

EXPLORANDO FRONTEIRAS JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO À LIBERDADE: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS COM O MINISTRO ALEMÃO THOMAS OFFENLOCH¹

Pedro Rubim Borges Fortes

Doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Master of Juridical Science (J.S.M.) pela Stanford Law School. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-Graduado em Meio Ambiente (M.B.E.) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito e Desenvolvimento do Programa de Mestrado da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Promotor de Justiça Ministério Público do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

As histórias da Alemanha e do Brasil se cruzam, tratando-se de duas nações que possuem relações extremamente intensas devido aos dois séculos de imigração de alemães para o Brasil, o que ampliou o nosso intercâmbio cultural e estabeleceu um canal permanente de troca de ideias entre brasileiros e alemães. Em um período em que novamente temos uma situação extraordinária de guerra na Europa, como salientado pelo ministro Thomas Offenloch em seu trabalho (2025), torna-se importante valorizar o contraponto de uma extraordinária relação de cordialidade e de relações internacionais de amizade históricas, tal como é o caso entre a Alemanha e o Brasil. Exemplo pródigo advém da relação entre a migração alemã para o Brasil e a fundação da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, na medida em que o seu fundador, o professor Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter, era neto de um dos primeiros imigrantes alemães para o Brasil, Friedrich Oswald Sauerbronn, o primeiro pastor protestante na América do Sul, para onde se mudou em 1824 (Calmon, 1945).

O presente artigo tem como ponto de partida a visita acadêmica realizada por um grupo de juristas alemães ao Brasil e, mais especificamente, à Escola Superior do Ministério Público da União para estabelecer um diálogo constitucional com o ministro Alemão Thomas Offenloch, explorando fronteiras jurídicas entre o público e o privado no direito à liberdade. Em sua apresentação de trabalho durante a visita acadêmica de fevereiro de 2025, o ministro Thomas Offenloch apresentou uma importante reflexão sobre o papel do Tribunal Constitucional da Alemanha com relação à defesa da democracia e do direito fundamental à liberdade (Offenloch, 2025).

1 O presente artigo foi elaborado no contexto da visita de dois Ministros do Tribunal Constitucional da Alemanha, Magistrada Rhona Fetzer e do Magistrado Thomas Offenloch, a Brasília e ao Rio de Janeiro, em fevereiro de 2025, quando participaram de eventos acadêmicos e apresentaram palestras na Escola Superior do Ministério Público da União e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro. Por ocasião da apresentação do Magistrado Thomas Offenloch, tivemos a oportunidade de atuar como debatedor de sua palestra, elaborando comentários e questões para a sua reflexão, que foram então transformadas no presente artigo para que o debate seja registrado e tornado acessível para o grande público através da publicação na Revista da Escola Superior do Ministério Público.

O presente artigo pretende problematizar os contornos do debate proposto por ele, através da apresentação de casos geradores distintos que se situam em uma outra dimensão da questão, tendo transposto a fronteira entre o privado e o público, de maneira que a solução jurídica para a questão se transforma de modo significativo (Fortes; Kampourakis, 2019). Em termos de questão-problema, o presente artigo pretende explorar o seguinte ponto: como o posicionamento de um caso jurídico em lados distintos das fronteiras jurídicas entre o público e o privado influencia a proteção do direito fundamental à liberdade?

O presente artigo é original, pois consiste em produto de um debate recente e realizado durante a visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil nesse ano de 2025, ainda não tendo sido publicado em nenhum periódico jurídico brasileiro ou internacional. O estudo é relevante para a nossa reflexão sobre teoria constitucional e sobre direito constitucional comparado, contribuindo para a literatura sobre a eficácia dos direitos fundamentais, a proteção à democracia constitucional e a defesa do direito à liberdade.

A estrutura do artigo é a seguinte: além desta introdução, a seção 1 irá apresentar sucinatamente os argumentos jurídicos e os casos concretos apresentados pelo ministro Alemão Thomas Offenloch em seu trabalho. A seção 2 apresentará nuances que desvelam outra dimensão da questão sobre as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação. A seção 3 irá explorar ainda o tema das fronteiras jurídicas, refletindo sobre os limites entre o espaço privado e o espaço público. A última irá apresentar as considerações finais.

1 A DEFESA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em sua palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro, o ministro Thomas Offenloch mencionou o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de imprensa como centrais para a democracia constitucional alemã, referindo-se ao icônico caso Lüth (Offenloch, 2025). Trata-se de um caso inevitavelmente considerado como parte integrante do cânone de direito constitucional comparado, visto que se cuida de uma decisão convencionalmente considerada como um marco do constitucionalismo global, que indica um modo normativo relevante de raciocinar sobre o constitucionalismo e nos ensina a cultivar uma perspectiva instrumentalmente útil sobre como aplicar a constituição (Law, 2025). Ao se referir a um conjunto de decisões judiciais particulares, doutrinas, instituições e exemplos ou espécimes de fenômenos variados, o caso Lüth emerge invariavelmente como uma decisão icônica que integra o cânone dos materiais obrigatórios que um constitucionalista deve conhecer (Law, 2025).

Não por acaso, nossos principais constitucionalistas também adotam as lições extraídas do caso Lüth para explicar o fenômeno da constitucionalização do direito. Por exemplo, Luís Roberto Barroso explica que Erich Lüth teve assegurado seu direito de convocar um boicote ao filme de Veit Harlan, cineasta ligado ao regime nazista, porque o Tribunal Constitucional Alemão considerou que a regra do Código Civil que vedava manifestação atentatória aos bons costumes estava em dissonância com o direito fundamental à liberdade de expressão (Barroso, 2025). Para Barroso, trata-se do primeiro grande precedente a definir que as "normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito,

público ou privado, e vinculam os poderes estatais” (Barroso, 2025). Na visão do renomado constitucionalista, tal decisão foi o ponto de partida para uma verdadeira revolução de ideias e para a constitucionalização do direito civil, que teve uma série de normas invalidadas e moldadas em conformidade com a Constituição (Barroso, 2025).

No direito constitucional brasileiro, a constitucionalização do direito civil é marcada por uma série de mudanças radicais de paradigmas interpretativos, que incluem a ideia da função social da propriedade e do contrato, a proteção do consumidor, a igualdade entre cônjuges e entre filhos, a boa-fé e o efetivo equilíbrio contratual (Barroso, 2025). Em contraste com a visão clássica do direito constitucional estadunidense, que tradicionalmente prevê a existência de efeitos verticais da Constituição com relação aos atos públicos infra-constitucionais, o caso *Lüth* também inova através do reconhecimento da possibilidade de efeitos horizontais do direito constitucional com relação às relações privadas entre particulares (Michelman, 2003). Essa transformação de perspectiva da relação entre o direito constitucional e o direito civil também foi decisiva para a construção da Escola de Direito Civil-Constitucional no Brasil, especialmente pela valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (Tepedino, 2000).

Em termos mais específicos de casos concretos, o ministro Thomas Offenloch nos brindou com exemplos de decisões interessantes proferidas no exercício da jurisdição constitucional da Alemanha. O primeiro caso tratou de um cartaz satírico com críticas dirigidas a políticos alemães, tendo sido discutido se o conteúdo humorístico das expressões poderia ensejar um eventual processo penal (Offenloch, 2025). O segundo caso dizia respeito à divulgação em meios de comunicação da Alemanha de um jantar em um restaurante de um jornalista e um político alemão, tendo sido discutido se existiria interesse público a justificar a divulgação ampla de um encontro privado pela imprensa (Offenloch, 2025). O terceiro caso dizia respeito a uma série de comentários negativos expostos com relação a uma política nas redes sociais, tendo-se discutido se estaríamos diante de expressão difamatória proibida ou livre nos termos da Constituição (Offenloch, 2025).

A conexão dos direitos fundamentais relativos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa com a democracia é evidente. Não por acaso, os governantes políticos com projetos autoritários e de desconstrução da ordem constitucional pavimentam o caminho para a erosão do Estado Democrático de Direito através da redução da liberdade de imprensa e de expressão (Chilton; Versteeg, 2020). O primeiro alvo de Vladimir Putin na Rússia foi a rede independente de televisão NTV, que sofreu com investigações da receita federal e acusações criminais, vindo a ser vendida para uma outra rede de televisão estatal e ficando sob o controle direto do governo russo (Chilton; Versteeg, 2020). Com a mudança da programação e de uma orientação favorável ao governo, muitos jornalistas pediram demissão e se transferiram para a outra rede de televisão independente – TV-6 –, que também viria a ser controlada pelo governo russo menos de um ano após a posse de Vladimir Putin, acabando com a imprensa livre no país (Chilton; Versteeg, 2020). Em seguida, o governo aprovaria legislação restringindo discurso “extremista”, reintroduzindo a criminalização de certos discursos e buscaria também controlar o protesto e a expressão proferida na internet e nas mídias sociais (Chilton; Versteeg, 2020).

Outro exemplo pródigo diz respeito à liberdade de imprensa e de expressão na Polônia. Após a vitória legislativa, em outubro de 2015, do Partido do Direito e da Justiça – *Prawo i Sprawiedliwość* ou PiS –, um partido populista de direita, o novo governo buscou obter o controle dos meios de comunicação através de chamadas com questionamentos sobre a programação e com uma estratégia de intimidação para causar uma autocensura aos jornalistas (Chilton; Versteeg, 2020). Apenas alguns meses após a posse do novo governo, foi aprovada uma legislação que permitia que o Ministério das Finanças contratasse e demitisse livremente os chefes das rádios estatais e das estações de televisão, o que representava uma clara violação à independência das emissoras e às atribuições do órgão constitucional de proteção da liberdade de expressão – o Conselho Nacional Independente das Emissoras de Rádio e Televisão –, a quem cabiam essas nomeações das chefias dos meios de comunicação (Chilton; Versteeg, 2020).

A nova legislação causou um impacto imediato e profundo, tendo resultado na saída de 225 jornalistas dos meios de comunicação em 2016, merecendo registro especial a suspensão imposta ao popular comentarista esportivo Tomasz Zimoch pelo fato de ter criticado o PiS como sendo “pior do que sob o regime comunista” (Chilton; Versteeg, 2020). Além do controle dos meios de comunicação e de o noticiário jornalístico ter-se tornado em geral pró-governo, o PiS também mobilizou uma série de legislações relativas à difamação e ao desacato, exigindo a sua aplicação para a punição dos críticos ao governo, o que levou a uma profunda erosão da liberdade de expressão na Polônia (Chilton; Versteeg, 2020).

Um aspecto importante do debate sobre a democracia é que se trata de um conceito essencialmente contestado, já que sua própria definição carrega uma agenda política, social e moral (Crick, 2002; Fortes, 2023). Aliás, diante da complexa discussão conceitual, Giovanni Sartori inicia seu tratado sobre a teoria da democracia com a provocação de que talvez estejamos vivendo uma era da democracia confusa e nos indaga sobre se a democracia pode ser qualquer coisa (Sartori, 1994). O aprofundamento do debate conceitual nos remete a uma série de concepções diferentes da democracia, tal como a teoria competitiva de Joseph Schumpeter, que enfatiza o seu caráter procedimental e o método de um arranjo institucional que possibilita aos indivíduos tomar as decisões políticas após sagrarem-se vencedores em uma luta competitiva realizada através do voto do povo (Schumpeter, 2013). Em contraste com essa concepção, existe uma tradição de pensamento democrático que enfatiza o papel das associações no processo de deliberação política, cujas origens podem ser traçadas nas observações de Alexis de Tocqueville sobre a democracia estadunidense e cuja versão contemporânea pode ser identificada com a teorização da democracia como uma poliarquia, conforme o magistério de Robert Dahl (2008).

Particularmente relevante para o contexto contemporâneo tanto no Brasil quanto na Alemanha é a concepção de democracia militante (Loewenstein, 1937a, 1937b). Tal concepção de democracia foi desenvolvida pelo jurista alemão Karl Loewenstein no contexto da ascensão ao poder de regimes totalitários na Europa na década de 1930 e preconiza justamente a necessidade de a democracia ser proativa na defesa do próprio Estado Democrático de Direito (Loewenstein, 1937a, 1937b). A tese de Karl Loewenstein é de que a legislação nos países democráticos deve estabelecer uma série de medidas restritivas antitotalitárias que impeçam a ascensão de partidos políticos totalitaristas ao poder justamente para proteger a própria democracia (Loewenstein, 1937a, 1937b).

Uma curiosidade interessante é que o jurista alemão também estudou o direito constitucional brasileiro durante o regime do “Estado Novo” sob a Era Vargas, tendo estabelecido uma distinção entre totalitarismo e autoritarismo a partir das diferenças encontradas entre o regime brasileiro e os regimes nazista e fascista da mesma época (Loewenstein, 1942). Naquela mesma época, um outro pensador autoexilado que refletiu sobre idêntica questão foi o filósofo Karl Popper, que se referiu ao paradoxo da tolerância para concluir que uma sociedade tolerante deve ser intolerante com os intolerantes que pretendem justamente destruir as suas fundações democráticas liberais (Popper, 2012). Essa concepção de democracia militante é fundamental para o enfrentamento das crises contemporâneas da democracia, em que existem partidos políticos extremistas com projetos autoritários de erosão do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais no Brasil, na Alemanha e noutros países (Przeworski, 2020; Fortes, 2025).

2 EXPLORANDO AS FRONTEIRAS JURÍDICAS DOS LIMITES DA COMUNICAÇÃO

A perspectiva do ministro alemão Thomas Offenloch sobre os direitos fundamentais e a democracia pode ser revisitada a partir de uma exploração sobre as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação. Seu trabalho nos convida a refletir sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, que merece proteção preferencial tanto no Brasil quanto na Alemanha. Aliás, os próprios exemplos práticos apresentados por esse ministro do Tribunal Constitucional Alemão evidenciam que o Poder Judiciário eventualmente precisará atuar para liberar comunicação que o governo pretenderia proibir ou para restringir comunicação em conflito com outros direitos fundamentais que é necessário proteger. Por um lado, uma sátira humorística contra políticos não deve, a princípio, ser objeto de uma proibição governamental. Por outro lado, certas comunicações jornalísticas poderão vir a ser judicialmente proibidas por violação a outros direitos fundamentais, tais como a privacidade e a honra, por exemplo.

Não parecem existir muitas dúvidas com relação aos casos fáceis, mas a questão se torna tormentosa diante dos chamados “casos difíceis”, ou *hard cases*, em que se torna necessária a leitura moral da Constituição e a ponderação de princípios em busca da resposta certa no caso concreto (Dworkin, 1974, 1986). No próprio “Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e Direitos Fundamentais”, realizado na Escola Superior do Ministério Público (ESMPU) nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2025, em que o ministro alemão Thomas Offenloch fez sua apresentação, um outro palestrante, o cientista político Fernando Schüller, fez a defesa do direito de liberdade de expressão de um humorista brasileiro conhecido como Monark, que defendeu em um podcast que os nazistas deveriam criar um partido nazista e que tal partido deveria ser protegido pela lei:

É o mesmo caso do youtuber Monark. Em uma conversa meio sem nexos, na internet, ele resolveu “achar” que qualquer agremiação política, mesmo um partido nazista, deveria ter direito à expressão. Foi o que bastou. Banimento, processo, pedido de multa milionária. Do seu jeito tosco, ele defendeu o mesmíssimo princípio consagrado no direito americano. O direito afirmado em decisões históricas, como a tomada pela Suprema Corte em 1978, autorizando uma passeata nazista em Skokie, comunidade judaica, perto de Chicago. O que o youtuber sugeriu, na prática, foi uma mudança na lei brasileira. Da qual discordo, o que é irrelevante. A pergunta

é: vivemos em um país onde os cidadãos não podem defender mudanças nas leis? Defender, por exemplo, algo similar à Primeira Emenda americana? É este o país em que nos transformamos? (Schüler, 2024).

Em primeiro lugar, a análise jurídica do cientista político Fernando Schüler é equivocada em termos descritivos, conceituais e analíticos. É necessário explicar cada uma dessas dimensões de seus equívocos. Inicialmente, é importante ressaltar que a Suprema Corte dos Estados Unidos jamais determinou que o Partido Nacional Socialista da América estava autorizado a realizar uma passeata nazista em Skokie. A leitura atenta do material relativo ao julgamento proferido em *National Socialist Party of America vs. Village of Skokie* 432 US 43 (1977) evidencia que a questão perante a Suprema Corte era meramente processual, a saber, se o Tribunal do Estado de Illinois poderia ter-se recusado a julgar o recurso de apelação do Partido Nacional Socialista da América sem discutir o mérito da questão. Portanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos não proferiu uma decisão sobre o mérito da questão e muito menos autorizou uma passeata nazista em Skokie. Logo, a análise feita por Fernando Schüler é equivocada em sua descrição.

Aliás, é importante salientar que jamais aconteceu a pretendida passeata nazista em Skokie. Após a Suprema Corte dos Estados Unidos determinar que o Tribunal de Illinois viesse a analisar o mérito da questão e o Tribunal Estadual autorizar a passeata, o Partido Nacional Socialista da América desistiu de realizar uma passeata nazista em Skokie antes que a questão fosse enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Explica-se: Skokie era uma municipalidade com 70.000 habitantes, sendo cerca de 40.000 judeus e cerca de 9.000 sobreviventes do holocausto. O pedido para a realização da passeata tinha informado que o grupo de participantes teria entre 30 e 50 pessoas vestidas com uniforme nazista, incluindo faixas com suásticas e que se reuniria em frente ao prédio da Prefeitura Municipal. Em reação à passeata, um outro grupo de manifestantes antinazistas anunciou que iria se reunir no mesmo horário e local, com uma expectativa de 12.000 a 15.000 pessoas e que a potencial presença de pessoas com uniforme nazista poderia levar à violência. O próprio Prefeito Municipal de Skokie declarou que a autorização de uma passeata nazista poderia causar uma violência incontrollável. No final, o Partido Nacional Socialista da América desistiu de sua pretensão inicial diante dos claros riscos de violência. Com a sua desistência, ocorreu a perda superveniente do objeto, e a Suprema Corte dos Estados Unidos jamais julgou o mérito da questão. Como três *Justices* já tinham deliberado contrariamente ao próprio direito ao recurso do Partido Nacional Socialista da América, uma eventual decisão do mérito da questão seria provavelmente dividida, mas somente é possível especular a respeito.

Em segundo lugar, a análise é equivocada em termos de conceito, porque ocorreu uma confusão conceitual. Existem dois diferentes debates no direito constitucional, e que precisam ser analisados de forma distinta e a partir de suas premissas teóricas precisas. O primeiro debate diz respeito à proibição de partido político (*Parteiverbot*), um instituto desenvolvido pelo direito germânico e notabilizado pelas decisões do Tribunal Constitucional Alemão na década de 1950, as quais resultaram na proibição do partido nazista e do partido comunista na Alemanha Ocidental. Não por acaso, com a crise contemporânea da democracia e a ascensão política da extrema direita, o tema da proibição judicial do Partido "Alternativa

para a Alemanha" (*Alternativ für Deutschland*) voltou ao debate acadêmico, jornalístico e político, apesar de ainda não ter sido formalizado nenhum pedido de proibição da AfD no Tribunal Constitucional da Alemanha (Hailbronner, 2024). Existe, portanto, uma discussão teórica própria sobre a possibilidade de proibição de partido político, que é conexa, mas distinta da discussão sobre a liberdade de expressão.

Finalmente, em terceiro lugar, os termos da análise proposta por Fernando Schüller são equivocados porque a defesa de que deveria existir um partido nazista protegido por lei para expressar e disseminar ideias nazistas no Brasil não corresponde a uma defesa de que a liberdade de expressão no Brasil deveria ser maximizada, conforme os padrões estadunidenses. A afirmativa de que "deveria existir um partido nazista protegido por lei para expressar e disseminar ideias nazistas no Brasil" possui um conteúdo normativo específico, recomendando que uma das agremiações político-partidárias organizadas e ativas no debate público brasileiro deveria ser um partido nazista, que iria circular ideias relativas a essa ideologia em nosso debate político. A estrutura argumentativa é muito diferente de um argumento libertário de caráter generalista que defenderia que nenhum partido político deve ser proibido e que nenhuma expressão política deve ser proibida. Defender especificamente a presença ativa na política brasileira de uma agremiação política caracterizada por discurso de ódio racial e étnico e que historicamente foi responsável pelo extermínio de milhões de judeus é bem diferente de defender uma reforma constitucional que eventualmente pudesse excluir da Constituição os direitos fundamentais à privacidade, à honra e à vedação à discriminação, de modo a afastar a necessidade de ponderação da liberdade de expressão no Brasil.

No caso dos Estados Unidos, tendo em vista a proteção quase absoluta dada à liberdade de expressão pela Primeira Emenda da Constituição, não existe ponderação de interesses e nem aplicação da proporcionalidade para proteger também a privacidade, a honra e se evitar a discriminação. Laurence Tribe, professor emérito da Harvard Law School e um dos principais intérpretes da Constituição dos Estados Unidos, considera que a aplicação da ponderação seria uma "ladeira escorregadia" (*slippery slope*), pois permitiria a proibição de expressões que os magistrados não aprovarem, quando seria mais adequado que existissem testes com critérios bem claros para as reduzidas situações em que certas formas de expressão poderiam ser proibidas (Tribe, 1978).

Uma das raras potenciais fontes de restrição à comunicação diz respeito a expressões que podem servir como instrumento para a prática de violência física e que violam o teste constitucional para reconhecer a existência de risco concreto de "perigo claro e imediato" (*clear and immediate danger*). Não por acaso, o termo do debate proposto no caso da controvérsia Skokie era se uma passeata nazista causaria um risco concreto de "perigo claro e imediato" e de violência física generalizada entre os membros do Partido Nacional Socialista da América e os manifestantes antinazistas. Além disso, discutia-se se no contexto de um município com grande população judaica e milhares de sobreviventes do holocausto, a exibição de faixas com a suástica poderia ser considerada como "palavras de convite a luta" ou "*Fighting words*". A arquitetura normativa da comunicação nos Estados Unidos também possui suas fronteiras jurídicas, mas os limites da comunicação são bem diferentes dos do Brasil.

Por outro lado, no direito constitucional brasileiro existem precedentes que reconhecem a possibilidade de realização de passeatas para transformar a legislação. Em resposta à pergunta colocada pelo cientista Fernando Schüller sobre se vivemos em um país onde os cidadãos não podem defender a mudança das leis, nós precisamos lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem decidido de modo consistente no sentido de que grupos de pessoas podem se reunir para participar de uma passeata em defesa da descriminalização das drogas na chamada “marcha da maconha”. Em uma decisão unânime datada de 2011, o plenário do STF considerou que os direitos fundamentais de livre associação e de liberdade de expressão autorizavam a realização dessa passeata para postular a descriminalização da comercialização e uso de uma substância entorpecente.

Por sua vez, será que o STF deveria admitir a realização de toda e qualquer passeata com postulações de descriminalização? Mais especificamente, deveria o STF admitir a realização de uma passeata nazista com uma postulação de descriminalização do genocídio? Ou deveria o STF admitir a realização de uma passeata racista com uma postulação de descriminalização da escravidão? A rigor, a resposta negativa se impõe, na medida em que nenhuma dessas pretensões seria uma genuína pretensão de se contribuir com o debate público e para o mercado livre de ideias, com uma propositura de mudança de leis. Em verdade, seriam manifestações de discurso de ódio étnico-religioso e racial disfarçadas por uma roupagem formal de uma pretensão de transformação legislativa. No Brasil, a expressão discriminatória é proibida e pode configurar um crime, tal como definido no conhecido julgamento do caso Elwanger pelo STF em 2003.

A questão das fronteiras jurídicas da comunicação também nos remete a uma necessária reflexão sobre os limites do humor. Não restam dúvidas de que a sátira contra as autoridades políticas deve ser permitida, e não proibida, tal como exemplificado pelo julgamento do Poder Judiciário alemão mencionado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua apresentação. No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, também é possível mencionar uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade datada de 2010, em que o STF considerou inconstitucional a norma legal que proibia sátiras e programas que ridicularizassem candidatos políticos no período dos três meses anteriores à data das eleições, por se tratar de uma violação ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Por outro lado, isso não significa necessariamente que exista uma liberdade absoluta para toda e qualquer manifestação humorística e que não exista nenhum limite para as expressões proferidas por um humorista no palco durante uma apresentação de um programa humorístico ou mesmo de uma sessão de improviso em uma comédia *stand-up*. A partir da doutrina desenvolvida pelo Professor Adilson Moreira da FGV Direito SP, expressões humorísticas de cunho racista têm sido consideradas ofensivas, discriminatórias e proibidas, caracterizando-se como “racismo recreativo”, isto é, manifestações discriminatórias, ofensivas e lesivas disfarçadas pela forma de piadas (Moreira, 2019). O tema será enfrentado em breve pelos tribunais superiores brasileiros a partir do processo penal contra o humorista Léo Lins, condenado criminalmente a oito anos e três meses de prisão pela Justiça Federal de São Paulo devido a piadas de cunho racista e discriminatório.

3 EXPLORANDO AS FRONTEIRAS JURÍDICAS DOS LIMITES DE ESPAÇO PÚBLICO OU PRIVADO

O Ministro Thomas Offenloch também apresentou um outro estudo de caso interessante sobre o tratamento jurídico dado a uma comunicação entre um político e um jornalista na Alemanha. Em contraste com a sátira humorística contra políticos que não deveria ser objeto de proibição governamental, em sua perspectiva, as comunicações jornalísticas de questões eminentemente privadas podem ser judicialmente proibidas por violação a outros direitos fundamentais, tais como a privacidade e a honra, por exemplo. Nesse sentido, uma reportagem jornalística com registros fotográficos que tornaram público um longo jantar em um restaurante entre um importante jornalista político e um conhecido político alemão foi considerada pelo Poder Judiciário como sendo uma questão eminentemente privada e que não poderia ser exposta publicamente para o grande público da sociedade germânica. Portanto, a publicação da reportagem por um tabloide e a divulgação das fotografias feitas por paparazzi foram proibidas judicialmente pelo Poder Judiciário alemão.

Trata-se de um caso extremamente interessante porque as premissas podem ser problematizadas e podemos explorar as fronteiras jurídicas do espaço público ou privado a partir da reflexão sobre o caráter do conteúdo informacional. Por um lado, não resta dúvida que informações sobre as comidas e bebidas consumidas são questões de caráter privado e que não seriam, a princípio, do interesse público. Por outro lado, não parece uma questão privada a informação sobre uma possível proximidade entre um político e um jornalista e mesmo de uma eventual amizade entre uma pessoa que se lança como candidato em processos eleitorais competitivos e um profissional que deveria também submeter o político a questionamentos críticos. Portanto, dependendo da perspectiva do intérprete sobre o caráter do conteúdo informacional, uma determinada informação pode ser considerada pública ou privada.

Um exemplo de como a perspectiva de mundo pode ser diferente e pode levar a uma análise jurídica distinta pode ser evidenciado pela leitura de um artigo publicado por Frank Lübberding no *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, em 12 de outubro de 2012. Intitulado "O Charlatão", o artigo criticou o apresentador de televisão Markus Lanz, que seria um charlatão por ter recebido o ministro das Relações Internacionais, Guido Westerwelle, em seu programa como um estadista e por não ter feito nenhuma pergunta difícil ao político (Lübberding, 2012). Frank Lübberding salienta que não faltavam questões difíceis para serem colocadas, como o risco de guerra próximo do território alemão e a crise econômica ligada à moeda europeia, mas Guido Westerwelle nunca teve uma entrevista tão fácil em toda a sua experiência de vida porque para Markus Lanz nenhum desses assuntos parecia ser um tema relevante (Lübberding, 2012). Ao final do artigo, o anfitrião do programa televisivo é chamado pelo jornalista de "charlatão" (Lübberding, 2012). Parece evidente que tal texto crítico é protegido pela liberdade de expressão e que não pode ser proibido judicialmente. Adicionalmente, podemos aproveitar essa crítica para refletir sobre se o grande público também não teria o direito de saber se existiria uma relação de proximidade e de eventual amizade entre o político e o apresentador de televisão. Diante da constatação de que certos políticos podem receber um tratamento especial de estadista e serem blindados

de perguntas críticas por certos jornalistas, será que a comunicação de que essas pessoas são amigas não deveria ser de conhecimento público?

Aliás, a história recente da política alemã traz um outro exemplo interessante de uma comunicação privada entre um político e um jornalista que foi publicada por um jornal alemão. Trata-se do episódio que resultaria no pedido de renúncia de Christian Wulff, que era então o Presidente da República Federal da Alemanha. No final do ano de 2011, Christian Wulff soube da existência de uma reportagem jornalística em preparação pelo jornal Bild sobre relações entre ele e um empresário chamado Egon Geerkens, a fim de divulgar uma notícia de que o Presidente teria mentido em uma investigação parlamentar ao afirmar que não tinha nenhuma relação de negócios com o empresário, quando, na verdade, teria recebido um empréstimo de cerca de quinhentos mil euros através da mulher do empresário para financiar a compra de sua residência.

Após tomar conhecimento de que existia uma reportagem jornalística em fase de produção, Christian Wulff telefonou pessoalmente para o editor-chefe do jornal, Kai Diekmann, deixando uma mensagem agressiva na secretária eletrônica, ameaçando ruptura total, guerra e medidas legais com relação ao jornal, caso a reportagem fosse publicada. Durante os meses de dezembro de 2011 e janeiro de 2012, o jornal Bild publicou não somente as reportagens sobre as relações suspeitas entre o presidente da República Federal da Alemanha com empresários, mas também informou ao público sobre a comunicação telefônica e a mensagem de Christian Wulff para o editor-chefe do Bild, Kai Diekmann. Após o escândalo, o Presidente deu entrevistas reconhecendo o erro em ter feito a comunicação telefônica, mas procurou minimizar o episódio, alegando que teria apenas pretendido adiar a publicação da reportagem, mas não impedir que ela fosse publicada. Diante da discordância sobre a caracterização da mensagem feita por Christian Wulff, Kai Diekmann pediu permissão para tornar pública a gravação, mas o presidente da República Federal da Alemanha se recusou a autorizar a divulgação do áudio da mensagem (Diekmann, 2023).

Christian Wulff renunciou ao cargo de presidente da República Federal da Alemanha no dia 17 de fevereiro de 2012, após o Ministério Público ter iniciado investigações e realizado uma série de diligências investigatórias para a apuração da prática do crime de corrupção. Contudo, para nossa reflexão sobre as fronteiras jurídicas dos limites entre o espaço público e o privado, é importante analisar se o conteúdo da mensagem poderia ser divulgado e se poderia ser também disponibilizado o áudio da gravação na secretária eletrônica do editor-chefe do Bild. Seria mesmo necessário solicitar uma autorização do presidente da República Federal da Alemanha para divulgar a gravação? Não teria a sociedade germânica, os cidadãos alemães e a opinião pública alemã o direito de ouvir o áudio proferido pelo líder político em comunicação com o jornalista diante do contexto em que a mensagem foi proferida e da possível violação de um dever funcional e de uma responsabilidade política por parte de Christian Wulff?

O fato é que as fronteiras jurídicas dos limites do espaço público e privado não são tão cristalinas. O político é simultaneamente uma personalidade pública e privada, sendo difícil de se isolarem informações sobre sua pessoa que possuam um caráter exclusivamente privado e, por isso, não possam ser tornadas públicas através da imprensa. No caso da

reportagem sobre o jantar entre o político e o jornalista, o Poder Judiciário proibiu a divulgação da reportagem por considerar que se tratava de um ato privado e protegido pelo direito fundamental à privacidade. No caso da reportagem sobre a mensagem proferida pelo político ao jornalista em sua secretária eletrônica, o próprio jornalista considerou que se tratava de um ato privado e solicitou autorização do político para divulgar o áudio gravado, o que acabou não acontecendo.

Assim, a interpretação jurídica depende também da visão de mundo – *Weltanschauung* – de quem interpreta. O intérprete é membro de uma determinada comunidade política e integra uma sociedade civil, sendo inevitável que considere o contexto e a intersubjetividade como partes do processo decisório. Além disso, ao elaborar sua leitura moral da Constituição para buscar a resposta concreta para fins de decisão dos casos difíceis, o intérprete pondera os princípios constitucionais e projeta os melhores valores daquela comunidade política e da sociedade civil para decidir a questão. A interpretação é um processo eminentemente dinâmico, sendo inevitável que o intérprete reflita a partir do direito atual, mas também com consciência sobre os horizontes normativos em contínua transformação.

Aliás, nosso admirável mundo novo também tem sido transformado pelas novas tecnologias, um tema que também foi mencionado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua palestra e deve ser objeto de nossa reflexão. Como podemos traçar as fronteiras jurídicas dos limites de espaço público ou privado na comunicação realizada nas redes sociais? Embora as redes sociais sejam constituídas por empresas privadas, consistem em espaços virtuais que congregam, não raro, bilhões de usuários regulares em plataformas de comunicação pública. Como é possível considerar que se trata de um espaço eminentemente privado e não público, se as redes sociais se tornaram por excelência as principais plataformas para as ações comunicativas, os discursos políticos e as manifestações de expressão?

Originalmente, existia uma visão libertária sobre a liberdade de expressão na internet. Não por acaso, John Perry Barlow chegou a elaborar e divulgar uma Declaração de Independência do Cyberspaço (Barlow, 1996). Atualmente, existe uma perspectiva de que a liberdade de expressão na internet poderia ser objeto de controle e regulação. Não por acaso, Tim Berners-Lee vem defendendo a promulgação de uma Magna Carta para a internet há mais de uma década (Kiss, 2014). No final do século XX, existia uma perspectiva de que se deveria proteger a internet contra qualquer intervenção estatal, ao passo que gradualmente tem-se percebido a necessidade de controle e de regulação estatal. Aproveitando-se de uma metáfora adotada pelo constitucionalismo brasileiro para se referir aos espaços comunicativos privados e públicos, a imagem original seria de que as redes sociais seriam similares aos jardins e atualmente se verifica que tais espaços são mais parecidos com as praças (Saldanha, 1983).

Também com relação à exploração das fronteiras jurídicas dos limites dos espaços públicos e privados na internet, existe um importante intercâmbio entre Brasil e Alemanha. Um exemplo pródigo advém da estratégia germânica de autorregulação regulada (*selbst reguliert Regulierung*), que tem servido de inspiração para os debates doutrinários e legislativos brasileiros sobre o tema do controle das comunicações na internet (Sarlet, 2019; Campos, 2025). Por outro lado, o Brasil tem sido pioneiro em iniciativas para o exercício

do controle normativo dos algoritmos, com a pretensão de que sejam corrigidas discriminações e injustiças encontradas nos comandos normativos embutidos nas fórmulas matemáticas de programação de processos decisórios computadorizados (Fortes, 2020, 2021; Fortes; Martins; Oliveira, 2021).

Além disso, em termos de discussão no âmbito do controle de constitucionalidade, em junho de 2025, o STF definiu uma série de parâmetros de responsabilidade para as plataformas digitais devido a conteúdo de terceiros por considerar que a proteção jurídica determinada pela legislação era insuficiente para a tutela dos direitos fundamentais e a democracia. Foi estabelecida uma lista de crimes graves que exigem a atuação imediata das plataformas digitais para fins de retirada do conteúdo criminoso: tentativa de golpe de Estado; abolição do Estado Democrático de Direito; terrorismo; instigação à mutilação ou ao suicídio; racismo; homofobia; crimes contra mulheres e crianças. Também ficou definido que os provedores devem estabelecer mecanismos de autorregulação regulada com o estabelecimento de um sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência. A caracterização da questão é similar aos termos do debate colocado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua palestra, como parte dos desafios contemporâneos para se proteger a democracia e os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando alguém sofre alguma violação a seus direitos fundamentais e experimenta alguma injustiça na Alemanha, não raro essa pessoa resolve buscar proteção judicial e irá dizer "eu vou até Karlsruhe" (*Ich gehe bis nach Karlsruhe*), cidade em que fica localizada a sede do Tribunal Constitucional Alemão (Lamprecht, 2011). Durante o mês de fevereiro de 2025, por ocasião da realização da visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil, que contou com a presença dos ministros Thomas Offenloch e Rhona Fetzter, tivemos o prazer de receber uma parte da corte constitucional de Karlsruhe em uma viagem científica a Brasília e ao Rio de Janeiro. Foi uma grande oportunidade de aprendizado, discussão e intercâmbio sobre a democracia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. O presente ensaio foi produzido justamente como parte dos diálogos constitucionais deste autor com o ministro alemão Thomas Offenloch, na medida em que tivemos a oportunidade de acompanhar sua palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro – participando como seu debatedor –, transformando as anotações para o debate no presente artigo acadêmico.

O ponto de partida para a presente reflexão é uma relação bicentenária de profunda amizade histórica entre Brasil e Alemanha, que se reflete não somente pela marcante e decisiva imigração germânica em nosso país, mas também pela importante influência cultural geral, em particular no nosso direito. No cenário atual, juristas alemães e brasileiros reconhecem a necessidade de defesa da democracia e da proteção dos direitos fundamentais. A liberdade de expressão deve permitir comunicações públicas em geral e não podem ser proibidas as críticas humorísticas e as sátiras contra os políticos, apesar de ser necessário ponderar os direitos fundamentais diante da privacidade, da honra e da vedação à discriminação. A partir das reflexões trazidas pelo ministro alemão Thomas Offenloch, e em

diálogo constitucional com o Tribunal Constitucional da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o presente ensaio explorou as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação entre o espaço privado e o espaço público de modo original e relevante, a partir de uma série de exemplos concretos do Brasil e da Alemanha.

A questão-problema do presente estudo explica como o posicionamento de um caso jurídico em lados distintos das fronteiras jurídicas entre o público e o privado influencia a proteção do direito fundamental à liberdade. A discussão sobre liberdade de expressão, por exemplo, se torna diferente quando se explica que a pretensão de um grupo neonazista consiste em realizar uma passeata em uma cidade com uma comunidade judaica vibrante como Skokie. Mesmo nos Estados Unidos, com sua visão ampliada de liberdade de expressão definida pela Primeira Emenda da Constituição, existe um limite dado à expressão que pode servir como instrumento para a violência no espaço público.

No caso de Alemanha e Brasil, em que a liberdade de expressão pode ser ponderada com outros valores constitucionais, como a privacidade e a dignidade, por exemplo, deve-se examinar se a pretensão de elaborar uma manifestação pública não serve como mero pretexto para expressar ódio ou discriminação. Uma reflexão idêntica pode ser formulada com relação a situações em que alguém pode se aproveitar de um espaço público especial da nossa cultura – o palco – para, sob a desculpa de que se trata de um espetáculo humorístico, realizar o racismo recreativo, proibido no âmbito das relações privadas. Uma outra maneira de trabalhar com as fronteiras entre o público e o privado na interpretação e ponderação da liberdade de expressão e da privacidade é ampliando o foco da análise, como quando não olhamos somente para o jantar entre um político e um jornalista como um ato privado, mas para como a amizade pode servir para alterar o tratamento dado ao membro do governo pelo comunicador e o potencial impacto para a própria democracia. Também, no caso da comunicação entre o presidente da Alemanha e o editor do jornal Bild, nos parece evidente que a dimensão pública justificaria a divulgação do áudio independentemente do consentimento expresso das partes. Finalmente, no caso da internet e das redes sociais, esses espaços não podem mais ser vistos como privados e regidos por uma lógica libertária, mas sim como públicos e regidos pela lógica da responsabilidade e da democracia constitucional.

A originalidade e relevância do presente estudo está em explorar as dimensões pública e privada no âmbito da ponderação de valores e da interpretação da liberdade de expressão. Em termos de contribuição original para a literatura acadêmica brasileira, existe um importante debate, que contrapõe o princípio da supremacia do interesse público ao princípio da proporcionalidade (Sarmiento, 2007; Pietro; Ribeiro, 2010; Binenbojm, 2019). Nesse sentido, este artigo contribui para uma reflexão sobre como a articulação das dimensões pública e privada dos interesses em jogo integra a própria análise da ponderação de valores. Como o presente estudo foi produzido no âmbito de um diálogo com o ministro alemão Thomas Offenloch durante visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil em fevereiro de 2025, os termos do debate e os casos selecionados para a reflexão foram estabelecidos a partir de sua apresentação e em função do papel deste autor como debatedor em sua palestra. Investigações futuras devem ampliar esses termos e selecionar mais casos concretos

para fins de novos estudos sobre as fronteiras entre o público e o privado na análise da democracia fundamental e na proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. A Declaration of independence of cyberspace. **EFF**, San Francisco, 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 25 set. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2025.

BINENBOJM, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. [Online].

CAMPOS, Ricardo. A necessary cognitive turn in digital constitutionalism: regulated self-regulation as a regulatory mechanism for artificial intelligence (AI) in comparative law. In: DÖHMANN, Indra Spiecker; SCHERTEL, Laura Mendes; CAMPOS, Ricardo R. **Digital Constitutionalism**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2025. p. 113-136.

CHILTON, Adam; VERSTEEG, Mila. **How constitutional rights matter**. New York: Oxford University Press, 2020.

CRICK, Bernard. **Democracy**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2002.

DAHL, Robert A. **Polyarchy**: participation and opposition. Connecticut: Yale University Press, 2008.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Indianapolis: Liberty Fund, 2012.

DIEKMANN, Kai. **Ich war BILD**: Ein Leben zwischen Schlagzeilen, Staatsaffären und Skandalen. Munique: DVA, 2023.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Massachusetts, v. 88, p. 1057, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Crises da democracia e de governo: um ensaio de história constitucional brasileira em defesa da Constituição-Cidadã e da cidadania emancipada. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 4-16, jan./abr. 2023. DOI: 10.15175/1984-2503-202315101.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Democratic crisis in South America? Ten points for debate. In: RICHARD CLARY, Zim Nwokora; GALLIGAN, Denis James (ed.). **Democracy in crisis**: the putney debates 2023. Oxford: Hart Publishing, 2025.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Hasta la vista, baby: reflections on the risks of algocracy, killer robots, and artificial superintelligence. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Cidade do México, v. 71, n. 279, p. 45-72, 2021.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Paths to digital justice: judicial robots, algorithmic decision-making, and due process. **Asian Journal of Law and Society**, Cambridge, v. 7, n. 3, p. 453-469, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/als.2020.12>.

FORTES, Pedro Rubim Borges; KAMPOURAKIS, Ioannis. Exploring legal borderlands: introducing the theme. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 639-655, 2019.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital geodiscrimination: how algorithms may discriminate based on consumers' geographical location. **Droit et société**, Paris, v. 107, n. 1, p. 145-166, 2021.

HAILBRONNER, Michaela. Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren? **Zeitschrift für Parteienwissenschaften**, Düsseldorf, n. 2, p. 170-176, 2024.

KISS, Jemima. An online magna carta: berners-lee calls for bill of rights for web. **The Guardian**, Londres, 12 mar. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/dktrexxhk>. Acesso em: set. 2025.

LAMPRECHT, Rolf. **Ich gehe bis nach Karlsruhe**: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts-Ein SPIEGEL-Buch. Munique: DVA, 2011.

LAW, David. Canon and Comparative Constitutional Law. In: JACKSON, Vicki C.; KHOSLA, Madhav (ed.). **Redefining Comparative Constitutional Law**: Essays for Mark Tushnet. Oxford: Oxford University Press, 2025.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. Nova Iorque: Macmillan, 1942.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The american political science review**, Washington-DC, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **American Political Science Review**, Washington-DC, v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937b.

LÜBBERDING, Frank. Der Scharlatan. **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, Frankfurt am Main, 12 out. 2012.

MICHELMAN, Frank I. The bill of rights, the common law, and the freedom-friendly state. **University of Miami Law Review**, Flórida, v. 58, p. 401, 2003.

MOREIRA, Adilson José. **Racismo recreativo**. São Paulo: Polen, 2019.

OFFENLOCH, Thomas. A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática. **Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU**, Brasília-DF, v. 3, n. 1, jan./jul. 2025.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies**. Oxfordshire: Routledge, 2012.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. São Paulo: Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado "privado" e o lado "público" da vida social e histórica. **Ciência & Trópico**, Recife, v. 11, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, 2019.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-116.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHÜLER, Fernando. A marcha da insensatez. **Veja**, São Paulo, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/46nksv4n>. Acesso em: set. 2025.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. Oxfordshire: Routledge, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. Nova Iorque: Foundation Press, 1978.

DIE RECHTLICHEN GRENZEN ZWISCHEN ÖFFENTLICHEN UND PRIVATEN INTERESSEN:
VERFASSUNGSDIALOGE MIT HERRN RICHTER AM BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
THOMAS OFFENLOCH ÜBER VERFASSUNGSRECHTLICHE FREIHEITSRECHTE ¹

Pedro Rubim Borges Fortes

Professor für Verfassungsrecht an der Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor für Recht und Entwicklung des Masterstudiengangs an der Universidade Cândido Mendes (UCAM) und Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft von Rio de Janeiro (Ministério Público do Rio de Janeiro). Bachelor of Laws (LL.B.) von der Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Bachelor of Arts (B.A.) in Betriebswirtschaftslehre von der Katholischen Universität von Rio de Janeiro (PUC-Rio), Postgraduiertenstudiengang Umweltwissenschaften (M.B.E.) von der Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Master of Laws (LL.M.) von der Harvard Law School, Master of Juridical Science (J.S.M.) von der Stanford Law School und Doctor of Philosophy (DPhil) vom Centre for Socio-Legal Studies, Juristische Fakultät, University of Oxford.

1. EINFÜHRUNG

In einer Zeit, in der Europa erneut mit einer außergewöhnlichen Kriegssituation konfrontiert ist, ist es wichtig, die besonders herzliche und historisch geprägte internationalen Beziehung, wie sie zwischen Deutschland und Brasilien bestehen zu würdigen (Offenloch, 2025). Die Geschichten Deutschlands und Brasiliens kreuzen und beeinflussen sich. Sie sind durch die circa die zwei Jahrhunderte andauernde Einwanderung Deutscher nach Brasilien geprägt, die zu einem dauerhaften kulturellen und intellektuellen Austausch zwischen Brasilianern und Deutschen geführt hat, dessen Tradition dieser Artikel folgt.

Ein Beispiel für diesen Austausch ist die Gründung der Rechtsfakultät an der Universität von Rio de Janeiro. Ihr Gründer Professor Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter, war Enkel eines deutschen Einwanderers. Sein Großvater, Friedrich Oswald Sauerbronn, zog im Jahre 1924 als erster protestantischer Pfarrer Südamerikas nach Brasilien (Calmon, 1945). Nach wie vor bestehen enger Austausch zwischen Deutschen und Brasilianischen Rechtswissenschaftlern.

¹ Dieser Artikel entstand im Rahmen des Besuchs zweier Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Richterin Rhona Fetzter und Richter Thomas Offenloch, in Brasília und Rio de Janeiro im Februar 2025. Sie nahmen an akademischen Veranstaltungen teil und hielten Vorträge an der Hochschule der Bundesanwaltschaft und im Kulturzentrum der Generalstaatsanwaltschaft in Rio de Janeiro. Während des Vortrags von Richter Thomas Offenloch hatte Ich Gelegenheit, seinen Vortrag zu diskutieren und Kommentare und Reflexionsfragen einzubringen. Diese wurden dann in diesen Artikel umgewandelt, sodass die Debatte aufgezeichnet und durch Veröffentlichung im Revista da Escola Superior do Ministério Público da União der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden konnte. Ich bin den Professoren Antonio do Passo Cabral, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho und Arícia Fernandes Correia äußerst dankbar, dass sie mich eingeladen haben, als Diskussteilnehmer an der Veranstaltung im Convento do Carmo in Rio de Janeiro teilzunehmen. Ich danke außerdem Dr. Raquel Branquinho und dem gesamten ESMPU-Team für die Möglichkeit, an der Veranstaltung in Brasília teilzunehmen. Dieser Artikel wurde ursprünglich auf Portugiesisch verfasst und für die zweisprachige Veröffentlichung ins Deutsche übersetzt. Ich danke Professor Peter Christian Sester und Jan Walbrecht für ihre Hilfe beim Korrekturlesen der Übersetzung.

Dieser Artikel basiert auf einem Besuch einer Gruppe deutscher Rechtswissenschaftler in Brasilien bei der Escola Superior do Ministério Público da União im Februar 2025. Konkret ging es darum, einen verfassungsrechtlichen Dialog mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch zu führen und die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen im Hinblick auf das Recht auf Freiheit zu erörtern. Herr Offenloch präsentierte seine Überlegungen zur zentralen Rolle des Verfassungsgerichts bei der Gewährleistung und Verteidigung der demokratischer Freiheitsrechte (Offenloch, 2025).

Dieser Artikel zielt darauf ab, die Konturen der von Offenloch vorgeschlagenen Debatte zu skizzieren und spezifische Dimensionen der Problematik zu beleuchten. Untersucht werden konkrete Szenarien, in denen in Grundrechte Dritter eingegriffen und die Grenzen zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen Bereich überschritten wurde. Die höchstrichterlichen Entscheidungen zu diesen Fällen haben deren rechtliche Einordnung erheblich verändert (Fortes; Kampourakis, 2019).

Diese Arbeit leistet einen Beitrag für die Überlegungen zur Verfassungstheorie, zum vergleichenden Verfassungsrecht, der Wirksamkeit von Grundrechten, den Schutz der konstitutionellen Demokratie und die Verteidigung des Rechts auf Freiheit. Der Artikel zielt darauf ab, die folgende Fragestellung zu beantworten: Wie beeinflussen höchstrichterliche Entscheidungen die rechtlichen Grenzen zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten den Schutz von Grundrechten und insbesondere der allgemeinen Freiheitsrechte?

2. DIE VERTEIDIGUNG DER DEMOKRATIE UND DER GRUNDRECHTE

In seinen Vorträgen an der Escola Superior do Ministério Público da União in Brasília und im Kulturzentrum der Generalstaatsanwaltschaft in Rio de Janeiro bezeichnete Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht auf Pressefreiheit als zentrale Elemente der deutschen Verfassungsdemokratie und verwies dabei auf den ikonischen Fall Lüth (Offenloch, 2025). Der Fall ist zentraler Bestandteil des Kanons des vergleichenden Verfassungsrechts und gilt als Meilenstein des globalen Konstitutionalismus. Die Lüth -Doktrin liefert eine normative Argumentationsweise zum Konstitutionalismus und zeigt, wie wir eine instrumentell nützliche Perspektive auf die Anwendung der Verfassung entwickeln können (Law, 2025). Der Fall Lüth ist eine fundamentale Entscheidung und Bestandteil jener Materialien, die jeder Verfassungsrechtler kennen muss (Law, 2025).

Es ist daher kein Zufall, dass auch führende brasilianische Verfassungsrechtler den Fall Lüth heranziehen, um das Phänomen der Konstitutionalisierung des Rechts zu erläutern. So erklärt Luís Roberto Barroso, dass Erich Lüth das Recht zugestanden wurde, zum Boykott des Films von Veit Harlan, einem mit dem Nazi-Regime verbundenen Filmemacher, aufzurufen. Er verweist auf die Begründung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, welches befand, dass die zuvor ergangenen Entscheidungen der einfachen Gerichte, welche Lüth unter Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 138, 826) untersagten sich negativ über Harlan und dessen Nazi-Vergangenheit als Regisseur

des Films *Jud Süß* zu äußern, mit dessen Grundrecht auf freie Meinungsäußerung unvereinbar waren, (Barroso, 2025). Für den Richter am brasilianischen Bundesverfassungsgericht Barroso ist die Lüth Entscheidung der erste wichtige Präzedenzfall, in dem festgelegt wurde, dass „Verfassungsartikel die Auslegung aller Normen des öffentlichen und privaten Rechts bestimmen und alle drei Staatsgewalten binden“ (Barroso, 2025). Er sieht in dieser Entscheidung den Ausgangspunkt für eine wahre Ideenrevolution und die Konstitutionalisierung des Zivilrechts auch in Brasilien, in deren Verlauf eine Reihe von Normen und Entscheidungen des Privatrechts unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten für ungültig erklärt wurden (Barroso, 2025).

Im brasilianischen Recht ist die Konstitutionalisierung des Zivilrechts durch eine Reihe radikaler Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung und der Auslegung der Gesetze gekennzeichnet. Dazu gehört die Idee der sozialen Funktion von Eigentum und Verträgen, Verbraucherschutz, Gleichstellung von Ehepartnern und Kindern, Treu und Glauben und ein effektiver vertraglicher Leistungsaustausch (Barroso, 2025). Im Gegensatz zur klassischen Sichtweise des US-Verfassungsrechts, die traditionell vertikale Auswirkungen der Verfassung auf verfassungswidrige öffentliche Handlungen vorsieht, stellt der Fall Lüth auch insofern eine Weiterentwicklung dar, als er die Möglichkeit horizontaler Auswirkungen des Verfassungsrechts auf die privaten Beziehungen von Einzelpersonen anerkennt (Michelman, 2003). Dieser Perspektivwechsel hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Verfassungs- und Zivilrecht war entscheidend für die Entwicklung der integrierten Lehre für Zivil- und Verfassungsrecht, die dem Verfassungsprinzip der Menschenwürde und der Anwendung der Grundrechte in privaten Beziehungen in Brasilien eine besonders wichtige Rolle zusprechen (Tepedino, 2000).

Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch stellte im Rahmen seines Vortrags drei wegweisenden Entscheidungen, der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit und deren Einfluss auf das Zivilrecht und die wehrhaften Demokratie vor. Im ersten Fall ging es um ein satirisches Plakat, das einen bekannten deutschen Politiker kritisierte. Im Raum stand, ob diese privatrechtliche Äußerungen Anlass zu einem öffentlichen Strafverfahren geben könnte (Offenloch, 2025). Im zweiten Fall ging es um die Berichterstattung über eine privates Abendessen zwischen einem deutschen Politiker und einem Journalisten, und es wurde erörtert, ob ein öffentliches Interesse bestand, das die umfassende Berichterstattung der Presse über dieses private Treffen rechtfertigte (Offenloch, 2025). Im dritten Fall ging es um eine Reihe negativer Kommentare über einen Politiker in sozialen Medien, und es wurde erörtert, ob diese die Grenze einer diffamierende Darstellung überschritten und strafrechtliche Konsequenzen hätten haben sollen oder noch dem Recht auf freie Meinungsäußerung unterliegen (Offenloch, 2025).

Es ist kein Zufall, dass autoritäre politische Führer mit der Dekonstruktion der verfassungsmäßigen Ordnung den Weg für die Erosion der demokratischen Rechtsstaatlichkeit ebnen, indem sie gezielt die Presse- und Meinungsfreiheit einschränken (Chilton und Versteeg, 2020). So war Wladimir Putins erstes Ziel der unabhängige russische Fernsehsender NTV, deren Arbeit durch Ermittlungen der Föderalen Steuerbehörde und zahlreicher

strafrechtlichen Anklagen derart unter Druck gesetzt wurde, dass seine Eigentümer den Betrieb schlussendlich an einen staatlichen Fernsehsender verkauften und er somit unter die direkte Kontrolle der russischen Regierung geriet (Chilton und Versteeg, 2020). Mit der Änderung des Programms und einer regierungsfreundlichen Ausrichtung kündigten viele Journalisten und wechselten zu dem verbleibenden privaten und unabhängigen Fernsehsender TV-6, der allerdings kurze Zeit später ebenfalls unter die Kontrolle der russischen Regierung geriet, womit die Berichterstattung der freien Presse im Land effektiv beendet wurde (Chilton und Versteeg, 2020). Die Regierung verabschiedete in der Folge zahlreiche Gesetze, die vorgeblich „extremistische“ Äußerungen einschränkten, bestimmte Äußerungen kriminalisierten und versuchten, die aufkommenden öffentlichen Proteste und Meinungsäußerungen im Internet und den sozialen Medien zu kontrollieren (Chilton und Versteeg, 2020).

Ein weiteres markantes Beispiel betrifft die Presse- und Meinungsfreiheit in Polen. Nach dem Wahlsieg der rechtspopulistischen Partei Recht und Gerechtigkeit (Prawo i Sprawiedliwość, PiS) im Oktober 2015 versuchte die neue Regierung, die Kontrolle über die Medien zu gewinnen, indem sie durch Programmkritiken und eine Einschüchterungsstrategie Journalisten zur Selbstzensur zwang (Chilton und Versteeg, 2020). Nur wenige Monate nach Amtsantritt der neuen Regierung wurde ein Gesetz verabschiedet, das es dem Finanzministerium erlaubte, die Chefs staatlicher Radio- und Fernsehsender im eigenen Ermessen einzustellen oder zu entlassen und somit mittelbar Einfluss auf die Berichterstattung zu erlangen, was ein klarer Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Sender und die Befugnisse des Nationalen Unabhängigen Rates der Radio- und Fernsehsender zur Gewährung der Pressefreiheit und einer unabhängigen Berichterstattung durch Eingriffe der Exekutive massiv einschränkte (Chilton und Versteeg, 2020).

Diese Gesetzgebung hatte unmittelbare und tiefgreifende Auswirkungen und führte 2016 zum Ausscheiden von 225 Journalisten aus den öffentlichen Medien. Besonders hervorzuheben ist die Suspendierung des beliebten Sportkommentators Tomasz Zimoch, als unmittelbare Folge seines Kommentars in dem er die PiS als „schlimmer als unter dem kommunistischen Regime“ kritisierte (Chilton und Versteeg, 2020). Neben der Kontrolle der Medien durch die Exekutive die unmittelbar zu einer spürbar regierungsfreundlicheren Berichterstattung führte setzte die regierende PiS auch eine Reihe von als kritisch zu beurteilende Gesetzen gegen Verleumdung und Missachtung durch und forderte öffentlich deren Anwendung zur Disziplinierung und Bestrafung von Regierungskritikern, was zu einer erheblichen Aushöhlung der Meinungsfreiheit in Polen führte (Chilton und Versteeg, 2020).

Ein wichtiger Aspekt der Debatte über Demokratie besteht darin, dass es sich um ein grundsätzlich umstrittenes Konzept handelt, da bereits seine Definition eine politische, soziale und moralische Agenda beinhaltet (Crick, 2002; Fortes, 2023). Angesichts der komplexen konzeptionellen Diskussion beginnt Giovanni Sartori seine Abhandlung über die Theorie der Demokratie mit der Provokation, dass wir möglicherweise in einer Ära der verwirrten Demokratie leben, und fragt, ob Demokratie überhaupt etwas sein kann (Sartori, 1994). Die vertiefte konzeptionelle Debatte über das Wesen der Demokratie führt uns zu einer Reihe unterschiedlicher Auffassungen. So zeigt etwa Joseph Schumpeter mit seiner Wettbewerbstheorie, die den prozeduralen Charakter und die Methode einer institutionellen

Anordnung der Demokratie betont, wie es Individuen ermöglicht wird, politische Entscheidungen zu treffen, nachdem sie einen durch Volksabstimmung geführten Wettbewerbskampf gewonnen haben (Schumpeter, 2013). Im Gegensatz dazu betont eine weitere Tradition demokratischen Denkens die Rolle von Vereinigungen im Prozess politischer Beratungen. Sie beruht maßgeblich auf Alexis de Tocquevilles Beobachtungen zur amerikanischen Demokratie und ihre zeitgenössische Version lässt sich mit der Theorie der Demokratie als Polyarchie identifizieren, wie sie von Robert Dahl gelehrt wird (Dahl, 2008).

Besonders relevant für den gegenwärtigen Kontext der in Brasilien und Deutschland geführten Diskussion ist das auf den deutsche Juristen Karl Loewenstein zurückzuführende Konzept der wehrhaften Demokratie (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B). Dieses Demokratiekonzept wurde im Kontext des Aufstiegs totalitärer Regime in Europa in den 1930er Jahren entwickelt und vertritt die Notwendigkeit, dass die Demokratie den demokratischen Rechtsstaat selbst aktiv verteidigt (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B). Loewensteins These ist, dass die Gesetzgebung in demokratischen Ländern eine Reihe restriktiver antitotalitärer Maßnahmen vorsehen muss, die den Aufstieg totalitärer Institutionen an die Macht verhindern muss, um die Demokratie selbst zu schützen (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B).

Interessanterweise studierte der deutsche Jurist auch das brasilianische Verfassungsrecht während des „Estado Novo“-Regimes unter der Vargas-Ära und stellte eine Unterscheidung zwischen Totalitarismus und Autoritarismus auf, die auf den Unterschieden zwischen dem brasilianischen Regime und den nationalsozialistischen und faschistischen Regimen derselben Ära basierte (Loewenstein, 1942). Zur gleichen Zeit dachte der Philosoph Karl Popper im selbstgewählten Exil über dieselbe Frage nach: Popper untersuchte das Paradox der Toleranz und kam zu dem Schluss, dass eine tolerante Gesellschaft intolerant gegenüber Intoleranten sein müsse, sofern diese die liberalen demokratischen Grundlagen zerstören wollen (Popper, 2012). Diese Konzeption der wehrhaften Demokratie ist von grundlegender Bedeutung für die Bewältigung der gegenwärtigen Krisen der Demokratie, in deren Rahmen in Brasilien, Deutschland und anderen Ländern extremistische politische Parteien mit autoritären Projekten existieren, die den demokratischen Rechtsstaat und die Grundrechte untergraben (Przeworski, 2020; Fortes, 2025).

3. ERKUNDUNG DER RECHTLICHEN GRENZEN VON KOMMUNIKATIONSBESCHRÄNKUNGEN.

Die von Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch im Rahmen seines Vortrags geäußerte Sichtweise auf die Grundrechte und das Wesen der Demokratie führt zu einer neuen Betrachtung der rechtlichen Grenzen der Kommunikation. Seine Arbeit regt zum Nachdenken über das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung an, das sowohl in Brasilien als auch in Deutschland besonderen Schutz verdient. Seine Beispiele zeigen, dass die Justiz letztendlich tätig werden muss, um das Recht auf freie Meinung effektiv zu schützen, sofern die Legislative oder die Exekutive versucht in deren Schutzbereich einzugreifen und die Kommunikation einzuschränken, die nicht im Widerspruch zu anderen schützenswerten Grundrechten stehen. Einerseits sollte eine humorvolle Satire

gegen Politiker grundsätzlich nicht von der Regierung verboten werden. Andererseits können bestimmte journalistische Mitteilungen gerichtlich verboten werden, weil sie beispielsweise andere Grundrechte wie das Recht auf Privatsphäre oder Ehre verletzen.

In Bezug auf die einfachen Fälle scheint es keine großen Zweifel zu geben, doch die Angelegenheit wird komplexer, wenn man mit sogenannten „hard cases“ oder schwierigen Fällen konfrontiert wird, in denen eine moralische Auslegung der Verfassung und eine Abwägung von Grundsätzen erforderlich werden, um im jeweiligen Einzelfall die richtige Antwort zu finden (Dworkin, 1974; Dworkin, 1986). Beim „Internationalen Brasilien-Deutschland-Seminar: Verteidigung von Demokratie und Grundrechten“, das am 24. und 25. Februar 2025 an der Escola Superior do Ministério Público da União stattfand, verteidigte der Politikwissenschaftler Prof. Fernando Schüler, das Recht auf freie Meinungsäußerung eines brasilianischen Komikers namens Monark, der in einem Podcast argumentierte, Nazis sollten eine Nazi-Partei gründen dürfen und dass eine solche gesetzlich geschützt werden müsse.

„Es ist derselbe Fall wie beim YouTuber Monark. In einer etwas zusammenhanglosen Online-Konversation beschloss er zu ‚glauben‘, dass jede politische Gruppe, selbst eine Nazi-Partei, das Recht auf freie Meinungsäußerung haben sollte. Mehr brauchte es nicht: ein Verbot, eine Klage und die Forderung nach einer Millionenstrafe. Auf die ihm eigene ungeschickte Art verteidigte er genau dasselbe Prinzip, das im amerikanischen Recht verankert ist. Dieses Recht wurde in wegweisenden Entscheidungen bekräftigt, wie etwa dem Urteil des Obersten Gerichtshofs von 1978, das einen Nazi-Marsch in Skokie, einer jüdischen Gemeinde in der Nähe von Chicago, genehmigte. Was der YouTuber in der Praxis vorschlug, war eine Änderung des brasilianischen Rechts. Dem stimme ich nicht zu, was irrelevant ist. Die Frage ist: Leben wir in einem Land, in dem sich die Bürger nicht für Gesetzesänderungen einsetzen können? Zum Beispiel etwas Ähnliches wie den amerikanischen Ersten Verfassungszusatz verteidigen? Sind wir zu diesem Land geworden?“ (Schüler, 2024).

Die Analyse des Politikwissenschaftlers Fernando Schüler ist unter juristischen Aspekten deskriptiv und konzeptionell sowie analytisch als fehlerhaft zu beurteilen. Es ist notwendig, sich intensiver mit seiner Argumentation zu befassen und deren Fehler aufzuklären. Zunächst ist es wichtig zu betonen, dass der ‚Supreme Court‘ der Vereinigten Staaten nie entschieden hat, dass die *National Socialist Party of America* berechtigt war, eine Nazi-Kundgebung in Skokie abzuhalten. Eine sorgfältige Lektüre des Urteils „*National Socialist Party of America v. Village of Skokie* 432 U.S. 43 (1977)“ zeigt, dass es sich bei der Frage vor dem „Supreme Court“ lediglich um eine Verfahrensfrage handelte – nämlich, ob das Staatsgericht von Illinois die Anhörung der Berufung der *National Socialist Party of America* hätte ablehnen können, ohne sich mit der Sache zu befassen. Daher hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten weder tatsächlich in der Sache entschieden noch eine Nazi-Kundgebung in Skokie genehmigt, so dass die von Schüler dargestellte Analyse fehlerhaft ist.

Es ist wichtig festzustellen, dass der geplante Nazi-Marsch in Skokie nie wirklich stattfand. Nachdem der Supreme Court der USA das Gericht von Illinois angewiesen hatte, den Fall in der Sache zu prüfen, und das Staatsgericht den Marsch genehmigt hatte, zog die *National Socialist Party of America* ihre Pläne für einen Nazi-Marsch in Skokie zurück,

bevor sich der *Supreme Court* der USA mit der Angelegenheit tatsächlich befassen konnte und musste. Die Erklärung dafür relativ einleuchtend, denn Skokie war eine Gemeinde mit 70.000 Einwohnern, von denen etwa 40.000 dem jüdischen Glauben angehörten und etwa 9.000 Holocaust-Überlebende beheimatete. In der Aufforderung zum Marsch hieß es, die Teilnehmergruppe würde aus 30 bis 50 Personen in Nazi-Uniformen, einschließlich Hakenkreuzbannern, bestehen, die sich vor dem Rathaus versammeln wollten um Ihre Ansichten öffentlich zu äußern. Als Reaktion auf den Marsch kündigte eine andere Gruppe von Anti-Nazi-Demonstranten an, sich zur gleichen Zeit und am gleichen Ort zu versammeln. Man rechnete mit 12.000 bis 15.000 Gegendemonstranten und in der Folge zu gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den faschistischen Demonstranten und ihren Gegendemonstranten.

Skokies Bürgermeister selbst erklärte, eine Nazi-Aufmärsche könne zu unkontrollierbarer Gewalt führen und verweigerte die Versammlung zu genehmigen. Schließlich zog die *National Socialist Party of America* ihre dagegen gerichtete Klage wegen der offensichtlichen Gewaltgefahr zurück. Mit dem Rückzug ging der Klagegegenstand verloren, und der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten entschied nie über die Begründetheit des Falles. Da drei Richter („*Justices*“) bereits gegen das Berufungsrecht der *National Socialist Party of America* entschieden hatten, dürfte eine endgültige Entscheidung in der Sache geteilt ausfallen, doch darüber kann nur spekuliert werden.

Die Analyse Schüllers ist auch konzeptionell fehlerhaft, da eine konzeptionelle Verwirrung vorliegt. Es gibt zwei unterschiedliche Debatten im Verfassungsrecht, die separat und auf der Grundlage ihrer präzisen theoretischen Prämissen analysiert werden müssen. Die erste betrifft das Parteienverbot, eine Institution, die im deutschen Recht entwickelt und durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in den 1950er Jahren bekannt wurde, welche schlussendlich zum Verbot der NSDAP und der Kommunistischen Partei in Westdeutschland führten. Es ist kein Zufall, dass mit der gegenwärtigen Krise der Demokratie und dem politischen Aufstieg der extremen Rechten die Frage eines gerichtlichen Verbots der Partei „Alternative für Deutschland“ in die akademische, journalistische und politische Debatte zurückgekehrt ist, obwohl beim Bundesverfassungsgericht bisher kein formeller Antrag auf ein Verbot der AfD gestellt wurde (Hailbronner, 2024). Daher gibt es eine separate theoretische Diskussion über die Möglichkeit eines Parteiverbots, die mit der Diskussion über die Meinungsfreiheit verwandt, aber von ihr zu unterscheiden ist.

Drittens schließlich sind die Formulierungen in Fernando Schüllers Analyse irreführend, denn das Argument, es müsse eine gesetzlich geschützte Nazi-Partei geben, die Nazi-Ideen in Brasilien zum Ausdruck bringen und verbreiten darf, entspricht nicht dem Argument, dass die Meinungsfreiheit in Brasilien nach US-amerikanischen Maßstäben maximiert werden müsse. Die Behauptung, es müsse eine gesetzlich geschützte Nazi-Partei geben, die Nazi-Ideen in Brasilien zum Ausdruck bringen und verbreiten darf, hat einen spezifischen normativen Inhalt: Sie empfiehlt, dass eine der organisierten und aktiven politischen Parteien in der brasilianischen öffentlichen Debatte eine Nazi-Partei sein sollte, die Ideen dieser Ideologie in die aktuellen politischen Debatte integriere. Die Argumentationsstruktur unterscheidet sich deutlich von einem allgemeinen libertären

Argument, das dafür plädiert, keine politische Partei zu verbieten und keine politische Meinungsäußerung zu unterbinden. Die aktive Präsenz einer politischen Gruppe zu verteidigen, die sich durch rassistische und ethnische Hassreden auszeichnet und historisch für die Vernichtung von Millionen von Juden verantwortlich ist, ist etwas ganz anderes als für eine Verfassungsreform einzutreten, die möglicherweise die Grundrechte auf Privatsphäre, Ehre und das Diskriminierungsverbot aus der Verfassung streichen und damit die Notwendigkeit beseitigen würde, die Meinungsfreiheit in Brasilien zu berücksichtigen.

In den Vereinigten Staaten bietet der erste Zusatzartikel zur US-Verfassung der Meinungsfreiheit einen nahezu uneingeschränkten Schutz. Daher gibt es weder eine Interessenabwägung noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, um gleichzeitig Privatsphäre und Ehre zu gewährleisten und gegeneinander auszugleichen und Diskriminierung zu vermeiden. Laurence Tribe, emeritierter Professor an der Harvard Law School und führender Interpret der US-Verfassung, hält eine solche Abwägung für ein gefährliches Unterfangen, da sie das Verbot von Meinungsäußerungen ermöglichen würde, die von den Richtern individuell nicht gebilligt würden. Sinnvoller wären hingegen Tests mit klaren Kriterien für die begrenzten Situationen, in denen bestimmte Meinungsäußerungsformen verboten werden könnten (Tribe, 1978).

Eine der seltenen potenziellen Ursachen für Kommunikationsbeschränkungen betrifft Äußerungen, die als Instrument physischer spürbare Gewalt dienen können und gegen den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Feststellung einer konkreten „eindeutigen und unmittelbaren Gefahr“ („*clear and immediate danger*“) verstoßen. Nicht zufällig ging es in der Skokie-Kontroverse um die Frage, ob ein Nazi-Aufmarsch eine konkrete „eindeutige und unmittelbare Gefahr“ und spürbare physische Gewalt zwischen Mitgliedern der *National Socialist Party of America* und Anti-Nazi-Demonstranten mit sich bringen würde, die es gebietet die Versammlungen zu untersagen. Darüber hinaus konzentrierte sich die Debatte darauf, ob das Zeigen von Hakenkreuzbannern in einer Stadt mit einem hohen jüdischen Bevölkerungsanteil und Tausenden von Holocaust-Überlebenden als grundrechtsverletzende „Provokation“ („*fighting words*“) gelten könne. Auch in den USA hat die normative Kommunikationsarchitektur ihre rechtlichen Grenzen, doch unterscheiden sich diese deutlich von denen in Brasilien und Deutschland.

Andererseits gibt es im brasilianischen Verfassungsrecht Präzedenzfälle, die die Möglichkeit von Demonstrationen zur Änderung von Gesetzen anerkennen. Auf Fernando Schülers Frage, ob wir in einem Land leben, in dem sich Bürger nicht für Gesetzesänderungen einsetzen können, sei daran erinnert, dass das brasilianische Bundesverfassungsgericht („*Supremo Tribunal Federal – STF*“) beständig entschieden hat, dass sich Menschen zu Demonstrationen zur Unterstützung der Entkriminalisierung von Drogen, den sogenannten „Marihuana-Demonstrationen“, versammeln durften. In einer einstimmigen Entscheidung aus dem Jahr 2011 stellte das STF fest, dass die Grundrechte auf Vereinigungsfreiheit und freie Meinungsäußerung die Durchführung dieser Demonstration zur Forderung nach der Entkriminalisierung des Verkaufs und Konsums einer narkotischen Substanz rechtfertigten.

Andererseits stellt sich die Frage, ob das STF die Durchführungen von Demonstrationen und Veranstaltungen bedingungslos zulassen oder beschränken sollte. Genauer gesagt: Sollte die Judikative beispielsweise einen Nazi-Marsch mit der Forderung nach Entkriminalisierung von Völkermord oder mit der Forderung nach Einführung der Sklaverei zulassen oder untersagen? Die Antwort ist eigentlich eindeutig negativ, denn die Forderungen wären ein klarer Verstoß gegen die Menschenwürde Dritter und könnten nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung der Demonstranten und Beitrag zu einer verfassungsrechtliche Rechtsordnung gerechtfertigt werden. Vielmehr wären sie Ausdruck ethnisch-religiöser und rassistischer Hassreden, getarnt unter dem Deckmantel des Wunsches nach Gesetzesänderungen. Dem Folgend sind in Brasilien wie auch in Deutschland diskriminierende Äußerungen Grenzen gesetzt und nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt, wie etwa das bekannte Urteil des Obersten Bundesgerichtshofs (STF) im Fall Elwanger aus dem Jahr 2003.

Die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit führt uns auch zu einer notwendigen Reflexion über die Grenzen zulässiger Satire. Es besteht kein Zweifel daran, dass Satire gegen politische Autoritäten erlaubt und nicht verboten sein sollte, wie das von Offenloch in seinem Vortrag erwähnte Urteil des deutschen Bundesverfassungsgericht verdeutlicht. Im brasilianischen Recht ist diesbezüglich das Urteil des STF im Rahmen einer konzentrierten Verfassungsprüfung aus dem Jahr 2010 erwähnenswert. Darin erklärte das STF das Verbot von satirischen Meinungsäußerungen in öffentlichen Medien über politische Kandidaten in den drei Monaten vor Wahlen für verfassungswidrig, da dieses Verbot in das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und eingreift und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass jegliche satirischen Äußerungen zulässig sind und durch die Grundrechte der Meinungs- oder Kunstfreiheit geschützt werden und ihnen keine Grenzen gesetzt sind. Basierend auf der von Professor Adilson Moreira von FGV Direito SP entwickelten Doktrin gelten satirische Äußerungen rassistischer Natur als Verstoß gegen die Menschenwürde, sind beleidigend, diskriminierend und verboten, auch wenn sie unter dem Deckmantel des „Freizeittrassismus“ erfolgen oder als Witze getarnt werden (Moreira, 2019). Mit den rechtlichen Grenzen dieser Doktrin werden sich in naher Zukunft die brasilianischen Obergerichte im Strafverfahren gegen den Komiker Léo Lins dezidiert befassen müssen, da er vom Bundesgericht in São Paulo wegen rassistischer und diskriminierender Witze zu acht Jahren und drei Monaten Gefängnis verurteilt wurde und hiergegen in Berufungsurteil gegangen ist.

4. ERKUNDUNG DER RECHTLICHEN GRENZEN ÖFFENTLICHER ODER PRIVATER RÄUME

Offenloch präsentierte zudem eine weitere lehrreiche Entscheidung zur rechtlichen Behandlung der Kommunikation zwischen einem Politiker und einem Journalisten in Deutschland. Im Gegensatz zu satirischen Äußerungen gegen Politiker, die nur sehr engen Grenzen unterliegen sollten, könne seiner Ansicht nach die journalistische Berichterstattung über höchst private Angelegenheiten zwischen Politikern und Journalisten gerichtlich verboten werden,

da diese Berichterstattung die Grundrechte auf Privatsphäre und Ehre verletzen könnte. In diesem Sinne wurde ein journalistischer Bericht mit Fotodokumenten, der ein exklusives Abendessen in einem Restaurant zwischen einem Journalisten und einem bekannten deutschen Politiker öffentlich machte, von der Justiz als höchst private Angelegenheit betrachtet. Diese Informationen durften daher nicht der breiten Öffentlichkeit preisgegeben werden. Die Veröffentlichung des Berichts in einer Boulevardzeitung inklusive der von dem Paparazzi aufgenommenen Fotos wurden daher von der deutschen Justiz wegen Grundrechtsverletzungen der von dem Bericht betroffenen Personen verboten.

Dies ist ein äußerst interessanter Fall, da die aufgestellten Prämissen hinterfragt werden und wir die rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichen und dem privaten Raums erkunden können, indem wir über die Natur von Informationsinhalten nachdenken. Einerseits besteht kein Zweifel daran, dass Informationen über konsumierte Speisen und Getränke eine Privatsache sind und grundsätzlich nicht von öffentlichem Interesse sind. Andererseits scheinen Informationen über eine mögliche Nähe zwischen einem Politiker und einem Journalisten oder sogar eine mögliche Freundschaft zwischen einem Kandidaten in einem wettbewerbsorientierten Wahlverfahren und einem politischen Journalisten, der die politischen Geschehnisse kritisch hinterfragen sollte, keine reine Privatsache sein könnten. Je nachdem, wie der Interpret die Natur von Informationsinhalten betrachtet, kann eine bestimmte Information daher als öffentlich oder privat betrachtet werden.

Ein Beispiel dafür, wie unterschiedliche Weltanschauungen zu verschiedenen Ergebnissen in der Rechtsanalysen führen können, bietet ein Artikel von Frank Lübberding in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 12. Oktober 2012. Unter dem Titel „Der Scharlatan“ kritisierte er den Fernsehmoderator Markus Lanz als Scharlatan, weil er Außenminister Guido Westerwelle staatsmännisch in seiner Sendung empfangen und dem Politiker keine schwierigen Fragen stellte (Lübberding, 2012). Frank Lübberding weist darauf hin, dass es zwar keinen Mangel an schwierigen Fragen gegeben habe, etwa zur Kriegsgefahr in der Nähe deutschen Territoriums und zur Wirtschaftskrise im Zusammenhang mit der europäischen Währung, Guido Westerwelle jedoch in seinem ganzen Leben noch nie ein so einfaches Interview gehabt habe, weil für Markus Lanz keines dieser Themen relevant erschien (Lübberding, 2012). Am Ende des Artikels bezeichnet der Journalist Markus Lanz als „Scharlatan“ (Lübberding, 2012). Es scheint klar, dass solche kritischen Äußerungen durch die Meinungsfreiheit geschützt und nicht verboten werden können. Darüber hinaus können wir diese Kritik nutzen, um darüber nachzudenken, ob die Öffentlichkeit auch ein Recht darauf hat zu erfahren, ob zwischen dem Politiker und dem Moderator eine enge Beziehung oder sogar Freundschaft besteht. Angesichts der Tatsache, dass bestimmte Politiker eine besondere staatsmännische Behandlung erfahren und von bestimmten Journalisten vor kritischen Fragen abgeschirmt werden, stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass diese Personen befreundet sind, nicht öffentlich gemacht werden sollte?

Tatsächlich bietet die jüngere Geschichte der deutschen Politik ein weiteres interessantes Beispiel für eine private Kommunikation zwischen einem Politiker und einem Journalisten. Diese Berichterstattung führte schlussendlich zum Rücktritt des damaligen Bundespräsidenten Christian Wulff. Ende 2011 erfuhr Christian Wulff von einem Bericht

der Bild-Zeitung über die Beziehungen zwischen ihm und einem Geschäftsmann namens Egon Geerkens. Darin sollte eine Veröffentlichung erfolgen, in der es hieß, der Bundespräsident habe in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss gelogen, indem er behauptete, er habe keine Geschäftsbeziehung zu dem Geschäftsmann, während er in Wirklichkeit von der Ehefrau des Geschäftsmannes einen Kredit in Höhe von rund 500.000 Euro erhalten hatte, um den Kauf seines Hauses zu finanzieren.

Als Christian Wulff erfuhr, dass eine Veröffentlichung dieser Tatsache in Arbeit war, rief er persönlich den Chefredakteur der Zeitung, Kai Diekmann, an und hinterließ eine aggressive Nachricht auf dessen Anrufbeantworter, in der er mit einer vollständigen Auflösung und rechtlichen Schritten gegen die Zeitung drohte, falls der Bericht veröffentlicht würde. Im Dezember 2011 und Januar 2012 veröffentlichte die Bild in der Folge nicht nur die Berichte über die verdächtigen Beziehungen des Bundespräsidenten, sondern informierte die Öffentlichkeit auch über den Inhalt des Telefongesprächs und den Drohungen von Christian Wulffs gegenüber der Bild Zeitung und Kai Diekmanns. Nach dem Skandal gab der Bundespräsident in Interviews den Fehler des Telefonanrufs zu, versuchte jedoch, den Vorfall herunterzuspielen und behauptete, er habe die Veröffentlichung des Berichts lediglich verzögern, nicht aber verhindern wollen. Angesichts der Meinungsverschiedenheiten bat Kai Diekmann Christian Wulff, um die Erlaubnis die Aufnahme zu veröffentlichen zu dürfen, doch Herr Wulff verweigerte deren Genehmigung (Diekmann, 2023).

In der Folge trat Christian Wulff am 17. Februar 2012 als Bundespräsident zurück, nachdem auch die Staatsanwaltschaft Ermittlungen gegen ihn eingeleitet hatte und eine Reihe von Ermittlungsschritten hinsichtlich von Korruptionsvorwürfen inklusive des Antrags der Staatsanwaltschaft Hannover seine Immunität aufzuheben eingeleitet wurden. Für unsere Überlegungen zu den rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichem und privatem Bereich einer Berichterstattung ist es jedoch wichtig zu analysieren, ob der Inhalt der Nachricht veröffentlicht und auch die Audioaufnahme des Anrufbeantworters des Bild-Chefredakteurs zugänglich gemacht werden durften. War es wirklich notwendig, die Genehmigung des Bundespräsidenten für die Veröffentlichung der Aufnahme einzuholen? Hätten die deutsche Gesellschaft, die deutschen Bürger und die deutsche öffentliche Meinung angesichts des Kontexts der Nachricht und der möglichen Verletzung einer funktionalen Pflicht und politischen Verantwortung seitens Christian Wulff nicht das Recht, die Audioaufnahme der Kommunikation des politischen Führers mit dem Journalisten zu hören?

Tatsächlich sind die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Bereich nicht so klar. Politiker sind zugleich öffentliche und private Personen. Daher ist es schwierig, Informationen über sie zu isolieren, die ausschließlich privat sind und daher nicht über die Presse veröffentlicht werden dürfen. Im Fall des Berichts über das Abendessen zwischen dem Politiker und dem Journalisten untersagte die Justiz dessen Veröffentlichung, da sie es als rein private Handlung betrachtete wurde, die durch das Grundrecht auf Privatsphäre geschützt sei. Im Fall des Berichts über die Nachricht, die der Politiker dem Journalisten auf seinem Anrufbeantworter übermittelte, betrachtete der Journalist dies selbst als private Handlung und bat den Politiker um Erlaubnis zur Veröffentlichung der Tonaufnahme, die ihm letztlich verweigert wurde.

Die Rechtsauslegung hängt daher auch von der Weltanschauung des Interpreten ab. Der Interpret ist Mitglied einer bestimmten politischen Gemeinschaft, Teil der Zivilgesellschaft und berücksichtigt zwangsläufig Kontext und Intersubjektivität als integrale Bestandteile des Entscheidungsprozesses. Bei der Entwicklung seiner moralischen Auslegung der Verfassung, um eine konkrete Antwort für die Entscheidung schwieriger Fälle zu finden, wägt der Interpret Verfassungsprinzipien ab und projiziert die besten Werte der jeweiligen politischen Gemeinschaft und Zivilgesellschaft zur Lösung des Problems. In diesem dynamischen Prozess ist es erforderlich und unvermeidlich, dass der Interpret das geltende Recht reflektiert, sich bei der Abwägung aber auch der ständig ändernden normativen Horizonte bewusst ist.

Tatsächlich wurde auch unsere heutige Gesellschaft durch neue Technologien verändert. Dieses Thema wurde auch von Offenloch in seinem Vortrag angesprochen und sollte im Rahmen dieser Überlegungen ebenfalls berücksichtigt werden. Wie lassen sich die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen in der Presse und den sozialen Medien ziehen? Obwohl soziale Medien von privaten Unternehmen betrieben werden, handelt es sich um virtuelle Räume, die oft Milliarden von regelmäßigen Nutzern auf öffentlichen Kommunikationsplattformen zusammenbringen. Wie können sie als rein privater und nicht als öffentlicher Raum betrachtet werden, wenn soziale Medien zu den wichtigsten Plattformen für Kommunikation, politischen Diskurs und Meinungsäußerung geworden sind?

Ursprünglich herrschte eine libertäre Auffassung zur Meinungsfreiheit im Internet. Nicht umsonst verfasste und veröffentlichte John Perry Barlow die Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace (Barlow, 1996). Heute ist man der Ansicht, dass die Meinungsfreiheit im Internet kontrolliert und reguliert werden könnte und sollte. Nicht umsonst setzt sich Tim Berners-Lee seit über einem Jahrzehnt für die Verabschiedung einer Magna Carta für das Internet ein (Kiss, 2014). Ende des 20. Jahrhunderts herrschte die Ansicht, das Internet müsse vor staatlichen Eingriffen geschützt werden, wohingegen zu beachten ist, dass die Notwendigkeit staatlicher Kontrolle und Regulierung sozialer Medien als Teil des Internets nach und nach anerkannt wurde. Ausgehend von einer Metapher des brasilianischen Konstitutionalismus für private und öffentliche Kommunikationsräume bestand das ursprüngliche Bild darin, dass soziale Netzwerke privaten Gärten ähnelten, während man heute solche Räume eher als öffentliche Plätze betrachtet (Saldanha, 1983).

Auch hinsichtlich der Erforschung der rechtlichen Grenzen öffentlicher und privater Räume im Internet besteht ein wichtiger Austausch zwischen Brasilien und Deutschland. Ein Beispiel hierfür ist die deutsche Strategie der regulierten Selbstregulierung, die als Inspiration für brasilianische doktrinaire und gesetzgeberische Debatten zur Kontrolle der Internetkommunikation diente (Sarlet, 2019; Campos, 2025). Andererseits ist Brasilien Vorreiter bei Initiativen zur normativen Kontrolle von Algorithmen mit dem Ziel, Diskriminierung und Ungerechtigkeiten zu korrigieren, die in den normativen Vorgaben der mathematischen Formeln zur Programmierung computergestützter Entscheidungsprozesse liegen (Fortes, 2020; Fortes, Martins, Oliveira, 2021; Fortes, 2021).

Im Rahmen der Debatte um die Verfassungsmäßigkeitskontrolle hat das STF im Juni 2025 eine Reihe von Haftungsparametern für digitale Plattformen aufgrund von Inhalten Dritter

festgelegt, da es der Ansicht war, dass der geltende gesetzliche Schutz nicht ausreicht, um Grundrechte und Demokratie effektiv zu schützen. Es wurde eine Liste schwerer Straftaten erstellt, bei denen die digitalen Plattformen unverzüglich Maßnahmen ergreifen müssen, um die strafbaren Inhalte zu entfernen. Zu diese zählen unter anderem Putschversuche, Abschaffung des demokratischen Rechtsstaats, Terrorismus, Anstiftung zu Verstümmelung oder Selbstmord, Rassismus, Homophobie und Verbrechen gegen Frauen und Kinder. Es wurde außerdem festgelegt, dass die Anbieter solcher Plattformen Selbstregulierungsmechanismen einrichten müssen, darunter ein Benachrichtigungs- und Warnsystem, standardisierte Schutzverfahren und jährliche Transparenzberichte über gefährdende Vorkommnisse und Abhilfemaßnahmen. Diese Charakterisierung des Problems ähnelt den Bedingungen der Debatte, die Offenloch in seinem Vortrag im Rahmen der aktuellen Herausforderungen für den Schutz von Demokratie und Grundrechten aufgeworfen hat.

5. ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

Wenn Menschen in Deutschland in ihren Grundrechten verletzt werden und Unrecht erfahren, suchen sie oft rechtlichen Schutz und sagen: „Ich gehe bis nach Karlsruhe“ (Lamprecht, 2011). Im Februar 2025, im Rahmen des interkulturellen wissenschaftlichen Austausch mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch und Frau Richterin am Bundesverfassungsgerichts Rhona Fetzer, hatten wir das Vergnügen, einen Teil des Karlsruher Verfassungsgerichts auf einer wissenschaftlichen Reise nach Brasília und Rio de Janeiro zu begrüßen. Es war eine großartige Gelegenheit des gegenseitigen Lernens, Diskutierens und des Austauschs über die verfassungsmäßige Demokratie und den Schutz der Grundrechte. Dieser Aufsatz entstand im Rahmen meiner verfassungsrechtlichen Gespräche mit dem Herrn Offenloch.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die zweihundertjährige tiefe historische Freundschaft zwischen Brasilien und Deutschland, die sich nicht nur in der deutschen Einwanderung in Brasilien widerspiegelt, sondern auch einen wichtigen kulturellen Einfluss im Allgemeinen und insbesondere in brasilianischen Recht fand. In der gegenwärtigen Situation erkennen deutsche und brasilianische Juristen wieder zunehmend die Notwendigkeit, die Demokratie effektiv zu verteidigen und die verbürgten Grundrechte zu schützen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit muss daher die öffentliche Kommunikation im Allgemeinen ermöglichen, und satirische Kritik auch gegenüber von Politiker erlauben. Gleichzeitig muss das Recht auch einen privaten Kernbereich schützen und die widerstreitenden Interessen wirksam gegeneinander abwägen und zu gerechten und verfassungsgemäßen Urteilen kommen. Basierend auf den Überlegungen von Offenloch und den Entscheidungen des deutschen und brasilianischen Verfassungsgerichte untersucht dieser Aufsatz die rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit zwischen der privaten und öffentlichen Sphäre auf originelle und relevante Weise unter Berücksichtigung einer Reihe konkreter Beispiele aus Brasilien und Deutschland heran.

Die Problemfrage dieses Artikels erläutert, wie die Positionierung eines Rechtsfalls auf verschiedenen Seiten der rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichen und privaten Bereich den Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit beeinflusst. Die Diskussion über die Meinungsfreiheit nimmt beispielsweise eine andere Wendung, wenn man erklärt, dass eine

Neonazi-Gruppe einen Marsch in einer Stadt mit einer lebendigen jüdischen Gemeinde wie Skokie veranstalten will. Selbst in den Vereinigten Staaten mit ihrem weiten Verständnis der Meinungsfreiheit gemäß des ersten Zusatzartikel zur Verfassung, gibt es Grenzen dafür, wie sehr Meinungsäußerung als Mittel zur Gewalt im öffentlichen Raum eingesetzt werden können.

Im Falle Deutschlands und Brasiliens, wo die Meinungsfreiheit mit anderen verfassungsmäßigen Werten wie Privatsphäre und Menschenwürde in Einklang gebracht werden kann, ist es wichtig zu prüfen, ob die Absicht, eine öffentliche Demonstration zu organisieren, nur als Vorwand für Hass und Diskriminierung dient. Ähnliche Überlegungen lassen sich anstellen, wenn jemand den öffentlichen Raum missbraucht, um unter dem Vorwand der Satire rassistische Freizeitbeschäftigungen ausübt. Eine weitere Möglichkeit, bei der Auslegung und Betrachtung der Meinungsfreiheit, besteht darin, den Analysefokus zu erweitern. So betrachten wir beispielsweise das Abendessen zwischen einem Politiker und einem Journalisten nicht nur als privaten Akt, sondern auch darauf, wie Freundschaft dazu beitragen kann, die Behandlung eines Regierungsvertreters durch eine öffentliche Berichterstattung zu verändern und welche Auswirkungen diese Berichterstattung auf die demokratischen und rechtsstaatlichen Prozesse selbst hat. Auch im Fall der Berichterstattung zwischen dem ehemals deutschen Präsidenten und dem Herausgeber der Bild-Zeitung erscheint es uns klar, dass die öffentliche Dimension die Veröffentlichung der Audioaufnahme ohne ausdrückliche Zustimmung der Parteien rechtfertigen würde. Und schließlich können das Internet und die sozialen Medien nicht länger als privat und einer libertären Logik unterliegend betrachtet, sondern müssen als öffentlich und der Logik der Rechenschaftspflicht und der konstitutionellen Demokratie unterworfen werden.

Diese Studie ist originell und relevant, da sie die öffentlichen und privaten Dimensionen der Meinungsfreiheit im Kontext ihrer Werteabwägung und der Auslegung untersucht. Als eigenständiger Beitrag zur brasilianischen Wissenschaftsliteratur stellt diese Debatte den Grundsatz des Vorrangs des öffentlichen Interesses dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegenüber (Sarmiento, 2007; Pietro, Ribeiro, 2010; Binenbojm, 2019) und trägt dazu bei die Artikulation der öffentlichen und privaten Dimensionen der betroffenen Interessen in die Analyse der Werteabwägung zu berücksichtigen. Diese Studie entstand im Rahmen eines wissenschaftlichen Dialogs mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgerichts Thomas Offenloch während seines Besuchs in Brasilien im Februar 2025. Die zukünftige Forschung sollte den Umfang der Debatte erweitern und neue konkrete Fälle für weitere Studien zu den Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen in der Analyse der fundamentalen Demokratie und des Grundrechtsschutzes analysieren.

BIBLIOGRAPHIE

Barlow, John Perry. A Declaration of Independence of Cyberspace, 1996, disponível em <https://www.eff.org/cyberspace-independence>

Barroso, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Saraiva Educação SA, 2025, 13a edição.

Binenbojm, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019.

Campos, Ricardo. A Necessary Cognitive Turn in Digital Constitutionalism: Regulated Self-Regulation as a Regulatory Mechanism for Artificial Intelligence (AI) in Comparative Law. In: *Digital Constitutionalism*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2025. p. 113-136.

Chilton, Adam; Versteeg, Mila. *How constitutional rights matter*. Oxford University Press, 2020.

Crick, Bernard. *Democracy: A very short introduction*. OUP Oxford, 2002.

Dahl, Robert A. *Polyarchy: Participation and opposition*. Yale university press, 2008.

De Tocqueville, Alexis. *Democracy in America*. Liberty Fund, 2012.

Diekmann, Kai. *Ich war BILD: Ein Leben zwischen Schlagzeilen, Staatsaffären und Skandalen*. DVA, 2023.

Dworkin, Ronald. Hard cases. *Harv. L. Rev.*, v. 88, p. 1057, 1974.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Crises da democracia e de governo: um ensaio de história constitucional brasileira em defesa da Constituição-Cidadã e da cidadania emancipada. *Passagens: International Review of Political History & Legal Culture*, v. 15, n. 1, 2023.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Democratic Crisis in South America? Ten Points for Debate. Richard Clary, Zim Nwokora, and Galligan, Denis James (Ed.). *Democracy in Crisis: The Putney Debates 2023*. Hart Publishing, 2025.

Fortes, Pedro Rubim Borges; Kampourakis, Ioannis. Exploring Legal Borderlands: Introducing the Theme. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 639-655, 2019.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Hasta la vista, baby: reflections on the risks of algocracy, killer robots, and artificial superintelligence. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 71, n. 279, p. 45-72, 2021.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Paths to digital justice: Judicial robots, algorithmic decision-making, and due process. *Asian Journal of Law and Society*, v. 7, n. 3, p. 453-469, 2020.

Fortes, Pedro Rubim Borges; Martins, Guilherme Magalhães; Oliveira, Pedro Farias. Digital geodiscrimination: how algorithms may discriminate based on consumers' geographical location. *Droit et société*, v. 107, n. 1, p. 145-166, 2021.

Hailbronner, Michaela. Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren?. *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, n. 2, p. 170-176, 2024.

Kiss, Jemima. An Online Magna Carta: Berners-Lee Calls for Bill of Rights for Web, *Guardian*, 12/03/2014, disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/12/online-magna-carta-berners-lee-web>

Lamprecht, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts-Ein SPIEGEL-Buch*. DVA, 2011.

Law, David. Canon and Comparative Constitutional Law, em Vicki C. Jackson e Madhav Khosla (eds.), *Redefining Comparative Constitutional Law: Essays for Mark Tushnet*. Oxford University Press, 2025.

Loewenstein, Karl. *Brazil under Vargas*. Macmillan, 1942.

Loewenstein, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *American political science review*, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937-A.

Loewenstein, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. *American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937-B.

Lübberding, Frank. *Der Scharlatan*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12.10.2012.

Michelman, Frank I. The bill of rights, the common law, and the freedom-friendly state. *U. Miami L. Rev.*, v. 58, p. 401, 2003.

Moreira, Adilson José. *Racismo recreativo*. Polen, 2019.

Offenloch, Thomas. A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática. *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, jan./jul. 2025.

Pietro, Maria Sylvia Zanella di; Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

Popper, Karl. *The open society and its enemies*. Routledge, 2012.

Przeworski, Adam. *Crises da democracia*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

Saldanha, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. *Ciência & Trópico*, v. 11, 1983.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais*. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, 2019.

Sarmento, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 23-116, 2007.

Sartori, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. O Debate Contemporâneo*. São Paulo, Ática, 1994.

Schüler, Fernando. *A marcha da Insensatez*, *Veja*, 2024, disponível em <https://veja.abril.com.br/coluna/fernando-schuler/a-marcha-da-insensatez-2/>

Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge, 2013.

Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Tribe, Laurence H. *American constitutional law*. Foundation Press, 1978.