

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: DECISÕES ANOTADAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE LEONARDO MARTINS

*TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: DECISÕES ANOTADAS
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, BY LEONARDO MARTINS*

VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Pernambuco (UEP).
venceslautavares@yahoo.com.br

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
palves2903@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016. (Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade, v. 1). p. 304.

Trata-se do primeiro volume de uma obra que é fruto da parceria de mais de uma década entre o “Programa Estado de Direito para a América Latina” da Fundação Konrad Adenauer e o autor Leonardo Martins que, por sua vez, tem se dedicado com bastante afinco ao estudo dos direitos fundamentais e sua interpretação e aplicação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão desde meados da década de 1990, quando iniciou seus estudos de mestrado (LL.M.) na *Humboldt-Universität zu Berlin* (Alemanha), mesma instituição onde realizou Doutorado em Direito, quatro dos seus seis estágios de Pós-Doutorado e onde também chegou a ser professor visitante.

A obra, que tem como objetivo contribuir ao diálogo com o sistema jurídico alemão, sua jurisprudência constitucional e sua literatura jurídica, foi dividida em cinco volumes sobre decisões que versam sobre interpretação e aplicação de normas definidoras de direitos fundamentais. No primeiro volume, são analisadas 29

decisões (sendo 15 destas proferidas após 2005) distribuídas em cinco capítulos: dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida, direito fundamental à integridade física e igualdade.

Preliminarmente, o autor optou por estabelecer um capítulo introdutório que fornecesse diretrizes gerais sobre a obra com três objetivos: a) compreender a relevância da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante TCF), seu papel na ordem constitucional alemã e seu destaque internacional; b) apresentar uma visão panorâmica do conjunto da obra, sua sistematização e distribuição de capítulos; c) esclarecer fundamentos da técnica decisória dos órgãos judicantes do TCF para melhor compreensão das decisões colegiadas que são objeto de análises na obra.

No que diz respeito à análise das decisões do TCF, é perceptível uma abordagem que não se limita apenas a fazer elogios a um Judiciário que, em geral, possui uma “clara e consistente jurisprudência”, mas também adota uma postura crítica em relação ao diálogo institucional entre o TCF e o legislador. Reconhecendo uma postura ativa daquele tribunal quando a instância política se mantém inerte, o autor observa a possível existência de eventuais exageros da função constitucional do TCF e os riscos deste tribunal passar de “defensor máximo da Constituição” para “senhor da Constituição”.

Tal preocupação do autor com os exageros da constitucionalização já restava evidente no longo e preciso estudo de introdução aos “Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”.¹ Naquela oportunidade, defendeu a necessidade de delimitação entre o direito privado e o direito constitucional em prol da “preservação da autonomia e da diferenciação sistêmica entre os dois ramos jurídicos, mas para que se preserve suas respectivas forças normativas”. Aduz também que a constitucionalização de todo o ordenamento jurídico pode resultar na perda de autonomia sistêmica do direito constitucional, comprometendo a própria razão de ser da disciplina.²

Ao especificar a estrutura da obra dividida em cinco volumes e que pretende abarcar todo o rol de direitos fundamentais presentes na *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã, doravante GG), o autor apresenta 27 capítulos que seguem a ordem dos artigos da GG. Assim, no primeiro volume, são objeto de análise a dignidade humana (capítulo 1), o livre desenvolvimento da personalidade (capítulo 2), o direito fundamental à vida (capítulo 3), o direito fundamental à integridade física

1. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
2. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 96.

(capítulo 4) e a igualdade (capítulo 5). Quanto ao segundo volume que deve ser lançado em breve, a estrutura é composta pelo estudo da liberdade de consciência e crença (capítulo 6), da liberdade de expressão da opinião (capítulo 7), da liberdade de informação (capítulo 8), da liberdade de imprensa (capítulo 9), da liberdade de radiodifusão (capítulo 10), da liberdade artística (capítulo 11) e da liberdade científica (capítulo 12).

Na sequência, o terceiro volume deverá tratar dos direitos fundamentais ao casamento e à família (capítulo 13), da liberdade de associação (capítulo 14), do direito à tutela judicial (capítulo 15), do direito ao juiz natural (capítulo 16), do direito à “audiência judicial” – ampla defesa e contraditório (capítulo 17), da garantia “nulla poena sine lege” (capítulo 18) e da garantia “ne bis in idem” (capítulo 19). Em seguida, o quarto volume consiste em analisar a liberdade de reunião (capítulo 20), o sigilo de correspondência e das comunicações postais e telefônicas (capítulo 21), a liberdade de locomoção (capítulo 22) e a inviolabilidade do domicílio (capítulo 23). Por fim, o quinto e último volume analisa a liberdade profissional (capítulo 24), o direito fundamental à propriedade, função social e socialização da propriedade (capítulo 25) e a garantia de não extradição (capítulo 26), com um epílogo sobre o futuro da Constituição e Jurisdição alemã (capítulo 27).

Nos esclarecimentos voltados para “extrair o máximo da obra”, o autor apresenta três tópicos que julga serem essenciais para o manuseio das decisões do TCF: a) procedimento e técnica decisória; b) fundamentação colegiada e c) estruturação das decisões.

Esta preocupação didática presente na obra revela uma estratégia metodológica que não se propõe a apresentar uma aprofundada investigação sobre o processo constitucional alemão³, mas sim oferecer elementos básicos para uma compreensão prévia antes de passar ao exame das decisões escolhidas e os respectivos comentários críticos fornecidos pelo autor. Para isso, em cada capítulo, são oferecidas não apenas as decisões do TCF sobre o direito fundamental em análise, mas também notas introdutórias na abertura de cada capítulo para justificar a escolha das decisões e para apresentar o estado da arte das discussões sobre o direito fundamental em análise.

No primeiro capítulo, merece destaque a apresentação literal da positivação da dignidade humana na GG e a preocupação do autor em enfrentar os possíveis conteúdos contidos nos termos adotados pelo constituinte alemão. Assim, as notas introdutórias do primeiro capítulo apresentam uma posição crítica sobre a

3. O autor realizou uma investigação mais ampla sobre elementos do processo constitucional alemão em outra oportunidade. Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

“intocabilidade” ou “intangibilidade” da dignidade humana e quais seriam os sentidos dos deveres de observação e proteção direcionados a todos os poderes estatais constituídos.

Por não existir unanimidade sobre o conceito de dignidade humana, o autor apresenta resumidamente as principais teses discutidas na Alemanha, especialmente a “definição negativa” como definição casuística na verificação da afetação da dignidade humana diante de intervenções estatais e também a tese de que quase todos os direitos fundamentais de liberdade seriam decorrentes da dignidade humana.

Na seleção das decisões, o autor propôs escolher apenas dois casos para ilustrar o entendimento do TCF alemão: o primeiro trata do caso das escutas telefônicas em 1970 (BVerfGE 30, 1 – *Abhörurteil*) para demonstrar a “clássica e principal acepção de resistência” contida na defesa da dignidade humana e um segundo caso que discute prestações sociais destinadas a desempregados no ano de 2010 (BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*) e que discutiu uma possível acepção prestacional da dignidade humana, em especial acerca da garantia do mínimo existencial.

Para além das notas introdutórias e da apresentação dos casos escolhidos, a obra traz a estrutura das decisões, com trechos das ementas e as razões que serviram de fundamentação pelo órgão julgador do TCF alemão, mas também inclui as opiniões divergentes dos juízes que foram minoria no julgamento como se vê na primeira decisão escolhida em que os juízes Geller, Dr. v. Schlabrendorff e Dr. Rupp tornaram pública sua divergência quanto à fundamentação e à interpretação do significado de dignidade humana.

No segundo capítulo, o autor demonstra grande interesse sobre a discussão envolvendo o livre desenvolvimento da personalidade e seleciona dez casos para discussão.⁴ Embora o livre desenvolvimento da personalidade seja quase sempre destacado na literatura jurídica alemã em razão de seu caráter subsidiário, o autor enfatiza tal direito como o “último limite à ação estatal cerceadora da liberdade individual”, tendo sido feito um amplo trabalho de concretização pelo TCF alemão ao longo de sua história, chegando a “criar novos direitos” derivados do conceito de livre desenvolvimento.

Apesar de não positivada, tal garantia é constantemente invocada na jurisprudência nacional. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, é de se destacar a decisão da lavra do Ministro José Carlos Dias Toffoli pela relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade fundamentada

4. A GG assegura tal direito em seu art. 2º: “(...) todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (tradução livre).

na garantia ao livre desenvolvimento da personalidade (Recurso Extraordinário 363.889/DF, j. 02.06.2011, DJe 16.12.2011).

Assim, passando ao exame das decisões discutidas neste capítulo, a terceira decisão examinada na obra diz respeito ao caso Elfes de 1957 (BVerfGE 6, 32 – *Elfes*), que consiste na interpretação da “liberdade de saída do país” como resultado/derivação da liberdade geral de ação (o TCF faz um amplo trabalho de fundamentação desta liberdade como consequência do livre desenvolvimento da personalidade).

No quarto caso examinado, é discutida a Lei do Censo no ano de 1983 (BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*) e que representou um dos momentos mais marcantes da história do TCF, no sentido de ter fundamentado um direito à autodeterminação sobre informações/dados pessoais (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) que não está expressamente afirmado pelo constituinte alemão. Nesta decisão, o TCF alemão chega a enfatizar que a Lei do Recenseamento de 1983, por não garantir o direito à autodeterminação sobre informações, infringiria o direito geral de personalidade.

Porém, foi em 1989, que o TCF alemão enfrentou o caso “cavalgada em florestas” (BVerfGE 80, 137 – *Reiten im Walde*), a quinta decisão objeto de estudo da presente obra. Neste caso, os julgadores travaram um dos julgamentos mais famosos da jurisprudência alemã sobre direitos fundamentais, uma vez que foram discutidos os próprios contornos jurídico-dogmáticos do livre desenvolvimento da personalidade. Inclusive, o capítulo traz o voto dissidente do Juiz Dieter Grimm na íntegra, em razão de sua relevância histórica. Naquela ocasião, Grimm temia a falta de contornos claros diante da imensa amplitude dada pela jurisprudência alemã ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo que praticamente toda e qualquer ação humana poderia ser enquadrada e isso vulgarizaria a própria ideia de direitos fundamentais.

Os demais casos examinados neste capítulo são a criminalização da aquisição e porte de produtos derivados da planta *cannabis sativa* em 1994 (BVerfGE 90, 145 – *Cannabis*), a falsa atribuição de filiação a associações ou grupos para garantia da imagem pública em 1998 (BVerfGE 99, 185 – *Scientology*), ponderação entre o direito fundamental à personalidade e a liberdade artística em romance que se baseia em visões parciais e exageradas sobre pessoas reais em 2007 (BVerfGE 119, 1 – *Roman Esra*), sistema online de coleta de dados pela Administração Pública (sistema de inteligência) em 2008 e a concretização de direitos fundamentais implícitos como sigilo de correspondência à distância, confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos (BVerfGE 120, 274 – *Online-Durchsuchungen*), apreensão de e-mails como elementos de prova em 2009 (BVerfGE 124, 43 – *Beschlagnahme von Emails*), arquivamento prévio em estoque de dados pessoais em 2010 (BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*) e o “arquivo antiterrorismo” que seria um arquivo central instituído por lei que conteria informações pessoais de pessoas e fatos investigados nos diversos órgãos públicos (BVerfGE 133, 277 – *Antiterrordatei*).

Assim, o TCF alemão tem utilizado o livre desenvolvimento da personalidade, seja em sua vertente como direito geral de personalidade ou como liberdade geral de ação, para fundamentar casos envolvendo direitos civis que nem sempre estão expressos no texto constitucional.

No capítulo terceiro, são examinadas apenas duas decisões para tratar do direito fundamental à vida: relacionados aos dois julgamentos do TCF alemão sobre a criminalização do aborto em 1975 e posteriormente em 1993 (BverfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* e BverfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*).

Embora o direito fundamental à vida tenha sido reforçado para evitar que atitudes como as práticas nazistas voltem a se repetir, a dogmática jurídica tem desenvolvido o chamado “dever estatal de tutela” (*staatliche Schutzpflicht*) em face das ações individuais que colocam em risco sua própria vida ou a vida de terceiros. Isto é, o Estado, através de todos seus órgãos, de forma direta ou indireta, precisa observar e proteger a vida dos indivíduos.

Na primeira decisão sobre o aborto, houve a declaração de inconstitucionalidade da Quinta Lei de Reforma do Direito Penal, de 1974, porque ela não seria “apta” a cumprir o dever constitucional de proteger a vida em desenvolvimento. Segundo o TCF alemão, a vida em desenvolvimento (nascituro que ainda não nasceu) é protegida constitucionalmente e o direito à vida prevaleceria, no caso concreto, em relação ao direito da autodeterminação da gestante e isso não poderia ser relativizado por um prazo determinado (não poderia haver um prazo de “carência” de três meses como a lei alemã propusera). Ainda nesta decisão, o órgão julgador esclareceu que apenas seria inexigível o prosseguimento da gravidez quando houvesse real risco para a vida da gestante ou grave dano ao seu estado de saúde. Ademais, o legislador poderia utilizar o direito penal para garantir a vida em desenvolvimento, desde que os resultados que objetivam a proteção da vida não possam ser alcançados de outra forma.

Entretanto, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal em 1976 e a discussão sobre a inconstitucionalidade de seus artigos foi suscitada pelo Governo da Baviera em 1990. Segundo o TCF, o nascituro também possui dignidade humana protegida constitucionalmente, porém caberia ao legislador determinar as hipóteses de exceção (causas excludentes de ilicitude) segundo o critério de inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*). Ademais, não seria vedado ao legislador dar ênfase a uma política pública que aconselhasse a gestante no início da gravidez para convencê-la a prosseguir com a gravidez, com participação do médico.

No quarto capítulo, que trata do direito fundamental à integridade física, são examinadas três decisões: recusa de particular contra intervenção cirúrgica de “retirada do líquido cefalorraquiano e medular” (líquor) para provar sua imputabilidade (BVerfGE 16, 194 – *Liquorentnahme*, julgamento em 1963), existência de dever estatal de tutela da integridade física diante de processos de lesão praticados

por particulares em razão da dimensão objetiva deste direito fundamental (BVerfGE 53, 30 – *Mülheim-Kärlich*, julgamento em 1979) e tratamento médico forçado quando o internado, em razão de doença, não for capaz de entender a necessidade do tratamento ou de agir com esse entendimento (BVerfGE 128, 282 – *Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug*, julgamento em 2011).

Este direito à integridade física e o direito fundamental à vida seriam inovações, no direito constitucional alemão, a partir do advento da GG como reações aos crimes cometidos no período nazista. Dogmaticamente, o autor aponta para o trabalho realizado na jurisprudência e doutrina alemãs que resultaram no delineamento da área de proteção normativa deste direito: não apenas no seu sentido biológico/fisiológico, mas também incluindo seu sentido psicológico. Portanto, abrangeria tanto um “direito contra a dor”, sendo dores físicas ou psicológicas. Porém, isso não significa dizer que “meros transtornos” seriam ilícitos nem que seria assegurado total bem estar físico e psicológico a todos os indivíduos.

No capítulo final, a obra apresenta doze decisões acerca do direito à igualdade (Art. 3 GG). Nas notas introdutórias, o autor apresenta relevante distinção dogmática sobre o tratamento que deve ser dado ao direito à igualdade em comparação com os direitos de liberdade. Sendo assim, a igualdade não possui previamente comportamentos humanos tutelados pela norma. Ou seja, diferente do que ocorre com os direitos de liberdade, a igualdade não possuiria uma área de proteção propriamente dita e, portanto, não se poderia falar em intervenções estatais em tal área de proteção.

A decisão que inicia as discussões sobre a concretização da igualdade no TCF é um clássico julgamento de 1969 em que se discutia se a Lei do Imposto de Renda, com a pretensão de estabelecer “justiça tributária/fiscal”, poderia determinar que qualquer alienação de bem imóvel antes de dois anos poderia ser enquadrado como especulação para fins de tributação (BVerfGE 26, 302 – *Einkommensteuergesetz*).

Em seguida, são apresentados quatro casos que discutem a igualdade em direitos entre homens e mulheres. No primeiro caso, um julgamento de 1978 sobre o direito de utilizar o nome de solteira da esposa como nome do casal e da família (BVerfGE 48, 327 – *Familiennamen*). Os outros casos versam sobre um julgamento de 1979 sobre um trabalhador que requereu a garantia legal do “dia do trabalho doméstico” que consistia em dia de folga mensal para as mulheres que trabalhassem, no mínimo, 40 horas por semana (BVerfGE 52, 369 – *Hausarbeitstag*), um outro julgamento de 1991 sobre a utilização do nome do marido como “nome do casal” quando não houvesse declaração dos cônjuges (BVerfGE 84, 9 – *Ehenamen*) e o outro julgamento de 2002 que consistiu na situação fática de casais que moram em cidades diferentes em razão de seus empregos e que possuíam um “orçamento doméstico em dobro” em face de lei tributária que limitava um prazo de dois anos para desconto de gastos quando a atividade fosse realizada em uma mesma localidade (BVerfGE 107, 27 – *Doppelte Haushaltsführung*).

Na sequência, são apresentados e discutidos três casos recentes que foram julgados em 2004, 2006 e 2007. Respectivamente, tratavam da discussão sobre uma cidadã turca que entrou na Alemanha com pedido de asilo político e que solicitou o benefício de “auxílio-educação” (BVerfGE 111, 176 – *Erziehungsgeld na Ausländer*), outro dizia respeito ao dispositivo da Lei de Transexuais que permitia a alteração de prenome apenas para alemães (BVerfGE 116, 243 – *Transsexuelle IV*) e o último trazia discussão sobre a inconstitucionalidade de dispositivo jurídico que vedava o procedimento de fertilização artificial para “casais não casados” (BVerfGE 117, 316 – *Künstliche Befruchtung für Verheiratete*).

Nos últimos três casos comentados na obra, são apresentados o julgamento de 2009 sobre tratamento igualitário entre casamento e “união vital registrada”, sendo esta última uma formalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo (BVerfGE 124, 199 – *Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft*), o julgamento de 2012 sobre salário-família dos funcionários públicos que viviam nessas uniões vitais registradas (BVerfGE 131, 239 – *Lebenspartnerschaften von Beamten*), o julgamento de 2013 sobre a vedação da Lei de Uniões Vitais Registradas (entre pessoas do mesmo sexo) para a prática da adoção sucessiva, isto é, apenas poderia haver adoção pelo casal de mesmo sexo se a criança fosse filha biológica de um de seu parceiro vital (BVerfGE 133, 59 – *Sukzessivadoption*) e a vedação de benefício tributário de declaração conjunta e partição tributária entre cônjuges que estivessem apenas em união registrada (BVerfGE 133, 377 – *Ehegattensplitting*).

Quanto à análise metodológica, a obra não apenas inicia com uma introdução simples, acessível e esclarecedora sobre a jurisprudência alemã, mas também apresenta toda a estrutura das decisões do TCF alemão, de modo que consegue explicar como a obra deve ser utilizada pelo leitor. Para que consiga atingir seus objetivos, a obra segue um caminho/método que consiste basicamente em apresentar um capítulo para cada direito fundamental a partir de uma estrutura padronizada que contém quatro elementos básicos: inicia com a citação literal do artigo da GG, apresenta as notas introdutórias do autor sobre o direito fundamental em exame e que também explica quais as decisões são examinadas no capítulo, expõe um breve resumo sobre cada caso concreto e a matéria de cada decisão e transcreve os trechos principais das decisões do TCF.

Talvez por se tratar de um autor que já publicou diversos trabalhos sobre a concretização dos direitos fundamentais na Alemanha e no Brasil, é perceptível sua familiaridade com o tema, apresentado em linguagem acessível e nitidamente lapidada, contribuindo para uma leitura agradável.

As decisões escolhidas claramente seguem uma lógica não apenas cronológica (o que já facilita bastante para o leitor), mas também apresentam conteúdos novos e estes sedimentam o entendimento sobre cada direito fundamental.

Porém, o autor não se propõe a examinar criticamente cada decisão apresentada: sua missão é apresentar breves comentários introdutórios para cada capítulo e apresentar as decisões em língua portuguesa. Sem dúvida, o autor realizou a opção correta, pois demandaria grande esforço de síntese para apresentar brevemente posições críticas para cada decisão, além de ser necessária a adoção de algum marco teórico que servisse de guia para a análise de decisões desejada. Em verdade, a obra funciona como um convite ao leitor para que este se debruce criticamente sobre as decisões do TCF alemão e pense sobre os possíveis acertos e equívocos de cada decisão, sem precisar se prender à visão do autor.

Quanto ao segundo aspecto avaliado, é perceptível que a obra ocupa relevante espaço no debate brasileiro sobre jurisdição constitucional, pois realiza um esforço de levantamento dos principais pontos (alguns famosos do último século e outros mais recentes) levantados pela doutrina alemã e ainda apresenta trechos das razões da Corte para a tomada de posição e trechos dos “votos vencidos”. Assim, a obra representa, nitidamente, uma valiosa contribuição para o enriquecimento da doutrina brasileira sobre direitos fundamentais, funcionando como um livro-para-digma que auxiliará no desenvolvimento de pesquisas pelo jurista brasileiro que, agora, poderá dialogar com mais facilidade com a jurisprudência do TCF alemão.

No entanto, há que se deixar claro que não se trata de uma obra de direito comparado. Isso porque o Direito Comparado requer um juízo comparativo que não se restringe à mera exposição do direito estrangeiro.⁵ Assim, o juízo comparativo não significaria optar pelo direito estrangeiro em detrimento do direito nacional ou criar juízos de valor sobre qual seria melhor ou pior, pois esta seria uma atribuição para o legislador. No caso do jurista, o juízo comparativo contribui para dar maior sistematicidade aos institutos jurídicos, realizando classificações e interpretações sobre os elementos do que está sendo comparado, contribuindo para a melhor compreensão do direito e da experiência social vivida pela comunidade diante de tal direito. No caso da obra analisada, em que pese não ser uma obra propriamente de direito comparado, funciona como importante “matéria-prima” ou “ponto de partida” para os estudiosos que pretendam realizar estudos comparados.

Apesar de ser uma importante contribuição sobre a interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, é preciso adotar um ponto de vista crítico sobre a compreensão das interpretações jurídicas – incluindo das Cortes Constitucionais – no tempo e lugar em que as decisões foram proferidas. Pois, um dos pontos centrais para a compreensão das teorias da interpretação (mas também da interpretação em si) seria a percepção do contextualismo e historicidade do momento de criação da

5. Cf. DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 70-102.

interpretação.⁶ Em outras palavras, a análise da “consciência histórica” do Tribunal Constitucional precisaria ser levada em consideração para melhor compreensão de seus julgados. Tal valorização da ideia de pertinência histórico-cultural não é uma exclusividade da tradição da hermenêutica filosófica ou de uma perspectiva culturalista, mas se apresenta como relevante crítica à exposição de decisões situadas em contextos históricos diferentes.

Entretanto, cabe ressaltar que o autor também realizou certos esclarecimentos históricos para que o leitor pudesse ter uma melhor compreensão do contexto do julgamento como foi o caso da segunda decisão sobre o aborto em 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*) em que foram explicados alguns elementos sobre a reunificação alemã e a vigência de normas paralelas nas duas Alemanhas.

Apesar dessa ressalva, parece ser insuficiente, caso realmente se pretenda um exame apurado e aprofundado da interpretação do TCF alemão, a abordagem do contexto histórico e político vivenciado pelos juízes que construíram o entendimento jurídico sobre tal direito fundamental. Ademais, por se tratar da Alemanha, esse cuidado histórico tem ainda mais razões para ser observado, pois o comportamento do próprio TCF também foi muito influenciado pelas perspectivas políticas da sociedade (que também estão inseridas em um contexto), como se vê nos dois julgamentos sobre o aborto, por exemplo. Porém, isso não significa que a obra trilhou um caminho equivocado, mas sim que optou por uma apresentação sucinta das 29 decisões do TCF alemão e reservou para o leitor a missão de realizar uma pesquisa mais aprofundada, se for realmente de seu interesse.

No segundo capítulo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é analisado de forma primorosa e, certamente, contribui para preencher algumas das lacunas da doutrina brasileira sobre a questão. Porém, essa questão da derivação de “direitos fundamentais” a partir do livre desenvolvimento da personalidade e seus dois ramos (direito geral de personalidade e liberdade geral de ação) é um tópico muito problemático que ainda precisa ser retomado e melhor discutido nos próximos trabalhos que venham a tratar de tal assunto. Afinal, este é um ponto que chamou a atenção de Thomas Vesting e o levou (não apenas por isso) a uma reavaliação do simbolismo da “constituição na pós-modernidade”.⁷ Segundo Vesting, baseado também em Teubner, essa derivação de direitos fundamentais se daria principalmente em razão dos “fragmentos constitucionais” ou “constituições parciais transnacionais” que forçaria o TCF a reconhecer tais direitos.

6. JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20-24.

7. Cf. VESTING, Thomas. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: VESTING, Thomas; KO-RIOH, Stefan (Org.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? Tübingen : Mohr Siebeck, 2011. p. 71-94.

Entretanto, Vesting reconhece a crítica formulada por Ralf Poscher contra o casuísmo principiológico do TCF alemão e a necessidade de uma “teoria do método da aplicação do direito” (*Theorie der Methode der Rechtsanwendung*). Ou seja, nestes últimos dez anos, a doutrina alemã ainda discute sobre esses problemas essenciais relacionados a essas decisões de direitos fundamentais e a dogmática jurídica permanece em constante desenvolvimento naquele país. Assim, a doutrina não se conforma com as teorias e leituras que já foram firmadas, mas sim está em constante oxigenação e reciclagem. Seria o casuísmo do TCF alemão derivado da tópica jurídica? Certamente não, pois não se parte do problema em si, mas de um possível referencial ontológico a ser descoberto no texto da GG.

De qualquer forma, esses problemas sobre possíveis direitos fundamentais contidos implicitamente na GG ou impostos por outros fragmentos constitucionais que quebrariam o paradigma da unidade da constituição não são (e nem deveriam mesmo) ser respondidos na presente obra. São discussões que não se isolam na Alemanha, mas que também fazem parte do cotidiano da jurisdição constitucional nos mais diversos países. Eis que, de certa forma, também se problematiza sobre o próprio conceito de direitos fundamentais e sua possível vulgarização a partir das declarações políticas das Cortes Constitucionais: problemas que não se restringem ao “ativismo judicial” no TCF alemão.

No quinto e último capítulo, o autor inicia suas notas introdutórias fazendo alusão ao direito constitucional brasileiro. Enquanto a GG alemã optou por proteger explicitamente o direito fundamental à integridade física, a Constituição Federal brasileira teria sido mais tímida ao tutelar genericamente um direito prestacional de segurança pública e individual.

Entretanto, como indica a própria obra, o TCF alemão também reconheceu direitos fundamentais que não estavam explicitamente no texto constitucional por meio de interpretações construtivistas que partem do texto da GG, mas dialogam com a realidade social, a ponto de reconhecer tais direitos e lhe atribuírem força vinculante que deve ser observada por todo o Estado alemão. Logo, se a integridade física está ou não explicitamente presente no texto, não parece gerar, *a priori*, nenhum grande problema dogmático.

Porém, quais seriam os limites para essas supostas e pretensiosas derivações de direitos fundamentais que não foram previstos pelo constituinte? No fim, não seriam apenas construções retóricas dos tribunais que, politicamente, querem ver determinadas condutas sendo protegidas constitucionalmente? Se a linguagem jurídica é formada por acordos linguísticos intersubjetivos⁸, também cabe à dogmática jurídica denunciar essas robustas construções persuasivas pelos tribunais.

8. Cf. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2010, passim.

No tocante às relações privadas e aos direitos fundamentais, é inegável o avanço sobre as discussões sobre o relacionamento entre os ramos do direito civil e a Constituição, especialmente quando se trata dos direitos de personalidade⁹. Nesse primeiro volume, muitos elementos presentes nas notas introdutórias de cada capítulo e nas fundamentações das decisões favorecem uma discussão sobre a interpretação do direito privado diante da vinculação do Poder Judiciário perante os direitos fundamentais. O texto, contudo, desmistifica certo lugar comum estabelecido na dogmática jurídica nacional acerca do chamado efeito “horizontal” dos direitos fundamentais; esclarecendo que desde meados da década de 1970 prevalece na Alemanha a tese no sentido de que os direitos fundamentais vinculariam os particulares apenas indiretamente. Assim, os direitos fundamentais atuariam nas relações entre particulares por intermédio de cláusulas gerais, como a da boa-fé no direito civil.

Além das discussões sobre deveres estatais de tutela nas relações jurídicas privadas, outro ponto que também merece destaque é a questão do livre desenvolvimento da personalidade e sua repercussão para o direito privado. Apesar do problema sobre a legitimidade da “derivação” de direitos fundamentais supostamente implícitos no texto constitucional, a divisão entre liberdade geral de ação e direito geral de personalidade assume especial relevância por se tratarem de garantias que exigem um tratamento dogmático diferenciado.

Embora a obra não adentre tanto na distinção entre essas duas vertentes do livre desenvolvimento da personalidade e seus respectivos tratamentos dogmáticos, essa é uma questão que não pode passar ignorada. Os direitos de personalidade em geral são condutas do indivíduo que marcariam profundamente não apenas uma fase de sua vida, mas toda a sua vida.¹⁰ Assim, condutas como o direito à informação de sua própria ascendência, o direito de manter seu nome, o direito de esterilização, a determinação de seu estado civil, o direito ao esquecimento (integração social de ex-criminosos), e direito a determinar sua vida sem encargos financeiros prévios seriam protegidas constitucionalmente como integrantes deste direito geral de personalidade que é espécie de livre desenvolvimento da personalidade.

Quanto à liberdade geral de ação, esta não teria o mesmo condão do direito geral de personalidade, mas ainda assim teria proteção constitucional. De todo modo, essa diferenciação e o estudo de seus respectivos tratamentos jurídicos são

9. Cf. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonatto (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

10. Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. 8.

essenciais para a compreensão de muitas condutas do Direito Civil e Empresarial que estariam tuteladas constitucionalmente.

O desenvolvimento da dogmática da igualdade examinado no capítulo final é de fundamental relevância não apenas para o direito público, mas também para os institutos do direito privado como a adoção, o casamento, igualdade de direitos entre homem e mulher nas relações familiares, os contratos privados, entre outros. Percebe-se, portanto, a necessidade do desenvolvimento da dogmática jurídica no Brasil para lidar com conceitos que ainda se encontram desnecessariamente “em aberto” e, nesse sentido, as contribuições da doutrina e jurisprudência alemãs podem ser de grande utilidade.

Por fim, é de se reconhecer a dedicação e o trabalho do autor em relação à obra sob análise. A doutrina não pode se contentar em realizar repetições acríticas, sob pena de fossilizar-se. Assim, as críticas oferecidas nesta resenha apenas buscam contribuir minimamente para uma melhor discussão sobre alguns dos pontos essenciais da obra. Certamente, a comunidade jurídica aguarda a publicação dos próximos volumes e, principalmente, das pesquisas e discussões que devem surgir a partir do exame crítico destes julgados.
