

## SUMÁRIO

PANORAMA DO CONTEÚDO .....	9
PREFÁCIO .....	23
SIGLAS E ABREVIACÕES .....	29
INTRODUÇÃO .....	33
I. Do problema: objeto, justificativa e objetivos .....	34
II. Premissas teóricas e metodológicas .....	35
1. Peculiaridades da interpretação dos direitos fundamentais .....	35
2. Hipóteses de trabalho .....	35
3. Método jurídico-científico constitucional aplicado .....	36
III. Estrutura e caminho da pesquisa .....	46

### PARTE I:

#### DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM CONCEITO RESILIENTE

§ 1. Gênese das garantias constitucionais e primeira consolidação conceitual .....	51
I. Antecedentes (historiografia das ideias e reivindicações políticas) versus gênese .....	51

1. “O nascimento dos direitos fundamentais a partir do espírito do Estado Constitucional” .....	52
2. Contribuições da <i>Grundgesetz</i> e de seu guardião. Ou: como explicar a história exitosa de um estatuto de Estado pensado para ser provisório?.....	54
2.1. Decisões <i>Elfes</i> e <i>Lüth</i> : subjetivando o direito objetivo e objetivando o direito subjetivo .....	57
2.2. Sólida construção dogmática a partir da década de 1960: delineando os contornos conceituais permanentes .....	63
II. Características originais sustentáveis/“permanentes” do conceito e relevância de sua afirmação .....	65
III. Características secundárias/não essenciais e abertas a ulterior desenvolvimento do conceito .....	69
§ 2. Contestações e desafios .....	73
I. Contestações: esmagado pela abundância? .....	73
1. Conceito dos direitos fundamentais como princípios .....	75
2. Conceitos axiológicos: direitos fundamentais como valores e instituições .....	80
3. Conceitos funcionalistas: direitos fundamentais como instrumento do processo democrático .....	83
4. Conceito da clássica teoria social-democrática: direito fundamental como garantia da liberdade real .....	86
5. Conceito da igualdade e do direito das minorias sociais ( <i>Dimoulis</i> ).....	90
6. Conceitos “neoconstitucionalistas”: direitos fundamentais como símbolo ou retórica .....	94
II. Aporias e desafios do conceito .....	95
1. Aporia da não ponderação .....	96
2. Aporia da insensibilidade axiológica – especialmente: direitos das gerações futuras .....	98
3. Aporias do déficit democrático e social-democrático?.....	99

4. Aporia do direito subjetivo das minorias sociais: estática versus dinâmica e micro versus macroperspectiva das relações de poder – Início de um debate com <i>Dimitri Dimoulis</i> .....	100
4.1. Distinção entre os parâmetros normativos de igualdade, liberdade e objetivos estatais .....	101
4.2. Distinção entre suporte fático e efeito da norma-parâmetro da igualdade e entre razões de limitações e exceções .....	103
4.3. Predominância da função negativa da igualdade geral e igualdades específicas e determinação dos deveres de ação estatal.....	105
§ 3. Síntese.....	107

## PARTE II:

### IMPACTO E REAL PRODUTIVIDADE DAS “NOVAS FUNÇÕES” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

§ 4. Funções, dimensões, “mutações”? Uma tentativa de sistematização .....	115
I. Funções e dimensões dos direitos fundamentais: semelhanças, diferenças e implicações recíprocas.....	116
II. Multifuncionalismo versus funcionalismo analítico: fundamentos, produtividades e improdutividades .....	117
1. A tese do multifuncionalismo .....	117
2. Funcionalismo analítico .....	117
2.1. Teoria dos <i>status</i> de <i>Jellinek</i> (mais uma vez) revisitada. ....	118
2.2. Estado da arte da crítica aos três <i>status</i> de <i>Jellinek</i> .....	120
2.3. Fundamentos e construção dogmática .....	122
III. “Novas” funções: ensejos, fundamentos, reconhecimento, implicações .....	123
1. Parâmetros constitucionais jusfundamentais: fechamento e/ou abertura sistêmicos .....	124
2. Lacunas de proteção jusfundamental? .....	124
3. Limites à jurisdição constitucional e à ciência jurídico-constitucional na derivação de novas funções dos direitos fundamentais .....	126

IV. Dogmática das (novas) funções dos direitos fundamentais .....	129
§ 5. Deveres de abstenção dos destinatários das normas definidoras de direitos fundamentais .....	131
I. Deveres de abstenção dos titulares da função legislativa .....	132
1. Legislador formal .....	132
2. Legislador material.....	134
II. Deveres de abstenção dos titulares da função governamental e executivo-administrativa .....	135
1. Deveres governamentais .....	136
2. Deveres da Administração Pública Direta e Indireta .....	138
2.1. Administração Pública Direta .....	138
2.2. Administração Pública Indireta .....	138
2.3. Pessoas jurídicas de direito privado no exercício de funções públicas e pessoas jurídicas de direito público no exercício de direitos privados .....	139
III. Deveres de abstenção dos titulares da função jurisdicional .....	140
§ 6. Deveres de ação do Estado e o problema não resolvido da consequência jurídica .....	141
I. Categorias de deveres de ação .....	142
1. Direitos fundamentais prestacionais clássicos e/ou sociais, direitos de participação e sua relação com o direito fundamental geral de igualdade .....	142
2. Garantias institucionais jusprivadas .....	147
3. Garantias constitucionais processuais .....	149
4. Direitos de proteção .....	153
II. Consequência jurídica da inação e de supostas insuficiências de ação estatal.....	154
III. Excurso: peculiaridades dos direitos de <i>status activus</i> .....	163
§ 7. “Novas funções” <i>lato sensu</i> : eficácia “de irradiação”, “horizontal”, deveres estatais de tutela, organização e procedimento.....	165
I. Dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais: fundamentação e papel jurídico-dogmático.....	166

II. Efeitos derivados da função jurídico-objetiva em espécie .....	168
1. Bidimensionalidade dos direitos fundamentais: dimensão jurídico-objetiva como definição de competência negativa .....	169
2. Efeito de irradiação .....	169
2.1. Direitos fundamentais como ordenamento axiológico objetivo: o que resta? .....	170
2.2. Efeito de irradiação e efeito perante terceiro ou horizontal .....	170
2.2.1. Efeito de irradiação em sua relação com o vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais .....	171
2.2.2. Fundamentos constitucionais do modo indireto ou mediato (via interpretação de aplicação judicial de normas) dos direitos fundamentais .....	173
2.2.3. A luta (inglória) pela eficácia horizontal direta: síntese das aporias lógico-formais e de fundamento ....	174
2.2.4. Efeito de irradiação, efeito horizontal e direitos prescricionais/sociais .....	176
3. Deveres estatais de tutela .....	177
3.1. Fundamento normativo-constitucional .....	177
3.2. Do Poder Legislativo como primeiro e principal destinatário e fundamento concreto .....	179
3.3. Indevidas fusões com o efeito de irradiação e suas consequências .....	181
4. Garantias de organização e procedimento .....	182
4.1. Fundamentos constitucionais .....	182
4.2. Ressubjetivação das garantias de organização e procedimento? .....	182
4.3. Papel do legislador configurador .....	183
III. “Novas funções” <i>lato sensu</i> dos direitos fundamentais decorrentes de sua dimensão jurídico-objetiva: um conceito profícuo-instrumental ou descartável? .....	183
§ 8. Deveres fundamentais dos titulares de direitos fundamentais?...	185
I. Deveres fundamentais: um conceito de gênese suspeita .....	185

II. Deveres fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito.....	187
1. Em sentido amplo: deveres de titularidade estatal e de titulares de direito fundamentais.....	188
2. Em sentido estrito: deveres fundamentais de titulares de direitos fundamentais .....	189
2.1. Classificações quanto ao caráter expresso ou implícito e autônomo ou não autônomo .....	190
2.2. Fundamentos, alcance e limites dos deveres fundamentais em sentido estrito.....	191
III. Excurso: o estranho interesse da pesquisa jurídica nacional por uma teoria e dogmática dos deveres fundamentais em sentido estrito .....	194
§ 9. Primeira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: imprescindível determinação dos polos da relação jurídica jusfundamental.....	197
I. Definição dos polos da relação jurídico-processual jusfundamental a partir da dogmática da intervenção estatal .....	197
1. Conceito tradicional e contemporâneo de intervenção estatal .	198
2. Intervenções indiretas e meramente fáticas .....	201
3. Intervenções “negativas” ou afetações por omissão potencialmente lesiva .....	204
4. Atuações relevantes de particulares .....	206
II. Do polo passivo .....	207
1. Distinções em razão do poder ou órgão interventor .....	207
2. Escalonamento da análise: da função legislativa à jurisdicional	208
III. Do polo ativo: papel da titularidade .....	209
§ 10. Segunda etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: alcance e limites das normas definidoras de direitos fundamentais.....	213
I. Hipótese normativa ou suporte fático da norma definidora de direito fundamental ( <i>Grundrechtstatbestand</i> ) .....	214
1. Distinção entre área de regulamentação e de proteção de um direito fundamental.....	214

2. Área de proteção .....	217
2.1. Conceito “permanente” .....	217
2.2. Espécies .....	219
2.2.1. Base comportamental .....	219
2.2.2. Base fático-situacional .....	219
2.2.3. Marca normativa .....	220
2.2.4. Marcas mistas .....	220
2.3. Área de proteção material ou objetiva .....	221
2.3.1. Núcleo conceitual .....	221
2.3.2. Alcance .....	221
2.3.2.1. Exercício positivo .....	222
2.3.2.2. Exercício negativo e desistência do exercício do direito fundamental .....	222
3. Intervenção estatal em sentido amplo .....	228
II. Limites constitucionais aos direitos fundamentais .....	228
1. Ontologia e fundamentos .....	228
2. Espécies de limites constitucionais .....	229
2.1. Reservas legais .....	230
2.2. Direito constitucional colidente .....	231
2.3. Outros limites? .....	232
§ 11. Terceira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: fixação concreta dos parâmetros em face dos fenômenos das concorrências e colisões de direitos fundamentais e critérios do exame de constitucionalidade material .....	235
I. Preliminar: hipótese em vez de tese de violação .....	236
II. Escolha do parâmetro jusfundamental aplicável .....	239
1. Concorrência e colisão: delimitação e papéis dogmáticos .....	239
2. Espécies de concorrência e possibilidade de solução <i>a priori</i> .....	240
3. Novas tendências: “fortalecimento da área de proteção”, apli- cações combinadas etc. ....	241

III. Constitucionalidade material da intervenção estatal na área de proteção ou do tratamento desigual.....	244
1. Com base em parâmetros decorrentes de direitos fundamentais de liberdade negativa .....	244
1.1. Verificação do sistema de limites e limites dos limites ..	245
1.2. Interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade .....	255
2. Com base em parâmetros decorrentes de direitos fundamentais de igualdade .....	258
2.1. Igualdade como direito de <i>status negativus</i> e como direito de participação.....	259
2.2. Limites aos direitos fundamentais de igualdade derivados exclusivamente de direito constitucional colidente .....	261
2.3. Peculiaridades da interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade a tratamentos desiguais em sentido amplo .....	262
IV. Constitucionalidade material de omissões no cumprimento de deveres de ação estatal? .....	265
1. Revisitação da dogmática das margens discricionárias legislativas .....	265
2. Configuração legislativa violadora de institutos, instituições ou garantias processuais-constitucionais? .....	267
3. Configuração legislativa violadora de deveres estatais de proteção? .....	270
4. Configuração legislativa violadora de direitos prestacionais gerais e sociais individuais e/ou coletivos? .....	272
5. Omissão legislativa total e princípio da legalidade: substituição <i>ad hoc</i> de competências?.....	274

PARTE III:  
APLICAÇÕES

§ 12. Reconhecimento do instituto da união entre pessoas do mesmo sexo .....	279
------------------------------------------------------------------------------	-----

I. Decisão do STF na ADI 4.277/2011 revisitada e suas resenhas ..	279
1. Matéria fática e jurídica conhecida pelo STF e síntese de seu julgamento .....	279
2. Resenhas técnico-jurídicas, políticas, repercussão e primeiras consequências .....	286
II. Contornos jurídico-dogmáticos e teóricos da situação jurídica ....	292
1. O problema inicial da fixação do parâmetro constitucional pelo STF: uma tarefa mal compreendida e por isso não executada	292
2. Em busca do parâmetro constitucional para o exame de constitucionalidade da suposta omissão inconstitucional .....	298
2.1. Garantias institucionais: casamento, união estável e família (art. 226 da CF) .....	299
2.1.1. Garantia do instituto do casamento (art. 226, §§1 e 2º da CF) .....	300
2.1.1.1. Delimitação da garantia institucional em face da função de direito de resistência .....	300
2.1.1.2. Delimitação da garantia institucional em relação à dimensão jurídico-objetiva da decisão axiológica do constituinte .....	306
2.1.1.3. Elementos e características estruturais do instituto do casamento.....	307
2.1.2. Garantia do instituto da união estável .....	313
2.1.2.1. Antecedentes históricos, gênese e desenvolvimento do instituto da união estável.....	314
2.1.2.2. Delimitação em face do casamento e sua relativização .....	319
2.1.2.3. Elementos estruturais essenciais da união estável	321
2.1.3. Garantia do instituto de família.....	323
2.1.3.1. Do conceito constitucional de família e sua mutabilidade .....	323
2.1.3.2. Das várias espécies de família.....	327
2.1.3.3. Especificidades do direito de adoção.....	331

2.2. Dignidade humana (art. 1º, III da CF).....	335
2.3. Liberdade, seus sucedâneos e direitos fundamentais de personalidade (art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 5º, X CF) .....	339
2.3.1. Liberdade geral de ação no âmbito da sexualidade ..	341
2.3.2. Livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da autodeterminação e formação de identidade sexual ..	343
2.3.3. Consequências já verificadas para a reconstrução da decisão do STF e questões em aberto .....	346
2.4. Igualdade (art. 5º, <i>caput</i> da CF) .....	348
2.4.1. Mandamento ou princípio geral da igualdade, suas exceções e seus limites constitucionais.....	348
2.4.2. Tratamento desigual e sua justificação constitucional por intermédio do cumprimento do ônus argumentativo junto à imposição do limite decorrente do art. 3º, IV da CF .....	351
2.5. Igualdade, vedação de discriminação negativa e discriminação positiva (art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 3º, IV da CF)	357
2.5.1. Preliminar: do vínculo direto dos órgãos estatais ao art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 3º, IV da CF e “indireto” dos particulares .....	358
2.5.2. Igualdade (de chances e condições competitivas) como limite da igualdade geral: da interpretação e aplicação do art. 3º, IV da CF como limite constitucional do art. 5º, <i>caput</i> da CF .....	359
2.5.3. Das vedações absolutas de discriminação negativa do art. 3º, IV da CF .....	361
2.5.3.1. Natureza exemplificativa do elenco de vedações	362
2.5.3.2. Discriminação por “orientação sexual” .....	363
2.5.3.3. Discriminação por gênero .....	367
2.5.3.3.1. Absoluta irrelevância do art. 5º, I da CF (igualdade entre homem e mulher) para a presente tarefa da busca de parâmetro jusfundamental.....	368

2.5.3.3.2. Relevância para a transexualidade .....	369
2.5.3.3.3. Relevância para a intersexualidade .....	370
2.6. Dimensões jurídico-objetivas dos direitos fundamentais: deveres estatais de tutela, segurança jurídica e congêneres	372
CONCLUSÃO:	
Normas Garantidoras de Direitos Fundamentais entre Erosão Jurídica e Sobrecarga Conceitual .....	375
BIBLIOGRAFIA .....	387