

German Report

Comentários sobre o caso "Grafiteiro de Zurique" - Uma alternativa para delimitação da área de proteção da liberdade artística

Rafael Giorgio Dalla-Barba

quarta-feira, 11 de agosto de 2021

Atualizado às 08:54

A coluna German Report dessa semana recebe o contributo de Rafael Giorgio Dalla-Barba, que aborda interessantes aspectos metodológicos de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) sobre os limites da liberdade artística no chamado caso do grafiteiro de Zurique.

O autor é Bacharel e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - Unisinos e atualmente faz doutorado em Filosofia do Direito na Albert-Ludwigs-Universität de Freiburg, na Alemanha, sob orientação do renomado Prof. Dr. Ralf Poscher.

É assistente científico no departamento de Direito Público do Max Planck Instituto para Investigação da Criminalidade, Segurança e Direito (Max Planck zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht), em Freiburg, onde realiza pesquisas e participa na elaboração de estudos e publicações do Instituto.

Dalla-Barba tem robustas publicações, merecendo destaques as obras Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos éticos às limitações práticas e Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy, ambas publicadas pela Editora JusPodium. O pensamento sólido e refinado do autor revela-se no texto abaixo, com o qual ele brinda os leitores do German Report. Confira:

\*\*\*

O caso do assim chamado "grafiteiro de Zurique",<sup>1</sup> julgado em 19 de março de 1984 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, interessa mais pelos desdobramentos metodológicos do que pelo seu conteúdo final; mais pela sua fundamentação do que por seu resultado.

Embora não tenha se tornado a abordagem convencional, a justificação elaborada pelo Tribunal naquele julgamento oferece condições para o desenvolvimento de métodos de construção

constitucional sem recorrer a soluções controversas do ponto de vista das exigências de um Estado de Direito ou à recorrente - mas também questionável - concepção de colisão entre direitos fundamentais.

Exatamente por essas razões o caso recebeu considerável atenção da dogmática dos direitos fundamentais e se tornou um dos leading cases para a discussão sobre os limites constitucionais da liberdade de expressão artística na Alemanha. Se a ideia básica que subjaz este ensaio estiver correta, a fundamentação daquele julgamento pode servir como referencial metodológico capaz de evitar essas mesmas controvérsias para a interpretação e a construção do direito fundamental à liberdade artística na ordem constitucional brasileira.

#### A extradição do grafiteiro de Zurique

Harald Naegeli, um artista suíço que nos anos 1970 se tornou relativamente famoso pela alcunha de "grafiteiro de Zurique", foi condenado pelo Tribunal Superior de Zurique (Obergericht des Kantons Zürich) a nove meses de reclusão sem liberdade condicional cumulado com o pagamento de CHF 101.534,60 por danos materiais.

Naegeli foi considerado juridicamente culpado por ter desenhado figuras com grafite em spray sobre a superfície de mais de 100 (cem) edifícios públicos e privados em diversas localidades da Suíça, sendo-lhe por isso aplicado o Art. 145 (1) do Código Penal Suíço que trata - à parte das especificidades de cada ordenamento jurídico - do instituto da continuidade delitiva.

Em última instância da jurisdição local, sua reclamação para anulação da condenação foi indeferida pelo Tribunal Federal Suíço (Schweizerisches Bundesgericht). No entanto, à época deste último julgamento Naegeli já havia deixado sua terra natal e se exilado na Alemanha, o que motivou as autoridades suíças a expedirem um mandato de extradição ao país vizinho para iniciar o cumprimento da pena. Na Alemanha, o seu pedido de extradição foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Schleswig-Holstein (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht) e motivou, por tabela, o ajuizamento de reclamação constitucional.<sup>2</sup>

No âmbito da jurisprudência, o julgamento ficou conhecido como o caso da "extradição do grafiteiro de Zurique". O Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), após reiterar que a sua competência em sede de reclamação constitucional se limita a avaliar os atos jurídicos questionados em face às disposições constitucionais, mencionou que os pressupostos formais e materiais para extradição do recorrente à Suíça estavam preenchidos e encontravam igualmente conformidade com a Lei Fundamental.<sup>3</sup>

A decisão também seguiu a jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof) em relação aos pressupostos objetivos para configuração do delito de dano à

propriedade nos termos do Art. 303 do Código Penal alemão, mencionando que a interpretação restritiva do dispositivo tal qual realizada pelo seu tribunal vizinho em Karlsruhe não é incompatível com qualquer disposição constitucional.<sup>4</sup>

Ao final - e aqui reside o ponto nevrálgico dessa decisão -, o Tribunal julgou improcedente o pedido de Naegeli em relação à alegação de violação constitucional à sua liberdade artística, garantida pelo Art. 5 (3) 1 da Lei Fundamental.<sup>5</sup> Naegeli, o artista suíço até então exilado na Alemanha, é extraditado ao seu país de origem para cumprir sua pena.

A questão jurídico-metodológica de fundo

O julgamento do grafiteiro de Zurique chama a atenção antes de tudo, porque explicita uma questão metodológica de fundo para o Direito Constitucional, tanto no contexto jurídico alemão como no brasileiro. Sob qual justificativa estaria a ordem constitucional, diante de todas circunstâncias do caso concreto, deixando de proteger as condutas de Naegeli mencionadas acima? Até que medida se estende a proteção constitucional da liberdade artística para os seus titulares? Haveriam exceções não-escritas no texto constitucional que limitariam esse direito fundamental?

Todas as críticas doutrinárias aos excessos da jurisdição constitucional alertando para os perigos da transformação gradual de um Estado Democrático para um Estado Juristocrático são cabíveis e legítimas. Diante do perigo real desses excessos, as vezes<sup>6</sup> mais preocupadas com a possibilidade de ocorrerem tal resultado tendem a reagir no sentido diametralmente oposto: as disposições constitucionais deveriam ser interpretadas o mais estritamente possível.

Seja para garantir maior segurança jurídica ou para resguardar o sentido original do texto constitucional, o método interpretativo a ser empregado seria primeiramente o gramatical. No entanto, se o documento constitucional - seja a Lei Fundamental ou a Constituição Federal - for interpretado rigorosamente com tamanha dose de self-restraint hermenêutico, ele levaria, na aplicação do direito, à inadmissível conclusão de que Naegeli teve o seu direito fundamental à liberdade artística violado, i.e., de que as suas manifestações pinturescas sobre o patrimônio público e a propriedade privada de terceiros sem a respectiva autorização estariam constitucionalmente protegidas e, portanto, sua extradição seria inconstitucional.

No outro lado do Atlântico, a Constituição Federal Brasileira, no seu Art. 5º, IX, consagra ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Ela segue referindo, em seu Art. 220, caput e § 2º, respectivamente, que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" e que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".<sup>7</sup>

Interpretados literalmente, tais dispositivos constitucionais não oferecem nenhuma autorização para restringir a liberdade artística. Pelo contrário: a literalidade do texto indica inclusive que qualquer forma de restrição à expressão artística estaria proibida.

Por essa mesma razão, o apelo a uma "interpretação sistemática" do documento constitucional que se pretenda minimamente bem-justificada precisaria explicar por que os outros dispositivos constitucionais (e.g. direito fundamental à propriedade, interesse público) permitiram - contra a literalidade dos Arts. 5º, IX e 220, caput e § 2º - fazer restrições ou exceções no direito fundamental à liberdade artística.

Se o texto constitucional (seja o alemão ou o brasileiro) não prevê exceções nem autoriza restrições à expressão da liberdade artística, como desenvolver uma justificação metodologicamente compatível com a decisão do caso do grafiteiro de Zurique?

Delimitação da área de proteção como alternativa metodológica

Há pelo menos duas abordagens na contramão de uma interpretação estritamente literal dos referidos dispositivos constitucionais que aparentemente poderiam ser empregadas para justificar a decisão pela extradição de Naegeli. Ambas, entretanto, parecem metodologicamente controversas.

A primeira, filosoficamente mais pretenciosa, argumenta que as pinturas feitas nos prédios Suíços não são obras de arte, mas apenas um amontoado de rabiscos desprovidos de qualquer valor estético intrínseco.

Apesar da sua formação clássica em Estudos de Arte tanto na Kunstgewerbeschule de Zurique como na École des Beaux-Arts de Paris, Naegeli não teria realizado nada próximo àquilo que um seleto grupo de juristas - do alto de sua erudição artística - define como sendo verdadeiramente "arte". O Estado, por meio de um de seus tribunais, faria o favor aos experts de decidir por eles quais manifestações reúnem (e quais não) as condições para obtenção de valor artístico.<sup>8</sup>

A segunda, sublinhando o produto mainstream da dogmática constitucional, reconhece o direito fundamental à liberdade de expressão artística de Naegeli, mas complementa com o argumento de que ela entra em colisão com o direito fundamental à propriedade. Como ambos seriam aplicáveis *prima facie*, seria necessário realizar um teste de ponderação para avaliar qual o peso de cada direito fundamental envolvido no caso concreto.

A racionalidade e a capacidade epistêmica para chegar a um resultado incontestável por meio de um juízo de ponderação fica, no limite, por conta da razoabilidade prática dos membros do tribunal e da

dose de crença em tamanha determinação jurídica.<sup>9</sup> Oportunamente, o Tribunal Constitucional Federal não seguiu nenhuma das fundamentações acima.

#### A fundamentação do Tribunal Constitucional Federal

Ao julgar a constitucionalidade da decisão sobre o pedido de extradição do grafiteiro de Zurique, o Tribunal Constitucional Federal considerou não haver nenhuma violação à liberdade artística na decisão do Tribunal a quo. Aquele subscreveu a posição deste ao reconhecer que as condutas criminalmente relevantes, segundo os parâmetros do direito suíço, tinham de fato um caráter artístico, mas fez a ressalva de que o Art. 5 (3) 1 da Lei Fundamental não admite que um artista simplesmente ignore os direitos de propriedade de terceiros.

Em um primeiro momento, a Corte Constitucional de Karlsruhe reconhece em mais de uma passagem que o Art. 5 (3) 1 da Lei Fundamental não introduz quaisquer reservas legais ou administrativas para a garantia da liberdade artística. Não há outras menções no documento constitucional no sentido de que o Parlamentarischer Rat de fato pretendia inserir textualmente exceções à proteção da liberdade artística.

Além disso, a Corte também declara que a garantia constitucional da liberdade artística se estende inclusive enquanto um direito individual de ser artisticamente ativo, de realizar e divulgar obras de arte. Nesse sentido, o direito fundamental protegeria os seus titulares em face de quaisquer intervenções do Poder Público, especialmente em relação ao conteúdo, aos efeitos e inclusive às tendências da atividade artística.

Em um segundo momento, contudo, o Tribunal Constitucional Federal referiu que a área de proteção do direito fundamental à liberdade artística não se estende de antemão ao uso não-autorizado ou em prejuízo da propriedade de terceiros para fins de desenvolvimento artístico, quer na sua própria manifestação ou nos efeitos que dela se seguem. Nas palavras do Tribunal:<sup>10</sup>

"A Lei Fundamental não estabeleceu nenhuma reserva para essa garantia; no entanto, a sua amplitude não se estende de antemão ao uso sem autorização ou ao prejuízo da propriedade de terceiros para fins de desenvolvimento artístico (seja no âmbito da obra ou do alcance da arte)."

Isso significa que, para fins da extensão da proteção constitucional da expressão artística, normas infraconstitucionais que penalizam danos materiais à propriedade não violariam nem deturpariam per se o significado dessa liberdade.

Da mesma forma, não haveria precedência do direito fundamental à liberdade artística frente à (também igualmente protegida) garantia constitucional da propriedade, consagrada no Art. 14 da Lei Fundamental.

O cerne da decisão do Tribunal Constitucional Federal para ratificar a decisão no sentido da extradição de Naegeli se ampara no argumento de que tanto na Alemanha como na Suíça a arte pode ser plenamente desenvolvida sem gerar danos na propriedade de terceiros, sejam eles particulares ou o Estado.

A distinção analítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde

Do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais alemã, o caso do grafiteiro de Zurique não deixou de receber o devido destaque. Em um dos seus mais proeminentes artigos científicos,<sup>11</sup> o constitucionalista e ex-juiz constitucional Ernst-Wolfgang Böckenförde se vale daquele caso para exemplificar a sua abordagem alternativa - em comparação com a doutrina majoritária - para a metódica constitucional.

Böckenförde assume a estrutura básica da - por ele próprio outrora denominada<sup>12</sup> - teoria liberal dos direitos fundamentais para lhe agregar categorias dogmáticas em consonância com as exigências metodológicas de interpretação e construção judiciais.

Trata-se de um desdobramento analiticamente elaborado da consagrada noção de intervenção e limites (Eingriffs- und Schrankendenken)<sup>13</sup> dos direitos fundamentais própria da teoria liberal. Por trás e ao longo da apresentação da sua abordagem, reverbera uma implacável crítica ao decisionismo judicial e ao acentuado subjetivismo que caracterizam a ideia geral de ponderação tão recorrente na doutrina majoritária.

O cerne do artigo quer antes de tudo mostrar que a dogmática constitucional, em grande medida, não precisa e nem deve depender do teste da ponderação para justificar decisões envolvendo direitos fundamentais.

A originalidade do artigo de Böckenförde reside em uma distinção analítica entre de um lado a área factual (Sachbereich) e de outro o conteúdo da garantia (Gewährleistungsinhalt) para delimitar com maior precisão a área de proteção dos direitos fundamentais.<sup>14</sup>

Ao passo que a área factual designa meramente eventos e objetos fáticos aos quais o texto constitucional faz referência geral - e.g., casamento e família, formação de associação e reunião, profissão<sup>15</sup> -, o conteúdo da garantia define contornos precisos para a extensão da proteção constitucional do respectivo direito fundamental.

Tais contornos são estabelecidos hermeneuticamente para cada direito fundamental particular segundo as suas especificidades (históricas, linguísticas, sistemáticas etc.), de modo a se desprender da noção abstrata do respectivo direito em questão. Assim, o conteúdo da garantia define a própria proteção constitucional.

O fundamento para tal esforço analítico de delimitação da área de proteção - além da vantagem de se evitar colisões entre direitos fundamentais e ponderações desnecessárias - remonta ao fato histórico de que os direitos fundamentais individuais surgiram enquanto defesa<sup>16</sup> contra as mais diversas formas de arbitrariedade do Poder Público em desfavor dos indivíduos.

Diante da multiplicidade de intervenções estatais na esfera individual e da complexidade hermenêutica para a aplicação do direito, a preocupação de Böckenförde no artigo passa a ser o desenvolvimento de contornos analíticos mais precisos para definir metodicamente o conteúdo da garantia constitucional em questão e assim distingui-lo das conjunturas mais gerais da sua respectiva área factual.<sup>17</sup>

O ajustamento à dogmática constitucional brasileira

A distinção analítica entre área factual e conteúdo de garantia de Böckenförde se projeta com relativa clareza na decisão do grafiteiro de Zurique. Ainda que o Tribunal Constitucional Federal não utilize expressamente tais categorias, é no raciocínio de distinguir entre, de um lado, a amplitude geral do âmbito factual e, do outro, o conteúdo específico protegido por determinada garantia constitucional que reside o núcleo da decisão.

O Tribunal deixa de incluir no conteúdo da garantia constitucional as condutas de Naegeli, porque assume que o que a liberdade artística pretende proteger não são as ações, métodos ou instrumentos por meio dos quais as obras de arte podem (hipotética ou concretamente) se manifestar, mas a própria manifestação da arte.

Como bem explica Benjamin Rusteberg, enfatizando que tal abordagem tampouco reforçaria a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,<sup>18</sup> "(...) não são as ações que servem à produção de uma obra de arte, mas as obras de arte criadas por meio de tais ações que, ao fim e ao cabo, são aquilo que a liberdade do Art. 5 (3) 1 da Lei Fundamental quer proteger".<sup>19</sup>

Com amparo em uma abordagem hermenêutica e analiticamente mais aguçada, o caso do grafiteiro de Zurique deixa de estar refém de um controverso teste de ponderação.

A proposição de que o direito fundamental à liberdade artística, tal qual referido nos respectivos documentos constitucionais, distingue-se das ações pelas quais ela se manifesta, não apenas se mantém em consonância com o texto (porque não nega que as pinturas de Naegeli sejam consideradas arte) como também se ajusta à pressuposição de que o legislador constitucional não pretendia estender a proteção da expressão artística para casos nos quais ela é produzida em detrimento da propriedade privada ou patrimônio público alheios.

Do fato de que toda expressão artística se manifesta necessariamente por meio de um método ou instrumento particular não se segue que tais ações estejam incluídas no conteúdo de garantia da liberdade artística.

Se o legislador constitucional originário determinou que "é livre a expressão da atividade (...) artística" e que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição", não se segue que ele pretendia proteger indiscriminadamente também as ações, métodos e instrumentos pelos quais a arte se manifesta.

Pelo contrário: como se pode inferir hermeneuticamente das evidências textuais, históricas e sistemáticas, a área de proteção fica restrita à expressão artística enquanto objeto juridicamente distinto dos diferentes meios pelos quais ela pode se manifestar.

#### Considerações finais

O caso do grafiteiro de Zurique interessa mais pelos desdobramentos metodológicos do que pelo seu resultado. Embora não tenha se tornado a abordagem convencional na dogmática dos direitos fundamentais, a justificação utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal mostra ser um exemplo privilegiado para uma metódica constitucional hermeneuticamente preocupada com a proteção dos direitos fundamentais.

A distinção entre o âmbito factual e o conteúdo da garantia constitucional elaborada por Ernst-Wolfgang Böckenförde enquanto desenvolvimento particular da teoria liberal dos direitos fundamentais não apenas encarna analiticamente essa preocupação como em princípio se mostra em pleno ajuste de aplicabilidade com as disposições sobre liberdade de expressão artística também garantida na ordem constitucional brasileira.

\*Rafael Giorgio Dalla-Barba é assistente científico no departamento de Direito Público do Max Planck Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht em Freiburg im Breisgau;



bolsista de doutorado pela Stiftung der Deutschen Wirtschaft - SDW; doutorando em Filosofia do Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - Unisinos; Advogado. Agradeço pela atenta leitura com sugestões e comentários críticos aos colegas Artur Ferrari de Almeida e William Galle Dietrich.

---

1 BVerfG NJW 1984, 1293-1295 - Sprayer von Zürich.

2 Como refere Leonardo Martins, a Reclamação Constitucional na ordem constitucional alemã não se equivale a recurso processual tal como ocorre com o Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro. Trata-se de ação constitucional. Para uma análise pormenorizada das razões que diferenciam as duas figuras jurídicas, ver Martins, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. 2a. ed. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 26-27.

3 BVerfG, NJW 1984, p. 1293.

4 Id. Ibid. p. 1294.

5 Id. Ibid. p. 1294.

6 Abordagens formalistas no direito constitucional parecem ser muito mais comuns e proeminentes no cenário norte-americano. Como exemplo privilegiado, ver Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 23-38; para literatura complementar sobre formalismo, ver Weinrib, Ernest. *Legal formalism: On the immanent rationality of law*. *Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 6, 949-1016, 1988. p. 957; também Pildes, Richard H. *Forms of formalism*. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 3, 607-621, 1999. Para um panorama geral do formalismo jurídico evitando caricaturizações, ver Leal, Fernando. "A Constituição diz o que eu digo que ela diz": formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Vol. 12, No. 39, 99-143, 2018. p. 102-107.

7 Brasil. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível aqui. Acesso em 31 jul. 2021.

8 Sobre a proibição do Estado em definir o conceito de arte e o autoentendimento do artista, ver Martins, Leonardo. *Direito constitucional à expressão artística*. In: Mamede, Gladston; Franca Filho,

Marcílio Toscano; Rodrigues Júnior, Otávio Luiz (Orgs.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33-37.

9 Como principal defensor da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais, ver Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986; para duas recentes coletâneas reunindo críticas à ponderação, ver García Amado, Juan A. (Org.). *Ponderación judicial: Estudios críticos*. Lima: Zela Grupo Editorial, 2019 e Campos, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

10 "Diese Gewährleistung hat das Grundgesetz mit keinem Vorbehalt versehen; ihre Reichweite erstreckt sich aber von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (sei es im Werk- oder Wirkungsbereich der Kunst)". BVerfG NJW 1984, 1294.

11 Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*. *Der Staat*, Vol. 42, No. 2, 165-192, 2003.

12 No idioma alemão, a denominação completa seria algo próximo a "teoria liberal individual do Estado de Direito" (*liberale bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie*), ver Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. *Neue Juristische Wochenschrift - NJW*, Vol. 27, No. 1, 1529-1538, 1974.

13 O manual de direitos fundamentais na Alemanha que imprime com maior nitidez o pensamento baseado na noção de intervenção e limites é de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, atualmente sendo atualizado pelos alunos Thorsten Kingreen e Ralf Poscher, respectivamente. Para os comentários ao caso na primeira e em uma das últimas edições, ver Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller, 1985. p. 160-161 [700] e Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 33. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2017. p. 197-198 [726]. No Brasil, a teoria liberal dos direitos fundamentais é marcadamente representada na obra de Martins, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. *Passim*.

14 Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*. *op. cit.*, 2003. p. 174 e segs.

15 *Id. Ibid.*

16 Para uma leitura dos direitos fundamentais concebidos primordialmente como direitos de defesa, ver Poscher, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*.

Tübingen: Mohr Siebeck, 2003; para um ensaio do devido processo legal enquanto um direito de defesa na ordem constitucional brasileira, ver Dalla-Barba, Rafael G. Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do Direito - Coluna Garantismo Processual*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>. Acesso em 31.08.2021; para um desenvolvimento da noção na dogmática processual, ver Raatz dos Santos, Igor; Anschieta, Natascha. Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. p. 182-202.

17 Para uma introdução geral ao pensamento e à trajetória profissional de Böckenförde, ver Rusteberg, Benjamin. *Theorie, Interpretation und Dogmatik der Grundrechte bei Ernst-Wolfgang Böckenförde*. *VerfBlog*, 06 maio 2019. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/theorie-interpretation-und-dogmatik-der-grundrechte-bei-ernst-wolfgang-boeckenfoerde/>. Acesso: 13 jan. 2021; para a sua versão no idioma português, cf. Rusteberg, Benjamin. Teoria, interpretação e dogmática dos direitos fundamentais em Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 2021. No prelo.

18 Rusteberg, Benjamin. *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 98.

19 "Nicht primär die Handlungen, die zur Herstellung des Werkes dienen, sondern die durch diese Handlungen geschaffenen Kunstwerke sind es letztlich, deren Freiheit Artikel 5 Abs. 3 GG garantieren will". *Id. Ibid.* p. 255.