

# A BOA E VELHA LEI FUNDAMENTAL E NÓS PÓS-CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

**Thorsten Kingreen**

Professor Titular de Direito Público, Direito Social e Direito da Saúde da Universidade de Regensburg. *E-mail:* thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de.

---

**Resumo:** O presente artigo se propõe a analisar, à luz da Lei Fundamental alemã de 1949, a relação entre a dimensão jurídica dogmática e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante TCF), perguntando-se o quanto tais decisões, com o passar do tempo, acabaram (ou não) tornando-se mais casuísticas. O que se percebe é que mesmo uma ciência sistemática do direito não pode se furtar de estudar casos. Para tal estudo, o texto analisa decisões do TCF que tangem o tema da pluralização, da digitalização, e da europeização, apontando as argumentações dogmáticas presentes e, após, situando-as nos contextos históricos em que surgiram, para, assim, verificar sua atualidade para o processamento de mudanças sociais, tecnológicas ou políticas por parte do TCF. Conclui-se que, embora o contexto histórico e algumas decisões exijam uma análise deveras indutiva, é preciso contar com a possibilidade de que algumas certezas dogmáticas desvaneçam quando a análise de casos específicos das circunstâncias de sua época passa mais fortemente para o primeiro plano, desafiando a dogmática jurídica a associar interdisciplinaridade conectiva com integridade disciplinar.

**Palavras-chave:** Lei Básica da República Federal da Alemanha. Tribunal Constitucional Federal alemão. Jurisprudência. Lei sistemática.

**Sumário:** **1** Ousar mais na dogmática? Uma introdução um tanto personalizada – **2** Pluralização – **3** Europeização – **4** O texto estável no contexto volátil – Referências

---

## 1 Ousar mais na dogmática? Uma introdução um tanto personalizada

No dia 20.7.2016, terminou o mandato do Ministro do Tribunal Constitucional Federal (= TCF) Herbert Landau. Isso representou uma cesura na história do TCF, pois com o Ministro Landau, nascido em 1948, deixou a magistratura suprema o último juiz que ainda nasceu antes de 23.5.1949, o dia em que a Lei Fundamental (= LF) entrou em vigor. Os últimos ministros do TCF que ainda puderam acompanhar

---

<sup>1</sup> Agradecemos a Luís Sander pela tradução e ao Mestre em Direito pela PUCRS Ramon da Silva Sandi pela revisão. Um especial agradecimento é endereçado ao CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães (PUCRS-UFRGS) pelo suporte financeiro que viabilizou a tradução do texto.

de modo politicamente consciente a fase de surgimento da LF já deixaram o cargo há mais de 25 anos, como o recém-falecido Juiz Ernst-Wolfgang Böckenförde (n. em 1930). Já em abril de 1861 faleceu John McLean, o último juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos nascido antes da entrada em vigor da Constituição norte-americana em setembro de 1787.

Quando os e as constituintes morrem, a Constituição se torna paulatinamente mais velha do que seus e suas intérpretes e quando, então, um Tribunal Constitucional declara explícita ou implicitamente decisões anteriores como obsoletas,<sup>2</sup> embora tenham surgido sob o mesmo texto constitucional como o atual, coloca-se a pergunta sobre o que, a rigor, ainda é direito constitucional vigente e o que já é história da Constituição.<sup>3</sup> Então estão em pauta a força normativa e a confiabilidade estabilizadora da Constituição, o Tribunal Constitucional e, por último, mas não menos importante, a ciência do direito constitucional e seus métodos, que pretendem marcar os limites para com o universo da política e da ciência política. Como se haverá de lidar com uma Constituição que vai ficando cada vez mais velha em um “mundo caracterizado pela contingência e pela dificuldade de orientação”?<sup>4</sup> E como lidar com decisões, enunciados e construções jurídicas dogmáticas que se situam em contextos históricos particulares, talvez um tanto singulares, e refletem as noções tradicionais de valores de juízas e juizes de tempos passados? Que estabilidade juridicamente normativa a Constituição e decisões anteriores do Tribunal Constitucional podem e devem gerar, quanta flexibilidade elas devem e podem gerar em processos de transformação social, tecnológica e política sem que o texto constitucional seja modificado? Como juristas especializados em direito constitucional ainda podem dizer algo com substância científica e confiabilidade orientadora de ações sobre a constitucionalidade de uma nova lei? E se não o pudessem mais, que papel a ciência do direito constitucional ainda desempenharia no círculo de outras ciências políticas das quais tinha conseguido se emancipar no passado, assumindo o método jurídico da ciência do direito civil?<sup>5</sup>

Em busca de conselho, como pós-constitucional, pergunta-se, primeiramente, aos mais velhos que são pré-constitucionais. Meu mestre acadêmico Bodo

<sup>2</sup> Cf. a compilação de modificações jurisprudenciais do TCF em SCHLINK, Bernhard. *Abschied von der Dogmatik: Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel*. JZ, p. 157 (159 s.), 2007. Isto não é, naturalmente, uma exclusividade do TCF alemão; cf., p. ex., as aventureiras mudanças de rumo na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA sobre discriminações raciais em *Dred Scott v. Sandford*, passando por *Plessy v. Ferguson*, até *Brown v. Board of Education* (referências em KINGREEN, Thorsten. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2020, Art. 3, nº 528-533).

<sup>3</sup> WALDHOF, Christian. *Das andere Grundgesetz*, 2019, p. 35 ss.

<sup>4</sup> VOSSKUHLE, Andreas. *Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen*. JuS, p. 417 (417), 2019.

<sup>5</sup> Cf. quanto a isso STOLLEIS, Michael. *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1992, v. II, p. 330 ss.

Pieroth<sup>6</sup> é um deles. Junto com Bernhard Schlink (também um pré-constitucional) ele publicou, em 1985, um manual – singular sob vários aspectos – sobre os direitos fundamentais<sup>7</sup> que responde a essas perguntas iniciais com uma afirmação clara: ousar mais na dogmática! A dogmática reivindica, sobretudo, criar ordem<sup>8</sup> e, assim, distanciar-se da desordem bagunçada do pensamento baseado em precedentes. Por isso, o manual não reconstrói simplesmente a jurisprudência do TCF com base em casos,<sup>9</sup> mas empreende uma formação sistêmica autônoma comprometida com a dogmática jurídica. Essa preocupação se expressa principalmente em uma parte geral das teorias dos direitos fundamentais que busca cumprir a pretensão própria da dogmática de desenvolver para os direitos fundamentais critérios e programas de controle que sejam confiáveis, criem segurança jurídica e resistam à passagem do tempo.

O manual sobre os direitos fundamentais se tornou um clássico, e a estrutura de controle nele proposta (“Esfera de proteção – intervenção ou restrição – justificação jusconstitucional”)<sup>10</sup> foi acolhida na atividade jurisdicional do TCF – um belo exemplo do valor da formação de um sistema de dogmática jurídica voltada para a prática do direito, à qual a ciência alemã dos direitos fundamentais deve sua popularidade no exterior. Entrementes, porém, seus dois autores estão em conflito com o TCF e a ciência dos direitos fundamentais. Eles veem a ascensão de um estreitamente ligada ao descenso da outra, que se tornou uma “ciência de precedentes” nos moldes da tradição norte-americana. “A ponderação atropelou tudo” – assim Bodo Pieroth resume a dogmática especial do TCF no caso da liberdade para formar coalizões,<sup>11</sup> e na coletânea de textos em homenagem a Bernhard Schlink ele destaca a racionalidade como elemento próprio do direito e de sua diferenciabilidade funcional em relação à política.<sup>12</sup> O próprio Schlink já tinha, de qualquer modo, virado inteiramente as costas à ciência do direito constitucional em 2007 porque a atividade jurisdicional constitucional à qual ela estava associada de forma positivista estaria se tornando cada vez mais casuística e, por

<sup>6</sup> Cf. a nota \*.

<sup>7</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 1. ed., 1985.

<sup>8</sup> BUMKE, Christian. *Rechtsdogmatik*. 2017, p. 45 ss.

<sup>9</sup> Cf. contra tal “positivismo do Tribunal Constitucional Federal” SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat*, v. 28, p. 161 (168), 1989.

<sup>10</sup> Quanto aos trabalhos prévios na década de 1970, cf. BUMKE, Christian. Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz. *AöR*, v. 144, p. 1 (46 ss.), 2019.

<sup>11</sup> PIEROTH, Bodo. Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Ed.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 2001, v. II, p. 293 (316).

<sup>12</sup> PIEROTH, Bodo. Bernhard Schlink als Verfasser juristischer Lehrbücher. In: NOLTE, Jakob; POSCHER, Ralf; WOLTER, Henner (Ed.). *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit: Festschrift für Bernhard Schlink*. 2014, p. 3 (12).

consequente, arbitrária. Com a atividade jurisdicional cada vez mais casuística, cujas decisões praticamente não seriam mais previsíveis, a dogmática ordenadora, que fundamentava e exigia racionalidade, estaria sendo sepultada.<sup>13</sup> Mas a abertura disciplinar soberana de Pieroth e Schlink os impede, diferentemente de muitos mais jovens, de se perder em teorias de desintegração: Bodo Pieroth conhece, com um toque de ironia, a propensão, causada pela idade, “de interpretar desdobramentos mais recentes como fenômenos de decadência”,<sup>14</sup> e Bernhard Schlink sabe que neste mundo existem outros caminhos para se praticar a ciência jurídica: “Não se trata mais de minha ciência do Direito Constitucional, mas uma ciência semelhante àquela com que me deparo nos Estados Unidos e que vi funcionar lá e aprendi a respeitar”.<sup>15</sup>

Para situar a crítica à perda de importância da dogmática e explorá-la para a pergunta que serviu de ponto de partida sobre a forma de lidar com textos constitucionais que vão ficando mais velhos, é preciso perguntar inicialmente que dimensão da dogmática deve ser colocada na lista de perdas de uma jurisprudência constitucional que está se desenvolvendo de modo crescentemente casuístico.<sup>16</sup> “Dogmática” é, inicialmente, um termo abrangente para designar a interpretação de normas jurídicas pertinentes com base na teoria dos métodos jurídicos. Neste sentido, porém, dificilmente se poderá dizer que esteja havendo uma perda de importância, pois os programas da dogmática dos direitos fundamentais desenvolvidos na fase de fundação da jurisprudência desenvolveram-se, em grande parte, sem recurso ao texto dos direitos fundamentais, e às vezes até contra o teor; basta pensar na jurisprudência sobre o Art. 3 (1) da LF que estendeu o direito fundamental, contra o teor (“igualdade perante a lei”), também ao legislador.<sup>17</sup> Além disso, nem para a dogmática sobre a intervenção ou restrição nem para o princípio da proporcionalidade existem elementos de conexão no texto da LF; ambos são criações interpretativas do TCF.<sup>18</sup> Em relação ao método jurídico, portanto, a dogmática nunca teve uma importância cuja perda se pudesse agora lamentar. Por conseguinte, também o debate em nível de princípios travado sob o termo-chave “originalismo”, isto é, sobre como lidamos com a vontade de um constituinte histórico, não será abordado aqui.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> SCHLINK, 2007 (nota 2), p. 161 s.

<sup>14</sup> PIEROTH, 2014 (nota 12), p. 13.

<sup>15</sup> SCHLINK, 2007 (nota 2), p. 162.

<sup>16</sup> Quanto às diversas funções da dogmática jurídica, cf. DREIER, Horst. *Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen*. In: Id. (Ed.). *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, p. 41 ss.

<sup>17</sup> BVerfGE 1, 14 (52).

<sup>18</sup> Cf. quanto à restrição de direito fundamental, relativamente tardia, BVerfGE 116, 202 (222) e, quanto ao princípio da proporcionalidade, BVerfGE 7, 377 (405 ss.).

<sup>19</sup> Quanto a essa discussão, cf., p. ex., REICH, Johannes. “Originalismus” als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution: Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der

Portanto, com sua crítica ao avanço de “valorações e decisões subjetivas”,<sup>20</sup> Pieroth e Schlink não se referem ao declínio do método jurídico. O que lhes interessa, isto sim, é a função principal da dogmática jurídica de retratar as normas do direito vigente e a administração da justiça que as interpreta em princípios e estruturas abrangentes e, com isso, situá-las em um sistema que abstraia dos casos avulsos. Ora, seria possível discutir longamente sobre o que constitui tal sistema e se, afinal, faz sentido falar dele, porque de fato convida para uma série de equívocos, que não precisam ser desdobrados aqui.<sup>21</sup> Quem fala do “sistema” visando a uma dogmática jurídica (e isto será feito no que se segue) associa com ele, em todo caso, a noção de uma camada intermediária, consistente de conceitos, princípios, proposições doutrinárias, precedentes e programas de controle avulsos, entre a norma jurídica e sua aplicação, da qual se espera uma racionalidade ordenadora que vá além dos casos avulsos.<sup>22</sup>

A crítica de que os pormenores casuísticos de decisões avulsas teriam ocupado o lugar da dogmática sistêmica é de importância fundamental para a pergunta da qual partimos, a saber, como vamos lidar interpretativamente com uma Constituição que está ficando cada vez mais velha. Talvez a atualização paulatina do direito constitucional através de precedentes, que conhecemos a partir dos Estados Unidos com sua Constituição já muito mais antiga, seja um meio eficaz para uma interpretação maximamente flexível. Afinal, nenhum ministro ou nenhuma ministra do Tribunal Constitucional podia imaginar, no desenvolvimento da arquitetura dogmática na década de 1950, que alguma vez haveria necessidade de esclarecer, do ponto de vista do direito constitucional, se gays ou lésbicas poderiam adotar crianças ou órgãos de segurança poderiam revistar *smartphones* e textos europeus e internacionais sobre os direitos humanos são determinantes para a interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Uma autovinculação excessiva por causa da formação de um sistema de dogmática poderia mostrar-se como um obstáculo quando do processamento dessas mudanças por parte do direito constitucional e despertar expectativas de estabilidade e previsibilidade que nem podem ser cumpridas.

Hans Julius Wolff, do qual vale a pena se lembrar não só em Münster, teria replicado friamente o seguinte: “Ou a ciência do Direito [...] é sistemática ou não

---

Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung. *JöR*, v. 65, p. 713, 2017.

<sup>20</sup> PIEROTH, 2014 (nota 12), p. 12.

<sup>21</sup> Algumas referências a isso se encontram em LEPSIUS, Oliver. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Ed.). *Rechtswissenschaftstheorie*. 2008, p. 1 (36 ss.).

<sup>22</sup> Cf. quanto a essa posição para com a dogmática de modo geral SCHORKOPF, Frank. Dogmatik und Kohärenz. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?* 2012, p. 139 (148 s.): “Articulação de uma ciência relacionada à aplicação que associe o direito e os fatos”.

é”.<sup>23</sup> Mesmo uma ciência do direito sistemática, porém, não pode se furtar a estudar casos. Só por meio de estudos de caso, e até, em última análise, só por meio de genealogias de decisões,<sup>24</sup> podemos avaliar como conceitos e argumentos se desenvolveram até formar um sistema dogmático que tenha condições suficientes de orientar decisões subsequentes. A efetividade do método dogmático e seus limites podem ser exemplificados em campos de referência que nos últimos 70 anos desenvolveram, por razões bem diferentes, uma dinâmica que não podia ser prevista em 1949. São eles a pluralização (2), a digitalização (3) e a europeização (4). Nesses campos de referência, é preciso detectar figuras argumentativas da dogmática jurídica e formações de sistemas setoriais para, depois, situá-las nos contextos históricos em que surgiram e verificar sua atualidade para o processamento de mudanças sociais, tecnológicas ou políticas por parte do Tribunal Constitucional (5).

## 2 Pluralização

O campo de referência da pluralização aborda mudanças nas concepções sociais acerca da convivência humana. Em 1949, uma garantia jusconstitucional do matrimônio e da família como a contida no Art. 6 (1) da LF ainda era incomum em comparação com outras constituições. Mas ela era, assim como já o dispositivo predecessor do Art. 119 (2) da Constituição de Weimar, compreensível em termos de política constitucional. Em primeiro lugar, como observou Konrad Beyerle, relator do comitê de preparação de um esboço de uma Constituição do Reich alemão, era “necessário, levando em consideração o valor educativo dos direitos fundamentais para o povo, não deixar de mencionar também o matrimônio como pilar básico da vida social”.<sup>25</sup> Pretendia-se fortalecer o matrimônio em relação a “situações ilegítimas”, razão pela qual também o interesse, implementado mais tarde, de proteger igualmente crianças não nascidas de matrimônios era especialmente controverso.<sup>26</sup> Uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo eram inteiramente inconcebíveis. Em segundo lugar, o matrimônio e a família eram os pequenos

<sup>23</sup> WOLFF, Hans Julius. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft. *Studium Generale*, v. 5, p. 195 (205), 1952.

<sup>24</sup> Quanto à necessidade de uma análise da história do desenvolvimento do direito, cf. a contribuição marcante de WAHL, Rainer. *Entwicklungspfade im Recht*. *JZ*, p. 369 (371 ss.), 2013.

<sup>25</sup> *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*. In: *Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags*, v. 336, 377.

<sup>26</sup> Cf. mais detalhes quanto a isso em KINGREEN, Thorsten. *Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, 1995, p. 39 ss.; quanto à história do surgimento, cf. ainda SEILER, Christian. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2014, Art. 6 Abs. 1, Rn. 33 ss.

mundos ideais que não tinham incorrido em culpa na guerra e a partir dos quais se podia esperar também a reconstrução moral – uma fundamentação que foi de alcance maior ainda após o fim da Segunda Guerra Mundial. Retomando-a, o TCF desenvolveu, nos primeiros quase 50 anos de sua jurisprudência, um sistema dogmático dos direitos fundamentais sustentado por funções especiais desses direitos (2.1), que mantém até hoje em termos retóricos, mas ao qual infligiu rupturas de peso (2.2).

## **2.1 Formação de sistema: Art. 6 (1) da LF como direito de defesa, garantia de instituto e decisão sobre valores objetivos**

As estruturas básicas determinantes e sistêmicas para a interpretação do Art. 6 (1) da LF já foram instituídas pelo TCF em uma resolução de 17.1.1957; o mais velho dos ministros que atua ainda hoje nesse Tribunal, Peter Müller, tinha 1 ano de idade na época.

Nessa decisão, o TCF atribuiu ao Art. 6 (1) três funções em relação aos direitos fundamentais: tratar-se-ia, em primeiro lugar, de “um dispositivo nos moldes dos direitos fundamentais clássicos [isto se refere, portanto, à função de defesa – T. K.] que visa servir, em face das experiências feitas na época na época do regime nacional-socialista, à proteção da esfera privada específica do matrimônio e da família contra coação externa por parte do Estado”, em segundo lugar, de uma garantia de instituto que visa assegurar “um cerne de normas do direito da família e do matrimônio em termos jusconstitucionais” e, em terceiro, de “uma norma fundamental de decisão valorativa”, portanto, de uma “decisão valorativa vinculante para toda a esfera do direito privado e público referente ao matrimônio e à família”.<sup>27</sup>

Ao passo que as duas primeiras funções haveriam de permanecer em grande parte indistintas, a função de decisão valorativa se transformou no mais importante pilar da dogmática. Ela aparece pela primeira vez e de maneira bastante repentina na resolução de 17.1.1957; ela sequer cita a lendária decisão tomada no caso Lüth,<sup>28</sup> que muitas vezes é vista erroneamente como local de nascimento dessa função.<sup>29</sup> A doutrina da ordem de valores carrega consigo toda espécie de

<sup>27</sup> Todas as citações são extraídas da publicação que contém as decisões do TCF, BVerfGE 6, 55 (71 s.).

<sup>28</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>29</sup> RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung*. 2007, p. 50; mais detalhes sobre esse debate em DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte: Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. 1993, p. 10 ss.

lastro filosófico<sup>30</sup> e geralmente é associada<sup>31</sup> à doutrina da integração de Smend,<sup>32</sup> que, distanciando-se do positivismo do direito público, pretendia ver valores como ponto fixo central da integração social e estatal. O TCF deriva duas coisas dessa garantia de decisão valorativa:

*positivamente*, a tarefa para o Estado de não só preservar o matrimônio e a família de restrições causadas por outras forças, mas também de fomentá-los através de medidas apropriadas, e, *negativamente*, a proibição para o próprio Estado de causar dano ao matrimônio ou restringi-lo de outra forma.<sup>33</sup>

Ao passo que o imperativo de fomento e proteção não teve uma carreira muito bem-sucedida, o TCF derivou da proibição negativa de restrição uma proibição de discriminação do matrimônio e da família em relação a outras formas de união estável e, assim, promoveu o Art. 6 (1) da LF à posição de direito especial de igualdade.<sup>34</sup> Em parte, nesse contexto, o Art. 6 (1) da LF também foi colocado em uma conexão de fortalecimento mútuo com o Art. 3 (1) da LF,<sup>35</sup> mas sem que tivesse ficado claro qual a função própria que a proposição geral de igualdade assumiu ao lado da proposição especial.<sup>36</sup>

A construção de uma proibição de restrição e, por dedução, de discriminação, obtida por meio do componente da decisão valorativa foi uma realização sistêmica bem-sucedida e, de início, também amplamente incontestada do TCF. Com esse equipamento dogmático, ele declarou, no caso que serviu de ponto de partida, não só inconstitucionais a tributação conjunta obrigatória de cônjuges, mas também incontáveis normas, particularmente do direito tributário e social, porque colocariam o matrimônio e a família em desvantagem em comparação com uniões estáveis não matrimoniais e não famílias.<sup>37</sup> A transposição do Art. 6 (1) da LF para o círculo dos direitos de igualdade acarretou, porém, uma espécie

<sup>30</sup> Cf. quanto a isso BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (Ed.). *Recht, Staat, Freiheit*. 2. ed., 2006, p. 67 ss.

<sup>31</sup> Cf. quanto a isso RENNERT, Dominik. Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung: Zu "Lüth" und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie. *Der Staat*, v. 53, p. 31 (34 ss.), 2014.

<sup>32</sup> SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. 1928, p. 45 ss.

<sup>33</sup> BVerfGE 6, 55 (76) – grifos no original.

<sup>34</sup> Explicitamente em BVerfGE 99, 216 (232).

<sup>35</sup> BVerfGE 9, 237 (242 f.); 43, 108 (118 f.); 45, 104 (126); 47, 1 (19); 66, 66 (75); 66, 84 (93); 87, 234 (258).

<sup>36</sup> Mais detalhes em KINGREEN, 1995 (nota 26), p. 124 ss.; da mesma forma, p. ex., MEINKE, Monika M. In *Verbindung mit*. 2006, p. 128 s.; e SACHS, Michael. Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen "in Verbindung mit" anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechten) zu sprechen? In: KEMPNY, Simon; REIMER, Philipp (Ed.). *Gleichheitssatzdogmatik heute*. 2017, p. 107 (115).

<sup>37</sup> Compilação das decisões até 1994 em KINGREEN, 1994 (nota 26), p. 101 ss.



de escolha seletiva em favor do matrimônio; assim, por exemplo, para evitar um desfavorecimento em relação a cônjuges, a renda do parceiro não casado é levada em consideração no caso de direitos a benefícios sociais, embora *de iure* esse não tenha qualquer obrigação de pagar pensão alimentar ao carente.<sup>38</sup> Mas se podia derivar isso plausivelmente da lógica sistêmica da igualdade de direitos cujo fundamento em termos de dogmática jurídica, a ordem de valores, se enquadrava na época em que se ansiava por modelos morais e um “mundo ideal”. Com o auxílio de uma função de direito fundamental que acentua a preservação da realidade existente,<sup>39</sup> o TCF tinha erigido um baluarte dogmático-constitucional em torno do matrimônio.

## 2.2 Pontos de ruptura no sistema

Contra esse baluarte haveriam de se chocar, inicialmente, também uniões estáveis de homossexuais. A partir do direito de igualdade enraizado na função de decisão valorativa a concepção ainda dominante há 20 anos derivou uma proibição de equiparação ou imperativo de distanciamento, dos quais se seguiria a inconstitucionalidade da lei sobre uniões estáveis.<sup>40</sup> Outros recorreram à garantia de instituto, até então subdesenvolvida, que garantiria a diferença de sexo dos parceiros como componente central do matrimônio.<sup>41</sup> Pode-se ver isso como uma tentativa de proteger o edifício das funções dos direitos fundamentais erigido pelo TCF por meio de um fortalecimento adicional do fundamento contra os deslocamentos do movimento tectônico da sociedade. Três membros da 1ª Turma consideraram isso necessário e declararam a lei sobre as uniões estáveis inconstitucional, mas não os outros cinco que sustentaram a decisão. A garantia de instituto não seria afetada porque o objeto de regulamentação não seria o matrimônio, e tampouco a função de decisão valorativa, porque nada seria tirado do matrimônio pela lei das uniões estáveis.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Em especial o cômputo da renda no caso de direitos a benefícios sociais (atualmente em §7, alínea 3, nº 3, lit. c, alínea 3a do Código do Direito Social II [SGB II]), aceito em princípio em BVerfGE 87, 234.

<sup>39</sup> Nesses moldes, p. ex., BENEDICT, Jörg. Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung – Ein vorläufiges Fazit. *JZ*, p. 477 (481), 2013.

<sup>40</sup> BURGI, Martin. Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften? *Der Staat*, v. 39, p. 487 (501 ss.), 2000; KRINGS, Günter. Die “eingetragene Lebenspartnerschaft” für gleichgeschlechtliche Paare – Der Gesetzgeber zwischen Schutzabstandsgebot und Gleichheitssatz. *ZRP*, p. 409 (411 ss.), 2000; ROBBERS, Gerhard. Eingetragene Lebenspartnerschaften. *JZ*, p. 779 (783), 2001.

<sup>41</sup> PAULY, Walter. Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs. *NJW*, p. 1955 (1956), 1997; SCHOLZ, Rupert; UHLE, Arnd. “Eingetragene Lebenspartnerschaft” und Grundgesetz. *NJW*, p. 393 (396 s.), 2001.

<sup>42</sup> BVerfGE 105, 313 (344 ss., 346 ss.).

Com isso, o edifício formado por garantia de instituto e função de decisão valorativa, tão cuidadosamente erigido, sofreu suas primeiras fissuras. Não só o modelo do matrimônio heterossexual implícito na decisão valorativa se esmaeceu, mas também teve início a fase das relativizações na coletânea de fórmulas do TCF. Ainda em 1998, o Tribunal tinha formulado, sem quaisquer restrições, que a função de decisão valorativa proibiria “desfavorecer o matrimônio e a família em relação a outras parcerias conjugais e educacionais”; por conseguinte, o Art. 6 (1) da LF se oporia “a *toda* diferenciação comprometedora referente à existência de um matrimônio (Art. 6 [1] da LF)”.<sup>43</sup> Na decisão a respeito da lei sobre as uniões estáveis um “de modo geral” relativizante se insinuou nessa fórmula.<sup>44</sup> A partir de então, desfavorecimentos do matrimônio eram admissíveis em *casos avulsos*, por exemplo, a exclusão de filhos de pais casados no seguro de família isento de mensalidade no seguro de saúde e assistência de enfermagem, que seria compensado por toda sorte de outras vantagens do matrimônio.<sup>45</sup> Em 2007 uma norma favorecedora do matrimônio foi declarada constitucional pela última vez.<sup>46</sup>

Com sua jurisprudência sobre a equiparação das uniões estáveis com o matrimônio, o TCF adicionou, então, efeitos tectônicos ao edifício formado por função de decisão valorativa e garantia de instituto. Desde 2009 ele tem declarado inconstitucionais todos os tratamentos desiguais de uniões estáveis em relação ao matrimônio tradicional.<sup>47</sup> O Art. 3 (1) da LF e, como desdobramento em analogia ao Art. 3 (3), uma proibição de discriminação por causa da orientação sexual<sup>48</sup> assumiram o comando dos critérios de controle. A interconexão do controle com o Art. 6 (1) da LF foi, por sua vez, desfeita para o matrimônio como bem protegido por lei<sup>49</sup> e rebaixou o Art. 6 (1) da LF a uma possível razão para justificar tratamentos desiguais.<sup>50</sup> Este, porém, não foi bem-sucedido nem uma única vez porque “a mera referência ao imperativo de proteção do matrimônio” não basta mais ao TCF como justificação para tratamentos desiguais. As fórmulas da “decisão sobre valores objetivos” e a “garantia de instituto” ainda são carregadas junto até hoje,<sup>51</sup> mas só são ainda relevantes para o sistema na medida em que continuam sustentando tratamentos desiguais em comparação com relacionamentos não formalizados.

<sup>43</sup> BVerfGE 99, 216 (232) – grifos nossos.

<sup>44</sup> BVerfGE 105, 313 (347); as decisões ali citadas ainda não contêm essa relativização.

<sup>45</sup> BVerfGE 107, 205 (215 ss.).

<sup>46</sup> BVerfGE 117, 316 (325 ss.).

<sup>47</sup> Primeiro com BVerfGE 124, 199 e depois com BVerfGE 126, 400; 132, 179; 133, 59; 133, 377.

<sup>48</sup> BVerfGE 133, 377 (408).

<sup>49</sup> Pela última vez em BVerfGE 107, 27 (52 ss.) e 107, 205 (215). No âmbito da família, porém, ele continua sendo empregado: BVerfGE 122, 151 (179 s.) e 131, 1 (19).

<sup>50</sup> BVerfGE 124, 199 (217 ss.).

<sup>51</sup> BVerfGE 133, 377 (409 ss.).

Então não restou ao legislador outra opção do que abrir o matrimônio para casais do mesmo sexo pela legislação ordinária. Desde que isso aconteceu em 2017 (§1.353, alínea 1 do Código do Direito Civil), discute-se de forma controversa sobre o que restou do modelo que sustentava a decisão valorativa e que efeitos essa equiparação deve ter sobre o conceito jusconstitucional de matrimônio marcado pelo direito ordinário.<sup>52</sup>

## 2.3 Digitalização

Diferentemente da pluralização da sociedade, a digitalização representa um processo de mudança tecnológica. Para o TCF, ele já começou antes de, no início do milênio, a era digital se anunciar. Já em 1983 (portanto, ainda, na “era do cartão perfurado”),<sup>53</sup> ele concretizou a ideia orientadora do direito geral de personalidade (Art. 2 [1] em associação com Art. 1 [1] da LF) de decidir por conta própria sobre o franqueamento de assuntos da vida pessoal, no julgamento sobre o censo populacional, em um direito à autodeterminação informacional.<sup>54</sup> Com o avanço ulterior do desenvolvimento digital, ainda acrescentou mais tarde um direito fundamental à garantia do sigilo e da integridade de sistemas de tecnologia da informação, que destaca a importância sistêmica das novas tecnologias da informação para a proteção da personalidade.<sup>55</sup> De modo geral, a jurisprudência sobre o direito geral de personalidade, que se (imerge) cada vez mais no casuísmo, mostra ser um bom campo de referência para os críticos do TCF que valorizam a dogmática – salientando-se a decisão acerca da Lei sobre o Departamento Federal de Investigações, que consiste em quase 100 páginas de controle da proporcionalidade em sentido mais restrito.<sup>56</sup> Neste caso, a ponderação de fato atropela tudo. Diferente é a situação na área das liberdades dos meios de comunicação situadas no Art. 5 (1) da LF. Neste caso, o TCF concretizou a liberdade de radiodifusão, por um lado, e a liberdade de imprensa escrita, por outro, em dogmáticas parciais inteiramente distintas (1), cuja viabilidade é questionada por causa do desenvolvimento tecnologicamente convergente (2).

<sup>52</sup> Cf. quanto a isso, p. ex., BÄCKER, Carsten. Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG. *AöR*, v. 143, p. 339, 2018 e SCHAEFER, Jan Philipp. Die “Ehe für alle” und die Grenzen der Verfassungsbildung. *AöR*, v. 143, p. 394, 2018.

<sup>53</sup> KÜHLING, Jürgen; KLAR, Manuel; SACKMANN, Florian. *Datenschutzrecht*. 4. ed., 2018, nº 62.

<sup>54</sup> BVerfGE 65, 1 (42 ss.).

<sup>55</sup> BVerfGE 120, 274 (302).

<sup>56</sup> BVerfGE 141, 220 (267-352).

### 2.3.1 A liberdade de radiodifusão e a liberdade de imprensa escrita como universos separados em termos da dogmática jurídica

A instituição de emissoras de radiodifusão sob o direito público é resultado de experiências políticas e históricas e de limites tecnológicos. A possibilidade de o Estado ser o mantenedor não foi cogitada porque os nacional-socialistas tinham instrumentalizado o rádio como seu meio de propaganda, e um modelo de concorrência privada fracassou devido à escassez de frequências.<sup>57</sup> O interesse decisivo dos Aliados era uma radiodifusão que fosse equilibrada, apartidária e objetiva, ou seja, em suma, que não pertencesse a ninguém.<sup>58</sup>

Retomando essa preocupação, o TCF desenvolveu uma dogmática especial da liberdade de radiodifusão que predeterminou em grande parte o direito ordinário sobre a radiodifusão.<sup>59</sup> Também neste caso os fundamentos foram assentados bem cedo, e a retórica é substancialmente mais volumosa do que no âmbito do Art. 6 da LF. Já em sua primeira decisão sobre radiodifusão de 28.2.1961, que declarou inconstitucional a chamada televisão de Adenauer, de característica tendenciosa, ele designa a radiodifusão como tarefa pública, mas que, não obstante, deveria ser organizada mantendo-se distância do Estado.<sup>60</sup> Na segunda decisão sobre a radiodifusão, afirma-se de modo chamativo e programático que esta é “assunto da coletividade”. Ela teria inclusive “funções integrativas para o conjunto do Estado”, não devendo, por conseguinte, “ser deixada por conta do livre jogo de forças”.<sup>61</sup> Em decisões posteriores, coloca-se em primeiro plano principalmente a função do rádio e da televisão para a formação da opinião pública;<sup>62</sup> a afinidade com fórmulas grandiosas continuou a mesma. Na terceira decisão sobre a radiodifusão, de 16.6.1981, o TCF observa que o direito fundamental da liberdade de radiodifusão seria uma “liberdade que está a serviço”;<sup>63</sup> nela se tratou pela primeira vez da radiodifusão privada e ela haveria de significar o início da incumbência de uma ampliação para criar uma ordem de radiodifusão. Pretendia-se que essa “ordem positiva” garantisse diversidade, o que pressuporia “regulamentações materiais, organizacionais e procedimentais” que estejam orientadas pela tarefa

<sup>57</sup> Cf. quanto a isso resumidamente FEHLING, Michael. *Rundfunk*. In: EHLERS, Dirk; FEHLING, Michael; PÜNDER, Hermann (Ed.). *Besonderes Verwaltungsrecht*. 4. ed., 2013, v. 2, §59, n.º 1 ss.

<sup>58</sup> HESSE, Albrecht. *Rundfunkrecht*. 3. ed., 2003, cap. 1, n.º 24 ss.

<sup>59</sup> Cf. a concisa compilação cronológica da jurisprudência em GERSDORF, Hubertus; PAAL, Boris (Ed.). *BeckOK Informations- und Medienrecht*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 58-72.

<sup>60</sup> BVerfGE 12, 205 (246, 260 ss.).

<sup>61</sup> BVerfGE 31, 314 (325, 329).

<sup>62</sup> BVerfGE 59, 231 (257); 97, 228 (256 f.); 136, 9 (28).

<sup>63</sup> BVerfGE 57, 295 (320).

da liberdade de radiodifusão e sejam, por isso, aptas a produzir o que o Art. 5 (1) da LF visa assegurar.<sup>64</sup> Essa incumbência de ampliação derivada da função juridicamente objetiva da liberdade de radiodifusão vai muito além daquilo que costumeiramente é chamado de “ampliação dos direitos fundamentais”. O legislador precisa não só simplesmente formar em termos jurídicos uma esfera material de proteção como a “propriedade”, mas também estruturar toda uma ordem de radiodifusão com instituições independentes.<sup>65</sup> O que isso haveria de significar se mostrou em muitas decisões posteriores que configuraram o sistema jusconstitucional “radiodifusão” em todos os seus detalhes. O TCF atribui às emissoras de radiodifusão sob o direito público a tarefa do “suprimento básico” – imprescindível para a ordem democrática e a vida cultural – dos cidadãos com programas de rádio e televisão, fundamentando-a com o argumento de que seus canais terrestres alcançam praticamente toda a população e de que elas teriam condições de oferecer uma programação com um conteúdo abrangente.<sup>66</sup> O Tribunal infere disso uma garantia da existência e desenvolvimento da oferta de radiodifusão sob o direito público.<sup>67</sup> Por conseguinte, o Estado deveria garantir o suprimento básico também em termos financeiros, mas assegurar, ao mesmo tempo, que a radiodifusão ficasse distante do Estado;<sup>68</sup> isso também repercute na formação dos Conselhos de Rádio e Televisão, cuja composição deveria ser pluralista.<sup>69</sup> Entretanto, ao lado desse ordenamento fundamentado objetivamente em termos jurídicos e composto pela incumbência de suprimento básico, garantia de financiamento, existência e desenvolvimento, a função protetiva do direito fundamental ficou igualmente esmaecida,<sup>70</sup> como no caso do Art. 6 (1) da LF.

O TCF fundamenta essa dogmática setorial com a “situação especial” da radiodifusão, particularmente em comparação com a imprensa escrita. Já em sua primeira decisão sobre a matéria, o Tribunal afirma que a diferença entre a imprensa escrita e o rádio e a televisão consistiria no fato de que

dentro da imprensa alemã existe um número relativamente grande de produtos midiáticos independentes e mutuamente concorrentes

<sup>64</sup> BVerfGE 57, 295 (320).

<sup>65</sup> EIFERT, Martin. Die Rundfunkfreiheit. *Jura*, p. 356 (359 s.), 2015.

<sup>66</sup> BVerfGE 73, 118 (158 ss.); 87, 181 (198 ss.).

<sup>67</sup> BVerfGE 74, 297 (326, 353 ss.).

<sup>68</sup> BVerfGE 118, 181 (219).

<sup>69</sup> BVerfGE 136, 9 (31 ss.).

<sup>70</sup> Só em forma de reafirmação ou compromisso: BVerfGE 83, 238 (296); segundo esta decisão, o direito fundamental da liberdade de radiodifusão desenvolve “sua proteção também e em primeiro lugar frente ao Estado”. Uma posição crítica se encontra em HARTMANN, Bernd J. Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte? *JZ*, p. 18 (22), 2016. Proposta de uma revitalização do componente de direitos individuais da liberdade de radiodifusão em SCHMITT, Friedrich. Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen? *DÖV*, p. 949 (954 ss.), 2019.

segundo sua tendência, coloração política ou atitude cosmovisiva básica, ao passo que na esfera da radiodifusão, tanto por razões técnicas quanto considerando o volume financeiro extraordinariamente elevado para a produção de programas de rádio e televisão, o número de mantenedores de tais organizações deve permanecer relativamente pequeno.<sup>71</sup>

O TCF designa a liberdade de imprensa como “norma fundamental objetiva”<sup>72</sup> e não pode, também neste caso, deixar de fazer referência à “tarefa pública”.<sup>73</sup> Contudo, não estabeleceu uma “ordem da imprensa” por causa das diferenças que supôs existir entre ela e a liberdade de radiodifusão. Pelo contrário: desde a decisão fundamental no caso Spiegel,<sup>74</sup> o direito fundamental se desenvolveu de maneira boa e discreta como direito de defesa clássico no círculo dos outros direitos de liberdade.<sup>75</sup>

### 2.3.2 Divergência dogmática apesar de convergência midiática

Diferentemente do que ocorreu no âmbito do matrimônio, o programa de decisões referentes a valores objetivos sobreviveu até os dias de hoje na esfera da liberdade de radiodifusão. O TCF continua distinguindo, em termos de dogmática jurídica, entre a liberdade de radiodifusão que se caracteriza pela responsabilidade de garantia estatal e está “a serviço” do conjunto do Estado, por um lado, e uma imprensa escrita organizada segundo o direito privado e financiada pelo setor privado, por outro, que se defende contra intervenções estatais recorrendo à clássica função de defesa do direito fundamental.

Naturalmente, também o TCF percebe que a “situação especial”, inicialmente fundamentada em termos técnicos, não existe mais nos mesmos moldes: graças às vias de transmissão digital, não existe mais escassez de frequências. Ainda assim, o aspecto factual continua não tendo força normativa. Quando, no início dos anos 1980, surgiram emissoras de radiodifusão privadas,<sup>76</sup> sua admissão foi vista,

<sup>71</sup> BVerfGE 12, 205 (261).

<sup>72</sup> BVerfGE 80, 124 (133).

<sup>73</sup> BVerfGE 20, 162 (175).

<sup>74</sup> BVerfGE 20, 162 (174 ss.).

<sup>75</sup> Cf. nestes moldes também, p. ex., DEGENHART, Christoph. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2017, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 39.

<sup>76</sup> Dever-se-ia dizer mais precisamente “surgiram de novo”, pois na República de Weimar o rádio, inaugurado em 1923, era organizado segundo o direito privado; v. HARTMANN, 2016 (nota 70), p. 24.

inicialmente, como decisão discricionária dos legisladores estaduais competentes e, com base na fixação na incumbência juridicamente objetiva de ampliação, até o direito aos direitos fundamentais individuais por parte das emissoras privadas foi considerado aberto.<sup>77</sup> De modo geral, a operação privada da radiodifusão foi vista, diferentemente daquela da imprensa escrita, como carente de regulação.<sup>78</sup> E, por fim, a fundamentação para a “situação especial” da radiodifusão foi simplesmente trocada. A responsabilidade estatal especial pela asseguuração da diversidade se explicaria a partir da importância destacada que caberia ao rádio e à televisão “por causa de seu amplo impacto, sua atualidade e seu poder sugestivo” e resultaria particularmente do fato de que “conteúdos podem ser transmitidos com rapidez, e até em tempo real, e mediante a combinação mútua de áudio, texto e imagens em movimento”.<sup>79</sup>

Na maioria dos casos, colhe-se espanto e incredulidade quando se apresenta essa passagem, ainda repetida em 2014, a jovens estudantes que, na noite anterior, deram continuidade à sua formação assistindo a um vídeo de Rezo no YouTube ou a uma nova série de *House of Cards*.<sup>80</sup> Isso porque nesses serviços que utilizam a infraestrutura digital da internet e não dependem de intermediários regulados por uma autoridade, os universos separados entre imprensa escrita e radiodifusão que o TCF erigiu com sua dogmática especial e continuou mantendo bravamente desde então desaparecem.<sup>81</sup> Em breve o TCF terá de decidir se, por exemplo, o aplicativo do Tagesschau é semelhante à imprensa escrita, como defendem as editoras jornalísticas não financiadas por mensalidades e o Tribunal de Justiça Estadual em Colônia,<sup>82</sup> ou deve ser enquadrado no âmbito organizado e financiado pela autoridade pública, como o defende o Norddeutscher Rundfunk em sua ação de inconstitucionalidade. Então também se decidirá se o sistema dogmático que o TCF erigiu com sua primeira decisão sobre a radiodifusão cairá. Levando em conta um universo midiático cada vez mais complexo e internacionalizado, dominado em grau crescente por intermediários privados como Instagram, YouTube e Twitter, está inteiramente em aberto se, afinal, se logrará desenvolver

<sup>77</sup> Isso se encontra ainda em BVerfGE 57, 295 (321). O direito de uma liberdade de radiodifusão das emissoras privadas só se encontra em BVerfGE 95, 220 (234 ss.).

<sup>78</sup> BVerfGE 83, 238 (296 ss.); 97, 228 (257 ss.).

<sup>79</sup> BVerfGE 90, 60 (87); 136, 9 (28).

<sup>80</sup> Uma crítica acertada se encontra em HARTMANN, 2016 (nota 70), p. 21; e SCHMITT, 2019 (nota 70), p. 952 ss.

<sup>81</sup> KÜHLING (nota 59), Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 94-99; PAULUS, Andreas; NÖLSCHER, Patrick. Rundfunkbegriff und Staatsferne im Konvergenzzeitalter. *ZUM*, p. 177 (182 ss.), 2017. Posição mais reticente em EIFERT, 2015 (nota 65), p. 368.

<sup>82</sup> OLG Köln, GRUR 2017, p. 311.

mais uma vez uma nova dogmática nacional. Talvez essa também seja uma razão para o poder de persistência do TCF.

### 3 Europeização

A menção da expansão espacial da proteção dos direitos fundamentais nos leva ao último campo de referência, a europeização. Neste caso, a situação é diferente em três sentidos. A europeização, em primeiro lugar, não descreve, diferentemente da pluralização, um desenvolvimento social e, diferentemente da digitalização, tampouco um desenvolvimento tecnológico, mas representa um processo político judicializado que é conformado substancialmente pelas jurisprudências do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (= TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (= TJUE). Em segundo lugar, a europeização passou em 1992, com o novo Art. 23 da LF, por uma cesura em termos de mudança constitucional que não ocorreu nos outros campos de referência. Em terceiro lugar, o processo de europeização, diferentemente dos dois outros campos de referência, é de interesse não só como trajetória de desenvolvimento na atividade jurisdicional e literatura alemã (quanto a isso, 4.2), mas também retroage sobre os dois outros campos de referência.

#### 3.1 Retroação sobre os dois outros campos de referência

A europeização iniciada após a Segunda Guerra Mundial, mas ainda não previsível nessa dimensão em 1949, levanta, em primeiro lugar, a pergunta sobre se a formação de um sistema dogmático no marco nacional ainda é possível quando vários ordenamentos jurídicos de diferentes tradições e culturas jurídicas estão entrelaçados.<sup>83</sup> O direito da União Europeia se caracteriza por uma “técnica de normatização pormenorizada” e as decisões do TJUE, por “uma estrutura delgada de fundamentação [...] associada a pouca disposição de desenvolver princípios ou figuras que abranjam vários âmbitos”.<sup>84</sup> Essas peculiaridades fazem do interesse em uma formação transnacional ou supranacional de sistema dogmático um projeto para otimistas. Quando, por exemplo, no início dos anos 1990, mostrou-se que a jurisprudência sobre as liberdades fundamentais não era mais sustentável, o TJUE tornou a restringir sua esfera de aplicação na decisão do caso Keck ao

---

<sup>83</sup> Por isso, HALTERN, Ulrich. *Europarecht*. 3. ed., 2017, nº 11 ss., é de opinião que a contextualização do direito é o imperativo do momento.

<sup>84</sup> Citações extraída de BUMKE, 2017 (nota 8), p. 46.



fazer uma distinção (de resto, entretentes já reconhecido como imprestável)<sup>85</sup> entre medidas referentes a produtos e a comercialização. Para fundamentar essa decisão explicitamente sinalizada como mudança da jurisprudência, porém, não lhe ocorreu mais do que o fato de que “os atores econômicos” apelavam “com frequência cada vez maior” ao argumento da liberdade de circulação de mercadorias.<sup>86</sup> Entretentes ninguém procura mais trasladar, com pretensão dogmática, a jurisprudência do TJUE sobre as liberdades fundamentais para estruturas sistêmicas não contraditórias ou esboçar concepções próprias.<sup>87</sup>

Em segundo lugar, é de se perguntar como um direito supranacional e internacional impactaria dogmáticas setoriais já existentes, como aquelas sobre o Art. 6 (1) e Art. 5 (1) da LF. No tocante aos direitos fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à jurisprudência do TEDH, essa pergunta pode ser em grande parte negligenciada. Embora o TCF atribua às decisões do TEDH uma “função, em todo caso, de orientação e direção factual”,<sup>88</sup> não exige uma “paralelização esquemática dos enunciados da Lei Fundamental com aqueles da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”.<sup>89</sup> Com isso, ele preserva a aparência de abertura para as decisões do TEDH, mas também consegue a necessária flexibilidade para divergir delas. Mesmo quando, como nos casos *Caroline*,<sup>90</sup> o TEDH julga o mesmo caso de modo distinto do TCF, trata-se de questões secundárias de ponderação, que se podem julgar de uma ou outra maneira. Elas não são relevantes para o sistema. Tampouco é problemático o fato de o TEDH interpretar a liberdade de radiodifusão do direito da convenção de forma tão só juridicamente subjetiva, em contraposição ao TCF, pois ele aceita o interesse na diversidade de opiniões no rádio e na televisão e considera apenas monopólios de radiodifusão sob o direito público como não conformes com a Convenção, porque frequências de transmissão não são mais escassas.<sup>91</sup> Em todo caso, com isso não há mais retrocesso em relação à ordem dual de radiodifusão formada por emissoras públicas e privadas, cuja necessidade jusconstitucional o TCF só tinha reconhecido paulatinamente no início dos anos 1980.<sup>92</sup> A jurisprudência do TJUE tampouco acarretou até agora mudanças fundamentais na dogmática dos direitos fundamentais. Assim, embora o TJUE tenha se pronunciado contra o tratamento desigual de

<sup>85</sup> Mais detalhes sobre essa questão em KINGREEN, Thorsten. In: CALLIESS, Christian; RUFFERT, Matthias (Ed.). *EUV/AEUV*. 5. ed., 2016, Art. 34-36 AEUV Rn. 53 ff.

<sup>86</sup> EuGH, EU:C:1993:905, nº 14 (Keck e Mithouard).

<sup>87</sup> Valeu a pena fazer uma tentativa: KINGREEN, Thorsten. *Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*. 1999.

<sup>88</sup> BVerfGE 128, 326 (368).

<sup>89</sup> BVerfGE 128, 326 (366); 131, 268 (295); 134, 242 (330).

<sup>90</sup> Cf. abonações em KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 35. ed., 2019, nº 705.

<sup>91</sup> TEDH, 24.11.1993, nº 13914/88 u. a. (Informationsverein Lentia et al./Áustria), 40 ss.

<sup>92</sup> Veja quanto a isso 3.2.

casais do mesmo sexo em relação ao matrimônio (tradicional) no direito alemão, fundamentou isso de maneira determinante com o instituto da união estável que o TCF já tinha considerado constitucional.<sup>93</sup> Já que, com isso, o TJUE, em última análise, tomou o legislador alemão ao pé da letra, o TCF adotou essa linha com bastante rapidez,<sup>94</sup> a qual já estava implícita em sua decisão acerca da lei sobre uniões estáveis.<sup>95</sup> Também a jurisprudência do TJUE sobre o alcance do direito de autodeterminação eclesial protegido jusconstitucionalmente através do Art. 140 da LF em associação com o Art. 137 (3) da Constituição da República de Weimar é controversa, mas em última análise o que está em pauta são apenas avaliações diferentes na ponderação com direitos de liberdade e igualdade opostos.<sup>96</sup>

### **3.2 Demarcação através de formação de sistema: a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre as barreiras jusconstitucionais da integração europeia**

A jurisprudência do TCF sobre as barreiras jusconstitucionais da integração se presta particularmente bem para mostrar como estruturas do sistema dogmático estão aumentando passo a passo e em dependência de mudanças nas condições políticas gerais. Portanto, diferentemente do caso do direito fundamental do matrimônio e da liberdade de radiodifusão, não existe uma só decisão fundamental que amarre a dogmática firmemente, e sim uma sequência – explicável em função do processo de desenvolvimento político – de julgados que só nos últimos anos se reuniram para formar um conjunto.

Do ponto de vista histórico, o primeiro componente da concepção de controle foi o controle dos direitos fundamentais. Na década de 1960, o TJUE tinha desenvolvido, pelo direito dos tribunais, a precedência e, sob certas condições, também a aplicabilidade direta do direito da União.<sup>97</sup> Disso resultou a necessidade de legitimar o novo poder de soberania em termos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais das Constituições dos Estados-Membros, que retomavam de maneira descentralizada as ações desses Estados, eram inadequadas para isso, porque

<sup>93</sup> TJUE, EU:C:2008:179, 65 ss. (Maruko).

<sup>94</sup> Pela primeira vez em BVerfGE 124, 199; outra posição ainda em BVerfG, NJW, p. 2325 (2326), 2008.

<sup>95</sup> Veja *supra* 2.2.

<sup>96</sup> TJUE, EU:C:2018:696, n.º 50 ss. (IR/JQ) contra BVerfGE 137, 273 (301 ff.). Cf. ainda TJUE, EU:C:2018:257, n.º 61 ss. (Egenberger) e em conexão com esse caso BAG, NZA, p. 455, 2019, contra cuja decisão, por sua vez, a entidade eclesial Diakonie entrou com uma ação de inconstitucionalidade.

<sup>97</sup> TJUE, EU:C:1963:1, n.º 24 ss. (van Gend & Loos): aplicabilidade direta do direito (atual) da União; TJUE, EU:C:1964:51, n.º 1269 (Costa): precedência do direito (atual) da União.

sua aplicação teria ameaçado a aplicação uniforme do direito (atual) da União.<sup>98</sup> Por isso, em 1969, o TJUE reconheceu pela primeira vez, na decisão sobre o caso Stauder, a existência de direitos fundamentais não escritos.<sup>99</sup> Mas em 1974 o TCF julgou isso insuficiente, pois queria, inicialmente, manter sua própria reivindicação de controle dos direitos fundamentais enquanto a Comunidade não dispusesse de um catálogo escrito de direitos fundamentais (“Solange I”).<sup>100</sup> Depois, na decisão de 1986 no caso conhecido como “Solange II”, ele abriu mão dessa reivindicação levando em conta a proteção pretoriana dos direitos fundamentais que se desenvolvia paulatinamente por parte do TJUE.<sup>101</sup> Entrementes o vento mudou de direção: o TCF não teme mais uma deficiência de proteção dos direitos fundamentais por parte do TJUE, e sim um excesso de proteção.<sup>102</sup> Ele se preocupa com a importância dos direitos fundamentais da LF e da ação de inconstitucionalidade (e talvez também um pouco consigo mesmo) e, por isso, integrou em 2019 também os direitos fundamentais da União em seu cânone de controle.<sup>103</sup>

Na decisão sobre Maastricht do ano de 1993, o TCF acrescentou, então, ao controle dos direitos fundamentais o segundo componente de controle, o controle de competência.<sup>104</sup> Isso não aconteceu por acaso, pois o Tratado de Maastricht significou uma cesura entre uma comunidade econômica e a união política.<sup>105</sup> Ele foi acompanhado por transferências significativas de competências, particularmente no direito monetário, que levantaram, pela primeira vez, a pergunta a respeito da subsistência do caráter estatal da Alemanha. Na decisão de 2009 sobre o Tratado de Lisboa, o TCF deu inclusive um passo a mais. Nele, estabeleceu limites estreitos para uma transferência de direitos de soberania à União Europeia (Art. 23 [1] da LF) nas áreas particularmente significativas “para a capacidade de autoconformação democrática de um Estado constitucional”.<sup>106</sup> Essas áreas seriam “as que marcam especialmente as circunstâncias de vida dos cidadãos, sobretudo seu espaço privado – protegido pelos direitos fundamentais – da responsabilidade própria e da segurança pessoal e social”.<sup>107</sup> Disso ele deriva uma teoria espantosamente simplória e precariamente circunstanciada sobre as tarefas do Estado

<sup>98</sup> Cf. mais detalhes sobre as conexões em KINGREEN, Thorsten. *Die Unionsgrundrechte*. *Jura*, p. 295 (295 s.), 2014.

<sup>99</sup> TJUE, EU:C:1969:57, n.º 6 ss. (Stauder).

<sup>100</sup> BVerfGE 37, 271 (285).

<sup>101</sup> BVerfGE 73, 339 (387).

<sup>102</sup> KINGREEN, Thorsten. *Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?* *EuR*, p. 338 (352 ss.), 2010.

<sup>103</sup> BVerfG, NJW, p. 314 (318 ss.).

<sup>104</sup> BVerfGE 89, 155 (187 ss.).

<sup>105</sup> KINGREEN, Thorsten. *Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA*. *AöR*, v. 141, p. 485 (488, 491 ss.), 2016.

<sup>106</sup> BVerfGE 123, 267 (359).

<sup>107</sup> BVerfGE 123, 267 (358).

nacional.<sup>108</sup> Ainda assim, olhando retrospectivamente, a decisão mostra ser de amplo alcance. Ela não só fundamenta, com o “controle da identidade”, mais um componente de controle,<sup>109</sup> mas também, ao fazer referência à “responsabilidade pela integração duradoura”<sup>110</sup> dos órgãos constitucionais alemães, junta pela primeira vez os componentes de controle até então dissociados, formando uma dogmática do direito da responsabilidade pela integração.

Em consonância com isso, todas as decisões ulteriores se baseiam na decisão sobre o Tratado de Lisboa, cujos objetos foram preponderantemente medidas do direito de enfrentamento de crises nos anos 2010. Mas os componentes de controle passam mais uma vez por uma reorientação. Na decisão sobre o programa Outright Monetary Transactions (OMT) do ano de 2016, o controle da identidade, que na decisão sobre o Tratado de Lisboa ainda era um componente ao lado do controle dos direitos fundamentais e das competências, passa a fazer parte, pela primeira vez, do título do programa de responsabilidade pela integração do TCF. No marco do controle da identidade o TCF examinou “se os princípios declarados intangíveis pelo Art. 79 (3) da LF são afetados quando da transferência de direitos de soberania por parte do legislador alemão ou de uma medida tomada por órgãos, instituições e outras instâncias da União Europeia”.<sup>111</sup> Com isso, dos três componentes que havia antes só ficou, em última análise, um, o controle de identidade,<sup>112</sup> e este não é mais do que um código para o programa de controle normatizado explicitamente no Art. 23 (1) e no Art. 79 (3) da LF.

#### 4 O texto estável no contexto volátil

Os três campos de referência da pluralização, digitalização e europeização desafiam a noção de continuidade ligada à Constituição. A frase do Presidente da Corte Suprema John Marshall citada anteriormente expressa que as Constituições só podem cumprir essa pretensão como ordenamentos abertos, que não reivindicam a proposição de uma programação detalhada, como o reivindica o direito ordinário. Com isso, Marshall também enfraquece a lendária advertência de Thomas Jefferson de que os mortos não deveriam ter poder sobre os vivos, razão pela qual

<sup>108</sup> BVerfGE 123, 267 (359 ss.).

<sup>109</sup> Uma posição crítica sobre isso se encontra sobretudo em INGOLD, Albert. Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. *AöR*, v. 140, p. 1, 2015; e SCHÖNBERGER, Christoph. Identitätserä. *JöR*, v. 63, p. 41, 2015.

<sup>110</sup> BVerfGE 123, 267 (356).

<sup>111</sup> BVerfGE 142, 123 (195) e por último BVerfG, NJW, p. 1647 (1652), 2020.

<sup>112</sup> THIELE, Alexander. Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts. *EuR*, p. 367, 2017.

toda geração deveria poder se vivenciar de novo como *pouvoir constituant*,<sup>113</sup> pois os vivos continuam desenvolvendo constantemente a Constituição pela interpretação desta na tensão entre rigidez e flexibilidade, seja por meio de precedentes, seja por meio da dogmática ou por meio de ambos ao mesmo tempo. Se, depois de 70 anos de existência da LF, percorrem-se os campos de referência da mudança, pode-se perguntar retrospectivamente o que aprendemos do processamento dessas mudanças pelo Tribunal Constitucional para a efetividade da dogmática jurídica e como nós pós-constitucionais fazemos hermeneuticamente jus à nossa Lei Fundamental da melhor maneira no futuro. Três pontos merecem ser destacados.

#### 4.1 A dogmática está acontecendo

Por causa das circunstâncias históricas e políticas especiais era difícil, em 1949, imaginar a LF – concebida como algo provisório – como uma Constituição que teria durabilidade.<sup>114</sup> Não obstante, as profundas inseguranças dos anos que se seguiram imediatamente à guerra teriam clamado justamente por certeza, estabilidade e confiabilidade. Para uma dogmática jurídica criadora de ordem, essas não eram condições gerais ruins, pois como método ela de modo algum precisava partir da estaca zero.<sup>115</sup> Em consonância com isso, a LF perdeu seu caráter provisório sobretudo graças a diversas decisões fundamentais tomadas pelo TCF na fase de fundação da República Federal da Alemanha.<sup>116</sup> Paulatinamente ele criou, nos mais diversos campos, estabilidade através da dogmática, mas nessa ocasião também ampliou regularmente sua reivindicação de controle e, com isso, estabilizou a si mesmo. A partir da função de ordenação de valores, desenvolveu a figura jurídica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais;<sup>117</sup> desenvolveu barreiras imanentes à Constituição para a restrição de direitos fundamentais sem reserva de lei;<sup>118</sup> derivou do Art. 2 (1) da LF uma liberdade geral de ação com a qual praticamente toda infração da Constituição pode ser considerada uma violação dos direitos fundamentais do indivíduo;<sup>119</sup> juntou as garantias dos direitos

<sup>113</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to James Madison (6 September 1789). In: BOYD, Julian P. et al. (Ed.). *The Papers of Thomas Jefferson*. 1958, p. 392 ss.; cf. quanto a isso também LUKAN, Matthias. *Verfassungskontinuität und Verfassungsänderung*. DÖV. p. 811 (811).

<sup>114</sup> Cf. quanto a isso STEINER, Udo. *70 Jahre Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Jura, p. 441 (441 s.), 2019.

<sup>115</sup> Quanto ao desenvolvimento da dogmática jurídica alemã no século XIX, veja BUMKE, 2017 (nota 8), p. 16 ss.

<sup>116</sup> Cf. quanto a isso WAHL, 2013 (nota 24), p. 372 ss.

<sup>117</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>118</sup> Pela primeira vez em BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>119</sup> BVerfGE 6, 32 (36 ss.).

fundamentais pouco organizadas no texto do Art. 4 da LF em um direito fundamental à liberdade religiosa e de consciência e a compatibilizou cuidadosamente com a estrutura jurídica de igreja estatal assumida da República de Weimar;<sup>120</sup> resolveu a disputa da República de Weimar sobre a interpretação da “lei geral” na decisão sobre o caso Lüth, reunindo as exigências da doutrina do direito especial e da ponderação em um fórmula unitária;<sup>121</sup> desenvolveu a função de garantia de participação dos direitos fundamentais<sup>122</sup> e, mais tarde, fortaleceu o Art. 7 (4) da LF (liberdade para o ensino privado) fazendo dele um direito prestacional;<sup>123</sup> estruturou no Art. 12 (1) da LF o exame de proporcionalidade por meio da doutrina dos três níveis<sup>124</sup> e, um pouco mais tarde, revolucionou a dogmática da propriedade mediante a separação formal de disposições sobre conteúdo e limites da expropriação.<sup>125</sup> Esta lista poderia ser aumentada à vontade na área do direito de organização do Estado; basta pensar na concepção – que se deve determinante-mente a Ernst-Wolfgang Böckenförde – da legitimação democrática nos moldes do Art. 20 (2) da LF.<sup>126</sup>

Naturalmente se pode travar uma disputa sobre o conteúdo de cada uma dessas decisões. Mas não se pode negar que, nesses julgados fundamentais, o TCF não se limitou a decidir casos, mas, ao mesmo tempo, desenvolveu modelos, princípios e programas que podem ser designados como dogmáticas, que marcam a interpretação da Constituição por décadas e até hoje. Portanto, ninguém abandonou a dogmática, nem o TCF nem a literatura, que, em todos os casos mencionados, foi preponderantemente afirmativa. Mas as decisões marcantes do TCF foram tomadas na fase formativa da fundação da República Federal da Alemanha. Depois o número das genuínas decisões dogmáticas fundamentais diminuiu ao natural; o fundamento do Estado democrático de Constituição, junto com seus direitos fundamentais que a tudo eclipsavam, estava simplesmente assentado. Talvez isso tenha intensificado a impressão de que o TCF só julgaria ainda de modo casuístico. Muitas coisas estão simplesmente estabelecidas em termos dogmáticos e são apenas reaplicadas e às vezes também mudadas em incontáveis casos. O encanto do início da dogmática constitucional pode ter passado, mas a dogmática constitucional está viva.

<sup>120</sup> Cf. quanto às quatro decisões orientadoras BVerfGE 24, 236; 32, 98; 33, 23 e 35, 366, e quanto ao debate na ciência jurídica, MÜCKL, Stefan. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2008, Art. 4, nº 53 ss.

<sup>121</sup> BVerfGE 7, 198 (209 ss.).

<sup>122</sup> BVerfGE 33, 303 (330 ss.).

<sup>123</sup> BVerfGE 75, 40 (61 ss.).

<sup>124</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ss.).

<sup>125</sup> BVerfGE 58, 300 (330 ss.).

<sup>126</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 1. ed., 1987, v. I, §22.

No campo de referência da europeização se pode, além disso, mostrar que o TCF e a ciência do direito constitucional continuam vindo como atual a dogmática enquanto método. O hodierno programa de controle do TCF que se dissolveu em grande parte no controle da identidade teve início apenas em 1987, na decisão conhecida como “Solange II”. Esta constituiu, então, o fundamento para o modelo de ponte desenvolvido por Paul Kirchhof, segundo o qual o direito europeu só pode ter prioridade de aplicação em relação ao direito alemão passando pela ponte da legislação alemã.<sup>127</sup> Essa concepção de poder derivado da União<sup>128</sup> se refletiu então não só no novo Art. 23 (1) da LF, mas também na decisão (formulada determinantemente por Kirchhof) sobre o Tratado de Maastricht<sup>129</sup> e mais tarde foi sendo cada vez mais refinada.<sup>130</sup> O programa de controle surgido a partir disso é desnecessariamente gigantesco e exagerado em seu teor, porque, em última análise, descreve de maneira bem banal a aplicação dos princípios constitucionais enumerados no Art. 23 (1) e Art. 79 (3) da LF. Mas é genealogicamente explicável e está documentado que a dogmática continua sendo praticada como método adequado para a interpretação do direito constitucional pelo TCF e pela ciência dessa área do direito, e nesse caso até exerceu a função de medida preparatória para a criação de direito constitucional novo.

A atualidade da dogmática se mostra principalmente quando decisões declaram simplesmente irrelevantes dogmáticas que se comprovaram ao longo de décadas, pois a dogmática visa à previsibilidade e confiabilidade.<sup>131</sup> Por isso, a decisão no caso Wunsiedel, que se deve, em última análise, à razão política e simplesmente “dribla” os critérios consolidados para a definição da “lei geral” nos moldes do Art. 5 (2) da LF,<sup>132</sup> sofreu, merecidamente, uma crítica dura.<sup>133</sup> Se o que estivesse em questão neste caso fossem apenas casos enfileirados casuisticamente, que às vezes terminam de um modo, às vezes de outro, e não a concepção de neutralidade de opinião perseguida desde a decisão no caso Lüth, os críticos do TCF teriam tido uma dificuldade substancialmente maior. Aqui se mostra a função de racionalização da dogmática: sobre ponderação se pode travar uma disputa política, porém dificilmente uma disputa jusconstitucional, mas

<sup>127</sup> É fundamental o texto de KIRCHHOF, Paul. Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 1992, v. VII, §183, nº 65.

<sup>128</sup> EIFERT, Martin; GERBERDING, Johannes. Verfassungsbeschwerde und Unionsgewalt. *Jura*, p. 628 (628 s.), 2016.

<sup>129</sup> BVerfGE 89, 155 (187).

<sup>130</sup> Mais detalhes *supra* em 4.2.

<sup>131</sup> EIFERT, Martin. Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft. In: *Was weiß Dogmatik?* 2012 (nota 22), p. 79 (85 ss.).

<sup>132</sup> BVerfGE 124, 300 (328 s.).

<sup>133</sup> Cf. quanto a isso as abonações em KINGREEN; POSCHER, 2019 (nota 90), nº 703.

sim sobre um programa dogmático. Com frequência cada vez maior, colegas proclamam, com eminência professoral e com um rústico “*pathos* de afirmação” (Stephan Rixen), a inconstitucionalidade de normas jurídicas,<sup>134</sup> e asseguram para si, dessa forma, uma atenção efêmera da mídia, mas, em última análise, tornam o direito constitucional refém de interesses políticos ou de classe. É mais fácil desmascarar o lobista que assume pose de jurista com a dogmática do que com estereótipos ponderativos travestidos de política. Por conseguinte, a dogmática é e continua sendo atual porque por meio dela encontramos uma linguagem comum e porque ela intensifica a necessidade de fundamentação. Isso não só fortalece a ciência jurídica como disciplina,<sup>135</sup> mas também possibilita a comunicação com a prática do direito. Esta função de entendimento da dogmática<sup>136</sup> talvez seja o mais importante argumento em favor da necessidade de a dogmática se manter atual.

Portanto, a afirmação de que a dogmática continua acontecendo é de natureza tanto descritiva quanto normativa: descritiva porque ela continua sendo factualmente praticada e normativa porque ela tem um valor do qual só se gostaria de abrir mão se houvesse algo melhor.

## 4.2 A dogmática está vinculada ao tempo

A afirmação de que a dogmática é atual constitui apenas uma resposta parcial à pergunta da qual partimos a respeito da forma como devemos lidar interpretativamente com uma Constituição que está ficando mais velha e com as mudanças reais feitas nela, pois a função de estabilização comumente atribuída à dogmática pode produzir expectativas que ela não tem condições de cumprir. Relativamente óbvia é, inicialmente, a ideia de que a dogmática tem uma posição acessória em relação às normas, precisando, portanto, mudar quando normas mudam.<sup>137</sup> A dogmática não está suspensa acima das normas, e sim permanece comprometida com elas. Mas mesmo quando normas como as da Constituição não mudam, a dogmática pode estar desafiada, como documentam exemplarmente os três campos de referência. Uma dogmática não esclarecida e autorreferencial tende à petrificação e negação da realidade, e perde, justamente dessa maneira, sua função de orientação interpretativa. Que a formação de sistema dogmático só possa

<sup>134</sup> Isso atingiu seu ponto mais baixo por ocasião da chamada crise dos refugiados: KINGREEN, Thorsten. Mit gutem Willen und etwas Recht: Staatsrechtslehrer in der Flüchtlingskrise. *JZ*, p. 887 ss., 2016.

<sup>135</sup> O que os críticos transformam em uma “função de autoautorização da dogmática”; v. LEPSIUS, Oliver. Kritik der Dogmatik. In: *Was weiß Dogmatik?*, 2012 (nota 22), p. 39 (43 ss.).

<sup>136</sup> WALDHOF, Christian. Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung. In: *Was weiß Dogmatik?*, 2012 (nota 22), p. 17 (27).

<sup>137</sup> WALDHOF, in: *ibid.* p. 28.



funcionar em um teste de estresse contínuo é mostrado exemplarmente pelas figuras dogmáticas tradicionais nos dois campos de referência da pluralização e digitalização.

As duas decisões básicas sobre o direito fundamental do matrimônio e sobre a liberdade de radiodifusão da fase de fundação da República Federal da Alemanha se caracterizam pela pretensão de apreender dos direitos fundamentais um “sistema de valores” que deveria desenvolver uma força integrativa no Estado e na sociedade. Enquanto “norma fundamental de decisão valorativa”, o Art. 6 (1) visaria proteger “o matrimônio e a família como núcleo de toda comunidade humana, cuja importância não pode ser comparada com nenhuma outra vinculação humana”. Para fundamentar essa função de direito fundamental, o TCF também invoca o Art. 110 (1) da Constituição de Weimar, segundo o qual o matrimônio se encontrava “como fundamento da vida familiar e da manutenção e multiplicação da nação, sob a proteção especial da Constituição”.<sup>138</sup> O matrimônio seria, como se diz em uma decisão do ano de 1969, “segundo as noções de valores garantidas no Art. 6 (1) da LF [...] a única forma legítima de união abrangente entre homem e mulher”; “o desenvolvimento físico e mental sadio da criança” pressuporia “fundamentalmente a segurança e proteção na comunhão familiar completa com o pai e a mãe que só se realiza no matrimônio”.<sup>139</sup> Também na esfera da liberdade de radiodifusão são utilizados conceitos afins com uma ordem de valores, como a “função integradora” da liberdade de radiodifusão “para o conjunto do Estado”,<sup>140</sup> para fundamentar o privilegiamento do rádio e da televisão sob o direito público. Sobre tudo isso está suspensa a decisão tomada no caso Lüth, junto com sua influente reafirmação de que a Lei Fundamental não pretenderia ser “uma ordem neutra em termos de valores”, mas teria erigido um “sistema de valores” que encontraria “seu centro na personalidade humana que se desenvolve livremente dentro da comunidade social e em sua dignidade”.<sup>141</sup> Com sua função de ordem de valores, os direitos fundamentais adquiriram relevância também para as relações privadas e se tornaram, com isso, o “fundamento da ordem social em sua totalidade”.<sup>142</sup> Assim, ela contribuiu também para a popularização e, mais tarde, para a popularidade de toda a Lei Fundamental.

Embora a doutrina da integração de Rudolf Smend não seja citada em ambas as linhas da jurisprudência, é óbvia a retomada do “sistema de valores, de bens

<sup>138</sup> BVerfGE 6, 55 (71, 73).

<sup>139</sup> BVerfGE 25, 167 (196).

<sup>140</sup> BVerfGE 31, 314 (329).

<sup>141</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>142</sup> HERBERT, Ulrich. Was nützt eine Historisierung des Bundesverfassungsgerichts. In: MEINEL, Florian (Ed.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*. 2019, p. 15 (21).

e de cultura”,<sup>143</sup> voltado contra o suposto “relativismo de valores” do positivismo do direito público, que o “deus doméstico de Karlsruhe”<sup>144</sup> Rudolf Smend viu realizado nos direitos fundamentais da Constituição de Weimar. Conceitos sugestivos de reconciliação e conceitos chamativos de um mundo ideal – também a “concordância prática”<sup>145</sup> proveniente da tradição do direito eclesiástico se situa nesse contexto – combinavam com a época que estava em busca de modelos<sup>146</sup> compartilhados por todos e, por isso, se empenhava para elaborar valores comuns e solucionar conflitos de modo tão consensual quanto possível.<sup>147</sup> Com o bastião de uma ordem de valores pré-jusconstitucional se pretendiam criar elementos unitivos e vinculativos de que não se julgava que o texto jurídico por si só fosse capaz.<sup>148</sup> Portanto, ele nascera do medo de que a Lei Fundamental sofresse um destino semelhante ao da Constituição de Weimar.

Entretanto, também na dogmática o medo não é um bom conselheiro. O discurso a respeito da ordem de valores talvez tenha integrado as maiorias da pacata sociedade aparentemente consensual de Bonn dos anos 1950 e início da década de 1960; além disso, o TCF estava efetivamente empenhado em colocar, por exemplo, em sua jurisprudência sobre a igualdade de tratamento dos sexos, um contraponto liberal à atividade jurisdicional dos tribunais civis que ainda estava aprisionada no direito natural.<sup>149</sup> Contudo, o argumento que invocava a ordem de valores era, como percebeu Lerke Osterloh ao olhar retrospectivamente, “um componente típico de uma linguagem nebulosamente patética do Direito Público alemão do pós-guerra, de qualidade semelhantemente pré-científica como a propensão da jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça para uma visão essencialista decorada com o Direito Natural”.<sup>150</sup> A suposta atemporalidade dos valores criava a ilusão de uma dogmática atemporal, que se baseava em integração mediante exclusão. Valores objetivos visam ser realizados, estão assentados

<sup>143</sup> SMEND, 1928 (nota 32), p. 163.

<sup>144</sup> Essa designação é atribuída a seu discípulo Wilhelm Hennis; v. DARNSTÄDT, Thomas. *Verschlussache Karlsruhe*: Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts. 2018, p. 238.

<sup>145</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1967, §1 II.

<sup>146</sup> Uma tentativa de preencher positivamente o conceito de modelo, distanciando-se do debate acerca dos valores, se encontra em VOLKMAN, Uwe. Leitbildorientierte Verfassungsanwendung. *AöR*, v. 134, p. 158 (173 ss.), 2009; e uma interpretação semelhante da “ordem de valores objetivos” em ID. *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*. 2013, p. 96 ss.

<sup>147</sup> Cf. nesses moldes também STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts*. 2012, v. IV, p. 216 ss.

<sup>148</sup> Cf. também BUMKE, 2019 (nota 10), p. 5.

<sup>149</sup> Veja KINGREEN, 2019 (nota 2), Art. 3, nº 462 ss. e Art. 117, nº 7 ss.

<sup>150</sup> OSTERLOH, Lerke. Palestra no Fórum 1 (A Constituição da liberdade). In: BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (Ed.). *Bewährung und Herausforderung: Die Verfassung vor der Zukunft*. Dokumentation zum Verfassungskongreß “50 Jahre Grundgesetz/50 Jahre Bundesrepublik Deutschland” vom 6. bis 8. Mai 1999 in Bonn, 1999, p. 79.

e, assim, se subtraem a uma discussão ulterior.<sup>151</sup> Todas as outras funções dos direitos fundamentais são, segundo Rudolf Smend, em última análise somente um “equivoco liberal”.<sup>152</sup> E, de modo comparável ao direito natural, a “ordem de valores” mostrou ser polarizadora e discriminatória em relação àqueles que não a compartilharam ou não a podiam compartilhar.<sup>153</sup> Com a afirmação de um sistema de valores apoiado na totalidade dos direitos fundamentais se construiu uma correlação de ordem material<sup>154</sup> que tinha o potencial para fazer delimitações claras entre “bem” e “mal”. Ou seja, os reversos das funções de integração do matrimônio e da radiodifusão pública elevadas ao *status* de concepção dogmática foram a exclusão e discriminação da homossexualidade moralmente desprovida de valor no ordenamento jurídico estatal e a defesa contra emissoras privadas de rádio e televisão, que, com sua busca de lucro realmente maligna, ameaçavam os valores do bom ordenamento da radiodifusão sob o direito público. O “pensamento em termos de amigo e inimigo”, que sempre foi, com boas razões, uma objeção feita à escola de Schmitt,<sup>155</sup> está, assim, a despeito das boas intenções que se percebem retrospectivamente, implícito também na dogmática de valores das doutrinas de integração que buscavam um isolamento para fora. Ela carrega, segundo sua origem e seu conteúdo, expectativas antipluralistas de homogeneidade que representam uma ameaça para a liberdade e apresentam uma afinidade com a discriminação.<sup>156</sup>

Digna de nota é também a carreira da figura dogmática da chamada garantia de instituto, que o TCF defende sobretudo em relação ao Art. 6 (1) da LF e, assim como a função de decisões valorativas, tem uma “dimensão antidinâmica”.<sup>157</sup> Ela retoma discussões sobre a teoria dos direitos fundamentais da época da República de Weimar.<sup>158</sup> Sob o conceito geral das garantias de instituições cunhado por Friedrich Klein,<sup>159</sup> discute-se desde então se os direitos fundamentais ou

<sup>151</sup> Cf. DREIER, 1993 (nota 29), p. 18 s. Uma crítica fundamental já se encontra em GOERLICH, Helmut. *Wertordnung und Grundgesetz: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, 1973, especialmente p. 140 ss.: “Arcana der Verfassungsinterpretation”.

<sup>152</sup> SMEND, 1928 (nota 32), p. 216.

<sup>153</sup> Quanto ao Art. 6 (1) da LF, cf. KINGREEN, 2014 (nota 26), p. 160 ss.

<sup>154</sup> Cf. STAFF, Ilse. Das Lüth-Urteil: Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie. In: HENNE, Thomas; RIEDLINGER, Arne (Ed.). *Das Lüth-Urteil aus (rechts) historischer Sicht: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. 2005, p. 315 (319 ss.).

<sup>155</sup> Quanto à discussão entre a escola de Smend e de Schmitt, cf. GÜNTHER, Frieder. *Denken vom Staat her: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 – 1970*. 2004.

<sup>156</sup> Essa já era a posição de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. *NJW*, p. 1529 (1534), 1974.

<sup>157</sup> GERMANN, Michael. Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie? *VVDStRL*, v. 73, p. 257 (266), 2014.

<sup>158</sup> O que se segue é parcialmente extraído de PIEROTH, Bodo; KINGREEN, Thorsten. Funktionen des Ehegrundrechts am Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetzes, *KritV*, p. 219 (224 ss.), 2002.

<sup>159</sup> KLEIN, Friedrich. *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*. 1934, p. 2.

pelo menos direitos fundamentais específicos blindam determinadas instituições do direito público ou do direito privado, em seu núcleo, contra uma abolição ou mudança essencial por parte do legislador. Um dos protagonistas no debate foi Carl Schmitt. Segundo ele, o dilema essencial da compreensão de liberdade burguesa do Estado de direito consistia em que os direitos fundamentais garantiam posições neles baseadas, mas então as colocavam sob a “reserva da lei”, de modo que a proteção por elas garantida estaria, em última análise, nas mãos do legislador ordinário.<sup>160</sup> Essa abordagem se tornou rapidamente popular na doutrina do direito público na República de Weimar.<sup>161</sup> A nova figura dogmática foi compreendida como oportunidade de fortalecer a Constituição inefetiva mediante o estabelecimento de uma hierarquia material de normas, pois na República de Weimar o princípio da precedência da Constituição não pôde ser implementado, apesar da superação do dualismo constitucional tardio, e tampouco o direito de controle de leis pelos tribunais.<sup>162</sup> Com isso, em uma situação cada vez mais instável do ponto de vista político-constitucional, justamente o objetivo da estabilização de direitos fundamentais como bens protegidos por lei explica a atratividade das garantias de instituições. A Lei Fundamental, por sua vez, vincula todo poder estatal aos direitos fundamentais (Art. 1 [3] da LF), e estabelece uma jurisdição constitucional com direito abrangente de controle também de leis (Art. 93 da LF) e proíbe que o legislador viole o teor essencial dos direitos fundamentais (Art. 19 [2] da LF). Dessa forma, todas as funções anteriormente atribuídas à garantia de instituto são cumpridas pelo texto constitucional em vigor. Ainda assim, em 1957, o TCF entendeu que podia se limitar à constatação, não especificamente comprovada em termos de normatividade constitucional, de que o Art. 6 (1) da LF conteria “inquestionavelmente” uma chamada “garantia de instituto ou instituição”.<sup>163</sup> Em que relação essa função se encontra particularmente com a garantia do teor essencial é uma questão que fica em aberto e também não é objeto de reflexão em nenhum ponto do transcurso posterior da jurisprudência,<sup>164</sup> aliás tampouco em qualquer dos comentários correntes sobre a Lei Fundamental. O ponto de partida do TCF parece ser a ideia de que a garantia de instituto é uma verdade dogmática

<sup>160</sup> SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 1928, p. 170 ss., bem como ID. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*. In: *Festschrift Handels-Hochschule Berlin*, 1931, p. 1 ss.

<sup>161</sup> Cf. mais detalhes sobre a recepção em MAGER, Ute. *Einrichtungsgarantien*. 2002, p. 34 ss.; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 1988, v. III/1, p. 758 ss.

<sup>162</sup> Cf. quanto ao desenvolvimento KINGREEN, Thorsten. *Vorrang und Vorbehalt der Verfassung*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed., 2004, v. XII, §263. nº. 21 ss.; fundamental foi já o texto de WAHL, Rainer. *Der Vorrang der Verfassung*. *Der Staat*, v. 20, p. 485 (492 ss.), 1981.

<sup>163</sup> BVerfGE 6, 55 (72).

<sup>164</sup> Por último em BVerfGE 105, 313 (344 ss.).

atemporal que carece de maior fundamentação. De resto, o TCF procedeu de maneira semelhante no caso da função de ordem de valores. Inicialmente ele deriva dela a importância dos direitos fundamentais também para o direito privado, para então constatar, concluindo, que esse ponto de vista seria confirmado pelo Art. 1 (3) da LF. Com a afirmação de que a vinculação do juiz civil se seguiria da ordem de valores objetivos e não do Art. 1 (3) da LF, a relação entre texto constitucional e dogmática é colocada de cabeça para baixo: a dogmática como acessória da norma jurídica é substituída pela norma jurídica acessória da dogmática. A máxima das duas funções dos direitos fundamentais que o TCF continua carregando<sup>165</sup> diz até hoje que “normas do Direito Constitucional vigente não devem ser levadas em consideração”.

O elemento de conservação da ordem de valores e da garantia de instituto talvez tenha contribuído para a noção errônea de que a dogmática pode condensar e, assim, estabilizar duradouramente a camada intermediária entre a norma e sua aplicação. Mas ela também serve aos críticos da dogmática que a censuram por causa de sua reivindicação supostamente atemporal.<sup>166</sup> Mas ela nem pode levantar essa reivindicação com seriedade. A dogmática pretende de fato definir, por meio da elaboração de princípios e proposições doutrinárias, o caráter geral dos direitos fundamentais, seu direcionamento normativo e seu alcance material, só que os direitos fundamentais não são proposições jurídicas a serem interpretadas isoladamente, mas estão inseridos no contexto geral, surgido historicamente, de determinada Constituição.<sup>167</sup> Dessa dependência do contexto surge, para toda forma de sistema dogmático, a pergunta essencial sobre se ela se refere meramente a determinada Constituição e suas condições históricas ou se contém uma ideia operacional abrangente que vá além da Constituição sob a qual surgiu e se preste para sobreviver a ela.<sup>168</sup> Afinal, é justamente nesse discurso sobre a adequação contínua de proposições e princípios que se mostra o valor da dogmática como meio de entendimento interdisciplinar. Se, contudo, se espera da dogmática durabilidade e confiabilidade em contraposição à casuística, o potencial de decepção é grande. Não pode haver uma dogmática atemporal já pelo fato de que as normas jurídicas às quais ela se dedica são passíveis de mudança. Mas também figuras de argumentação dogmática desenvolvidas para a interpretação de normas constitucionais existentes permanecem sempre vinculadas ao seu tempo. Que a dogmática, ainda assim, prometa certo grau de estabilidade se deve a que ela

<sup>165</sup> BVerfGE 105, 313 (344 ss.) quanto à garantia de instituto e BVerfGE 131, 239 (259) quanto à função de decisão valorativa.

<sup>166</sup> Essa é especialmente a posição de LEPSIUS, *Kritik der Dogmatik* (nota 135), p. 56.

<sup>167</sup> BÖCKENFÖRDE, 1974 (nota 156), p. 1529 ss.

<sup>168</sup> SCHMIDT, Walter. *Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte*. *Jura*, p. 169 (175), 1983.

desloca o ônus da argumentação. O descarte de uma dogmática estabelecida é um jogo fora de casa, pois é preciso explicar por que aquilo que era considerado correto até agora não deveria mais valer.

A isso se acrescenta a circunstância de que dogmáticas tradicionais só podem ser superadas através de um voto de desconfiança construtivo. Não basta afirmar que o antigo não é mais consistente. No campo de referência da digitalização, mostra-se como é desafiadora uma dogmática construtiva neste sentido. Também no TCF deve ter se imposto a percepção de que a situação específica da radiodifusão sob o direito público, fundamentada com grande empenho jusdogmático, tornou-se contrafactual nesse meio-tempo. Mas, diferentemente do que ocorre no campo da pluralização, em que ele descartou factualmente os dogmas antigos por meio de um novo direito sobre antidiscriminação, o Tribunal hesita no caso da liberdade do rádio e da televisão, pois o desenvolvimento tecnológico é, na realidade – para dizê-lo de modo cauteloso –, de difícil previsão atualmente; ao mesmo tempo, porém, para os objetivos ainda atuais que foram transportados junto com a concepção dogmática (como exemplo, a assegurar a qualidade e do pluralismo), é preciso desenvolver uma concepção dogmática jusconstitucional sustentável, que mesmo a literatura crítica não está fornecendo até agora. Uma aproximação tentativa de caso para caso tampouco é uma alternativa. Por isso, em tal situação, sistemas dogmáticos desenvolvem uma força estabilizadora mesmo para o caso de que suas premissas tenham se tornado frágeis.

### **4.3 A dogmática precisa de uma cultura que considere o erro**

Da vinculação da dogmática ao seu tempo se segue, de certo modo forçosamente, uma terceira percepção: a dogmática precisa manter sua capacidade de aprender, o que pressupõe a necessidade de uma cultura e um método para a correção de proposições doutrinárias antigas. Essa cultura que considera o erro deveria se ocupar principalmente com as exigências hermenêuticas para a identificação de decisões não mais sustentáveis e dogmáticas frágeis e com o desenvolvimento de uma nova dogmática.

Diferentemente do que ocorreu na fase de fundação, em que sistemas dogmáticos foram desenvolvidos como rupturas com o passado, sem que se precisasse perder tempo com ideias sobre sua eternidade, uma Constituição que está ficando mais velha levanta a pergunta sobre como lidamos com decisões antigas do TCF que, embora não estejam formalmente *overruled*, ainda assim se situam em um contexto temporal particular. Até agora citamos essas decisões sem exceção, depreendemos delas enunciados que parecem, do ponto de vista linguístico,

prestar-se para a solução de problemas atuais. Disso se vai se desenvolvendo uma jurisprudência constante, que inspira respeito, com proposições doutrinárias há muito consolidadas, que a certa altura passa a se chamar dogmática. Quanto mais extensas são as fileiras de números que estão atrás de um enunciado, tanto mais inatacáveis elas parecem.<sup>169</sup> Essa “preeminência”<sup>170</sup> de jurisprudência antiga pode, porém, à medida que uma Constituição vai ficando mais velha, revelar-se como enganosa: surgem continuidades aparentes que desafiam a dogmática existencialmente.<sup>171</sup> Talvez isso também explique por que estamos assistindo há aproximadamente uma década a um renascimento de publicações de autorreflexão voltadas para os fundamentos.<sup>172</sup>

Ilustremos o problema a partir de um exemplo particularmente drástico tirado do campo de referência da pluralização. No ano de 1957, o TCF tinha decidido que as diferenças biológicas entre os sexos justificavam que somente a homossexualidade masculina, mas não a feminina, fosse passível de punição. Quando se lê a fundamentação, não se sabe se se deve rir ou chorar: a “diferença decisiva entre o homem e a mulher” seria, segundo o Tribunal, fazendo referência a especialistas em medicina social:<sup>173</sup>

sob o aspecto gerativo-vegetativo, o fato de que ser pai se liga ao breve ato da geração não através de funções gerativo-vegetativas ulteriores, e sim apenas através de funções sociais temporalmente separadas daquelas, ao passo que as funções sociais do ser mãe estão diretamente conectadas com o ato da concepção, através das funções gerativo-vegetativas da gravidez, do nascimento e da amamentação, ou seja, através de um processo natural de longa duração. Diferentemente do homem, a mulher é lembrada, já por seu próprio corpo, de que a vida sexual está associada a ônus. A isso pode estar correlacionado o fato de que no caso da mulher o desejo

<sup>169</sup> Quanto aos perigos de uma técnica de citações descontextualizadas, cf. LEPSIUS, Oliver. *Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft*. *JZ*, p. 793 (795), 2019.

<sup>170</sup> LEPSIUS, Oliver. *Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?* In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Ed.). *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. 2007, p. 319 (356).

<sup>171</sup> Cf., p. ex., o desenvolvimento da jurisprudência sobre a justificação jusconstitucional de tratamento desigual, que estabelece uma questionável aparência de continuidade entre a fórmula de discricionariedade de Leibholz e o “critério flexível de controle” praticado desde 2011; v. KINGREEN, 2020 (nota 2), Art. 3, nº 321-338.

<sup>172</sup> Veja, p. ex., BUMKE, 2017 (nota 8); DREIER, Horst (Ed.). *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018; ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Ed.). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; HILGENDORF, Eric; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Ed.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015; KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?*, 2012; JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Ed.). *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

<sup>173</sup> Entre outros, ao conceituado psicanalista Alexander Mitscherlich.

físico (sexualidade) e a sensibilidade carinhosa (erotismo) estão quase sempre fundidas, ao passo que no caso do homem, e justamente no caso do homossexual, os dois componentes ficam muitas vezes separados.

E na sequência se diz:

Essas diferenças da vida sexual possivelmente se manifestam mais fortemente ainda no caso de pessoas do mesmo sexo do que em relações heterossexuais, pois o organismo da mulher direcionado para a maternidade aponta espontaneamente para o caminho de uma atuação feminino-materna, em um sentido social figurado, mesmo que ela não seja biologicamente mãe, ao passo que no caso do homem falta uma compensação que corresponda a isso. Assim, a mulher com disposição lésbica consegue manter a abstinência sexual com mais facilidade, enquanto que o homem homossexual tende a se entregar a uma necessidade sexual sem inibições.<sup>174</sup>

A forma como lidamos com decisões antigas é em grande parte acrítica. Enquanto que nos EUA julgados antigos continuam sendo discutidos de maneira controvertida<sup>175</sup> e a Suprema Corte americana até declarou que decisões anteriores no âmbito da discriminação racial foram crassamente injustas,<sup>176</sup> na Alemanha há decisões antigas que estão “assentadas”. Falta-nos essa tradição de uma cultura que considere o erro, não só por causa do método dogmático, mas também porque encaramos a história (alemã ocidental) da República Federal da Alemanha e do TCF como um processo linear em seu conjunto, sem mudanças radicais, e, por conseguinte, parecemos não ver qualquer ensejo para revisar decisões passadas com efeito para o futuro. Neste sentido, essa decisão transbordante de estereótipos discriminatórios seria uma candidata para isso,<sup>177</sup> pois os conhecimentos da medicina social nos quais, na época, o TCF havia se apoiado são

<sup>174</sup> BVerfGE 6, 389 (425 ss.).

<sup>175</sup> LEPSIUS, Oliver. Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik. In: MEINEL, 2019 (nota 142), p. 119 (138 ss.).

<sup>176</sup> Cf., p. ex., a decisão da Corte Suprema americana no caso *Trump v. Hawaii*, 585 U. S. (2018) = 138 S. Ct. 2392, 2423, com a qual foi revista a decisão no caso *Korematsu* do ano de 1944: “O caso *Korematsu* estava gravemente equivocado no mesmo dia em que foi decidido, foi anulado no tribunal da história e – para sermos claros – não cabe no Direito sob a Constituição”.

<sup>177</sup> De todo modo, o §175 do Código do Direito Penal foi declarado injusto, e a República Federal da Alemanha começou – muito tarde – a indenizar os homens ainda vivos que foram afetados. Quanto à questão em seu todo, cf. BURGI, Martin. *Rehabilitierung der nach §175 StGB verurteilten homosexuellen Männer*: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen, 2016; e a lei, aprovada com base nisso, “sobre a reabilitação juspenal das pessoas condenadas por atos homossexuais consensuais após 8 de maio de 1945”.



obviamente insustentáveis. Mas, visto que essa revisão necessária não ocorreu, a sentença se manteve como deficiência contínua ao longo da jurisprudência. Em 1973 o respectivo §175 do Código do Direito Penal foi declarado mais uma vez constitucional,<sup>178</sup> e mesmo em 1999 a decisão de 1957 ainda foi citada, ao que tudo indica sem qualquer consciência do problema, para legitimar o §183 do Código do Direito Penal, que torna só o exibicionismo masculino passível de punição.<sup>179</sup> Justamente esta última decisão mostra, assim como já aquela sobre a ordem, valores e o instituto de garantia, quão fatal é o constante copiar e colar de componentes textuais sobre cujas origens e contextos nem se reflete mais.

Por isso, na literatura se está exigindo há algum tempo que se contextualize mais fortemente – e isso significa, em última análise, principalmente historicizar – em especial a atividade judicial dos tribunais constitucionais.<sup>180</sup> Disso fazem parte o estabelecimento de relações de proposições doutrinárias tradicionais com as situações concretas, a reflexão sobre diversas técnicas de tomada de decisão e de fundamentação de tribunais e perguntar em cada caso se enunciados singulares podem ser abstraídos em proposições passíveis de generalização. Portanto, aqui não se entende “historicização” como um ato descritivo, e sim como um “instrumento normativo da dogmática”.<sup>181</sup> As experiências nos campos de referência da mudança social, tecnológica e política mostram que isso constitui um projeto que, em princípio, vale a pena. Uma ciência jurídica relacionada ao contexto poderia, especialmente, proporcionar uma base metodológica mais confiável à mudança constitucional notoriamente instável.<sup>182</sup>

É claro que essa ideia não é inteiramente nova. Ela se reflete, com um rótulo um tanto diferente, no debate reavivado, há algum tempo, pela automeada “nova ciência do direito administrativo” sobre nossa forma de lidar com a influência das ciências sociais sobre o método jurídico.<sup>183</sup> Entretanto, essa abertura disciplinar se vê exposta à crítica de ter ficado presa, em termos metodológicos, “no nível da metarreflexão”.<sup>184</sup> Em todo caso, podemos depreender da discussão – não

<sup>178</sup> BVerfGE 36, 41.

<sup>179</sup> BVerfG, resolução de 22.03.1999 – 2 BvR 398/99.

<sup>180</sup> JESTAEDT, Matthias. *Das mag in der Theorie richtig sein...* 2006, p. 77 ss.; LEPSIUS, 2019 (nota 169), p. 793 ss.; WAHL, Rainer. *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*. 2006, p. 12 ss.

<sup>181</sup> RENNERT, 2014 (nota 31), p. 54.

<sup>182</sup> Quanto a isso é fundamental a obra de BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung*. 1982, p. 254 ss.; de época mais recente, BECKER, Ulrich; KERSTEN, Jens. *Phänomenologie des Verfassungswandels*. *AöR*, v. 141, p. 1 (9 ss.), 2016.

<sup>183</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (Ed.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed., 2012, v. III.

<sup>184</sup> SCHÖNBERGER, Sophie. *Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*. *JöR*, v. 65, p. 511 (521), 2017.

obstante sua pretensão, travada em grande parte intradisciplinarmente – sobre o elemento novo na ciência do direito administrativo que não nos adiantará muito nos alçarmos, com uma atitude de arrogância por parte da ciência jurídica, à condição de historiadores por *hobby* que colocam 70 anos de jurisprudência em novos contextos históricos. Além disso, pode acontecer que, ao focar a moldura histórica, nossa capacidade de produzir entendimento, que torna o trabalho dogmático tão valioso, acabe sofrendo. Em todo caso, a historicização seletiva parece tão problemática quanto um direito comparado seletivo que introduza ingenuamente decisões avulsas de tribunais constitucionais estrangeiros em contextos jusconstitucionais nacionais. E, por fim, também uma ciência jurídica contextualizada, que se apresenta com a pretensão de fazer reavaliações, precisa de um *firewall* jusconstitucional para não acabar como os nacional-socialistas que, com sua “revolução nacional”,<sup>185</sup> tinham declarado irrelevantes todos os contextos anteriores. Por isso, reavaliações contextualizadas sem apoio daquilo que é protegido no Art. 79 (3) da LF deveriam ser deixadas de lado.<sup>186</sup>

Poder-se-ia começar explorando a história da República Federal da Alemanha por meio de decisões marcantes do TCF e da literatura norteadora em cada caso, enquadrá-las nos respectivos contextos da história dos fatos e das ideias e examinar as figuras argumentativas transportadas junto com elas para ver se são vinculadas ao seu tempo ou, por boas razões, perduraram para além dele.<sup>187</sup> Mas isso não é um projeto só para estudiosos do direito, pois para contextualizar julgados historicamente sempre também é preciso analisar as circunstâncias da história da época e, por exemplo, no caso da figura jurídica da ordem de valores objetivos, também revelar as raízes de doutrinas tradicionais na história das ideias.<sup>188</sup> É preciso contar com a possibilidade de que, dessa forma, algumas certezas dogmáticas se desvançam quando a análise de casos específicos e das circunstâncias de sua época passem mais fortemente para o primeiro plano. Ao fazer isso, porém, também pode se mostrar que proposições doutrinárias de décadas continuam sendo consistentes. E se espera que também se mostre que

<sup>185</sup> KOELLREUTTER, Otto. *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, 1933; SCHEUNER, Ulrich. *Die nationale Revolution*. *AöR*, v. 24, p. 166 ss., 261 ss., 1934; cf. ainda., p. ex., KRÜGER, Heinrich. *Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution*, 1933.

<sup>186</sup> Quanto a uma “proibição de mudanças”, cf. BYRDE, 1982, p. 270 ss.

<sup>187</sup> Cf. quanto a isso as contribuições de MEINEL, 2019 (nota 142), e de FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 18. ed. 2019, cap. 11, e STOLLEIS, 2012 (nota 147). Infelizmente, de momento o prazo de proteção dos anais do TCF que se encontram no Arquivo Federal em Koblenz é de 60 anos (§11 [4] da Lei sobre o Arquivo Federal). Para o projeto de uma contextualização de decisões esse prazo é longo demais e deveria ser reduzido ao menos para julgados fundamentais.

<sup>188</sup> Cf. a sucinta análise histórica de decisões do TCF feita por DARNSTÄDT, 2018 (nota 144) e exemplarmente para BVerfGE 7, 198 ss. as contribuições que se encontram em HENNE, Thomas; RIEDLINGER, Arne (Ed.). 2005 (nota 154).

a dogmática continua sendo o mais importante meio de entendimento da ciência alemã do direito constitucional. Por isso, uma dogmática capaz de aprender e sensível para o contexto está desafiada a associar interdisciplinaridade conectiva com integridade disciplinar.<sup>189</sup>

Talvez dessa maneira possa ser bem-sucedida uma ciência pós-constitucional do direito constitucional que ainda tenha graça também para os pré-constitucionais.

---

#### **The good old fundamental law and post-constitutional knots**

**Abstract:** This article aims to analyze, in light of the German Basic Law of 1949, the relationship between the dogmatic legal dimension and the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court (hereinafter GFCC), asking how much such decisions, over time, ended up (or not) becoming more casuistic. What is noticed is that even a systematic science of law cannot avoid studying cases. For this study, the text analyzes GFCC decisions that touch upon the theme of pluralization, digitization, and Europeanization, pointing out the dogmatic arguments present and, afterwards, placing them in the historical contexts in which they emerged, in order to verify their current status for the processing of social, technological or political changes by the GFCC. It is concluded that, although the historical context and some decisions require a truly inductive analysis, it is necessary to count on the possibility that some dogmatic certainties vanish when the analysis of specific cases of the circumstances of their time come more strongly to the forefront, challenging legal dogmatics to associate connective interdisciplinarity with disciplinary integrity.

**Keywords:** Basic Law for the Federal Republic of Germany. German Federal Constitutional Court. Case law. Systematic law.

This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs (U. S. Supreme Court, *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. [4 Wheat.], 316, 407 [1819]).

**Summary:** **1** Daring more dogmatic? A somewhat personalized introduction – **2** Pluralization – **3** Europeanization – **4** Stable text in volatile context – References

---

## **Referências**

BÄCKER, Carsten. Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG. *AöR*, v. 143, p. 339, 2018.

BECKER, Ulrich; KERSTEN, Jens. Phänomenologie des Verfassungswandels. *AöR*, v. 141. p. 1 (9 ss.), 2016.

BENEDICT, Jörg. Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung – Ein vorläufiges Fazit. *JZ*, p. 477 (481), 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. *In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul* (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 1. ed., 1987.

---

<sup>189</sup> MÖLLERS, Christoph. Methoden. *In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas* (Ed.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed., 2012, v. I, §3, nº 42 ss.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *NJW*, p. 1529 (1534), 1974.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (Ed.). *Recht, Staat, Freiheit*. 2. ed., 2006.
- BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung*. 1982.
- BUMKE, Christian. Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz. *AöR*, v. 144, p. 1 (46 ss.), 2019.
- BUMKE, Christian. *Rechtsdogmatik*. 2017.
- BURGI, Martin. *Rehabilitierung der nach §175 StGB verurteilten homosexuellen Männer*. Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen, 2016.
- BURGI, Martin. Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften? *Der Staat*, v. 39, p. 487 (501 ss.), 2000.
- DARNSTÄDT, Thomas. *Verschlussache Karlsruhe*: Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, 2018.
- DEGENHART, Christoph. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2017.
- DREIER, Horst (Ed.). *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018.
- DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*: Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993.
- DREIER, Horst. Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen. In: DREIER, Horst (Ed.). *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018.
- EIFERT, Martin. Die Rundfunkfreiheit. *Jura*, p. 356 (359 s.), 2015.
- EIFERT, Martin. Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?*, 2012.
- EIFERT, Martin; GERBERDING, Johannes. Verfassungsbeschwerde und Unionsgewalt. *Jura*, p. 628 (628 s.), 2016.
- ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Ed.). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.
- FEHLING, Michael. Rundfunk. In: EHLERS, Dirk; FEHLING, Michael; PÜNDER, Hermann (Ed.). *Besonderes Verwaltungsrecht*. 4. ed., 2013.
- GERMANN, Michael. Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie? *VVDStRL*, v. 73, p. 257 (266), 2014.
- GOERLICH, Helmut. *Wertordnung und Grundgesetz*: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, 1973.
- GÜNTHER, Frieder. *Denken vom Staat her*: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 – 1970, 2004.
- HARTMANN, Bernd J. Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte? *JZ*, p. 18 (22), 2016.
- HERBERT, Ulrich. Was nützt eine Historisierung des Bundesverfassungsgerichts. In: MEINEL, Florian (Ed.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, 2019.
- HESSE, Albrecht. *Rundfunkrecht*. 3. ed., 2003.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1967.
- HILGENDORF, Eric; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Ed.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015.

- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (Ed.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed., 2012.
- INGOLD, Albert. Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. *AöR*, v. 140, p. 1, 2015.
- JEFFERSON, Thomas. Letter to James Madison (6 September 1789). In: BOYD, Julian P. et al. (Ed.). *The Papers of Thomas Jefferson*, 1958.
- JESTAEDT, Matthias. *Das mag in der Theorie richtig sein...*, 2006.
- JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Ed.). *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.
- KINGREEN, Thorsten. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2020.
- KINGREEN, Thorsten. *Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999.
- KINGREEN, Thorsten. Die Unionsgrundrechte. *Jura*, p. 295 (295 s.), 2014.
- KINGREEN, Thorsten. *Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, 1995.
- KINGREEN, Thorsten. Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion? *EuR*, p. 338 (352 ss.), 2010.
- KINGREEN, Thorsten. In: CALLIESS, Christian; RUFFERT, Matthias (Ed.). *EUV/AEUV*. 5. ed., 2016.
- KINGREEN, Thorsten. Mit gutem Willen und etwas Recht: Staatsrechtslehrer in der Flüchtlingskrise. *JZ*, p. 887 ss., 2016.
- KINGREEN, Thorsten. Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA. *AöR*, v. 141, p. 485 (488, 491 ss.), 2016.
- KINGREEN, Thorsten. Vorrang und Vorbehalt der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed., 2004.
- KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 35. ed., 2019.
- KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?*, 2012.
- KIRCHHOF, Paul. Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*, 1992.
- KLEIN, Friedrich. *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, 1934.
- KOELLREUTTER, Otto. *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, 1933.
- KRINGS, Günter. Die "eingetragene Lebenspartnerschaft" für gleichgeschlechtliche Paare – Der Gesetzgeber zwischen Schutzabstandsgebot und Gleichheitssatz. *ZRP*, p. 409 (411 ss.), 2000.
- KRÜGER, Heinrich. *Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution*, 1933.
- KÜHLING, Jürgen; KLAR, Manuel; SACKMANN, Florian. *Datenschutzrecht*. 4. ed., 2018.
- LEPSIUS, Oliver. Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft. *JZ*, p. 793 (795), 2019.
- LEPSIUS, Oliver. Kritik der Dogmatik. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?*, 2012.
- LEPSIUS, Oliver. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Ed.). *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.
- LEPSIUS, Oliver. Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik. In: *MEINEL*, 2019.

- LEPSIUS, Oliver. Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen? In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Ed.). *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007.
- MAGER, Ute. *Einrichtungsgarantien*, 2002.
- MÖLLERS, Christoph. Methoden. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (Ed.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed., 2012.
- MÜCKL, Stefan. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2008.
- OSTERLOH, Lerne. Palestra no Fórum 1 (A Constituição da liberdade). In: BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (Ed.). *Bewährung und Herausforderung: Die Verfassung vor der Zukunft*. Dokumentation zum Verfassungskongreß "50 Jahre Grundgesetz/50 Jahre Bundesrepublik Deutschland" vom 6. bis 8. Mai 1999 in Bonn, 1999.
- PAULY, Walter. Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs. *NJW*, p. 1955 (1956), 1997.
- PIEROTH, Bodo. Bernhard Schlink als Verfasser juristischer Lehrbücher. In: NOLTE, Jakob; POSCHER, Ralf; WOLTER, Henner (Ed.). *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit: Festschrift für Bernhard Schlink*, 2014.
- PIEROTH, Bodo. Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Ed.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001.
- PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 18. ed., 2019.
- PIEROTH, Bodo; KINGREEN, Thorsten. Funktionen des Ehegrundrechts am Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetzes. *KritV*, p. 219 (224 ss.), 2002.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 1. ed., 1985.
- REICH, Johannes. "Originalismus" als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution: Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung. *JöR*, v. 65, p. 713, 2017.
- RENNERT, Dominik. Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung: Zu "Lüth" und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie. *Der Staat*, v. 53, p. 31 (34 ss.), 2014.
- RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung*, 2007.
- ROBBERS, Gerhard. Eingetragene Lebenspartnerschaften. *JZ*, p. 779 (783), 2001.
- SACHS, Michael. Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen "in Verbindung mit" anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechten) zu sprechen? In: KEMPNY, Simon; REIMER, Philipp (Ed.). *Gleichheitssatzdogmatik heute*, 2017.
- SCHAEFER, Jan Philipp. Die "Ehe für alle" und die Grenzen der Verfassungsbildung. *AöR*, v. 143, p. 394, 2018.
- SCHEUNER, Ulrich. Die nationale Revolution. *AöR*, v. 24, p. 166 ss., 261 ss., 1934.
- SCHLINK, Bernhard. Abschied von der Dogmatik: Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel. *JZ*, p. 157 (159 s.), 2007.
- SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat*, v. 28, p. 161 (168), 1989.
- SCHMIDT, Walter. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte. *Jura*, p. 169 (175), 1983.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, 1928.
- SCHMITT, Friedrich. Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen? *DÖV*, p. 949 (954 ss.), 2019.

- SCHOLZ, Rupert; UHLE, Arnd. "Eingetragene Lebenspartnerschaft" und Grundgesetz. *NJW*, 2001.
- SCHÖNBERGER, Christoph. Identitärä. *JöR*, v. 63, p. 41, 2015.
- SCHÖNBERGER, Sophie. Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft. *JöR*, v. 65, p. 511 (521), 2017.
- SCHORKOPF, Frank. Dogmatik und Kohärenz. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?* 2012.
- SEILER, Christian. In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2014.
- SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.
- STAFF, Ilse. Das Lüth-Urteil: Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie. In: HENNE, Thomas; RIEDLINGER, Arne (Ed.). *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht*: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005.
- STEINER, Udo. 70 Jahre Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. *Jura*, p. 441 (441 s.), 2019.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.
- STOLLEIS, Michael. *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1992.
- STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 2012.
- THIELE, Alexander. Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts. *EuR*, p. 367, 2017.
- VOLKMANN, Uwe. Leitbildorientierte Verfassungsanwendung. *AöR*, v. 134, p. 158 (173 ss.), 2009.
- VOSSKUHLE, Andreas. Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen. *JuS*, p. 417 (417), 2019.
- WAHL, Rainer. Der Vorrang der Verfassung. *Der Staat*, v. 20, p. 485 (492 ss.), 1981.
- WAHL, Rainer. Entwicklungspfade im Recht. *JZ*, p. 369 (371 ss.), 2013.
- WAHL, Rainer. *Herausforderungen und Antworten*: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006.
- WALDHOFF, Christian. *Das andere Grundgesetz*, 2019.
- WALDHOFF, Christian. Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Ed.). *Was weiß Dogmatik?*, 2012.
- WOLFF, Hans Julius. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft. *Studium Generale*, v. 5, p. 195 (205), 1952.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KINGREEN, Thorsten. A boa e velha lei fundamental e nós pós-constitucionais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 93-131, jul./dez. 2021.

---

Recebido em: 30.11.2021

Aprovado em: 10.12.2021

Cota convite