e africana (1981) de direitos humanos e a atuação cada vez mais abrangente e eficaz de suas Cortes de Justiça para a constatação do entrelaçamento inextricável das ordens jurídicas internas e internacionais, afastando-se de um sistema binário de outrora, tudo a engendrar uma era do Direito Constitucional *Internacional*.

As Constituições do século XX, na maioria dos casos, forjadas num ambiente político de ruptura institucional com o regime autoritário pretérito<sup>21</sup>, incluindo aqui a Constituição brasileira de 1988, consubstanciadoras de uma espécie de *entronização* jurídico-positiva dos direitos fundamentais, e dimanantes do contexto da tensão política da chamada Guerra-fria, onde o próprio nacionalismo era sobremaneira galvanizado pela doutrina da segurança (interna) nacional, não encontram lastro normativo para esta nova ambiência internacional do Direito e das relações institucionais. Por esta exata razão, a decisão alemã ora comentada testifica a obrigação de tutela dos direitos fundamentais pelo Estado da Alemanha para além-fronteiras, um importante baldrame para a proteção ubíqua e universal de direitos.

Malgrado a existência de diploma legal autorizando a vigilância de dados pessoais e informações e m geral no exterior para fins de política estratégica do governo alemão, concretizada pelo Serviço Federal de Informações (BND), a Corte constitucional alemã, na exata linha do desenvolvimento pretérito da mesma Corte no que atine à proteção dos dados pessoais e ao direito à autodeterminação informativa, acertadamente declarou inconstitucional tal lei, justamente por não prever mecanismos legais de tutela da liberdade de expressão jornalística e de sigilo comunicacional, ambos previstos da Lei Fundamental alemã (1949), e que, a partir deste *decisum*, vinculam o Estado alemão em relação aos estrangeiros e no

---

<sup>21</sup> Basta, nesta senda, citarmos os exemplos da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn de 1949), da Itália (Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947), de Portugal (Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976), da Espanha (Constituição espanhola de 31 de outubro de 1978), e do próprio Brasil (Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988).

contexto de qualquer atividade estatal no exterior.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. *A Imprensa e o Dever da Verdade*. São Paulo: Hunter Books, 2016.

DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos de Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade, in: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Sensise (Org.). *50 anos da Lei Fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001.

FUHRMANN, Italo Roberto. O STF como Supertribunal de Revisão – e algumas alternativas constitucionais, in: *ConJur*, 07 de agosto de 2018.

HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*. 3. Auflage, 1983.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20<sup>a</sup> ed. Heidelberg: C.F Müller, 1999.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Herausforderungen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.  
PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 3<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck, 1991.

PETERS, Anne. *Global Constitutionalism – The Social Dimension*. Cambridge: CUP, 2018.

REALE, Miguel. *50 anos da Lei Fundamental*, in: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (Org.). *50 anos da Lei Fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional Brasileiro – algumas aproximações, in: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 7, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021

SCHERTEL MENDES, Laura. *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor*. Linhas Gerais de um novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power. Public Affairs: Hachette Book Group, 2019.

**COMO CITAR ESSE ARTIGO**

FUHRMANN, Italo Roberto. Vigilância e Liberdade de Expressão na Perspectiva da Corte Constitucional Alemã. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, v.21, n.1, p.04-10, COMO jan./jun.2021 (publicada em 2024).  
DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12167728>

*Italo Roberto Fuhrmann*

PUC/RS

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/3458219631970901>

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3914-8200>