

**RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA COMO
DIREITO FUNDAMENTAL
PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**
// THE RECOGNITION OF STABLE CIVIL
UNIONS BETWEEN SAME SEX PARTNERS AS A
FUNDAMENTAL RIGHT BY
CONSTITUTIONAL JUSTICE

Leonardo Martins

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Em sua decisão a respeito da interpretação do instituto de direito de família criado pelo constituinte de 1988 (art. 226, §3º, da Constituição Federal) e reiterado, praticamente *ipsis litteris*, pelo legislador civil de 2002, o Supremo Tribunal Federal (STF) pretendeu apresentar um marco político e jurídico em prol de uma (justa) reivindicação política. Com sua estratégica tentativa de interpretação sistemática do dispositivo constitucional específico, visando a fazer com que a especial proteção constitucional às uniões heterossexuais escapasse do seu teor restritivo para abarcar também as uniões homossexuais, o STF não logrou alcançar seu objetivo; especialmente não do ponto de vista jurídico-constitucional e, provavelmente, também não do ponto de vista político, como demonstram os comentários desenvolvidos no artigo. Sobretudo, causa constrangedor espanto a falta de ou a má compreensão pela Corte do alcance dos direitos fundamentais que devem servir como seu parâmetro decisório, e, principalmente, da distinção entre direitos fundamentais de liberdade e igualdade, de um lado, e garantias institucionais, como é o caso do instituto da união estável, de outro. No mais, como tem ocorrido frequentemente na jurisprudência do STF, o uso da figura jurídico-dogmática, de origem germânica, da “interpretação conforme a Constituição” continua sendo leviano. Também foram recorrentes alguns exageros retóricos, mal disfarçados com suposta erudição e domínio do direito constitucional alemão. O presente artigo descortina a apreciação teórica, jurídico-dogmática e metodologicamente rigorosa de problema muito semelhante pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, com base na qual as deficiências dogmáticas e inconveniências políticas apontadas na decisão em pauta restam claras. Não se trata de ser pró ou contra o ativismo judicial do STF no âmbito de questões politicamente controvertidas, mas de se exigir certo rigor, pelo menos jurídico-dogmático e metodológico. Também e precipuamente o STF tem esse ônus. // In its ruling concerning the interpretation of the institution of family law established by the constituent from 1988 (article 226, § 3 of the Brazilian Constitution) and reiterated practically *ipsis litteris* by the civil legislator from 2002, the Federal Supreme Court (STF) intended to present a political and legal mark in favor of a (fair) political claim. With its strategic attempt to give a systematic interpretation for this specific constitutional provision, aiming to make the special constitutional protection to heterosexual unions go beyond its restrictive meaning to also encompass homosexual unions, the STF did not reach its goal, especially not from the juridical and constitutional point of view and probably also not from the political point of view, as evidenced by the comments developed in this article. Especially embarrassing is the lack of comprehension or the misunderstanding by the Court about the reach of fundamental rights, which must serve as its decision-making parameter and, especially, the distinction between fundamental rights of freedom and equality, on one hand, and institutional guarantees, on the other, as in the case of the institution of stable civil unions. In addition, as it has been happening lately in the STF's jurisprudence, the use of the legal-dogmatic

figures with Germanic origin known as “interpretation according to the Constitution” remains skittish. It has also been recurrent some rhetorical excesses, with barely disguised supposed erudition and mastery of German constitutional law. This article reveals the theoretical, legal, dogmatic and methodologically rigorous approach given by the Federal Constitutional Court of Germany to a very similar case, compared to which the dogmatic and political deficiencies and inconveniences in the STF’s ruling here in question become clear. It is not about being pro or against the judicial activism of the STF under politically controversial issues, but requiring some accuracy, at least legal-dogmatic and methodologically speaking. The Federal Supreme Court also - and specially - has this burden.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Proteção constitucional da união estável; união de pessoas do mesmo sexo; garantias institucionais como categoria de direito fundamental; interpretação conforme a Constituição. // Constitutional protection of the stable civil union; stable civil union between same-sex couples; institutional guarantees as a category of fundamental rights; interpretation according to the constitution.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFRN. Doutor em direito constitucional pela Humboldt University, Berlin, Alemanha. // Professor of the undergraduate and graduate Law programs of UFRN. Doctor of constitutional law by the Humboldt University, Berlin, Germany.

>> AGRADECIMENTOS // ACKNOWLEDGEMENTS

O artigo representa um resultado parcial de pesquisa realizada na Humboldt University, Berlin, entre dezembro de 2011 e fevereiro de 2012. Tal pesquisa só foi possível graças ao fomento do Programa para Alumni da Alexander-von-Humboldt-Stiftung (AvH). À AvH, meus mais distintos agradecimentos. // This article represents the partial result of the research carried out at the Humboldt University, Berlin, between December, 2011, and February, 2012. This research could only succeed thanks to the support of the Alumni Program of the Alexander-von-Humboldt-Stiftung (AvH), to which I express my gratitude.

1. INTRODUÇÃO¹

Envolto em constantes e aparentemente infundáveis escândalos, a maior instância política da sociedade e Estado brasileiro, o Congresso Nacional com suas duas casas, vem cada vez mais cedendo espaço político ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, como o guarda da Constituição, tem a função de aplicá-la, também como órgão jurisdicional de última instância. Suas decisões têm, quando prolatadas em sede de controle normativo abstrato, os conhecidos efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Não se vislumbra no horizonte político e institucional uma reversão dessa tendência. O mais novo protagonista do cenário político brasileiro supre lacunas legislativas e corrige decisões judiciais eivadas de inconstitucionalidade. Por outro lado, muitas vezes avança o sinal constitucional delimitador de suas competências. Chega a funcionar, em alguns casos, até mesmo como poder constituinte permanente quando ignora alguns cânones jurídico-hermenêuticos com fórmulas que lhe são convenientes, como aquela decorrente da afirmação de mutação constitucional.²

Esse ativismo (para os mais críticos: decisionismo) do STF tem servido, todavia, para suscitar debates sociopolíticos relevantes, que deveriam, no entanto, ter eclodido bem antes perante as instâncias da democracia representativa e sua complementação deliberativa. É o caso da decisão a ser aqui brevemente comentada.

Em face de tal diagnóstico é dever da comunidade jurídico-científica acompanhar criticamente o desenvolvimento da jurisprudência do STF, sobretudo quando se tratar da concretização de direitos fundamentais. Deve fazê-lo com todo rigor, autonomia e sem concessões de natureza político-partidárias que são, por excelência, totalmente estranhas ao subsistema social científico. Isso, por óbvio, malgrado todo o respeito que a Corte e seus membros individualmente merecem.

2. SÍNTESE DO CASO

Em ação do controle normativo abstrato (ação direta de inconstitucionalidade), requereu-se que o artigo 1723 do Código Civil fosse interpretado conforme a Constituição, a fim de que os efeitos da chamada união estável fossem estendidos a casais homossexuais.³ Buscou-se firmar a interpretação extensiva da expressão “entre o homem e a mulher” contida no dispositivo em pauta, a despeito de seu explícito caráter taxativo excludente, para que não somente os casais heterossexuais possam ter sua união reconhecida pelo Estado.⁴

Em ação proposta anteriormente (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – (ADPF) 132/RJ)⁵ e julgada conjuntamente com a ora comentada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277,⁶ buscara-se ampliar os benefícios previdenciários concedidos aos parceiros homossexuais, especificamente, pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (art. 1º e 2º da Lei Estadual 5.034/2007) para outras esferas sociais e unidades da federação,⁷ igualando-os no mesmo

regime jurídico daqueles servidores que se encontrem em união estável heterossexual. Não obstante as dúvidas abaixo referidas sobre a legitimidade jurídica de se criar pretorionalmente um instituto jurídico civil sem lastro legal ou constitucional, questionável já é se para o deferimento dos pedidos formulados nos processos originários, que configuraram uma das duas causas de pedir apresentadas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADPF 132,⁸ seria necessária uma extensão em abstrato dos efeitos previstos pelo constituinte para a união estável entre homem e mulher aos casais homossexuais.⁹ Deixar-se-á essa questão aqui em aberto para futura investigação.¹⁰

3. FUNDAMENTOS DA DECISÃO

3.1 PRELIMINARMENTE: PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COLEGIADA

Verificar quais os fundamentos de uma decisão do STF não é tarefa das mais fáceis, principalmente por causa da ausência de uma redação colegiada. Frequentemente, sequer as ementas são elucidativas, pois, por intermédio delas, nem sempre se logra trazer a um sistema todas as opiniões e fundamentos jurídicos produzidos nos votos dos membros da Corte que participaram do julgamento.¹¹ Acórdãos unânimes que determinam a parte dispositiva da decisão são, com a mesma incômoda frequência, baseados em fundamentos os mais diversos e por vezes até contraditórios entre si.¹² Sem embargo, as presentes referências aos “fundamentos da decisão” levam em consideração precipuamente os argumentos produzidos no voto do relator, uma vez que se pressupõe que se trata do membro da Corte que mais intensamente analisou os autos e a questão jurídico-constitucional neles suscitada. Além dessa plausível presunção, a proeminência do voto do relator tem fundamento em dispositivo do Regimento Interno da Corte (art. 93 do RISTF).

3.2 DECISÃO, EFEITOS E SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS TRAZIDOS NO VOTO DO RELATOR

A ADPF 132 foi recebida, por decisão unânime, como ADI 4277. No mérito, também por decisão unânime, que tem sabidamente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, decidiu-se pela procedência da ADI.¹³

Pela decisão, em síntese, foram estendidos aos casais homossexuais todos os efeitos da união estável prevista no art. 226, §3º, da Constituição Federal (CF), porque aqueles casais configurariam uma “entidade familiar”, no sentido do art. 226, §3º, da CF. Entre os direitos decorrentes, estaria o “direito de adoção”, previsto no art. 227, §5º, da CF.

No que concerne aos, assim chamados, motivos determinantes, o relator elencou vários preceitos constitucionais afirmadamente violados por uma interpretação literal do art. 1723 do Código Civil e do art. 226, §3º, da própria CF, tais como: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); pluralismo

político (art. 1º, V), que ele entende por sócio-político-cultural; vedação à discriminação por orientação sexual (art. 3º, IV); igualdade, que ele cunha como “civil-moral” (art. 5º, *caput*); legalidade (art. 5º, II); intimidade e vida privada (art. 5º, X).

Mencionando as referidas normas constitucionais sem se aprofundar nos seus respectivos exames, entendeu que o art. 226, §3º, da CF “não proíbe” a união estável de pares homossexuais, porque representaria uma “norma geral negativa no sentido kelseniano”, dada a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º da CF). Existiria uma aceitação social correspondente ao silêncio constitucional quanto à proibição.¹⁴

4. LEITURA CRÍTICA

4.1 APORIAS E OMISSÕES

O voto do relator não enfrentou a questão objeto do exame a partir do específico parâmetro constitucional aplicável que é o art. 226, §3º, da CF. Em primeiro lugar, a tese da não proibição não tem o condão de estabelecer uma nova interpretação para o taxativo teor do art. 226, §3º, da CF. Não ser proibido implica tão somente que um *comportamento* não possa ser sancionado, e não que o Estado deva assegurar a alguém ou a um grupo social uma *proteção especial de caráter institucional*. Nesse ponto, ignora-se a função e preciso alcance do princípio da legalidade como direito fundamental subsidiário de resistência – ou de defesa como traduz comumente a doutrina pátria o conceito germânico de *Abwehrrecht* – contra intervenções estatais, em face das funções administrativa e jurisdicional do Estado.¹⁵ Também, em relação à conversão da união estável em casamento de que trata o art. 226, §3º, *in fine*, da CF, a situação jurídica é de reconhecimento da livre discricionariedade legislativa que pode ser usada, inclusive, não só para a conversão geral da união estável em casamento, mas também para alargar o instituto, tendo em vista o alcance de casais homossexuais. O constituinte fixa não só os parâmetros formais, como, também e precipuamente, os parâmetros jurídico-materiais para o exercício das três funções estatais clássicas, a começar pela legislativa. Tendo em vista a supremacia das normas constitucionais, causa estranheza essa argumentação em torno da legalidade, pois a Constituição não é o *locus* jurídico da proibição de condutas de particulares.¹⁶

A partir desse equívoco jurídico-dogmático em torno do conceito constitucional do princípio da legalidade, falou-se em insegurança jurídica que poderia suscitar nova provocação (indevida) do STF. Isso porque se derivou do princípio da legalidade, que encerra o efeito da ordem de abstenção de medidas estatais potencialmente violadoras (*status negativus*), um efeito prestacional (*status positivus*) que ele não tem. Tendo sido incorretamente trazido e interpretado o parâmetro constitucional da legalidade, a consequência jurídica de se verificar uma omissão legislativa medida por ele também não tem como

ser procedente. Até aqui não há uma omissão legislativa constatável a partir de parâmetro constitucional.

Não há como se verificar também uma incompatibilidade entre o *objeto* do exame, art. 1723 do Código Civil, e o único *parâmetro* de julgamento adequado, que é o art. 226, §3º, da CF, pois o primeiro praticamente reproduz o teor do último.¹⁷ Essa ausência de incompatibilidade suscitou a mais radical aporia da decisão. Todavia, o dispositivo constitucional em comento não proíbe, de fato, o legislador ordinário de, ao fazer uso de sua discricionariedade e com legitimidade democrática, estender o instituto da união estável aos casais homossexuais. Porém, só em face do legislador faz sentido a tese da não proibição, conforme se verá na reconstrução abaixo proposta à luz do direito comparado. Em face dos particularidades, a tese da não proibição é inócua e sem nenhum sentido, porque falta a forma jurídica baseada na previsão legal de um instituto jurídico.

Não se trata também da proibição de uniões de fato entre homossexuais, nem do sancionamento de nenhuma conduta pertinente à sua autonomia sexual, mas de sua institucionalização jurídica por intermédio da criação de um instituto jurídico-privado. O legislador civil pode, em qualquer tempo, mudar o conteúdo do art. 1723 do Código Civil, retirando dele a expressão “entre o homem e a mulher”. Não obstante, em face do propósito de se evitar possíveis revogações ou derrogações parlamentares, faz-se necessária a expressão do poder constituinte derivado por intermédio de uma Emenda Constitucional (EC) de tal sorte a retirar também do texto do art. 226, §3º, da CF a referida expressão restritiva. Tal EC, ao modificar o parâmetro constitucional, teria também o efeito de suscitar inconstitucionalidades por omissão em face da nova ordem de proteção destinada ao legislador e por tratamento desigual em face do art. 5º, *caput* da CF.¹⁸

Também, a “interpretação conforme a Constituição”, técnica decisória de mitigação dos efeitos da coisa julgada proveniente do direito constitucional alemão e tão recorrentemente abusada na jurisprudência do STF,¹⁹ pressupõe amplo debate entre as várias interpretações possíveis, devendo a Corte escolher aquela que for a mais compatível com os parâmetros constitucionais aplicáveis. Esse debate entre as interpretações possíveis não ocorreu no caso em tela - como praticamente nunca ocorre em outros casos nos quais fora alegada, nos votos de todos os membros da Corte que participaram do julgamento. Houve, portanto, uma má utilização dessa técnica de modulação de efeitos da coisa julgada, que tem, no direito constitucional alemão de onde provém, a função de preservar a lei de uma declaração de nulidade. Na prática jurisprudencial constitucional brasileira, o uso dessa técnica tem servido, como já aludido, à usurpação de competências legislativas pelo STF.²⁰

Os demais parâmetros trazidos no voto do relator e nos demais, ora não são relevantes, ora não são aplicáveis ao caso em pauta. Não há que se falar, por exemplo, em violação da igualdade de gênero, pois casais homossexuais femininos ou masculinos são tratados da mesma forma pela lei,²¹ e também não se pode falar em possível violação da igualdade geral, pois a configuração infraconstitucional do direito de família

reflete a evolução sociopolítica de um instituto jurídico, submetida ao debate público e à relativa discricionariedade legislativa.²² Também não há como trazer à pauta o parâmetro do direito fundamental à igualdade especial perante discriminações específicas (art. 5º, *caput* c.c. art. 3º, IV da CF). Chega-se a essa conclusão em três passos. Primeiro: procede a tese de que dessa aplicação sistemática podem derivar não somente deveres de abstenção estatal (não discriminação), como também deveres estatais de discriminação positiva. Segundo: o rol dos proibidos *discrimina* elencados no art. 3º, IV, podem ser, de fato, utilizados, dialeticamente, para legitimar uma discriminação positiva (“ações afirmativas”). Mesmo não sendo mencionada a discriminação por “orientação sexual” pelo dispositivo constitucional em pauta, por não ser taxativo (“[...] e quaisquer outras formas de discriminação”), ele acaba por vedar também a discriminação negativa em razão da orientação sexual ou sexualidade como elemento da autonomia pertinente ao livre desenvolvimento da personalidade. Terceiro: todavia, falta qualquer relação entre a configuração do instituto do casamento e união estável perpetrada pelo legislador de acordo com sua visão tradicional do casamento e uma discriminação *negativa*²³ em razão da orientação sexual de indivíduos ou grupos sociais, pois, logicamente, qualquer indivíduo de orientação homo- ou bissexual pode se casar, atendidas as condições igualmente estabelecidas para todos.²⁴ A orientação sexual para se casar é absolutamente irrelevante. Não há, na situação jurídica em comento, um *tertium comparationis* sob o qual pudessem ser subsumidos pessoas ou grupos de orientação heterossexual e pessoas ou grupos das demais orientações sexuais que estivessem sofrendo com um tratamento desigual dificilmente justificável constitucionalmente. Muito diferente é o caso da proibição de casamento entre pessoas de etnias, classes sociais ou religiões diferentes.²⁵

4.2 CONTEÚDO JURÍDICO-DOG MÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL DO ART. 226 DA CF À LUZ DO DIREITO COMPARADO ALEMÃO (ART. 6, I GG)

Ao contrário do constituinte alemão, no art. 6, I *Grundgesetz* (GG), segundo o qual “casamento e família encontram-se sob especial proteção da ordem jurídica estatal”, o constituinte brasileiro, no art. 226, *caput*, da CF, só submeteu a família, enquanto “base da sociedade”, à “especial proteção do Estado”. O casamento só aparece nos §§1º e 2º do mesmo art. 226, tendo o constituinte se limitado a defini-lo como “civil” e garantido a gratuidade de sua celebração (§1º) e a extensão do efeito civil do casamento religioso nos termos da configuração infraconstitucional (§2º). A diferença é significativa por duas razões: primeiro, para a interpretação do casamento como possível decisão axiológica do constituinte, claramente presente no sistema constitucional alemão, mas ausente no brasileiro. Segundo, para o reconhecimento da diferença funcional entre casamento e família com repercussões parecidas nos dois sistemas e com grande relevância para o caso da decisão em comento.

Em ambos os sistemas normativo-constitucionais têm prevalência, todavia, as semelhanças. Como o casamento é “ao mesmo tempo uma construção social e jurídica”²⁶ e no cerne de seu conceito está a imagem do casamento civil (burguês) mundano e fechado pelas formas juridicamente previstas, ele encerra no direito brasileiro como direito fundamental oponível contra todos os órgãos estatais (incluindo o titular da função legislativa) pelo menos duas das três funções ou categorias identificadas na dogmática jusfundamental alemã. Como direito de resistência (*Abwehrrecht*), ele alberga várias faculdades individuais a começar pela escolha de se casar, com quem e quando se queira, além da livre configuração da vida conjugal sem intervenções estatais. Como tal, aproxima-se dos direitos de personalidade que funcionam como direitos subsidiários em relação a ele. Mas é como garantia institucional como ordem objetiva que se vincula o legislador no sentido de obrigá-lo a configurá-lo infraconstitucionalmente, i.e, dar-lhe a forma jurídica necessária a fim de constituí-lo como instituto do direito civil de família. Para tanto, o legislador tem uma ampla margem discricionária de conformação, sendo-lhe vedado tão somente não o conformar (omissão total) ou fazê-lo de maneira muito distante do conceito constitucional de casamento. O legislador deve, nesse momento de configuração, observar os princípios estruturais derivados do conceito constitucional de casamento. A esses pertencem sem dúvida aqueles elencados pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão e corroborados pela literatura especializada em face da ordem jurídico-constitucional daquele país: como o casamento é uma comunhão, em princípio (mas não sem exceções), para toda a vida, firmada sob participação do Estado, que liga um homem e uma mulher com intenção e promessa recíprocas de solidariedade, compõem seus atributos conceituais: a) participação estatal; b) princípio da intencionada indissolubilidade; e c) a heterossexualidade.²⁷

Como dito, não está presente no sistema constitucional brasileiro a terceira função pertinente ao direito fundamental de casamento, presumindo-se aqui o caráter de direito fundamental do art. 226, §3º, da CF,²⁸ de decisão axiológica e o dever dela derivado de proteção especial do casamento. Isso é corroborado pelo §3º com sua admissão expressa de outra forma de vida conjugal que é a união estável entre homem e mulher. A consequência jurídico-dogmática é uma total “liberdade” do legislador para acabar com o privilégio da forma de vida do casamento tradicional que, de maneira axiologicamente neutra, sobretudo no que tange à sexualidade ou orientação sexual das pessoas, foi submetida à especial proteção da ordem jurídica estatal germânica para cumprir a *função de reprodução*, ao passo que a proteção da família sempre cumpriu a *função de socialização* no sentido de fomentar comunidades solidárias (*Einstandsgemeinschaften*), não necessariamente conectadas de maneira intrínseca pelo critério de laços sanguíneos.

Por isso que se verifica na decisão e nas fundamentações dos votos em comento um elementar equívoco jurídico-dogmático. Não se reconheceu tratar-se de um direito fundamental cujo conteúdo não é, pelo menos solitariamente, um *comportamento* individual ou coletivo. Ele

não se exerce e se esgota em uma conduta do titular do direito (liberdade “natural”), como todos os direitos fundamentais estritamente de liberdade. Trata-se, ao contrário, de um direito fundamental de cunho ou marca normativa. Mais precisamente, a área de proteção de tais direitos fundamentais (casamento, herança, propriedade; entre outros) é cunhada normativamente (*normgeprägter Schutzbereich*).²⁹ Assim, ainda que a união estável seja um fato social, como ocorre com a posse no sistema de proteção do direito fundamental à propriedade, sua tutela jurídica é marcada por um instituto jurídico civil, isto é: cunhada por normas. Não se trata, portanto, pelo menos como garantia institucional, de um direito de liberdade cujo efeito é a obrigação de todos os órgãos estatais das três funções clássicas de se absterem de ações interventoras não justificadas por limites constitucionais previstos para os mesmos direitos fundamentais de liberdade; com a atuação dos princípios da legalidade e, na perspectiva teórico-constitucional, do princípio distributivo.³⁰

Quando se trouxe, na decisão do STF, o parâmetro do direito fundamental de igualdade, não se demonstrou sequer sua pertinência ou idoneidade como parâmetro aplicável à situação jurídico-constitucional, quanto menos se procedeu a um verdadeiro exame normativo de constitucionalidade. Além da ausência de um *tertium comparationis*, imprescindível para aplicação do parâmetro do direito fundamental à igualdade geral, e da ausência de tratamento desigual em função do gênero, a vedação de discriminação “de qualquer natureza” do art. 3º, IV, da CF não garante a equiparação pretendida. Esse gênero comum (*tertium comparationis*) sob o qual podem ser comparadas as espécies de modos ou formas de vida conjugal só pode ser o *estado civil* que é justamente cunhado pelas normas configuradoras dos institutos em pauta do casamento e da união estável entre homem e mulher, ambos com lastro constitucional. Como norma especial de proibição de discriminação, só se proíbe a discriminação de casados ou parceiros em união estável na comparação, sobretudo, com solteiros,³¹ pressupondo-se, portanto, as situações jurídicas já institucionalizadas pelo legislador ordinário. Por isso que, materialmente, a equiparação pretendida é pertinente exclusivamente ao exercício da competência configuradora do instituto pelo legislador pautada na tradição e evolução do instituto cível que, por excelência, responde à transformação histórica dos valores sociais, passando ao largo do problema da discriminação negativa ou mesmo da discriminação positiva para os efeitos de abertura da “área da vida social” (área de “regulamentação”) da dogmática específica do direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput* c.c. art. 3º, IV da CF).³²

No que tange aos direitos fundamentais de personalidade lastreados no art. 5º, *caput* c.c. art. 5º, X, da CF, notadamente à acepção que aqui mais interessa da autodeterminação que abrange também a livre orientação sexual e a livre escolha pela composição de uma família de acordo com o autoentendimento dos titulares, deve-se atentar para a função de tal direito fundamental, especificamente para que dever estatal ele ordena. Como no direito constitucional alemão (art. 2, I GG), trata-se também de um dever de abstenção que pode ter exceções, em verdade acréscimos

dada a possibilidade de re-subjetivação reconhecidos pela dogmática do dever estatal de tutela em face de riscos às liberdades provenientes de particulares. A verificação de que se trata de um dever de abstenção decorre do teor e da interpretação sistemática dos dispositivos trazidos à pauta. O constituinte brasileiro definiu a liberdade geral do art. 5º, *caput*, da CF como direito fundamental subsidiário e algumas de suas concretizações no inc. X como sendo “invioláveis”, o que indica que seus destinatários, i.e., os órgãos titulares da três funções estatais, devem abster-se de intervir no livre exercício de tais direitos sem antes proceder a uma (tentativa de) justificação constitucional. De uma interpretação sistemática entre o direito à liberdade de *status negativus* e o direito fundamental ao casamento do art. 226, *caput*, da CF, na sua acepção de direito de resistência (*Abwehrrecht*), podem sim derivar mandamentos de abstenção, ou pelo menos, de intervenção justificada, que na prática, porém *pontualmente*, têm o condão de produzir efeitos muito semelhantes aos efeitos de abstenção em face do casamento ou união heterossexual, como, por exemplo, a livre escolha do parceiro, do momento de iniciar a união, da configuração interna (distribuição de funções e papéis familiares) etc. Isso porque, em sua função como direito de resistência, o casamento abrange as faculdades subjetivas vistas acima, não sendo (mais) a conjunção carnal o elemento estrutural do casamento, dê-se esta com pessoa do mesmo sexo ou de qualquer outra forma. No que tange à sexualidade, trata-se de um tabu intransponível ao Estado. Qualquer medida que intervenha aqui não poderia ser legitimada por nenhum limite constitucional, sendo de plano violadora da liberdade.³³

Muito menos anuência merece a leviana e muito abusada afirmação de relevância da não configuração legislativa de um instituto jurídico para a observância do princípio fundamental da República Federativa do Brasil (RFB) da dignidade da pessoa humana, tal qual prescrito pelo art. 1º, III, da CF. Além da falta de método jurídico observável na presente e em outras decisões de relevância macropolítica, a interpretação sistemática sugerida por alguns membros da Corte, segundo a qual a regra específica e taxativa do art. 226, 3º, da CF, não deveria ser aplicada em razão da suposta violação da dignidade e outros princípios constitucionais, ultrapassa a fronteira de observância de mínimos *standards* de racionalidade jurídica. Com efeito, sabidamente, não se pode resolver supostas antinomias entre uma regra específica e tantas outras genéricas apontadas (princípios constitucionais) que se encontrem no mesmo patamar hierárquico³⁴ com referência à regra genérica. Nesse ponto, houve clara inversão da regra *Lex specialis derogat legi generali*.³⁵ De resto, foram trazidos vários dispositivos constitucionais como figuras retóricas para a defesa de teses políticas ou até mesmo político-partidárias.

Portanto, jurídico-dogmaticamente, o art. 226, 3º, da CF, contém tão somente um mandamento constitucional, destinado, em primeira linha, ao legislador civil (*Gesetzgebungsauftrag*)³⁶ para que este configure a especial proteção da união estável heterossexual, reconhecendo o já histórico fato social do número elevado de casais heterossexuais que constituem família à revelia do matrimônio. Por outro lado, com essa escolha

político-constitucional, o constituinte brasileiro, ao contrário do que fez o constituinte alemão da *Grundgesetz* de 1949, relativizou como visto a proteção constitucional do próprio casamento. Isso implica reconhecer que uma atuação legislativa em prol da criação do instituto da união estável homossexual não poderia ser questionada quanto à sua constitucionalidade, muito menos a atuação do constituinte derivado no sentido de ampliar a ordem de proteção do art. 226, 3º, estendendo-a também aos casais homossexuais.

4.3. DE CONSTITUTIONE FERENDA ET DE LEGE FERENDA

As conclusões jurídico-dogmáticas acima podem causar perplexidade. Para os defensores da justa causa de equiparação civil dos efeitos da união estável homossexual pouco importa de qual instituição política estatal efetivamente provém a defesa de seus desideratos, se do STF ou do Congresso Nacional. Por isso, é compreensível a ótima repercussão que a decisão teve entre os adeptos da causa em apreço. Porém, a bem vinda equiparação só poderá ser imposta consistentemente, do ponto de vista jurídico, com a atuação, pelo menos, do legislador ordinário, quicá um dia do constituinte derivado para que a equiparação não mais se submeta à livre discricionariedade da política legislativa do Congresso Nacional.

Para além do problema jurídico-dogmático, essa consistência repercute na consistência do sistema político como revela a evolução da jurisprudência do TCF alemão que dialoga constantemente com a Câmara Federal (*Bundestag*), apesar de sua competência de cassação de leis inconstitucionais.

Antes da decisão aqui amplamente referida e cuja estrutura foi reproduzida no anexo, em âmbito de direito de família sobre o qual incidem as normas definidoras de direitos fundamentais,³⁷ o TCF foi julgando, paulatinamente, a partir das devidas provocações, como inconstitucionais normas “patriarcalistas” do *Bürgerliches Gesetzbuch* BGB (Código Civil alemão), dando prazo para o legislador promulgar normas compatíveis com a *Grundgesetz* (GG), o que suscitou uma palpável e consistente evolução do direito de família nesse sentido.³⁸

Depois da decisão referida, que julgou a criação pelo legislador do instituto da união registrada entre pessoas do mesmo sexo como compatível, principalmente com o parâmetro da ordem de especial proteção do casamento e família do art. 6, I GG, o TCF continuou sendo provocado para verificar possíveis inconstitucionalidades de decisões judiciais e leis, desta vez com correção em face do parâmetro da igualdade geral do art. 3, I GG e do livre desenvolvimento da personalidade acrescido do dever de observância e proteção da dignidade da pessoa humana (art. 2 I c.c. art. 1 I GG). Julgou, por exemplo, inconstitucionais, decisões judiciais que interpretavam dispositivos previdenciários no âmbito das uniões registradas.³⁹ Também foi provocado, principalmente por intermédio do controle concreto proposto por juízes e tribunais instanciais (art. 100, I GG), para avaliar a compatibilidade de dispositivos da específica lei de registros públicos para transexuais (*Transsexuellengesetz* - TSG)⁴⁰. Vários

dispositivos da TSG implicavam, já em tese, discriminação de pessoas transexuais e foram sendo derrubados, de maneira consequente e dogmaticamente rigorosa, em pelo menos quatro decisões.⁴¹ Por fim, em 19 de fevereiro deste ano de 2013,⁴² o TCF julgou, a partir de idôneas provocações processuais do controle normativo concreto⁴³ e de uma reclamação constitucional⁴⁴, dispositivos da própria lei da união registrada entre pessoas do mesmo sexo (*Lebenspartnerschaftsgesetz* - LPartG), qual seja: o §9, VII LPartG, inserido em 2004, como incompatível com o art. 3, I GG (igualdade geral). Havia sido questionado, em ambos os procedimentos conjuntamente julgados, se o inserido §9, VII LPartG seria compatível com a GG, na medida em que ele veda aos parceiros na união registrada a possibilidade jurídica de adotar como seu filho a criança já adotada pelo parceiro (na chamada adoção sucessiva - *Sukzessivadoption*), ao passo que no §1742 BGB se abre a possibilidade da adoção sucessiva e o §9 VII LPartG permitia tão somente a adoção do filho biológico do parceiro na união registrada (adoção de enteado - *Stiefkindadoption*).

Certamente, os juizes do TCF dispensam, no caso, o rótulo de “progressistas” pelo simples fato de não responderem politicamente por suas decisões ao contrário dos membros do parlamento.

Por sua vez, ao criar o instituto paralelo da união estável em razão de um dado social relevante, qual seja: existência de muitas uniões duradouras informais, principalmente junto à população mais carente; o constituinte brasileiro acabou criando um novo instituto que, como demonstrado, muito relativizou a relevância do casamento civil. Este deve estar, na Constituição, como instituto de direito privado que essencialmente é, no caso brasileiro, com o único propósito de impedir sua revogação pelo legislador civil.⁴⁵ Disso decorre novamente uma conclusão jurídico-dogmática a ser considerada em futuras proposições legislativas: como também reiteradamente demonstrado, a Constituição não proíbe o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas também ainda não o garante, pois não se trata de um direito de *status positivus*, como o são os direitos sociais.

Não obstante, tendo em vista a *Realpolitik* brasileira, causa compreensível insatisfação a assertiva de que cabe ao legislador federal conformar o instituto do casamento de acordo com seu critério e com base em sua legitimidade democrática, pois a consequência é reconhecer que deixar de configurar um instituto jurídico que atenda a reivindicações políticas de um determinado *miliéu* não é, em si, discriminar, muito menos violar a dignidade humana. Reivindicação política se traz, no entanto, ao parlamento por partido político e se submete ao debate público e democrático. Tentar forjar judicialmente um instituto jurídico que satisfaça ao desiderato de uma minoria não é ordenado juridicamente, sendo pouco indicado também politicamente. Se a dogmática jurídico-constitucional não serve ao propósito da pretendida equiparação, busca-se no fundamento justeórico da missão da Justiça constitucional de ensinar decisões contramajoritárias para garantia de interesses da minoria a legitimação de uma decisão de Corte suprema que ora sacraliza, ora demoniza o texto constitucional.⁴⁶

Porém, a segurança jurídica, mencionada em um dos votos, para casais homossexuais pode ser, pelo menos em parte, conseguida por contratos e testamentos, não tendo como prescindir da lei que deve regulamentar muitos detalhes que devem ser objeto de deliberação parlamentar, devidamente instruída pela opinião pública leiga e pelas opiniões especializadas. Pelo contrário, é o decisionismo judicial que causa insegurança jurídica.

Não há dúvida de que o constituinte e o legislador ordinário partiram da concepção tradicional do casamento de inspiração não só religiosa cristã, como primeiro passo para constituição de família (“crescei e multiplicai-vos”), mas também como remetente ao *oikos* grego.⁴⁷ Porém, independentemente do alcance dos conceitos de casamento ou união estável, o conceito de “família” mesmo, no sentido do art. 226, *caput* (não somente: “entidade familiar”, no sentido já aparentemente enfraquecido dado pelo seu §3º) pode ser interpretado no sentido de abarcar todas as modernas formas alternativas de família, dada a relevância da filiação na percepção de direitos fundamentais de personalidade de solteiros ou qualquer tipo de casal ou comunidade solidária (poligamia) no campo, sobretudo, da adoção. Não que haja um direito fundamental à adoção, mesmo porque esse não existe também para os casais casados ou que vivam em uniões estáveis heterossexuais, pois, como se sabe, parte-se sempre do interesse do menor (como limite a direitos fundamentais de resistência: liberdade e igualdade em seus sentidos amplos), sendo que, aqui sim, qualquer vedação ou tratamento desigual sofrido por solteiros ou casais homossexuais implica necessariamente violação da liberdade e, mais frequentemente, discriminação em razão de orientação sexual ou de consciência (visão de mundo). Tudo isso ainda, todavia, pelo menos de *constitutione lata* com implicações também para o legislador na espécie.

Certamente, tais reconhecimentos jurídico-dogmáticos constitucionais ainda não bastam para quem busca, com propriedade, a mais ampla equiparação. Porém, imaginar que tal equiparação forjada pretorianamente, ao arrepio do direito constitucional vigente, possa servir de instrumento de combate às discriminações e à hedionda homofobia ocorrentes nos vários subsistemas sociais e expressadas nas ruas por covardes ataques, pode representar um prognóstico otimista que, no entanto, ainda muito carece de dados empíricos para seu embasamento. Relevante para a interpretação dos parâmetros jurídico-constitucionais tão levemente trazidos e interpretados pelo STF da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tal prognóstico não é. No mais, casos de homofobia extrema ligada a crimes graves consumados ou tentados (homicídio, lesão corporal, entre outros) não esmaeceram com a decisão do STF e, talvez, produzam inclusive o efeito contrário de despertar o “espírito de luta”, para usar um eufemismo, de linhas ideológicas extremistas de direita conservadora ou de simples mentecaptos inaptos ao convívio social plural e multicultural. Imprescindível para a proteção de direitos fundamentais de liberdade é o Estado cumprir seu dever de tutela em face a agressões de particulares (*Schutzpflichten*), por intermédio de uma política legislativa, principalmente legislativo-penal

consistente. Como o próprio eufemismo “*salonfähig*” (socialmente aceitável) da “homoafetividade” sugere, importante parece ser satisfazer um compreensível desiderato do *miliéu*, mas não combater de fato as violências contra expressões da sexualidade entre pessoas do mesmo sexo baseadas em fortemente enraizados preconceitos sociais. Em um país tropical e em tempos de celebração exacerbada da sexualidade, o que se faz necessário é um ambiente social no qual pessoas do mesmo sexo possam expressar *em público* e da mesma forma que casais heterossexuais sua sexualidade, sem temer serem agredidas, inclusive por eventuais hipócritas de plantão que querem ver tal sexualidade restrita quando muito (porque, aqui, afinal fala-se em “afeto” e “afetividade”) a quatro paredes.⁴⁸ Se esse ambiente pode ser fomentado por leis? Isso pode ficar em aberto. Por decisões judiciais, supostamente bem intencionadas, certamente ele não pode ser fomentado.

Proclamar como fundamento de uma decisão judicial coisas que mais se parecem com “mensagens criptografadas”, tamanha a ininteligibilidade do que se quer dizer, como a que haveria uma “unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa mesma” em nada contribui, portanto, ao que realmente interessa tanto ao *miliéu* quanto a toda a coletividade. Nada supre a ausência do debate partidário civilizado. A necessária consistência não pode ser alcançada por uma decisão judicial que mais parece preocupada em firmar uma imagem institucional progressista do que com sua legítima missão jurídico-constitucional.

ADENDO

COMPARAÇÃO ENTRE AS ESTRUTURAS DO VOTO DO RELATOR NA ADI 4.277 E A DECISÃO DO TCF ALEMÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LPARTG (OU LPARTDISKBG)

Uma decisão jurídico-constitucional bem fundamentada no direito constitucional vigente não pode prescindir de uma boa estrutura, cujos elementos de partida são os parâmetros constitucionais encerrados nos específicos dispositivos. Controle normativo pressupõe clareza sobre as duas normas que devem ser comparadas com base no critério hierárquico: o(s) objeto(s) e o(s) parâmetros. Não são referências a princípios implícitos ou explícitos no texto constitucional e ao famigerado “espírito” da Constituição “democrática”, “cidadã”, “solidária” ou qualquer outro adjetivo que se lhe dê que referendarão uma decisão judicial como racional-jurídica e, portanto, correta.

A comparação das estruturas do voto do relator da ADI 4.277 e da equivalente decisão do TCF alemão demonstram cabalmente as insuficiências jurídico-dogmáticas por vezes encontradas nas decisões do STF, principalmente naquelas de relevância macropolítica como é o caso da presente decisão. No caso decidido pelo TCF alemão, tratava-se do julgamento conjunto de duas proposições de controle normativo abstrato, apresentadas por três governos estaduais, no início da década passada. Os três referidos Governos Estaduais, que eram sustentados por maiorias compostas, precipuamente, por parlamentares do partido de centro-direita CDU, voltaram-se em suas proposições contra uma lei que criou o instituto da união registrada de casais homossexuais, como instituto paralelo ao casamento, mas especificamente para aquelas pessoas que não poderiam se casar em razão justamente da inexistência até então de tal instituto e a decidida negação pela literatura constitucional dominante de qualquer mutação constitucional em torno do alcance tradicional do conceito de casamento. O principal parâmetro foi o art. 6, I GG que ordena ao Estado a especial tutela do casamento que poderia ser, em tese, ameaçado por um instituto concorrente, como o novel instituto criado pelo legislador ordinário voltado aos casais homossexuais.

I. ESTRUTURA DO VOTO DO RELATOR DO ACÓRDÃO DO STF NA ADI 4277:

O voto foi estruturado em 37 parágrafos enumerados como de praxe nos instrumentos peticionais de partes processuais:

1. Parágrafos 1 a 6 (ou 15 a 19, quando considerados os 14 parágrafos do relatório):

- Adequação procedimental e pertinência temática: No caso: interesse processual de agir do Governador do Estado do RJ está presente segundo o voto do relator.

- Possibilidade jurídica do pedido? “Interpretação conforme a Constituição” dos dispositivos atacados.
- Conhecimento da ADPF como ADI após o seguinte texto: “Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”.
- 2. Parágrafo 7 (20): “Merecem guarida os pedidos (...) de interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal impugnado (art. 1723 CC)”. União homoafetivas caracterizadas pela durabilidade, não clandestinidade e continuidade e anseio de constituição de família encontram respaldo na Constituição.
- 3. Parágrafos 8 e 9 (21 e 22): Análise do termo “homoafetividade”
- 4. Parágrafo 10 (23): “Passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações”. Referências ao art. 3º IV da CF e a outros que mencionam homem e mulher.
- 5. Parágrafo 11 (24): “Trata-se (...) de um labor normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana (...) embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral”.
- 6. Parágrafos 12 a 16 (25-29): Diferenças entre os sexos e o art. 3º IV CF. Interpretação do bem de todos e vedação de preconceitos. “Unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa mesma” (Parágrafo 16).
- 7. Parágrafos 17 a 20 (30-33): Função do direito como técnica de controle social e “intencional silêncio” da Constituição brasileira em face do uso do sexo para estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica corresponde à norma geral negativa kelseniana segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, que corresponde ao art. 5º, II da CF. Cabe ao livre arbítrio de cada um o livre uso de seu aparelho sexual.
- 8. Parágrafo 21 (34): Preferência sexual como “emanação do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF)”.
- 9. Parágrafos 22 a 24 (35-37): Uso da sexualidade corresponde ao exercício de outras liberdades fundamentais como intimidade e privacidade (art. 5º, X da CF)
- 10. Parágrafo 25 (38): Resumo.
- 11. Parágrafos 26 a 30 (39-43): “... cabe perguntar se a CF sonega aos parceiros homoafetivos (...) o mesmo regime protetivo que dela se depende para favorecer os casais heteroafetivos (...)”. Reprodução literal dos art. 226 e 227 da CF. Interpretação do art. 226 da CF. “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (...), salta à evidência que a parte mais importante é a cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela (...) é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal”. Faticidade do conceito de família. “Complexa instituição

social em sentido subjetivo”. Segue uma espécie de ode à família como espaço da realização de direitos fundamentais.

12. Parágrafos 31 a 34 (44-47): Família como “verdadeiro continente para tudo o mais”. Por isso, “deve funcionar como norte dos dispositivos em que o Capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita”. A “Constituição não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos”. Interpretação não reducionista do conceito de família. Proteção de família constituída por casais homossexuais tem que ser plena e não “mais ou menos”, concluindo sob menção de um verso atribuído ao médium *Chico Xavier*: “Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

13. Parágrafos 35 e 36 (48-49):

- Partindo “desse conceito normativo de família como base da sociedade e credora da especial tutela do Estado [passemos] à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição” (p. 42/49).
- O art. 226, § 3º da CF faz “reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte”. Mas: “casamento civil, aliás, regrado pela CF sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’”.
- Constituinte quis somente reforçar o direito fundamental de igualdade entre homem e mulher em face do patriarcalismo brasileiro.
- Seguem várias metáforas e a frase “que não se faça uso da letra da Constituição para matar seu espírito”.
- Identidade entre os conceitos de “entidade familiar” e “família”. Não existe “subfamília”.
- Casais heterossexuais não têm direito a não equiparação jurídica de casais homossexuais, “visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada”.
- Status de família também às famílias monoparentais. Adoção de menores deve ser estendida a casais homoafetivos, porque até solteiros podem adotar (menção ao art. 5º, II; 3º e 5º, § 1º da CF).

14. Parágrafo 37 (50): Conclusão: Julgamento de procedência das duas ações em causa, para o efeito de dar ao art. 1723 do CC “interpretação conforme a Constituição para dele excluir *qualquer significado* que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (destaque em itálico do autor).

II. ESTRUTURA DA DECISÃO DO TCF ALEMÃO (BVERFGE 105, 313)⁴⁹

RAZÕES

A.

(MATÉRIA: DESCRIÇÃO DOS FATOS E PROCEDIMENTO)

INTRODUÇÃO: DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONTROLE ABSTRATO

PROPOSTO: LPARTG (OU LPARTDISBG).⁵⁰

I.

Objetivo da lei: Por termo à discriminação sofrida por casais homossexuais e abertura da possibilidade de dar a tais parcerias enquadramento e proteção jurídicos.

1. Apresentação de dados sociológicos como estatísticas (ex.: ano 2000 viviam 47.000 casais homossexuais na BRD), sobre o desejo do reconhecimento de suas uniões etc., com fontes bibliográficas da literatura sociológica.
2. Descrição de iniciativas de lei para atendimento dessa demanda sociopolítica desde 1990 como um anteprojeto de lei do Partido Verde – BTDrucks. 11/197⁵¹ – e correspondente pressão do Parlamento Europeu. Análise histórica (precedentes) e genética (protocolos das discussões parlamentares no bojo do processo legislativo da lei atacada).
3. Descrição e análise de todos os dispositivos da lei promulgada.

II.

Reprodução (em discurso indireto) do conteúdo das argumentações relativas ao controle abstrato proposto pelos Estados-membros mencionados.

1. A lei seria, já do ponto de vista formal, inconstitucional.
 - a) Graças à divisão do projeto legislativo original em dois, com o objetivo de tornar a lei uma lei que não necessite da aprovação do *Bundesrat*, a nova lei estaria eivada de vício formal insanável.
 - b) No mais, a lei conteria regras extravagantes pertinentes à derrogação da lei de introdução à BGB (Código civil – EGBGB) que deveriam igualmente passar pela aprovação do *Bundesrat*.
 - c) Finalmente, outras questões formais fariam com que a lei como um todo fosse uma lei que carece da anuência do *Bundesrat* (*Zustimmungsbedürftiges Gesetz*)
2. A lei seria inconstitucional também do ponto de vista material:
 - a) Incompatibilidade da lei com a ordem constitucional de proteção do casamento e família do art. 6, I GG, pois a lei, ao criar um instituto jurídico paralelo da união homossexual, não estaria respeitando o dever estatal de distanciamento (*Abstandsgebot*) do instituto do casamento e da família derivados da garantia institucional tradicionalmente vislumbrada no art. 6, I GG.
 - b) Art. 6, I GG restaria também violado em razão da união homossexual

não impedir, em virtude do silêncio da lei, o casamento e com isso admitindo uma união paralela ao casamento, embora os vínculos obrigacionais da nova lei fossem incompatíveis com o casamento.

- c) A lei estaria intervindo também no poder familiar do parceiro sem filho com consequências patrimoniais relevantes em face do direito fundamental de herança do art. 14, I GG. O art. 14 I GG restaria violado no caso de se cercear a liberdade testamentária do parceiro sobrevivente. Também o art. 3 I GG (direito fundamental à igualdade) teria sido violado, pois outras uniões estáveis (heterossexuais) não disporem de tal proteção legal.

III.

Receberam oportunidade para manifestação na audiência (“participantes” e *amici curiae*): A Câmara Federal (*Bundestag*), o Conselho Federal (*Bundesrat*), o Governo Federal (*Bundesregierung*), os (16) governos estaduais (*Landesregierungen*), a Associação Científica para o Direito de Família, a Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha, a Confederação Alemã da Família e o Grupo de Trabalho (Coletivo) Ecumênico Homossexuais e Igreja.

1. O Governo Federal considera a lei compatível com a *Grundgesetz*.
 - a) Exame formal: Exame da divisão da lei para evitar a necessidade de colher a anuência do *Bundesrat*.
 - b) Exame material: A lei seria compatível com a *Grundgesetz* (art. 2, I; 6, I; 3 I; e 14, I GG)
2. a) Segundo o entendimento da Câmara Federal, as proposições do controle abstrato careceriam de fundamento.
 - aa) Os argumentos quanto à constitucionalidade formal são quase idênticos aos do Governo Federal.
 - bb) Exame material de constitucionalidade
- b) Participação de membros da Câmara Federal na audiência: *Renesse* (SPD), *Geis* (CDU/CSU), *Beck* (Partido Verde) e *Braun* (FDP), sendo que *Geis* (CDU/CSU) apresentou uma opinião divergente em relação à opinião do órgão constitucional Câmara Federal.
3. Posição do *Governo da Cidade-Estado Hamburg*: As proposições careceriam de fundamento referendando a argumentação do Governo Federal com pequenas nuances.
4. Posição do *Governo do Estado-membro Schleswig-Holstein*: As proposições careceriam de fundamento, sobretudo porque não se poderia derivar do art. 6, I GG uma proibição de reprodução do instituto do casamento para situações semelhantes.
5. Posição da *Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha*: A lei teria sido promulgada, formal e materialmente falando, em consonância com a *Grundgesetz*. Uniões homossexuais teriam um direito constitucionalmente assegurado ao respaldo jurídico por força dos art. 2, I e 3, I GG. A situação jurídica anterior à lei seria inconstitucional. O novo instituto jurídico, por sua vez, não teria violado o art. 6, I GG. Por outro lado, o

entendimento segundo o qual a união seria dissolvida se um dos parceiros contraísse casamento seria inaceitável.

6. O Grupo de Trabalho (Coletivo) *Ecumênico Homossexuais e Igreja* aderiu à argumentação jurídica da Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha, acrescentando alguns dados sociológicos como o fato de em algumas igrejas evangélicas já se ministrar a benção de casais homossexuais como ação oficial da igreja.

B.

(EXAMES DE CONSTITUCIONALIDADE)

“OS PEDIDOS [DE CONTROLE ABSTRATO] NÃO TÊM FUNDAMENTO.

A LEI PARA RESOLUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE UNIÕES

HOMOSSEXUAIS (LPARTDISBG) É COMPATÍVEL COM A *GRUNDGESETZ*.”

I.

(Exame de constitucionalidade formal,

tendo em vista necessidade de aprovação pelo Conselho Federal segundo art. 84, I GG): “A lei foi constituída em conformidade com a Constituição. Ela não precisava da anuência do Conselho Federal”.)

1. “A lei não contém dispositivos que, de acordo com o art. 84, I GG, careçam de [da referida] anuência”.

a) Interpretação da exigência de anuência contida no e conforme o art. 84, I GG

b) Subsunção: “Daran gemessen [...]”.

aa) Exame do art. 1, § 1, I LPartDisBG

bb) Exame do art. 3, § 25 LPartDisBG

cc) Exame do art. 3, § 6 LPartDisBG

dd) Exame do art. 3, § 11 LPartDisBG

ee) Exame do art. 3, § 16 LPartDisBG

2. “Uma obrigatoriedade de anuência da LPartDisBG também não resulta do fato que no art. 1, § 3, III e IV competências do oficial do registro civil tenham sido conhecidas antes da conclusão e publicação da lei. Essa [presente] versão da lei foi corrigida de maneira irrepreensível do ponto de vista constitucional”.

a) Mesmo a *Grundgesetz* não estabelecendo normas específicas a respeito de correções de projetos legislativos, há outros dispositivos encontrados em regimentos internos das casas legislativas e na prática estatal consolidada que dariam fundamento ao procedimento perpetrado. Apresentação e interpretação dos dispositivos aplicáveis e prática.

b) Subsunção: “sobre a base de tais parâmetros, a correção feita do art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG não ultrapassou os limites do permitido constitucionalmente.”.

aa) Demonstração do erro material no art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG a partir dos protocolos legislativos (entre outros: BTDrucks. 14/4545)

bb) “A composição do texto do art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG

corrigida e publicada corresponde à vontade do legislador trazida a termo na lei”. Segue fundamentação.

cc) “De resto,” confirmação por pareceres sobre o procedimento de correção.

3. A divisão do projeto de lei que fora trazido pelas bancadas governamentais em um projeto jurídico-material e outro jurídico-processual não se choca contra a Constituição. “Principalmente a divisão perpetrada não enseja a obrigatoriedade de anuência [pelo *Bundesrat*] da LPartDisBG”.

a) “A Câmara Federal não está impedida constitucionalmente de, no exercício de sua liberdade legislativa, regulamentar um projeto legislativo em mais de uma lei”. Segue fundamentação.

aa) Exame do art. 74, I, n. 2 GG – competência legislativa concorrential.

bb) Subsunção

b) “Se à competência dispositiva da Câmara Federal em face da divisão de uma mesma matéria jurídica em mais de uma lei devam ser traçados concretamente limites constitucionais e quando tais limites seriam ultrapassados, isso pode permanecer aqui sem exame (cf. BVerfGE 24, 184 [199 s.]; 77, 84 [103]). A decisão do legislador federal [...] não foi arbitrária.”

aa) “O motivo atribuído à Câmara Federal para ter dividido a matéria jurídica com o fim de excluir a possibilidade do *Bundesrat* de impedir a promulgação de regras jurídico-materiais por intermédio da recusa de anuência não faz desse procedimento um procedimento arbitrário.” Segue fundamentação com base na jurisprudência do próprio BVerfG (cf. BVerfGE 8, 274 [294]; 55, 274 [319]), segundo a qual uma lei como um todo já carece de anuência do *Bundesrat* se contiver somente um dispositivo carecedor de anuência. Por isso, o caminho trilhado pela Câmara Federal seria legítimo para se evitar uma mudança de competências constitucionais que o art. 84, I GG tem justamente a função de impedir.

bb) As regras jurídico-materiais da LPartDisBG são claras e suficientemente determinadas ao contrário do que afirmaram os proponentes do controle.

II.

(Exame da constitucionalidade material)

1. Violação do art. 6, I GG.

a) Possível violação da liberdade para contrair matrimônio (“*Eheschließungsfreiheit*”):

aa) Qualquer pessoa com capacidade jurídico-matrimonial continua podendo contrair matrimônio após a introdução da união homossexual. Casais gays continuam, pela nova lei, não podendo contrair matrimônio. A lei não influencia, direta ou indiretamente, a liberdade de casais heterossexuais de

- se casarem. Como uma união heterossexual não é contemplada pela lei, os casais heterossexuais não seriam impedidos de contrair matrimônio.
- bb) O acesso ao casamento não é limitado pela LPartDisBG. Quem fizer parte de uma união registrada não é impedido de se casar com pessoa de outro sexo. Consequências para a união registrada (homossexual) ficam em aberto.
- b) Possível violação da garantia do instituto jurídico do casamento: Não está presente, pois o objeto da lei não é o casamento.
- aa) A *Grundgesetz* não contém definição do casamento. Competência de configuração infraconstitucional (forma e conteúdo) deixado ao legislador ordinário que tem ampla margem discricionária, devendo respeitar certos “princípios institucionais substanciais”. Faz parte do conteúdo do matrimônio, independentemente de mutações sociais, i) a associação entre um homem com uma mulher para uma união vital durável (sem termo final previsto), ii) fundada na vontade livre dos nubentes, iii) sob atuação do Estado, iv) na qual homem e mulher, em parceria igualitária, são leais reciprocamente e v) podem livremente decidir sobre a configuração da vida conjunta.
- bb) O instituto da união homossexual registrada não conta com a mesma proteção do casamento. A união não é casamento no sentido do art. 6, I GG, mas confere aos casais homossexuais direitos [semelhantes]. O legislador leva em consideração os art. 2, I e 3, I e III GG na medida em que ajuda as pessoas a um melhor desenvolvimento de suas personalidades e dirige discriminações.
- cc) O casamento enquanto instituto não sofreu modificações. Da garantia institucional do casamento não se deriva uma proibição de se abrir a casais homossexuais a possibilidade de firmarem uma união com efeitos jurídicos similares ao do casamento.
- c) Possível violação do dever estatal de proteção enquanto decisão axiológica (teoria axiológica dos direitos fundamentais)
- aa) Não afetação da instituição do casamento. A proteção especial ao casamento prescrita no art. 6, I GG proíbe que ele seja colocado em situação pior do que outras formas de vida social.
- (1) Não ocorrem prejuízos ao casamento quando a lei prevê um novo instituto feito à imagem e semelhança das regras do casamento. O novel instituto dirige-se a pessoas que não podem se casar.
- (2) As regras sobre a ajuda social previstas na lei também não implicam desvantagem ao casamento.
- bb) Não retirada de fomento estatal ao casamento.
- cc) O art. 6, I GG não impede o legislador de privilegiar o casamento em face de outras formas de união familiar. Porém, do mandamento de proteção do casamento do art. 6, I GG não

se deriva o mandamento de criar desvantagens para outras formas de união familiar. “Isso foi ignorado pela juíza Haas em sua opinião discordante, quando ela entende o mandamento de fomento do art. 6, I GG como mandamento de [se opor] desvantagem para outras formas de união que não seja o casamento”.

- (1) Interpretação (inclusive genética) da proteção “especial” do casamento e da família pelo art. 6, I GG. Trata-se de uma proteção constitucional que não exclui a proteção legislativa infraconstitucional de outras formas de união. Não há dever de distanciamento pelo legislador (*kein Abstandsgebot*).
- (2) O art. 6 I GG protege o casamento como o legislador, sob observância dos princípios estruturais substanciais, tenha-o configurado. Em face de mutações sociais, a proteção que se deve ao instituto do casamento não pode ser desligada dos destinatários normativos para os quais ele foi criado como forma de vida protegida.
- (3) O dever de proteção do casamento tem que se pautar no propósito de proteção do art. 6, I GG. O legislador teria ferido tal dever, por exemplo, se tivesse criado um instituto paralelo com idêntica função, mesmos direitos, mas menos obrigações, de tal sorte que os institutos pudessem ser intercambiados. Tal hipótese não está presente com a criação do instituto da união homossexual. Não há concorrência entre os institutos. Ao contrário do afirmado nas duas opiniões discordantes (cf. abaixo na estrutura votos do juiz Papier e da juíza Haas), a união homossexual não é um “casamento com falso rótulo”, mas um “*aliud*” em face do casamento.

2. Violação do art. 3, III, 1 GG e art. 3 I GG: “A LPartDisBG não viola a proibição especial de discriminação do art. 3, III, 1 GG nem o princípio geral da igualdade do art. 3, I GG”.

- a) Porque a lei só abre a possibilidade de uma união registrada para casais homossexuais, ela não implica uma desvantagem criada a casais heterossexuais em razão do sexo. A lei não institui direitos e obrigações diferenciados em razão do sexo, mas sim da combinação dos sexos de uma união de duas pessoas. O mesmo vale para ausência de violação da proibição de discriminação em razão do sexo de homossexuais no caso de inexistência da nova lei. Homens e mulheres são sempre igualmente tratados, pois casais heterossexuais não podem firmar uma união registrada assim como casais homossexuais não podem se casar.
- b) Não viola o art. 3, I GG o fato de outras uniões de vida [estáveis de casais heterossexuais] ou quaisquer outras uniões de solidariedade não terem sido contempladas com essa forma de união registrada. O art. 3, I GG proíbe o tratamento diferenciado de destinatários normativos quando inexistirem diferenças de tamanha relevância que justifiquem tal tratamento desigual.

Tais diferenças, todavia, existem no presente caso dos casais homossexuais em relação a outras uniões.

- aa) Apesar de semelhantes necessidades de reconhecimento por parte de uniões heterossexuais, o caminho para o casamento não lhes é vedado, ao contrário do que ocorrera historicamente com os casais homossexuais.
- bb) Também em relação a outras uniões baseadas em laços e afeto familiares (união de irmãos, por exemplo) há diferenças que justificam o tratamento diferenciado, a começar pela exclusividade da união homossexual (*mutatis mutandis* “monogamia”). Esses outros tipos de união baseada em laços familiares e de sangue também já são protegidos em vários campos do direito, como o sucessório, o alimentício e o tributário.
- cc) Ao legislador não se proíbe criar novas possibilidades de reconhecimento às uniões heterossexuais ou pautadas em laços familiares e de sangue desde que evite a possibilidade de intercâmbio com a forma do casamento, mas um mandamento constitucional nesse sentido [positivo, de criação da lei] não existe.

3. Dispositivos da lei sobre os direitos de amparo e sucessório de “parceiros de vida”, assim como à pensão não são questionáveis constitucionalmente.

- a) aa) Segundo o art. 1, § 9 LPartDisBG ao companheiro de um(a) genitor(a) pode ser conferido, mediante sua aquiescência, o poder de decidir conjuntamente sobre a criança em assuntos cotidianos. Também foi criado um poder familiar de emergência em função do bem estar da criança. Com a constituição desse “pequeno poder familiar” para o companheiro homossexual (*kleines Sorgerecht*) o legislador não interveio no direito de família do(a) genitor(a) que não possui o poder familiar. Exame da área de proteção do art. 6, II, 1 GG. Cabe ao legislador, no âmbito do direito de família, criar as regras do poder familiar. Se um genitor tiver sido excluído de tal poder familiar em virtude de tais dispositivos e sua aplicação por varas judiciais de família, o “pequeno poder familiar”, que deriva no poder solitário do companheiro homossexual, não interveém no direito de família daquele que, de qualquer forma, já tinha sido dele excluído.
- bb) Subsunção: Não violação aqui também do art. 3, I GG. Pela nova regra, genitores sem poder familiar que não vivem com o detentor do poder familiar em uma união juridicamente estável não sofrem desvantagens injustificadas. Outras possibilidades jurídicas continuar-lhes-iam abertas.
- b) aa) Art. 1, § 10, VI LPartDisBG não viola a liberdade testamentária protegida pelo art. 14, I GG. Segue interpretação da liberdade testamentária como elemento pertinente à área de proteção do art. 14, I GG e referência à competência de conformação

infraconstitucional pelo legislador ordinário (também o direito de herança tem uma área de proteção de cunho normativo e não comportamental).

bb) O art. 14, I GG também não seria violado pelo fato da parcela da herança que cabe aos legítimos sucessores ser diminuída com a participação do(a) companheiro(a). Ela também o seria se o morto tivesse se casado.

c) As obrigações alimentícias baseadas no art. 1, §§ 5, 12 e 16 LPartDisBG também não violam o art. 3, I GG. Segue fundamentação.

C. (CONCLUSÃO)

“Essa decisão foi tomada por maioria de 5 a 3, no que tange à conformidade da LPartDisBG com o art. 6, I GG; por maioria de 7 a 1, no que tange à conformidade com o art. 3, I GG; no mais, unânime.”

Papier	Jaeger	Haas
Hömig	Steiner	Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem	Bryde	

Opinião discordante do Juiz Papier
(...)

Opinião Discordante da Juíza Haas

1. (...)

2. (...)

a) (...)

b) (...)

c) (...)

(1) (...)

(2) (...)

>> NOTAS

- ¹ Cf. para a parte inicial: Martins, 2013.
- ² Um aprofundamento dessa crítica pode ser encontrado em Dimoulis e Lunardi, 2011: 290-296.
- ³ Como bem pontuaram Dimoulis e Lunardi, 2013: “É comum qualificar as uniões em questão como ‘homossexuais’ ou ‘homoafetivas’. Contudo, nem a Constituição, nem a legislação comum brasileira mencionam a orientação ou atividade sexual como critério relevante para a união familiar. Somente o sexo biológico é mencionado. Assim sendo, é juridicamente correto se referir à união de pessoas do mesmo sexo”. Como se verá, essa confusão terminológica, com repercussões jurídico-dogmáticas, entre orientação sexual e união de pessoas do mesmo sexo permeia toda a decisão em pauta, daí chegar-se à conclusão precipitada de se entender a configuração de um instituto jurídico pelo legislador como um ato de discriminação de grupos com orientação sexual supostamente minoritária. Linguisticamente, é interessante notar o câmbio entre homossexual e homoafetivo para fazer jus ao código da *political correctness*, tendo em vista a carga axiológica negativa do termo homossexual que poderia, todavia, ser usado como aqui em um contexto axiológico neutro. No plano da vida social, certo é que não se trata necessariamente de afeto ou afetividade familiar, mas sim de expressão de sexualidade como elemento do livre desenvolvimento da personalidade de cada um. E isso como também se verá nada tem a ver com a relativa discricionariedade legislativa na configuração de institutos do direito de família. Para se evitar a fórmula muito longa sugerida por Dimoulis e Lunardi (*ibidem*), optou-se aqui simplesmente por união homossexual.
- ⁴ Cf. STF, ADI 4.277/DF, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011:2607-3, p. 611-880 (serão citados os números das pág. da publicação impressa oficial). Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > Acesso em: 30/03/2013.
- ⁵ Cf. STF, ADPF 132/RJ, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011: 2607-1, p. 1-274. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em: 30/03/2013.
- ⁶ Como o relator verificou (cf. STF, ADI 4.277/DF, p. 623), trata-se de uma prevenção por coincidência de objetos (hipótese normativa do art. 77-B do RISTF), no caso: a interpretação do art. 1723 do Código Civil.
- ⁷ Ocorre que o pedido do autor na ADPF 132/RJ de se interpretar conforme a Constituição normas pré-constitucionais, quais sejam os art. 19, II e V e 33 do Decreto-Lei estadual n. 220, de 1975, restou prejudicado por perda de objeto, porque foram derogadas pela vigente lei estadual 5.034, de 2007. Cf. STF, ADI 4.277/DF, p. 625 s.
- ⁸ Nesse ponto do juízo de admissibilidade, o relator, se examinou, deixou de consignar no seu relatório o resultado de seu exame do pressuposto processual da comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado prescrito pelo art. 3, V da Lei da Lei 9.882/99, que regulamenta o procedimento da ADPF. Talvez se tenha omitido em razão da decisão preliminar de julgamento conjunto das APDF 132 e ADI 4277. Sem querer adentrar às minúcias processuais constitucionais de delimitação dos juízos de admissibilidade dos dois instrumentos do controle normativo abstrato (a respeito v. Dimoulis e Lunardi, 2011: 120-140 e 158-178), apresentar a controvérsia de maneira sistemática a partir das lides originárias seria no mínimo uma boa preparação para o exame do mérito. As vagas informações prestadas por alguns Tribunais de Justiça (cf. STF, ADPF 132/RJ, p. 13 s.; e STF, ADI/DF 4.277-DF, p. 620 s.) não bastam.
- ⁹ Isso porque nos processos originários, com suas lides entre pessoas físicas e órgãos administrativos, os pedidos referiam-se, provavelmente (como assertado na nota anterior, esses não foram apresentados no relatório do acórdão, como comum nas decisões do TCF alemão - vide

ref. no anexo abaixo - o que dificulta o alcance de precisão da presente análise), em sua maioria, à concessão de benefícios previdenciários e outros que poderiam ser deferidos a despeito da não equiparação, pretendida em abstrato, pois todos os conceitos jurídicos indeterminados ou passíveis de mutação conceitual, como é o caso do conceito de família, implicam o dever judicial de interpretá-los à luz do sistema constitucional dos direitos fundamentais (cf. Martins, 2012: 100-102).

- ¹⁰ Sem ter aqui como se proceder à análise de cada dispositivo atacado na inicial da ADPF 132 da lei estadual pré-constitucional (arts. 19, II e V e 33, I - X do Dec.-lei 220/1975), há que se adiantar que todos os dispositivos, à exceção do inc. V do art. 19 que fala em “cônjuge”, deveriam ser interpretados à luz do sistema normativo jusfundamental, que apesar de semelhanças não se confunde com a interpretação conforme a Constituição (a respeito: Schlaich e Koriath, 2010: 274; Dreier, 2004: 285 s.; e Martins, 2013) para o efeito pretendido de se estender os benefícios previdenciários às uniões estáveis homossexuais. Vem à tona uma peculiaridade da cultura jurídico-constitucional brasileira na análise sistemática entre, por exemplo, a informação prestada pelo TJ-BA, por exemplo, segundo a qual “[...] o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, [...]” e a aqui reivindicada generalização dos efeitos da coisa julgada. Na prática administrativa e jurisprudencial cotidiana, ninguém vê problema no fato de normas infralegais serem interpretadas ao arrepio da lei e da Constituição e da interpretação da lei não se dar como deveria de forma orientada dogmática metodologicamente pela Constituição em favor de uma discricionariedade administrativa à qual o Judiciário deva se render. Por outro lado (e na contramão da racionalidade do respeito à hierarquia das fontes normativas), em nome de um muito vago “constitucionalismo solidário” busca-se relativizar os objetos e parâmetros legais e constitucionais para o efeito de tornar o exercício da democraticamente lastreada função legislativa estatal ainda mais irrelevante do que ela já se tornou. Há uma esquizofrenia baseada no apego a um processo contraproducentemente complexo e na forma naqueles *loci* do ordenamento jurídico, nos quais ela é mais prejudicial para a efetiva concretização constitucional, relegando ao segundo plano a correta aplicação do sistema jurídico-constitucional que pressupõe a rigorosa observância das hierarquias normativas.
- ¹¹ Como consequência, alguns autores propugnam como aqui pela introdução de uma fundamentação colegiada. Cf., por exemplo, com referências à doutrina brasileira e estrangeira: Dimoulis e Lunardi, 2011: 108 e sua constatação dos problemas de incongruência derivados da falta de fundamentação conjunta no caso em comento, em: Dimoulis e Lunardi, 2013.
- ¹² Cf. a ótima sistematização dos argumentos utilizados pelos julgadores no presente caso apresentada por Dimoulis e Lunardi, 2013.
- ¹³ Na parte dispositiva da decisão (acórdão em sentido estrito), quanto ao mérito fixou-se o seguinte: “[...] por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, [...]”. (cf. STF-ADI 4.277-DF, p. 615).
- ¹⁴ Cf. STF, ADI 4.277-DF, p. 632-635.
- ¹⁵ A respeito, vide Martins, 2012: 30-33; 47-55 e Dimoulis e Martins, 2012: 49-51 e 110. O princípio da legalidade, assim como a igualdade formal perante a lei, também não traz consequências para o vínculo do próprio legislador às normas constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais.
- ¹⁶ A mal recepcionada teoria da eficácia horizontal dos direitos e, ultimamente, também dos deveres estatais de tutela contribui para esse mal-entendido jurídico-dogmático, sendo que o resultado é um processo de constitucionalização de todo o ordenamento jurídico e

consequente enfraquecimento da força normativa da Constituição, que, em primeira linha, é Constituição do Estado e não da sociedade, em favor de seu caráter simbólico. Sobre os fundamentos teóricos do argumento: Martins, 2012: 9 e 28-43. Sobre as principais repercussões jurídico-dogmáticas, cf. Dimoulis e Martins, 2012: 90-108 e, novamente, Martins, 2012: 89-119. Com pressupostos teóricos diferentes dos daqui, mas perpetrando uma análise do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, vide em geral: Silva, 2005. Sobre o entendimento brasileiro da teoria da eficácia horizontal cf., por todos: Sarmento, 2004: 279-289 e a tão apertada quanto clara síntese do debate de Novelino, 2012: 403-405.

¹⁷ Cf. a mesma constatação de Dimoulis e Lunardi, 2013.

¹⁸ A situação da inconstitucionalidade seria politicamente improvável, dada a maioria qualificada da EC comparada à maioria simples necessária para adaptação de toda legislação infraconstitucional, a não ser em um cenário de morosidade legislativa e troca de legislatura ou ainda de inconsistências político-partidárias.

¹⁹ Crítica esposada há anos e fundamentada pelo autor do presente em diversas publicações. Cf., por exemplo, ultimamente Martins, 2011: 100 s., Martins, 2012: 240 s. e 304; e Martins, 2013.

²⁰ O uso exagerado da referida fórmula na jurisprudência parece ser reflexo de uma concepção judicial que não se entende vinculada à ordem constitucional vigente, pois toda vez que textos normativos não lhe convêm, o STF traz a fórmula de maneira puramente retórica, uma vez que não ocorre um debate entre as diversas interpretações possíveis da norma objeto do controle normativo e uma fundamentação da escolha da interpretação mais compatível com o parâmetro constitucional. Agrava esse quadro a aplicação da tese de mutação de normas constitucionais, i.e., tornando não somente os efeitos da coisa julgada, como também as normas objeto e parâmetro do controle, mitigáveis. Exemplo mais contundente disso foi a interpretação de uma norma de outorga de competência (!) do art. 52, X, da CF, que, por excelência, não contém nenhum conceito aberto que fosse passível de sofrer mutação histórica em sua compreensão, na decisão do STF sobre a Reclamação 4335, cujos principais excertos, seguidos de uma precisa discussão, podem ser encontrados em Dimoulis e Lunardi, 2011: 281-296.

²¹ Na decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão a respeito da constitucionalidade de lei ordinária, que criou o instituto paralelo ao casamento da união registrada homossexual (cf. BVerfGE 105, 313 *et seq.* e a apresentação do sumário da sua estrutura no anexo abaixo), partindo-se da combinação dos sexos (não) correspondente ao conceito constitucional de casamento e não dos sexos dos candidatos ao casamento, muito menos da orientação sexual de cada um deles, firmou-se esse entendimento que, *prima vista*, pode causar estranhamento na leiga opinião pública. Salvo exceções, na dogmática jurídico-constitucional alemã não se enxerga um problema de correspondência entre a livre configuração de um instituto jurídico pelo legislador e um tratamento desigual a ser constitucionalmente justificado. Os parâmetros dos direitos fundamentais à igualdade (todos no art. 3 GG) foram trazidos à pauta em razão de o novo instituto da união registrada de pessoas do mesmo sexo não ser estendido aos heterossexuais que poderiam se valer, como sempre, do tradicional instituto do casamento (cf. BVerfGE 105, 313 [351-353] e, no anexo, ponto B II. 2.) Cf. entre muitos: Heuer, 2004: 482; Gröschner, 2004: 774-778; Jarass e Pieroth, 2011: 239-242; Manssen, 2012: 122 e 127; Papier e Krönke, 2012: 145; Schmidt, 2010: 231 s.; Schroeder, 2011: 128; Epping, 2012: 229; Ipsen, 2012: 98; Fisahn e Kutscha, 2011: 89; Degenhart, 2012: 130; Pieper, 2012: 159 s. e Pieroth e Schlink, 2012: 168 s. Com certo distanciamento crítico e sob influência da jurisprudência comunitária europeia, mas ainda assim sem se despedir da dogmática: Michael e Morlok, 2010: 146-147.

²² O passo jurídico-dogmático seguinte seria investigar em que medida se atualiza o vínculo

do legislador ao direito fundamental como garantia institucional, pois “que o legislador precise configurar um direito fundamental não pode significar que ele possa [livremente] dispor sobre ele” (Pieroth e Schlink, 2012: 56). Cf. BVerfGE 105, 313 (344-346); e abaixo, anexo, B.II.1.b), além da ampla discussão na literatura jurídica especializada, como em Gröschner, 2004: 768-772; a sucinta análise, mas dogmaticamente muito bem feita e instruída com muitas fontes de Jarass e Pieroth, 2011: 238-241; além das referências trazidas na nota anterior. Como também aludido na nota anterior, em parte defendendo opinião um pouco dissidente, mediante referências ao direito comunitário europeu para o caso específico da igualdade geral e alegando “proximidade funcional” entre família e vida privada: Michael e Morlok, 2010: 146-148. Mas mesmo tal dupla de autores mais simpáticos àquela, sob ponto de vista dogmático, menos rigorosa jurisprudência europeia não abandonam o entendimento do casamento como direito fundamental de caráter também institucional com suas consequências ora apresentadas.

- ²³ Razões jurídicas para uma discriminação positiva no sentido das ações afirmativas sequer em tese podem ser vislumbradas no caso e tal discriminação positiva nem corresponde ao desiderato político insito à questão: mais um motivo a corroborar o *nonsense* jurídico da argumentação em torno de uma suposta omissão legislativa inconstitucional.
- ²⁴ Cf. BVerfGE 105, 313 (351 s.) e, abaixo, no anexo: B.II.2.a). Cf. sobre a dogmática específica dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade do art. 5º, *caput*, da CF: Martins, 2012: 44-62.
- ²⁵ Todas as demais condições estabelecidas pelo legislador civil, por mais questionáveis, obsoletas, conservadoras etc. que sejam, atingem de igual forma todos aqueles que queiram se casar sem aceção de pessoas, o que revela a peculiaridade de direitos fundamentais institucionais em relação a direitos de cunho comportamental. Fosse a orientação sexual de fato o *discrimen*, esse poderia ser estendido *ad absurdum*, tornando impossível qualquer configuração legislativa do instituto. A vedação de bigamia ou poligamia, os limites de idade, o casamento com animais ou com coisas, tudo teria que ser medido com base no suposto parâmetro da igualdade.
- ²⁶ Pieroth e Schlink, 2012: 167.
- ²⁷ Cf. com amplas referências: Gröschner, 2004: 772-779.
- ²⁸ Embora não esteja em seu *locus* sistemático apropriado, o do rol dos direitos fundamentais do art. 5º ao art. 17 da CF, todo o art. 226 da CF pertinente ao capítulo da família e ao título “da ordem social”, contém, devido ao seu teor, posições jurídicas decorrentes de norma jusfundamental. No constitucionalismo alemão, chamam-se tais direitos fundamentais esparsos de direitos iguais a direitos fundamentais (*grundrechtsgleiche Rechte*). Cf., por exemplo, Pieroth e Schlink, 2012: 18.
- ²⁹ Cf. Pieroth e Schlink, 2012: 55 s.: “No caso deles [direitos cujas áreas de proteção são cunhadas normativamente], o indivíduo ainda não é apto ao exercício de direito fundamental só mediante sua natureza [individual] e também não mediante sua natureza sociável, mas somente por intermédio do ordenamento jurídico. Exemplos: viver (art. 2, II 1 GG) e fixar residência aqui ou acolá (art. 11, I GG), isso faz parte da natureza do indivíduo; intercambiar opiniões (art. 5, I, 1 GG) e se reunir (art. 8, I GG), isso faz parte de sua sociabilidade natural. Pelo contrário, apenas o ordenamento jurídico faz de qualquer vida conjunta de mulher e homem um casamento (art. 6, I GG) e de, qualquer ter, uma propriedade (art. 14 I GG).” Cf., no vernáculo, a recepção do conceito em Dimoulis e Martins, 2012: 145 s.
- ³⁰ Segundo o qual é o Estado quem deve justificar sua atuação interventora em direitos e não os particulares o seu exercício. Cf. Martins, 2012: 29, com referência ao mentor do princípio, Carl Schmitt.
- ³¹ Cf., por exemplo, por todos, somente: Jarass e Pieroth, 2011: 249.

- ³² Cf. Martins, 2012: 57-59 e sobre a relevância jurídico-dogmática dos conceitos de área de regulamentação X área de proteção para os direitos de liberdade: Dimoulis e Martins, 2012: 127-131.
- ³³ Trata-se, tendo em vista entendermos a R.F.B. como um Estado democrático e constitucional de direito, de um tabu tão óbvio que o Estado não deve se imiscuir, excluindo-se o dever de proteção em face da problemática da violência doméstica, que as muitas páginas dos votos na decisão do STF dedicadas à verificação do óbvio só servem para se desviar do foco, ou melhor, no caso para revelar uma incompreensão por parte dos julgadores a respeito do objeto de sua decisão.
- ³⁴ Ressalva apresentada com muita propriedade por Dimoulis e Lunardi, 2013: “Os ministros utilizam a interpretação sistemática para introduzir, no raciocínio, fundamentos constitucionais diversos do art. 226 § 3º, buscando justificar a decisão de interpretação conforme a constituição. Observe-se que esse método deveria ter levado à declaração de inconstitucionalidade do próprio texto constitucional, como conclusão lógica da prevalência de certos princípios sobre normas taxativas. Mas o Supremo Tribunal Federal não [o] fez [...], preferindo a incoerência”. Não se pode também, em razão do teor exclusivo do dispositivo, falar em cooperação ou fortalecimento de tutela segundo a técnica da aplicação sistemática (art. 1º III c.c. art. art. 226, § 3º da CF). Porém, essa aplicação poderia se dar em face do elemento funcional da socialização implícito, como mencionado no texto no conceito de família, com notórias implicações para o legislador no campo da adoção, por exemplo. Cf. o resultado bastante palpável dessa premissa na recente decisão do TCF alemão, publicada em 19/02/2013: BVerfG, 1 BvL 1/11 – *Sukzessivadoption innerhalb der Lebenspartnerschaft* (“adoção sucessiva dentro da união registrada [entre pessoas do mesmo sexo]”) e sua breve apresentação abaixo no texto e na nota 41.
- ³⁵ Segundo a fundamentação de um dos votos: “Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da *dignidade da pessoa humana*. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano” (grifos no original, cf. STF-ADI 4.277-DF, p. 674-675, Min. Luiz Fux). Apesar da aludida “ordem das ideias” não ter restado clara, quem ousaria discordar de tal argumentação em torno do precípua princípio que deve reger a R.F.B.? E que escrita fácil e linguagem “escorreita”, diria Machado de Assis! Uma pena que não se trata de literatura como espécie das Belas Artes (“beletrismo”) ou de qualquer outra ciência humana, mas de uma decisão judicial em âmbito de controle normativo de constitucionalidade com suas importantes consequências. No mesmo voto (*cit.*, p. 661-663) aparecem várias referências sucessivas, sem concatenação lógico-dogmática, entre as figuras trazidas à pauta, algumas delas como a dogmática dos deveres estatais de proteção com menção explícita ao conceito original em alemão das “(staatlichen) Schutzpflichten” e da doutrina pátria e estrangeira que a recepcionaram. Ocorre que a referida, assim como tantas outras figuras importadas, estão descontextualizadas, não sendo aplicáveis ao caso (a respeito vide Dimoulis e Martins, 2012: 114-122 e Sarlet *et al.*, 2012: 297). De resto, teria, como consequência dogmática, a obrigação legislativa de agir para proteger uma posição jusfundamental de caráter natural e não normativo (vida e saúde principalmente) em face de ameaças provenientes de particulares (nesse ponto, correta a identificação do campo de atuação em Mendes *et al.*, 2008: 267). Ainda que se admita, como quer a opinião pátria dominante, e a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o vínculo direto dos particulares aos direitos fundamentais, tese à qual aparentemente se filia na fundamentação do voto (na verdade há de se apartar dever de proteção e vínculo de particulares, jogados no mesmo balaio pelo voto comentado), o

que teria a ver o vínculo dos particulares com um suposto direito a um estatuto jurídico igualitário? E em que relação isto estaria com a inversão da regra de solução de antinomia da especificidade? Tais despropósitos ocorreram frequentemente nesse e em outros votos que sustentaram o acórdão. É o que acontece quando juízes objetivam persuadir e não decidir com base em parâmetros jurídicos. Tais especulações passam totalmente ao largo do problema da interpretação sistemática do art. 3º com o art. 226, §3º da CF.

³⁶ Sobre a figura, vide, por todos: Dreier, 2004: 81.

³⁷ Primeiro, incide sobre o direito de família configurado infraconstitucionalmente pelo legislador civil com menor frequência a norma do art. 2, I GG; muitas vezes na combinação “art. 2, I c.c. art. 1 I GG” (livre desenvolvimento da personalidade combinado com a ordem de observância e proteção da dignidade da pessoa humana). Com bem mais frequência, o TCF reconheceu a incidência ou tomada de influência na interpretação das normas civis (*Ausstrahlungswirkung*) do art. 3, I; art. 3, II e art. 3, III GG (igualdade geral e igualdades especiais – vedação de discriminações) e, por fim, também o próprio art. 6 GG (proteção do casamento, família, educação dos filhos etc.).

³⁸ Cf. as referências e discussão de tais decisões em Martins, 2011: 455 *et seq.*

³⁹ Cf. BVerfGE 124, 199: “1. O tratamento desigual do casamento [em relação à] união registrada [de pessoas do mesmo sexo] no campo da pensão de sucessores para empregados do serviço público [...] é incompatível com o art. 3, I GG. 2. Se o privilégio ao casamento implicar uma desvantagem de outras formas de vida [conjugais], embora estas sejam comparáveis tendo em vista a matéria da vida social regulamentada e os objetivos do casamento perseguidos pela atividade legislativa [em comento], não se justifica tal diferenciação com a mera menção ao mandamento de proteção do casamento no sentido do art. 6, I GG”.

⁴⁰ A *Transsexuellengesetz* (TSG), epíteto sintético da “lei sobre a alteração do prenome e a declaração da pertinência de gênero em casos especiais” entrou em vigor no dia 17 de setembro de 1980. Partindo do estágio científico do final da década de 1970, a lei previa duas soluções de alteração de registro civil para as pessoas que não se identificam no seu respectivo sexo biológico de nascimento: a mudança do prenome ou, além dessa, também mudança da definição do gênero. Com a promulgação, em 2001, da aqui mais comentada LPartG, a lei para união registrada de pessoas do mesmo sexo, suscitaram-se vários questionamentos, inclusive quanto a possibilidade de transexuais se casarem ou de se registrar uma união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que há casos de transexuais de orientação homossexual, isto é, que após a mudança do registro do gênero para o qual se exigia a intervenção cirúrgica e o requisito da “esterilidade permanente” inclinou-se à preferência homossexual (que seria heterossexual não fosse a mudança civil do gênero). Entre outros, a necessidade de operação de mudança de sexo foi julgada inconstitucional em face do art. 2, I c.c. 1, I GG pela decisão de janeiro de 2011 a ser em seguida comentada, de tal sorte que hoje a situação é de respeito ao “sexo sentido” (expressão de *Heribert Prantl*, ex-juiz de direito e um dos maiores jornalistas alemães da atualidade. Disponível em: <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-kippt-transsexuellengesetz-das-gefuehlte-geschlecht-1.1052344>). Acesso em: 05/05/2013 pelo titular dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado a partir de critérios definidos pelo legislador checar em suma tão somente a consistência da decisão.

⁴¹ Cf. na ordem cronológica: BVerfGE 115, 1- *Transsexuelle III* (27/05/2008); BVerfGE 116, 243- *Transsexuelle IV* (27/05/2008); BVerfGE 121, 175- *Transsexuelle V* (27/05/2008); e BVerfGE 128, 109 – *Lebenspartnerschaft von Transsexuellen* (11.01.2011). Na primeira decisão, o objeto foi o § 7, I n. 3 TSG, a partir de uma proposta de controle concreto do Tribunal Estadual de *Itzehoe*, julgado incompatível com o art. 2 I c.c. art. 1 I GG. Na segunda decisão, o objeto foi o § 1, n. 1 TSG a partir de duas propostas de controle concreto dos Tribunais Superiores Estaduais de Oberbayern e

Frankfurt am Main julgado incompatível com o art. 3 I c.c. art. 2 I e 1 I GG. Na terceira decisão, o objeto foi o § 8 I, n. 2, a partir de uma proposta de controle concreto de um juiz monocrático do fórum de Schöneberg (Berlim) julgado incompatível com os art. 2 I c.c. 1 I G e art. 6, I GG. Na quarta decisão, o objeto foi o § 8, I, n.3 4 a partir de uma reclamação constitucional julgado incompatível com o art. 2 I c.c. art. 1 I GG.

⁴² Cf. BVerfG, 1 BvL 1/11, *Sukzessivadoption innerhalb der Lebenspartnerschaft*, de 19/02/2013, Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20130219_1bv100011.html>. Acesso em: 07/03/2013.

⁴³ Representação Judicial do Tribunal Superior hanseático (de Hamburg) de 22 de dezembro de 2010, atendidas as condições processuais da prejudicialidade em face da decisão da lide e da convicção do tribunal da inconstitucionalidade do § 9, VII LPartG em face do art. 3, I GG (sobre tais condições processuais, v. Martins, 2011: 22-26).

⁴⁴ Ajuizada por uma mulher (“Dra. K.-W.”) imediatamente contra três decisões das instâncias ordinárias e, mediadamente, também contra o § 9, VII LPartG (cf. sobre essa duplicidade de objetos: Martins, 2011: 35 s.).

⁴⁵ Mais uma consequência da diferença entre liberdades “naturais”, isto é, constituídas juridicamente, mas de conteúdo comportamental, e os direitos fundamentais institucionais, pois somente as primeiras são oponíveis contra o legislador e demais funções estatais sem intermediação legislativa ordinária.

⁴⁶ Para parafrasear a expressão muito feliz de Dimoulis e Lunardi, 2013.

⁴⁷ Já que a demonstração de erudição (livresca) parece ser tão cara aos julgadores brasileiros, uma pesquisa em âmbito da história das ideias teria revelado resultados interessantes: a leitura dos comentários ao histórico do conceito de casamento do art. 6, I GG de Gröschner, 2004: 757-760 e 775 revela seu “cerne histórico-institucional”. Segundo ele, “a proteção institucional da possibilidade de reprodução do casamento é totalmente independente de circunstâncias, capacidades e orientações. Por isso, ela não pode ser ligada ao descrédito da homossexualidade. Sabidamente, esse descrédito era estranho à Antiguidade grega. Não obstante, o *oikos* foi lá submetido à especial proteção da *polis* justamente em razão de sua função reprodutiva. Essa tradição histórico-institucional que demonstrou ser em seu cerne religiosa e ideologicamente neutra é o que dá legitimidade constitucional ao art. 6, I GG” (*op. cit.*, p. 775). Isso porque apesar da visão comesinha aristotélica do *oikos* como *oikonomia*, esta em si não se revelou como o critério para a proteção da família e do casamento. À exceção de Esparta, a proteção da comunidade de vida do *oikos* só gozava da proteção da *polis*, “porque ela era responsável por sua perpetuação e bom estado por intermédio da fecundação e educação dos descendentes” (*op. cit.*, p. 757 s.). Tratava-se, portanto, antes de política *demográfica* do que de política *econômica*.

⁴⁸ Entre outras razões, por isso que trazer à pauta o parâmetro do direito à vida privada do art. 5º, X, da CF é incompreensível, pois não se trata em absoluto da proteção da sexualidade, como exercício de autonomia enquanto autoconservação (direito à “esfera íntima”) em face de intromissões estatais. A respeito: Martins, 2012: 49 s. e Pieroth e Schlink, 2012: 91-93.

⁴⁹ Sobre a estrutura em geral de decisões do TCF alemão cf. Martins, 2011: 79-94.

⁵⁰ Abreviações respectivamente de *Lebenspartnerschaftsgesetz* (literalmente: lei de sociedade vital) e *Lebenspartnerschaftsdiskriminierungsbeendigungsgesetz* (literalmente: lei de resolução da discriminação da sociedade vital). São duas alcunhas dadas pelo legislador e literatura político-legislativa à lei. A percepção política de que a lei visa a combater uma discriminação não tem, como se verá na estrutura, respaldo na dogmática do direito fundamental à igualdade geral (art. 3 I) ou à igualdade de gênero (art. 3, II GG), muito menos à igualdade em face de discriminações específicas (art. 3, III GG). Cf. abaixo ponto B.II.2 (parâmetro dos direitos

fundamentais à igualdade do art. 3 GG, subdividido em: igualdade geral, no primeiro parágrafo, de gênero e mandamento de fomento da mulher para equiparação, no segundo parágrafo, e proibição de discriminações, também em razão de gênero - ao lado de outras discriminações não pertinentes ao caso -, no terceiro parágrafo), após o exame exaustivo em face do art. 6, I GG (ordem de proteção estatal especial ao casamento e à família, nos seus efeitos de direito de resistência, garantia institucional e decisão axiológica do constituinte).

⁵¹ Abreviação de *Bundestagsdrucksachen*, a coletânea oficial dos protocolos e materiais legislativos produzidos nas sessões do *Bundestag*, a Câmara Federal, 11ª. legislatura (desde 1949), p. 197. As *BTDrucks.* são encontradas em qualquer biblioteca jurídica, sendo comumente consultadas no bojo de pesquisas jurídico-científicas e da interpretação de normas vigentes, constituindo-se em relevantes fontes.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Degenhardt, Christoph (2012).** *Klausurenkurs im Staatsrecht II: mit Bezügen zum Europarecht. Ein Fall- und Repetitionsbuch für Examenskandidaten.* Hühig Jeh: Müller.
- Dimoulis, Dimitri/Lunardi, Soraya (2011).** *Curso de processo constitucional.* São Paulo: Atlas.
- Dimoulis, Dimitri/Martins, Leonardo (2012).** *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Atlas.
- Dreier, Horst. “Vorbemerkung zum Art. 1 III GG” (2004).** In: Horst Dreier (org.), *Grundgesetz. Kommentar.* vol. 1 (Art. 1 – 19). Tübingen: Mohr Siebeck, p. 39-138.
- Epping, Volker (2012).** *Grundrechte.* Berlin: Springer.
- Ipsen, Jörn. (2012).** *Staatsrecht II: Grundrechte.* München: Vahlen.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (2011).** *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar.* München: Beck.
- Manssen, Gerrit (2012).** *Staatsrecht II: Grundrechte.* München: Beck.
- Martins, Leonardo**
- (2013). “ADPF 187/DF: ‘marcha da maconha’”. In: Robério Anjos (org.), *no prelo.*
 - (2012). *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.* São Paulo: Atlas.
 - (2011a). *Direito processual constitucional alemão.* São Paulo: Atlas.
 - (2011b). “60 anos da promulgação da Grundgesetz alemã e proteção comunitária europeia dos direitos humanos: uma relação de complementaridade”. In: Daurý Cesar Fabríz et al. *O tempo e os direitos humanos.* Rio de Janeiro-RJ e Vitória-ES: Lumen Juris / Acesso, p. 455 – 479.
- Mendes, Gilmar Ferreira et al (2008).** *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva.
- Michael, Lothar/ Morlok, Martin (2010).** *Grundrechte.* Baden-Baden: Nomos.
- Novelino, Marcelo (2012).** *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.
- Papier, Hans-Jürgen/Krönke, Christoph (2012).** *Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte.* Heidelberg et al.: C. F. Müller.
- Pieper, Hans-Gerd (2012).** *Grundrechte.* Münster: Alpmann und Schmidt.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (2012).** *Grundrechte. Staatsrecht II.* Heidelberg: C. F. Müller.
- Sarlet, Ingo Wolfgang/Marinoni, Luiz Guilherme/Mitidiero, Daniel (2012).** *Curso de direito constitucional.* São Paulo: RT.
- Sarmento, Daniel (2004).** *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan (2010).** *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen.* München: Beck.
- Schmidt, Rolf (2010).** *Grundrechte (sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde): Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur im Öffentlichen Recht.* Grasberg bei Bremen: R. Schmidt.
- Schroeder, Daniela (2011).** *Grundrechte.* Heidelberg et al.: Müller.
- Silva, Virgílio Afonso da (2005).** *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros.