

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI**

**A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO**  
**DIREITO CONSTITUCIONAL**

**FLORIANÓPOLIS**

**2007**

**BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI**

**A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO  
DIREITO CONSTITUCIONAL**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para  
obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori

**FLORIANÓPOLIS**

**2007**

Para João, com amor.

## AGRADECIMENTOS

Mesmo sabendo que as palavras são coisas imperfeitas, soam sempre como metáforas imprecisas do que se queria dizer, não posso deixar de externar minha profunda gratidão àqueles que foram fundamentais nesta empreitada:

Ao meu orientador, Doutor Sérgio Urquhart Cademartori, brilhante professor, exemplo de força e competência, pela confiança depositada e sabedoria dos ensinamentos;

Aos meu pais, Elizabeth Lebarbenchon Moura e Léo Cezar Thomaselli, pelo apoio, confiança, educação, amor e especialmente por sempre acreditarem em mim;

À minha querida e amada avó, Magali Lebarbenchon Moura, por todo amor e carinho e à minha adorável tia-avó, Ariana Lebarbenchon Polli, que sempre me abençoaram com suas orações;

Aos meus queridos irmãos, Carolina Lebarbenchon Moura Thomaselli, colega de profissão, e Guilherme Moura Thomaselli, futuro colega de profissão, pela fraternidade que nos une;

Às minhas amigas e colegas Procuradoras do Estado, Elusa Mara de Meirelles Wolff Cardoso, Flávia Dreher de Araujo e Queila de Araújo Duarte Vahl, pela convivência e companheirismo;

À minha amiga Carla Paula Tavares de Azevedo, que me incentivou a ingressar no programa de mestrado;

E por fim, mas não menos importante, quero expressar minha profunda gratidão a João dos Passos Martins Neto, que compartilhou todas as dificuldades e alegrias desta dissertação e contribuiu decisivamente para sua realização.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## **RESUMO**

A presente Dissertação trata da construção judicial do conteúdo das normas constitucionais no processo de julgamento de controvérsias afetas à jurisdição constitucional no marco do Estado Constitucional de Direito. Consiste no relato final dos resultados de pesquisa efetuada com o escopo de examinar o modo de ser das normas constitucionais no plano do texto legislativo, bem como o modo de sua aplicação no plano da decisão judicial. A pesquisa teve como objeto de observação, predominantemente, os enunciados textuais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. A conclusão fundamental é a de que, em consequência de ser a Constituição uma ordem aberta, a aplicação do direito constitucional por juízes e tribunais constitucionais, longe de revelar-se como uma atividade mecânica de revelação, consiste numa atividade dinâmica e política de construção de sentido.

**Palavras-chave:** Estado Constitucional. Constituição Aberta. Jurisdição Constitucional. Construção Judicial do Direito.

## **ABSTRACT**

The present Dissertation subject is the judicial construction of constitutional provisions in the controversies judgment process under constitutional jurisdiction on the ground of the Constitutional State. It consists of the results final report of a research made with the purpose of examining constitutional norms way of being in legislative text plane as well as the way of their implementation in judicial decision plane. The research mostly focuses on the text of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the judicial practice of the Federal Supreme Court. The fundamental conclusion is that Constitution is an opening order and thus constitutional law implementation by constitutional judges and courts far from just appears as a mechanical activity of revelation, consists of a political and dynamical activity of meaning construction.

**Key words:** Constitutional State. Opening Constitution. Constitutional Jurisdiction. Law Judicial Construction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>I</b>
<b>1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO ABERTA .....</b>	<b>01</b>
1.1. O ESTADO LEGAL DE DIREITO .....	01
1.2. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO .....	07
1.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	16
1.4. A TEXTURA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO.....	25
<b>2. MODOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>32</b>
2.1. NORMAS JURÍDICAS E FUNÇÕES NORMATIVAS .....	32
2.2. O SILOGISMO DE SUBSUNÇÃO .....	34
2.3. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS .....	45
2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	58
2.5. A INTEGRAÇÃO DE DIREITOS IMPLÍCITOS .....	63
<b>3. A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS E A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>68</b>
3.1. A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS .....	68
3.1.1. Casos de construção mediante subsunção.....	70
3.1.2. Casos de construção mediante ponderação .....	75
3.1.3. Casos de construção mediante controle de lei .....	80
3.1.4. Casos de construção mediante integração .....	86
3.2. A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>103</b>



## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação trata da construção judicial do conteúdo das normas constitucionais no processo de julgamento de controvérsias afetas à jurisdição constitucional no marco do Estado Constitucional de Direito. Consiste no relato final dos resultados de pesquisa efetuada com o escopo de examinar o modo de ser das normas constitucionais no plano do texto legislativo, bem como o modo de sua aplicação no plano da decisão judicial.

O objetivo institucional da pesquisa dirige-se à obtenção do Título de Mestre em Direito junto ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

A pesquisa foi idealizada a partir da hipótese de que o texto constitucional, na generalidade das vezes, revela-se insuficiente para por si só resolver as situações de direito constitucional controvertido, demandando dos órgãos de jurisdição constitucional, em vez do desempenho de uma atividade mecânica de interpretação e revelação, o exercício de uma atividade politicamente dinâmica de construção ou atribuição de sentido normativo.

Com efeito, partiu-se da suposição de que, diante de controvérsias de dimensão constitucional, as cortes constitucionais são normalmente provocadas a encontrar uma solução que não pode ser diretamente extraída do texto constitucional em si mesmo e que, por isso, é construída problematicamente no processo de resolução do caso submetido a julgamento. Entre tantos outros possíveis, exemplo emblemático encontrava-se na decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 71373-4-RS, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu inadmissível que, em ação de investigação de paternidade ajuizada por menor, fosse o réu submetido, contra a sua vontade e sob constrangimento físico, à coleta do material indispensável ao exame de DNA. Tal decisão, ao menos em sua especificidade, não correspondia a qualquer enunciado textual da Constituição, o que sugeria a plausibilidade de idéia de construção judicial do direito constitucional.

Sob tal premissa, a pesquisa foi assim problematizada:

1) Quanto ao modo de ser no plano do texto legislativo:

Quais são as causas ou razões pelas quais as normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, não contêm uma solução óbvia ou previamente determinada para a maior parte das controvérsias constitucionais?

2) Quando ao modo de aplicação no plano da decisão judicial:

Quais são os efeitos dessa limitada autonomia regulativa das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, no que concerne à tarefa da jurisdição constitucional que compete aos tribunais constitucionais?

Em relação a tais questões, a pesquisa teve como objeto de observação, predominantemente, os enunciados textuais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

A resposta a ambas as questões encontra-se ao longo da exposição, estruturada em três capítulos cujos conteúdos são, resumidamente, os seguintes:

a) o Capítulo 1 discorre sobre as notas distintivas do Estado Constitucional de Direito em relação ao Estado Legal de Direito, bem como sobre o conceito e a função dos direitos e garantias fundamentais e a textura aberta das normas constitucionais;

b) o Capítulo 2 expõe o modo de ser e de aplicação das normas constitucionais conforme as distintas estruturas que apresentam, dando ênfase aos

mecanismos de subsunção de fatos a regras, ponderação de princípios em casos de colisão, controle de constitucionalidade e integração de direitos não enumerados;

c) o Capítulo 3 ilustra o fenômeno da construção judicial do direito constitucional através da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, destacando o caráter político da função que compete à jurisdição constitucional.

Em arremate, as Considerações Finais selecionam, em um texto breve e sistemático, as idéias essenciais que integram a totalidade da Dissertação.

O campo de conhecimento científico em que a pesquisa se insere é o da Teoria Geral do Direito, mais especificamente o da Teoria Geral do Direito Constitucional.

A abordagem é descritiva em vez de prescritiva. A pesquisa não envolveu a pretensão de examinar o modo como devem os órgãos da jurisdição constitucional proceder a fim de encontrar a solução justa para as controvérsias que decidem, nem discutir os parâmetros de racionalidade e legitimidade a serem observados no exercício da atividade, menos ainda questionar sobre a correção ou incorreção das decisões examinadas. Procurou-se, apenas, constatar e evidenciar o aspecto fático da construção judicial do direito constitucional no processo de julgamento das controvérsias constitucionais.

As motivações da pesquisa relacionam-se com a convicção pessoal quanto à sua relevância teórica e prática. No plano da teoria, importa conhecer as singularidades do discurso constitucional para, a partir de então, atribuir à noção de interpretação constitucional um significado coerente e adequado, que supere a idéia mítica de uma atividade simplesmente reveladora de um sentido normativo pré-existente e que permita identificar a dimensão e a gravidade do poder conferido à jurisdição constitucional. No plano da prática política, releva estar advertido quanto à importância de se tratar dos assuntos relativos à jurisdição constitucional com prudência e seriedade, evidenciando-se, por exemplo, o senso de responsabilidade e rigor que deve presidir a

indicação e aprovação de juristas para uma cadeira dos tribunais constitucionais, porquanto deles dependem decisões capitais sobre os limites do poder estatal e o estatuto jurídico dos cidadãos.

Para efeitos da presente Dissertação, entende-se:

a) por jurisdição constitucional, o conjunto de autoridades investidas do poder de decidir em definitivo sobre controvérsias cuja solução depende da aplicação de normas constitucionais; nesse sentido, considerando a República Federativa do Brasil, a jurisdição constitucional é exercida pelo Supremo Tribunal Federal e seus juízes;

b) por Estado Constitucional, um modo particular de organização das relações entre governantes e governados no âmbito das comunidades nacionais, essencialmente caracterizado pela aceitação de uma Constituição escrita ou não, que funciona como a lei mais alta do ordenamento jurídico e que garante, através de um poder judiciário independente e mesmo contra os poderes públicos, certos direitos fundamentais que, de acordo com o consenso histórico, não podem ser negados nem abolidos em desfavor dos indivíduos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade e o voto;

c) por construção judicial do direito, a atribuição ou adjudicação de conteúdos ou significados normativos específicos aos textos legislativos (cujo sentido é indeterminado) por meio de juízes e tribunais no julgamento de controvérsias.

Finalmente, quanto à metodologia, registre-se que a pesquisa adotou, na fase de investigação, o método indutivo; na fase de tratamento dos dados, o método cartesiano; e, relativamente ao relatório dos resultados, a base lógica indutiva.

## 1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO ABERTA

### 1.1. O ESTADO LEGAL DE DIREITO

A expressão Estado de Direito possui, habitualmente, dois significados diferentes. De acordo com Ferrajoli (2003, p. 13), em sentido amplo, Estado de Direito designa qualquer “ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos<sup>1</sup>”. Por outro lado, Ferrajoli assevera que existe outro sentido, forte ou substancial, para este Estado de Direito, que designa aqueles “ordenamentos nos quais todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, não apenas com relação às formas, mas também com relação aos conteúdos<sup>2</sup>”, ou seja, nesta acepção mais restrita, apenas são considerados Estados de Direito aqueles ordenamentos em que todos os poderes, incluindo o legislativo, estão vinculados em face de princípios substanciais, estabelecidos por normas constitucionais, com divisão de poderes e garantia de direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Desta forma, Ferrajoli (2003) sustenta que estes dois significados de *Estado de Direito* correspondem a dois modelos normativos diferentes. O primeiro modelo político refere-se ao modelo positivista do Estado legislativo de Direito, o Estado Legal, que surge com o nascimento do Estado moderno, a partir da centralização da produção jurídica. O segundo modelo político corresponderia ao modelo *neoconstitucionalista* do Estado Constitucional de Direito, ou Estado Constitucional, produto da difusão na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias.

---

<sup>1</sup>“Ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados em las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.” Cfe. Ferrajoli, 2003, p. 13, tradução livre.

<sup>2</sup>“Estado de Derecho designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, portanto), limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también em los contenidos.” Cfe. Ferrajoli, 2003, p. 13, tradução livre.

<sup>3</sup> No mesmo sentido Zagrebelsky (2002), p. 21-34.

Além disso, Ferrajoli (2003) estabelece que estes dois modelos de Estado refletem diferentes experiências históricas, ocorridas no continente europeu<sup>4</sup>, decorrentes da alteração de paradigmas da estrutura do direito, da ciência jurídica e da jurisdição. A primeira transformação, relativa à estrutura do direito, decorreu da afirmação do monopólio estatal da produção jurídica, e, portanto, do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido, caracterizando a formação do Estado legislativo de Direito.

Com efeito, como ensina Ferrajoli (2003, p.15), no direito anterior, ou pré-moderno, não havia tradição ou formação legislativa, mas apenas jurisprudencial e doutrinária, ou seja, “inexistia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, ao contrário, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes - do Império, da Igreja, dos príncipes, dos municípios, das corporações - nenhuma delas com o monopólio da produção jurídica<sup>5</sup>”. Desta forma, neste momento histórico, o reconhecimento de uma norma como jurídica não dependia da sua fonte de produção, mas de sua racionalidade intrínseca ou da justiça dos seus conteúdos.

Portanto, a partir da superação do paradigma jusnaturalista do direito pela teoria positivista, nasce o Estado de Direito moderno, precisamente com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e existente, independentemente de sua valoração como justo, de modo que uma norma jurídica não seria mais considerada válida por ser justa, senão, exclusivamente por ter sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa. Há, neste momento histórico, uma inversão do princípio jusnaturalista, até então vigente, *veritas, non auctoritas facit iudicium* para outro oposto, *auctoritas, non veritas facit legem*, princípio convencional do positivismo jurídico, característico do Estado de Direito legalista.

---

<sup>4</sup>A este respeito, Ferrajoli (2003) adverte que esta análise não contempla a experiência inglesa da *rule of law*, que ainda que represente a primeira experiência de Estado de Direito em sentido forte, permaneceu sempre ligada a tradição da *common law* e a inexistência de uma Constituição formal e por isso não pode ser enquadrada em nenhum dos modelos que foram por ele apresentados.

<sup>5</sup>“*En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario e formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidade de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes – el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones – ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica.*” Cfe. Ferrajoli 2003, p. 15, tradução livre.

Hespanha (2005, p. 341) assinala que esta nova ordem política estadualista chega à sua fase de institucionalização depois do período “programático e experimental” correspondente à metodologia jusnaturalista da sociedade política medieval. Ele registra, a propósito, que, no plano jurídico, “esta fase caracteriza-se pelo movimento legalista e, sobretudo, pela tendência codificadora”, concluindo:

Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições, correspondente à ordem social burguesa liberal, instituía, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais cotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder – o Estado.

O Estado qualifica-se então como uma organização na qual o direito é reduzido à lei, que passa a ser considerada, de acordo com Goyard-Fabre (2002), em seu componente formal e não em seu componente material. Nas palavras da filósofa francesa:

Assim, em seu formalismo, o positivismo legal apresenta-se como um dos maiores trunfos do Estado moderno e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição definitiva da ciência do direito. Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 76)

Para Ferrajoli (1999), o Estado de Direito possui o princípio positivista da superioridade da lei, equivalente ao princípio jacobino da onipotência do legislador, e, portanto, do parlamento como órgão de soberania popular, que não encontra nenhum limite, senão os de natureza formal, para produção de normas jurídicas.

De fato, com as leis ocupando a posição mais alta no ordenamento jurídico do Estado de Direito, inexistia qualquer outra regra jurídica superior que fosse capaz de estabelecer limites. Para Zagrebelsky (2002), contudo, isto não era necessário, na medida em que a lei, que tudo podia, estava materialmente vinculada a um contexto político-social ideal, definido e homogêneo, que continha as razões dos limites e da ordem, sem a necessidade de prever nenhuma medida jurídica para assegurá-los, porquanto a

sociedade liberal do século XIX incorporava em si as regras de sua própria ordem, ou seja, naquele panorama histórico, o monopólio político legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava, por si mesmo, as condições de unidade da legislação, fundadas nos princípios e valores do Estado nacional-liberal.

Da mesma forma, Canotilho (1999) ressalta que neste Estado de Direito, afirma-se a soberania ou o primado da lei, com base na doutrina da soberania nacional representada pela assembleia legislativa. Neste caso, o princípio da primazia da lei servia para a submissão do direito ao poder político, sob um duplo ponto de vista: os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; e esta lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo deviam estar em conformidade com ela.

Entretanto, neste modelo estatal existe, tão-somente, uma vinculação formal à lei, porquanto ainda que o direito estabeleça a forma de produção jurídica, não reconhece qualquer limitação de conteúdo, de modo que inexistem âmbitos de exclusão da atividade legislativa. Desta forma, o direito, nesta estrutura política, apresenta-se, de acordo com Cademartori (1999, p. 25) “esvaziado de qualquer referente substancial ou material e passa a ser uma forma vazia a ser preenchida por qualquer conteúdo”.

De acordo com Ferrajoli (2003), a formação do Estado de Direito foi acompanhada de uma alteração de paradigma com relação à ciência jurídica. A partir da afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina tendencialmente cognitiva, ou seja, explicativa de um objeto, o direito positivo, autônomo e separado dela.

Ferrajoli (2003, p. 16-17) sublinha, todavia, que essa mudança é mais de forma do que de conteúdo da experiência jurídica. Com efeito, para esse autor, uma comparação entre o Código Civil Napoleônico e as Instituições de Gaio não apontam



diferenças substanciais, mas, “o que deve ser ressaltado como a grande alteração é o título de legitimação, que deixa de ser a autoridade dos doutores, para ser da autoridade da fonte de produção<sup>6</sup>”. Enfim, somente a lei e o princípio da legalidade são as fontes de legitimação e de produção de normas jurídicas no Estado de Direito. Ocorre, assim, alteração do paradigma da jurisdição, porquanto a produção jurisprudencial é superada, submetendo-se o direito à lei e ao princípio da legalidade como fontes únicas de legitimação.

No mesmo sentido, Zagrebelsky (2002) assinala que neste modelo político, o Estado de Direito era um Estado legislativo que se afirmava através do princípio da legalidade, que, em geral, expressa a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao qual, em linha de princípio, não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que fosse sua forma e seu fundamento, nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior “razão do Estado”, nem a aplicação, por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um direito mais alto, o direito natural, ou de direitos especiais, concluindo que o Estado de Direito e o princípio da legalidade supõem a redução do direito à lei e a exclusão, ou pelo menos, a submissão de todas as demais fontes do direito à lei.

Além disso, para Zagrebelsky (2002), a generalidade é a essência da lei no Estado de Direito, ou seja, é um postulado fundamental deste Estado que a norma legislativa atinja todos os sujeitos de direito, sem distinção, como garantia da imparcialidade do Estado e da igualdade jurídica. O autor registra, ainda, que vinculada a essa generalidade estava a idéia de abstração das leis, que atendia a uma exigência da sociedade liberal ao garantir a estabilidade do ordenamento jurídico, e, por conseqüência, a certeza e previsibilidade do direito.

Enfim, a concepção de direito própria do Estado de Direito, centrada no princípio da legalidade, era a idéia do positivismo jurídico, como ciência da legislação positiva, que pressupõe a concentração da produção jurídica em uma única instância

---

<sup>6</sup>“Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción”. Cfe. Ferrajoli, 2003, p. 17, tradução livre.

legislativa, que significa a redução de tudo o que pertence ao mundo do direito ao disposto pela lei, simplificação essa que leva a conceber a atividade dos juristas como um mero serviço à lei. Justamente por essa razão, Kelsen (1987, p. 334) estabelece a unidade do Estado e do direito, afirmando que “o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos”.

Com efeito, de acordo com Barroso (2003), o positivismo jurídico, característico do Estado de Direito, correspondeu à importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Neste contexto, o direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, de modo que a ciência do direito deveria fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Neste cenário, não é no âmbito do direito que se deveria travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça, devendo separar-se o direito e a moral.

Entretanto, como registra Barroso (2003, p. 25), tal “ambição positivista de certeza jurídica” custou caro à humanidade, porquanto jamais foi possível uma transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades, e o positivismo jurídico acabou se transformando em uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o direito, como também de querer o direito. Enfim, a idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador de qualquer ordem estabelecida, de modo que o “fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados” (BARROSO, 2003, p.26).

De fato, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, porquanto esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Como destaca Barroso (2003), os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a normas

emanadas da autoridade competente, o que determinou a rejeição da idéia até então cristalizada de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto.

Como esclarece Cademartori (1999, p. 29), a norma geral e abstrata deixa de ser considerada “instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social”. A lei, neste contexto, não é mais a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, senão um ato personalizado que persegue interesses particulares, o que leva Zagrebelsky (2002) à conclusão de que a lei não é mais garantia de estabilidade, senão ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade, fato esse que determina a alteração do paradigma do Estado Legal de Direito para outro capaz de reconduzir à unidade do sistema.

## **1.2. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

O Estado Constitucional de Direito surge da crise de legalidade do Estado Legal de Direito, ou, como ensina Cademartori (1999, p. 29):

A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante.

Hespanha (2005) assinala que o vigor anti-legalista das décadas que se seguiram à II Grande Guerra não é uma simples consequência dos movimentos de natureza filosófica no domínio do direito, porquanto o trágico contexto político dos totalitarismos contemporâneos teve um enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a repensar a função do direito como garante de valores constitucionais, concluindo:

Uma coisa ficou clara. O formalismo da pandectística, com o relativismo axiológico que lhe andava ligado, não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura europeia. (HESPANHA, 2005, p. 49)

Até aquele momento histórico, como afirma Hespanha (2005), a legitimidade do direito fundava-se exclusivamente no fato de ser estabelecido de acordo com os processos constitucionalmente prescritos. Os seus valores de referência eram desprovidos de conteúdo e apontavam apenas para a necessidade de observar uma forma, e foi nestas circunstâncias que o nacional-socialismo subiu ao poder e, uma vez no poder, pode instaurar uma nova forma que, por sua vez, legitimava a sua ação política, concluindo assim que no “fim da Guerra, gerou-se, portanto, um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores supra-positivos, indisponíveis para o legislador” (HESPANHA, 2005, p. 470).

A crise do Estado de Direito de perfil meramente formalista ou legalista encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social do Estado liberal. Segundo Prieto (1998), a crise provocou o deslocamento do Estado legislador para o Estado Constitucional, ou seja, o império da Constituição sobre a lei, como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e a garantia dos direitos fundamentais, deslocamento esse, que mais uma vez, proporciona alteração nos paradigmas da estrutura do direito, da ciência jurídica e da jurisdição.

Com efeito, o resultado desta crise será o reconhecimento de uma norma superior e o caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da produção normativa. De fato, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi atribuir à norma constitucional o *status* de norma jurídica, superando-se o modelo jurídico no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político e a concretização das suas propostas ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, sem se reconhecer ao poder judiciário um papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

De acordo com Barroso (2005), a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, e assim a aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia “produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático” (BARROSO, 2005, p.23).

Prieto (1998) acredita que a lenta e custosa evolução da justiça constitucional na Europa é, de certo modo, a história que proporciona a substituição do Estado Liberal de Direito pelo atual Estado Constitucional, cuja característica fundamental é o controle de poder, e, antes de tudo, em primeiro lugar, o controle substantivo, a partir dos direitos fundamentais.

Assim, se a primeira mudança de paradigma do direito se deu com o nascimento do Estado Moderno e com a afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito positivo existente, uma segunda mudança, não menos radical, é a produzida na segunda metade do século XIX, com a subordinação da legalidade às Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis, como normas de reconhecimento de sua validade.

Portanto, a partir do Estado Constitucional de Direito, a validade das normas jurídicas não depende apenas da sua forma de produção, como ocorria no Estado de Direito, senão também da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais. A vigência das normas, que no paradigma positivista havia se dissociado da idéia de justiça, dissocia-se agora da idéia de validade formal, sendo possível que uma norma formalmente válida, e, por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com as normas constitucionais. Ocorre a superação do paradigma típico do Estado de Direito, referente à estrutura do direito, porquanto neste novo cenário só serão consideradas como normas jurídicas aquelas produzidas pela autoridade competente e de acordo com a forma previamente estabelecida, mas cujos conteúdos estejam em conformidade com as normas constitucionais.

Altera-se, também, de acordo com Ferrajoli (2003, p. 18), o estatuto epistemológico da ciência jurídica, porquanto no Estado Constitucional de Direito a Constituição “não apenas disciplina as formas de produção legislativa, senão impõe também proibições e obrigações de conteúdo, com relação aos direitos de liberdade e outros direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de eliminar ou corrigir<sup>7</sup>”.

Há, no Estado Constitucional de Direito, a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e a garantia dos direitos fundamentais, ou como assevera Ferrajoli (1999), o rasgo distintivo do Estado Constitucional de Direito é, justamente, o papel garantista da Constituição em relação à legislação.

Goyard-Fabre (2002, p. 112) assinala que a idéia-força que domina esta concepção jurídica é a afirmação da supremacia do texto constitucional, que é visto como o fundamento de toda ordem jurídica, de modo que sob a Constituição “a catedral jurídica se organiza em sistema”, sendo este sistema a “expressão jurídica de uma racionalidade lógico-formal”, ou seja, “a ordem constitucional é portadora de normatividade, de modo que as regras de direito ganham figura, no âmbito estatal, de modelos de diretividade”. Segundo Goyard-Fabre (2002, p. 117), para a “teoria constitucionalista, o critério da legalidade não é outro senão a inscrição de uma regra ou a inserção de um comportamento no edifício jurídico que tem como pedra angular a Constituição”.

A Constituição, nesta perspectiva política do Estado Constitucional de Direito, é, verdadeiramente, a regra superior, “o estatuto matricial da institucionalização” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 126), de modo que qualquer lei ou enunciado de direito só serão válidos se congruentes com a norma constitucional, ou seja, a Constituição é o critério de validade da ordem jurídica.

---

<sup>7</sup>“En efecto, en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas”. Cfe. Ferrajoli, 2003, p. 18, tradução livre.

Zagrebelsky (2002, p. 34), por seu turno, estabelece que a principal novidade da fórmula do Estado Constitucional é que a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação, portanto, de subordinação a uma categoria mais alta do direito, a Constituição. Neste cenário, há previsão de um direito mais alto, dotado de força obrigatória, inclusive para o legislador, ou seja, “a lei, que antes fora medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede espaço para a Constituição e se converte, ela mesma, em objeto de medição<sup>8</sup>”.

Nesta nova perspectiva, o legislador já não é mais soberano para editar lei com qualquer conteúdo, mas tem que ajustar sua política às exigências constitucionais. Como assinala Prieto (1998), o Estado Constitucional tem como característica principal a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis, bem como, um controle sobre o exercício do poder em geral, a partir dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, quaisquer leis, regulamentos administrativos ou decisões jurisdicionais que estejam em desacordo com a norma constitucional, serão anulados através dos procedimentos previstos no próprio texto constitucional.

Paralelamente, nesta perspectiva do Estado Constitucional de Direito, altera-se o papel da jurisdição, que agora só pode aplicar a lei se esta for constitucionalmente válida, de modo que a interpretação e aplicação da lei serão sempre um juízo acerca da própria lei que o juiz tem o dever de censurar como inválida, mediante denúncia de sua inconstitucionalidade, quando não seja possível interpretá-la em sentido constitucional.

Segundo Ferrajoli (2003), a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale ainda a introduzir uma dimensão substancial não apenas nas condições de validade das normas, senão também na natureza da democracia. Assim, ao mesmo tempo, o constitucionalismo rígido completa tanto o Estado de Direito como o próprio positivismo jurídico, que atingem uma forma última e mais desenvolvida: “pela sujeição da lei, inclusive do poder legislativo, antes absoluto, e pela positivação não apenas

---

<sup>8</sup> “[...] *la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición*”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 34, tradução livre.

do ‘ser’ do Direito, ou seja, das suas condições de existência, mas também de seu ‘dever ser’, ou seja, das opções que presidem a sua produção e, portanto, de suas condições de validade<sup>9</sup>”.

Portanto, o Estado Constitucional de Direito decorre do reconhecimento de determinados direitos como um patrimônio subjetivo individual, isto é, de uma constitucionalização dos direitos, ou como esclarece Pozzolo (2003, p. 188), “o argumento neoconstitucionalista parte do dado positivo da constitucionalização da carta de direitos – *bill of rights* - ou seja, um catálogo mais ou menos detalhado de direitos fundamentais<sup>10</sup>”.

De acordo com Prieto (1998), o decisivo no Estado Constitucional de Direito é a idéia de que a Constituição encarna uma ordem de valores ou uma unidade material, concluindo que o papel que antes desempenhava o direito natural a respeito do soberano, é desempenhado, agora, pela Constituição em face do legislador.

A este respeito, Ferrajoli (1999) sustenta que os direitos fundamentais não devem ser vistos como limites externos, senão como autolimitações da soberania do Estado, que não pode, por conseguinte, dispor sobre eles, ou seja, os direitos fundamentais são barreiras à extensão do supremo poder legislativo, como defendia Locke (1973, p. 269), ao dispor que o pacto de fundação do Estado não implica jamais a alienação dos bens outorgados a cada homem pela lei da natureza, contra a qual “não há sanção humana que se mostre válida ou aceitável”.

Cademartori (1999) reforça este posicionamento, asseverando que no Estado Constitucional de Direito, as Constituições passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado, os quais não podem, igualmente, dispor do sentido e conteúdo das

---

<sup>9</sup>“*Por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’*”. Tradução livre. Cfe. Ferrajoli, 2003, p. 19, tradução livre.

<sup>10</sup>“[...] *el argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del bill of rights, o sea, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales*”. Cfe Pozzolo, 2003.p. 187, tradução livre.



normas constitucionais. Nesta nova estrutura política, as normas constitucionais são vinculantes e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos, conquanto os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais.

Com efeito, Zagrebelsky (2002) sustenta que o direito constitucional contemporâneo reconhece aos indivíduos um “patrimônio de direitos”, originário, independente e protegido frente à lei, situação que se afasta da concepção revolucionária francesa e se aproxima da tradição constitucional norte-americana. Realmente, a principal característica das declarações americanas é a fundamentação dos direitos em uma esfera jurídica que precede o direito que o legislador pode estabelecer, onde os direitos são entendidos como patrimônio subjetivo dos cidadãos, anteriores à formação do próprio Estado.

Analisando o contrato social defendido por Locke, Martins Neto (2003) conclui que se trata de uma concepção de contrato que compreende nítida reserva de conteúdos vinculantes, justamente uma Constituição de tipo material, com determinados direitos naturais como limites ao legislador, ou seja, “Locke projeta uma idéia reforçada de Estado de Direito, à medida em que submete o poder estatal a valores superiores, ou seja, normas substantivas que ele próprio não poderá jamais revogar”, concluindo, mais à frente, que a “estrutura lógica deste modelo é, pois, a de um Estado Material de Direito” em face das “matérias tornadas indisponíveis ao legislador sob a forma de direitos fundamentais” (MARTINS NETO, 2003, p. 105-106).

Para Peña (2003), a finalidade do Estado Constitucional é realizar ou satisfazer os direitos básicos que estabelecem um marco fechado e tal objetivo se pretende alcançar fundamentalmente assegurando a primazia da Constituição, na qual os direitos ficam atrincheirados mediante dois instrumentos ou garantias: a rigidez constitucional e o caráter normativo das Constituições. Miranda (1998), a propósito, registra que não se trata de proclamar solenemente direitos subjetivos do homem, mas de afirmá-los como princípios objetivos e institucionais do Estado, porquanto os direitos fundamentais são as bases do Estado e a sociedade em que falte sua garantia não tem Constituição.

Como observa Andrade (1998, p. 27-28), a limitação efetiva do poder se alcança através da consagração constitucional dos direitos, de modo que os direitos fundamentais tornam-se, assim, direitos constitucionais, reunindo, por força da sua dignidade formal, “as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com um valor superior ao da própria lei”, concluindo que “o caráter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a garantia jurídica efectiva deles perante todos os poderes públicos, incluindo o poder legislativo”.

Com efeito, é de suma importância para a caracterização do Estado Constitucional de Direito não apenas a existência de uma Constituição como norma superior e vinculante à produção normativa ordinária, mas também que esta Constituição seja rígida, isto é, que possua normas específicas e qualificadas para sua alteração, e, além disso, previsão de direitos fundamentais garantidos por cláusulas pétreas, imunes a qualquer tipo de alteração legislativa.

Canotilho (1999, p. 91) aponta que a rigidez “traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior a qualquer lei ordinária”, ou seja, a Constituição possui determinadas cláusulas que só podem ser modificadas através de um procedimento de revisão específico e agravado com relação às outras leis do ordenamento, e mais, possui determinadas cláusulas referentes aos direitos fundamentais que não podem, jamais, mesmo através de procedimento especial, sofrer qualquer tipo de alteração, porquanto são consideradas “referentes indisponíveis”.

De fato, Cademartori (1999, p. 29) sustenta que o constitucionalismo é uma tentativa de superar a debilidade estrutural do âmbito jurídico e que a afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, sua rigidez e os direitos fundamentais são signos deste processo, como consequência a forma constitucional cria um “referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecível): a sua própria forma e exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais”.

Para Guastini (2003, p. 49), um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição “extremamente invasora, intrometida”, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina e as relações sociais. Analisando o modelo constitucional italiano, este autor aponta sete “condições necessárias de constitucionalização<sup>11</sup>”, quais sejam: 1) uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a previsão de um sistema de controle de constitucionalidade; 3) a força vinculante da Constituição; 4) uma “interpretação aberta<sup>12</sup>” da Constituição por parte dos intérpretes oficiais; 5) aplicação direta das normas constitucionais; 6) uma interpretação das leis infraconstitucionais em harmonia com a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Zagrebelsky (2002), por outro lado, defende, ainda, como outro traço característico do constitucionalismo do nosso tempo, a fixação, mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico, ou seja, estabelece que os princípios de justiça são previstos na Constituição como objetivos que os poderes públicos devem perseguir.

Em suma, em razão de todo o exposto, pode-se concluir que o Estado Constitucional de Direito se caracteriza pela subordinação de todos os poderes constituídos não apenas a limites formais, como aqueles impostos por normas de competência e procedimento, mas também a limites materiais ou substantivos, como aqueles decorrentes das normas de direitos fundamentais inscritas na Constituição, cuja validade superior e rigidez absoluta impedem, sob pena de invalidade, a adoção de quaisquer leis ou atos que contrariem o conteúdo das estatuições constitucionais.

---

<sup>11</sup>“*Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (persuasiva, invadente, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las ralciones sociales.*” Cfe. Guastini, 2003, p. 49, tradução livre.

<sup>12</sup> O que Guastini (2001, p. 51) chama de ‘*sobreinterpretación de la Constitución*’.

### 1.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como antecipado acima, as normas de direitos fundamentais constituem o núcleo material da Constituição. Com efeito, tais normas não são de caráter formal, no sentido de que não se prestam a dispor sobre competências e procedimentos a serem observados para fins de produção jurídica, como no caso das disposições constitucionais que regulam o processo legislativo. Assim, as normas de direitos fundamentais qualificam-se como materiais ou substantivas, à medida que veiculam a disciplina de relações intersubjetivas, ou seja, entre os indivíduos e o Estado e dos indivíduos entre si.

Nesse sentido, são normas de conteúdo, e não meramente de forma, podendo-se afirmar que a sua consagração constitucional, aliada ao postulado de que possuem validade superior no âmbito do ordenamento jurídico, é a marca típica do Estado Constitucional de Direito. De fato, é, sobretudo, através delas que os poderes constituídos serão limitados não só em seu modo de agir, mas também no que concerne ao conteúdo de suas ações. Os direitos fundamentais realizam a função de limitar materialmente o poder estatal, em termos não concebidos no Estado Legal de Direito. Assim sendo, pode-se afirmar, como faz Sarlet (2001), que os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma e do tipo de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional.

Com efeito, como demonstrado anteriormente, o Estado Constitucional de Direito, de acordo com a classificação de Ferrajoli (2003), é aquele que se caracteriza por uma dupla sujeição ao direito, tanto formal, na medida em que estabelece normas de competência e procedimento para produção legislativa, como material, conquanto compreende normas substanciais como limitações materiais ao legislador, quais sejam, justamente os direitos fundamentais que condicionam a validade dos atos normativos produzidos, possuindo a função de “estruturação do sistema político, conforme uma lógica específica de restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à função legislativa, e em todos os seus níveis” (MARTINS NETO, 2003, p. 122).

As normas de direitos fundamentais, como quaisquer normas atributivas de direitos subjetivos, reconhecem aos seus titulares determinados poderes de agir e/ou de exigir, que são correlativos de deveres de respeito por parte das demais pessoas, quer públicas ou privadas, físicas ou jurídicas. Nesse sentido, Miranda (1998, p. 8) assevera que “deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental”, porquanto não existem direitos fundamentais sem o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, na medida em que a noção de direitos fundamentais abrange “verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos”.

Para Alexy (1997b, p.25), a positivação desses direitos em uma Carta Constitucional, com vinculação de todos os poderes do Estado, constitui “uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema moral, abertura que é razoável e pode ser levada a cabo com meios racionais<sup>13</sup>”. Binbenojm (2004) corrobora este posicionamento, para concluir, em conformidade com o entendimento de Dworkin, que os direitos fundamentais são direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política, cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração. Para Andrade (1998, p.27), os direitos fundamentais “tornam-se, assim, direitos constitucionais, reunindo, por força dessa sua dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com um valor superior ao da própria lei”.

Segundo Ferrajoli (1999, p. 37), “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade”<sup>14</sup>. Assim, entende-se por direito subjetivo “qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica” e associada a um dado *status*, “a condição de sujeito prevista por uma norma jurídica positiva com pressuposto de sua

---

<sup>13</sup>“una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales”. Cfe. Alexy, 1997b, p. 25, tradução livre.

<sup>14</sup>Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.” Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 37, tradução livre.

idoneidade para ser titular de situações jurídicas<sup>15</sup>”.

Martins Neto (2003, p.77), por sua vez, também compreende cada direito fundamental como uma espécie de direito subjetivo<sup>16</sup>, ou seja, como uma prerrogativa, “reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor do dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva”. E observa que os direitos subjetivos podem ser divididos em direitos fundamentais e direitos não-fundamentais ou direitos subjetivos comuns, diferenciando-se uns dos outros, a nosso ver, por uma série de predicados que deles são privativos e que estão associados ao valor excepcional que lhes é conferido, porquanto entendidos como pressupostos jurídicos da dignidade da pessoa humana.

Em primeiro lugar, em função do princípio da supremacia da Constituição, os direitos fundamentais caracterizam-se como imunes em face do legislador ordinário, que está proibido de editar leis com eles desconformes. Nessa medida, por desfrutarem de posição hierárquica, os direitos fundamentais produzem, nos casos de incompatibilidade material com os conteúdos constitucionais, efeitos invalidatórios em relação ao direito ordinário pós-constitucional e efeitos derogatórios em relação ao direito ordinário pré-constitucional. Produzem ainda, quando não houver incompatibilidade irremediável, um importante efeito hermenêutico, que impõe seja o direito ordinário interpretado de modo tal que não lhes contrarie o sentido.

Além disso, os direitos fundamentais gozam de proteção processual diferenciada. São defensáveis por mecanismos processuais de arguição de inconstitucionalidade, quer sob o modelo de controle concentrado ou abstrato, quer sob o modelo de controle difuso ou concreto. Determinados direitos fundamentais gozam ainda, para sua proteção, de ações ou remédios constitucionais específicos, como por exemplo, no caso da Constituição do Brasil, o *habeas corpus* em relação à liberdade de locomoção, a

---

<sup>15</sup> “[...] *derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; e por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas*”. Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 37, tradução livre.

<sup>16</sup> Do mesmo modo Robles (1995, p. 22) registra que os “*derechos fundamentales son derechos subjetivos privilegiados*”.

ação popular em relação aos direitos políticos, o mandado de injunção em relação às liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à soberania, cidadania e nacionalidade, o *habeas data* em relação ao direito de informação e retificação sobre registros pessoais constantes de bancos de dados de caráter público, ou ainda o mandado de segurança individual ou coletivo para tutela de qualquer direito violado ou ameaçado por abuso de autoridade.

Por fim, os direitos fundamentais – ou ao menos aqueles que se pretenda reconhecer como verdadeiramente fundamentais - são dotados de rigidez absoluta. Nesse sentido, são direitos insuscetíveis de revogação mesmo por meio de emendas constitucionais. Como anota Martins Neto (2003, p. 87), os direitos fundamentais são direitos subjetivos pétreos, que compõem o “rol dos conteúdos normativos declarados insuscetíveis de abolição”. Do contrário, tais direitos não cumpririam a função de limitar seriamente os poderes constituídos. A simples previsão de um procedimento legislativo agravado para fins de alteração constitucional, constituindo mero limite formal, não seria um obstáculo intransponível à sua revogação pelos governos. Conforme ensina Canotilho (1999), são considerados limites absolutos de revisão todos aqueles que não possam ser superados pelo exercício de um poder de revisão, e que são limites apenas relativos os que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas sem impedir a modificação das normas constitucionais. Por isso, segundo Andrade (1998), os direitos fundamentais dão unidade de sentido à Constituição, constituindo limites materiais ao poder de revisão constitucional.

Ferrajoli (1999, p. 51) sustenta, a este propósito, que os direitos fundamentais estão circunscritos dentro de uma “esfera do indecidível<sup>17</sup>”, imunes contra as decisões da maioria e constituem núcleo da democracia substancial de um determinado Estado. Portanto, conclui que os direitos fundamentais sancionados nas Constituições, devem ser considerados muito mais como fontes de invalidação e deslegitimação do que como fontes de legitimação, porquanto é certo que tais direitos existem como situações de direito positivo estabelecidas nas constituições, e, evidentemente, por isso, “representam

---

<sup>17</sup>De acordo com esse autor os direitos fundamentais “*circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por derechos sociales*”. Cfe Ferrajoli, 1999, p. 51.

não uma autolimitação sempre revogável do poder soberano, senão, ao contrário, um sistema de vínculos supraordenados a ele<sup>18</sup>”.

Para Peña (2003) os mecanismos como a rigidez constitucional ou o controle de constitucionalidade podem ser entendidos como limitações que os indivíduos titulares de direitos se impuseram, conquanto sabedores da possibilidade de que suas decisões poderiam ser contrárias aos seus próprios direitos. Tal imposição, entretanto, foi auto-imposta deliberada e democraticamente e assim a rigidez não pode ser considerada como mecanismo autoritário ou anti-majoritário, senão, pelo contrário, como uma garantia dos direitos constitucionalmente assegurados.

Em resumo, o que diferencia os direitos fundamentais dos direitos subjetivos comuns são, efetivamente, a posição hierárquica, a proteção diferenciada e a rigidez absoluta. Note-se, para ilustrar com o exemplo de um direito subjetivo comum, que o direito de arrependimento contratual no prazo de sete dias nos casos de venda a domicílio, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (Lei F. nº 8.078/90), não apresenta nenhuma dessas características. E, justamente por essa razão, trata-se de direito que, revogável a qualquer tempo, não constitui qualquer limite material à ação do legislador, nem se qualifica como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, segundo Canotilho (1999, p. 353- 354), a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação dos direitos subjetivos do homem, considerados naturais e inalienáveis, no ápice da ordem jurídica positiva, isto é, na Constituição, de modo que constitucionalização significa a incorporação dos direitos humanos em normas formalmente básicas, “subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”, e tem como consequência “mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos”. Além disso, e do mesmo modo, para o autor, a fundamentalidade “aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”, registrando acerca da

---

<sup>18</sup> “[...] *representam no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él.*” Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 53, tradução livre.



diferenciação entre essas fundamentalidades:

A **fundamentalidade formal**, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288. *d e e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

[...]

A ideia de **fundamentalidade material** insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. (CANOTILHO, 1999, p. 355, grifos do autor).

Importa destacar, ainda, a importância da distinção entre direitos fundamentais e não-fundamentais, que se efetiva em decorrência da positivação de determinados direitos dotados de rigidez absoluta. Como esclarece Martins Neto (2003, p. 86), estar “ou não fora do alcance do poder de supressão na via da emenda constitucional é, para um direito, tão diferente como seria, para um homem, ser ou não imortal”. Verifica-se, assim, que a definição dos direitos fundamentais envolve uma opção política do poder constituinte originário, porquanto a inclusão de determinado direito subjetivo neste grupo envolve “uma escolha e um julgamento prévios quanto a quais são aqueles, em meio à multidão heterogênea dos direitos previstos, que merecem ser ou não reconhecidos como tais” (MARTINS NETO, 2003, p. 87).

Robles (1995) enfatiza que a decisão acerca de quais os direitos serão considerados fundamentais é uma questão que cada ordenamento jurídico deve resolver, especificando tais direitos na Constituição e garantindo-lhes um tratamento especial. Assim, os direitos definidos em determinado ordenamento jurídico como fundamentais são aqueles positivados na Constituição e protegidos de forma especial. Afinal, se não fosse assim, não existiria forma de distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos correntes ou comuns.

A propósito, este entendimento está em afinidade com a ideia da

vinculação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, ou seja, de que os direitos fundamentais integram um conjunto de prerrogativas imaginadas, de acordo com Hesse (1998, p. 290), como “pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano”. Realmente, de acordo com Miranda (1998, p. 167), os direitos fundamentais têm sua “fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”, porquanto mesmo aqueles direitos “projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas.”. Os direitos fundamentais são pétreos justamente porque imprescindíveis à dignidade humana.

Também para Andrade (1998) a positivação dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional representa a concretização e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2001), do mesmo modo, registra, acerca desta questão, que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade humana. Robles (1995) destaca, a este respeito, com fundamento em Kant, que a dignidade do ser humano não consiste, ao contrário do que é usualmente sustentado, no fato de cada um poder exigir seus próprios direitos, senão, sobretudo que os direitos devem ser os canais institucionais que permitam a realização dos deveres. Para este autor, a dignidade da pessoa humana possui dois aspectos que não podem ser separados: um interno: da pessoa como valor, reconhecendo-se e respeitando-se; outro externo, que deriva do primeiro e consiste no reconhecimento pelos outros da dignidade que é inerente a todo homem.

Como assinala Cittadino (1999, p. 156) o ideal de igualdade e dignidade da pessoa humana que sustenta o reconhecimento positivo dos direitos fundamentais pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, e, além disso, exige que os “direitos fundamentais lhes sejam atribuídos para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia lhes assegura.” Na mesma esteira, Binenson (2004, p. 76) sustenta que a ideia de dignidade da pessoa humana, “traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio, valor-fonte do qual decorrem direitos fundamentais do homem que não podem ser relativizados em prol de qualquer projeto coletivo de bem comum”.

Por outro lado, esta concepção de direitos fundamentais se harmoniza “com a tradição filosófica à qual mais diretamente se liga o longo processo de positivação constitucional dos chamados direitos humanos” (MARTINS NETO, 2003, p.88). A propósito, Perez Luño (1995, p. 43) registra que, ainda que a expressão direitos fundamentais e sua formulação jurídico-positiva como direitos constitucionais seja um fenômeno recente, suas raízes filosóficas remontam e estão intimamente ligadas aos fundamentos históricos do pensamento humanista. Para este autor, os direitos fundamentais representam o encontro da tradição filosófica humanista com as técnicas de positivação e proteção reforçadas próprias do movimento constitucionalista e aparecem, portanto, como “a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito<sup>19</sup>”.

Também para Prieto (1998), o reconhecimento dos direitos fundamentais representa a transladação ao direito positivo da teoria dos direitos naturais elaborada pelo jusnaturalismo racionalista desde o começo do século precedente: seu objeto, sua finalidade, seus titulares e seu conteúdo resultam coincidentes. O objeto era, em ambos os casos, preservar certos valores ou bens morais que se consideravam inatos, inalienáveis e universais, como a vida, a propriedade e a liberdade.

E, na mesma linha, Ferrajoli (1999) destaca que o paradigma da atual democracia constitucional é filho da filosofia contratualista, num duplo sentido: tanto no sentido de que as Constituições são contratos sociais escritos e positivos, pactos fundantes da convivência civil, como também no sentido de que a idéia do contrato é uma metáfora da democracia, tanto da democracia política, que alude ao consenso dos contratantes e, por conseguinte, vale para fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação de poder político de baixo para cima, como da democracia substancial, pois o contrato “não é um acordo vazio, senão tem como cláusulas e a sua vez como causa, precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e o

---

<sup>19</sup>“*Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho*” Cfe. Perez Luño, 1995, p. 43-44, tradução livre.

exercício do direito de resistência<sup>20</sup>”.

Para Ferrajoli (1999), a configuração do Estado como esfera pública instituída e garantia de paz e dos direitos fundamentais, nasceu com Hobbes, ao consignar o direito à vida como direito inviolável de todos, justificador da criação do Estado como superação do estado de natureza. O referido autor consigna que “esta esfera pública e este papel garantista do Estado, limitados por Hobbes de maneira exclusiva a tutela do direito à vida, se estenderam historicamente, ampliando-se a outros direitos que em ocasiões distintas foram se afirmando como fundamentais<sup>21</sup>”, desde os direitos civis e de liberdade, passando pelos direitos políticos, até os direitos sociais e difusos. Nessa medida, conclui que os “direitos fundamentais se afirmam sempre como leis do mais fraco em contraposição à lei do mais forte<sup>22</sup>”, e que a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos.

Além disso, importa destacar, como adverte Hesse (1998, p. 228), que os direitos fundamentais, ainda quando organizados sob a forma de direitos subjetivos, possuem um caráter duplo, não apenas determinando e assegurando a posição jurídica do particular, mas funcionando, igualmente como “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”. De acordo com Guerra Filho (1999, p. 39), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também outra, objetiva, onde “os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.”

No mesmo sentido, Perez Luño (1995, p.20-21) aduz que os direitos fundamentais “se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores

---

<sup>20</sup> “[...] este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa, precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia” Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 53-54, tradução livre.

<sup>21</sup> “Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales.” Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 54, tradução livre.

<sup>22</sup> “Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes do más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.” Cfe. Ferrajoli, 1999, p. 54, tradução livre.

básicos<sup>23</sup>”, e assim têm, igualmente, a função de “sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático a que a maioria dos cidadãos presta o seu consentimento<sup>24</sup>”, representando, desta forma, um ponto de mediação e síntese entre as exigências das liberdades tradicionais individualistas com o sistema de necessidades de caráter econômico, cultural e coletivo tutelados pelos direitos sociais.

A propósito, Sarlet (2001, p.142-143) sustenta que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões “valorativas de natureza jurídica-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”. Para o autor, os direitos fundamentais funcionam no âmbito da ordem constitucional “como um conjunto de valores básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”. Em função desta dimensão objetiva, os direitos fundamentais poderiam extrapolar sua condição de direitos subjetivos, funcionando como diretrizes aptas a condicionar a interpretação do direito infraconstitucional, repercutir nas relações jurídicas privadas e impor o dever de promoção por parte dos poderes públicos.

#### **1.4. A TEXTURA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO**

De acordo com as considerações precedentes, o Estado Constitucional de Direito funda-se, em geral, em uma Constituição escrita, à qual se reconhece o *status* de lei mais alta do ordenamento jurídico e cuja principal função normativa consiste em organizar o poder político (seus órgãos, competências e procedimentos) e, por meio de disposições dotadas de rigidez absoluta (cláusulas pétreas), declarar os direitos fundamentais e suas garantias. Contudo, na generalidade das nações contemporâneas do mundo ocidental, a Constituição dá-se a conhecer por meio de um discurso cujo sentido normativo é acentuadamente problemático e normalmente duvidoso em função de uma característica muito peculiar: a textura aberta das normas constitucionais.

---

<sup>23</sup>“*Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos*”. Tradução livre. Cfe. Perez Luño, 1995, p. 20, tradução livre.

<sup>24</sup>“*Su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático, al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento.*” Cfe. Perez Luño, 1995, p. 21, tradução livre.

A Constituição diz-se aberta à medida que se compõe, em grande número, de preceitos que, como os relativos aos direitos fundamentais, no dizer de Andrade (1998, p. 120):

Formam apenas uma ordem-quadro: não contêm uma regulamentação detalhada e completa das relações indivíduo-Estado; estabelecem apenas, através de fórmulas concisas e lapidares, os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados problematicamente no momento da sua aplicação.

Com efeito, por ser a Constituição uma ordem jurídica fundamental, destinada a fixar não mais que uma disciplina de base para as relações entre o poder estatal e os indivíduos, suas normas tendem a ser enunciadas com mais concisão e menos desenvolvimento no comparativo com as disposições do direito ordinário.

No mesmo sentido, Canotilho (1999, p. 1331-1332) identifica na Constituição uma “ordem-aberta”, que decorre da sua “pretensão de dinamicidade tendo em conta a necessidade de ela fornecer aberturas para as mudanças no seio político”. O autor consigna, ainda que, para ser uma ordem aberta, a Constituição terá de ser também uma “ordem-quadro, uma ordem fundamental e não um código constitucional exaustivamente regulador”, concluindo, assim, que a “ordem-quadro fixada pela constituição é necessariamente uma ordem parcial e fragmentária, carecida de uma actualização concretizante”.

Zagrebelsky (2002, p. 12-15) destaca que essa visão aberta da Constituição se afirmou progressivamente como resultado das sociedades pluralistas, nas quais a lei maior “não é um ponto de chegada, mas ponto de partida<sup>25</sup>”, o que lhe confere uma característica *dúctil*<sup>26</sup>. Ele registra, a propósito, que o direito constitucional é “um

---

<sup>25</sup> “[...] *más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir*”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 14, tradução livre.

<sup>26</sup> *Mite*, no original em italiano. A tradução desta expressão é justificada pela tradutora da obra de Zagrebelsky, Marina Gascón, em nota de rodapé, de número 11, presente às folhas 19, onde esclarece: “*He escogido, sin embargo, el término “ductilidad” para traducir el original italiano mitezza. Dúctil, en la lengua castellana, además, de su significado original, se utiliza en sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que me parece que se ajusta bien al significado que el autor há querido transmitir con el término mite. [...] Desde luego, la elección no es incontestable, pues no*

conjunto de materiais em construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição enquanto tal, senão de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais<sup>27</sup>”.

A textura aberta do discurso constitucional implica que as normas constitucionais, notadamente as *jusfundamentais*, desfrutem de uma limitada autonomia regulativa, no sentido de que, em inúmeras situações controvertidas, não veiculam uma solução que possa ser direta ou obviamente extraída do texto constitucional em si mesmo.

Com efeito, e apenas para ilustrar, quando a Constituição proclama, em poucas palavras, que todos são iguais perante a lei ou que a liberdade de expressão não pode ser restringida, parece manifesto que o texto é pouco esclarecedor sobre inúmeras questões pontuais que podem surgir com respeito ao seu alcance. Será discutível, por exemplo, se a cláusula da igualdade proíbe o governo de implementar um programa assegurando a grupos tidos por desfavorecidos privilégios na admissão a universidades públicas, ou se a cláusula da liberdade de expressão é compatível com a defesa de idéias racistas.

Por isso, da *textura aberta* da Constituição, decorre o seu inevitável dinamismo. Como anota Fallon (2004, p. 01), o direito constitucional é uma complexa prática social, cultural e política que inclui muito mais do que a Constituição escrita. E ressalta:

Muito comumente, entretanto, a ‘interpretação’ da Constituição depende de uma série de considerações externas ao texto. Essas incluem as práticas históricas do Congresso, do Presidente, decisões judiciais prévias ou ‘precedentes’, expectativas públicas, considerações práticas, e valores morais e políticos. Ao falar da lei constitucional como uma ‘prática’, eu tenciono demonstrar que fatores como estes são elementos do processo do qual a lei constitucional emerge<sup>28</sup>.

---

*deja de ser heterodoxo en el contexto jurídico llamar “dúctil” al derecho, pero lo mismo se sucede con la utilización del término mite en la cultura jurídica italiana”.*

<sup>27</sup> “[...] es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 13, tradução livre.

<sup>28</sup> “Very commonly, however ‘interpretation’ of the Constitution depends on a variety of considerations external to the text. These include the historic practices of Congress, and the President, previous judicial decisions or ‘precedents’, public expectations, practical considerations, and moral and political values. By

Com efeito, caracterizando-se a Constituição como um sistema aberto de normas, parece correto admitir que os seus conteúdos de regulação, uma vez que não se encontram previamente fixados com exatidão, sejam gerados e reelaborados no curso do tempo e sob a pressão dos eventos através de procedimentos constitucionais integradores, os quais fazem a Constituição passar, como diz Canotilho (1999, p. 1089), “de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*”.

Dentre os instrumentos de concretização e atualização da Constituição, tem papel de relevo a jurisdição constitucional, exercida, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com Hesse (1998), a tarefa da jurisdição constitucional é a de decidir os casos de direito constitucional controvertido.

Nas nações cujo direito se formou sob a base da tradição romano-germânica, é ainda forte a idéia de que tribunais e juízes decidem controvérsias constitucionais simplesmente aplicando o texto constitucional de forma mecânica. Entretanto, não poucas vezes as cortes constitucionais são compelidas a encontrar uma regra decisória que não pode ser diretamente extraída do texto constitucional em si mesmo e que, por isso, é originariamente elaborada na resolução do caso submetido a julgamento, uma vez que jamais havia sido antes estabelecida em seu conteúdo específico.

Mencione-se, por exemplo, no caso do Brasil, a decisão proferida no Habeas Corpus nº 71373-4-RS<sup>29</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inadmissível que, em ação de investigação de paternidade, seja o réu submetido, contra a sua vontade e sob constrangimento físico, à coleta do material indispensável ao exame de DNA. Tal decisão, em sua especificidade, e ainda que possa parecer a alguns

---

*talking about constitutional law as a ‘practice’, I mean to signal that factors such as these are elements of the process from which constitutional law emerges”.* Cfe. Fallon, 2004, p.01, tradução livre.

<sup>29</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 71373-4. Rio Grande do Sul. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek. 10 de novembro de 1994. disponível em:

<[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recursao=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recursao=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.



justa e correta, não corresponde a uma solução constitucional previamente dada, ou que se pudesse deduzir sem razoáveis objeções de algum enunciado textual da Constituição.

Em situações assim, os tribunais constitucionais participam ativamente do processo de implementação do sentido das normas constitucionais, segundo motivações muitas vezes externas ao próprio texto. Por isso, as decisões dos tribunais acabam por inovar o sistema jurídico através da construção de conteúdos normativo-constitucionais sobre questões capitais – como aquelas respeitantes aos direitos fundamentais –, evidenciando que o exercício da jurisdição constitucional compreende mais que uma função meramente interpretativa, tal como normalmente atribuída ao Poder Judiciário.

A propósito do assunto, examinando a experiência norte-americana, Fallon (2004, p. 194) constatou que o exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte daquele país resultou inúmeras vezes em decisões que seriam melhor designadas como implementações de valores constitucionais do que como interpretações da linguagem constitucional. Segundo ele, a Suprema Corte elaborou as decisões judiciais “a fim de implementar valores constitucionais, mas elas não surgiram da Constituição através de um processo que poderia ser naturalmente descrito como interpretação<sup>30</sup>”. Discorrendo sobre o caso *Gore x Bush* – “o tipo de um “grande caso” que só aparece uma vez a cada geração<sup>31</sup>” -, Fallon (2004, Prólogo) argumentou que a decisão da Suprema Corte refletiu, mais do que uma solução ditada claramente pela Constituição e apurável pela mera interpretação, o sentimento de justiça dos juízes que perfilaram a posição vencedora. Por isso que, para Fallon (2004), a imagem de que tribunais e juízes decidem casos constitucionais simplesmente aplicando o texto constitucional de forma mecânica é com frequência dramaticamente enganosa (“*dramatically misleading*”).

---

<sup>30</sup> “[...] *the Supreme Court has devised them in order to implement constitutional values, but they do not emerge from the Constitution through a process that would naturally be described as one of interpretation*”. Cfe. Fallon, 2004, p. 194, tradução livre.

<sup>31</sup> “[...] *the kind of ‘great case’ that comes along no more than once in a generation*”. Cfe. Fallon, 2004, Prólogo, tradução livre.

Entendendo no mesmo sentido, Alexy (2003, p. 35), após ressaltar “o caráter extremamente sucinto, lapidário e vazio das declarações do texto constitucional<sup>32</sup>”, corretamente observa que, atualmente, não se pode deduzir o que representam os direitos fundamentais a partir do sucinto texto da Lei Fundamental, senão através das decisões dos tribunais constitucionais<sup>33</sup>. Para Alexy (2003), a expansão das idéias do Estado Constitucional de Direito corresponde, pelo menos na Europa, ao desenvolvimento de uma teoria e uma *praxis* constitucionais, segundo as quais, hoje em dia, não se pode compreender o que representam os direitos fundamentais a partir do sucinto texto da Constituição Alemã, senão apenas a partir dos 94 (noventa e quatro) volumes de sentenças do Tribunal Constitucional Federal, ou seja, os direitos fundamentais são o que são, sobretudo, através da interpretação.

Em função do caráter aberto e dinâmico das normas constitucionais, a jurisdição constitucional constitui uma atividade que, segundo as lições de Andrade (1998), transcende a mera interpretação, qualificando-se antes como judicialmente criadora. Em suas palavras:

Não pode pretender-se que aqui a interpretação seja a procura de uma vontade preexistente, à qual o intérprete deve obediência, pois as normas não contêm uma regulamentação concreta definitiva ou inequívoca: não há uma vontade pré-determinada, há sim um problema normativo a resolver. Poder-se-á dizer, com HESSE, que, na maior parte dos casos, a decisão jurídico-constitucional ainda não está tomada, que a aplicação das normas pressupõe uma actividade interpretativa não meramente lógica [‘derivatio’], mas verdadeiramente criativa [‘inventio’]. (ANDRADE, 1998, p. 121).

A textura aberta da Constituição parece estar associada a importantes fenômenos normativos, tais como, a abstração dos conceitos, as colisões de princípios, a não-tipicidade dos direitos fundamentais, entre outros. Fatores dessa ordem revelam-se especialmente problemáticos no que concerne à aplicação das normas constitucionais por juízes e tribunais quando, diante de controvérsias reais, deparam com a incumbência de decidir com fundamento na Constituição. O próximo capítulo será dedicado ao exame pormenorizado dos vários modos de aplicação do direito constitucional no processo de

---

<sup>32</sup>“[...] *el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional*”. Cfe. Alexy, 2003, p. 35, tradução livre.

<sup>33</sup>No mesmo sentido: Hesse (1998, p. 45-52), Haberle (1997, p. 33-35), Capelletti (1999, p. 89), Barroso (2004, p. 345-347), Guastini (2003, p. 53) e Sastre Ariza (2003, p. 239-241).

decisão judicial, de modo a apontar as causas pelas quais as normas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais, não contêm uma solução prévia ou óbvia para a maior parte das controvérsias constitucionais, reclamando uma intervenção de natureza criativa por parte dos órgãos encarregados de exercer a jurisdição constitucional.

## 2. MODOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE DECISÃO JUDICIAL

### 2.1. NORMAS JURÍDICAS E FUNÇÕES NORMATIVAS

Em Teoria e Filosofia do Direito é acirrada a disputa em torno do conceito de norma jurídica. Em que pese, contudo, a variedade das formulações, parece haver relativo consenso no sentido de que as normas jurídicas estatuem ao menos três tipos elementares de conseqüências jurídicas, que podem ser expressas pelas modalidades deônticas da proibição, do mandamento e da permissão<sup>34</sup>.

A rigor, como ensina Kelsen (1986, p. 120-121), proibição e mandamento (ou imposição) “não são duas diferentes funções, mas uma e a mesma função com referência à conduta diferente: uma ação e uma omissão desta ação”. Com efeito, a proibição equivale à imposição de um não-fazer, e o mandamento, à imposição de um fazer. A permissão, por sua vez, implica uma faculdade de agir ou um poder de exigir<sup>35</sup>.

Considerando-se a Constituição do Brasil de 1988, verifica-se, por exemplo, que: a) a norma constitucional segundo a qual não haverá penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII, *a, b, c, d, e*

---

<sup>34</sup> De acordo com Vilanova (1976, p. 86-89) “a *partícula operatória do deôntico é o dever-ser. Esta partícula não enuncia um predicado de um sujeito, conotando-o ou incluindo-o (extensionalmente), como indivíduo pertencente a um conjunto*”. Trata-se de um termo relacional, que estatui relação entre os sujeitos do direito e os tipos de ações ou condutas, “*decorrentes da verificação de pressupostos fáticos, que tomam o papel sintático de proposições antecedentes de uma relação hipotética*”. Neste sentido, os antecedentes funcionam como pressupostos que descrevem uma ocorrência ligando à verificação desse pressuposto, na ordem dos fatos, a conseqüência, esta sim, normativa. Portanto, o deôntico não reside no antecedente (pressuposto), mas no conseqüente. Na mesma linha, posiciona-se Ferraz Jr. (1999, p. 53-56) asseverando que a “*lógica deôntica costuma definir as ‘proposições normativas como prescrições, isto é, proposições construídas mediante os operadores ou funtores ‘obrigatório/ proibido e ‘permitido’, aplicados a ações. Naturalmente, não às ações mesmas (plano empírico), mas à sua expressão lingüística*”. Ou seja, a lógica deôntica trata tais fórmulas como operadores deônticos, através dos quais, os comportamentos expressos na norma adquirem um *status* deôntico.

<sup>35</sup> Segundo Bobbio (1995) o significado da expressão normas permissivas é ambíguo. Para o autor, existem duas categorias diferentes de tais normas: as normas permissivas em sentido próprio, que atribuem uma faculdade ou licitude, e as normas atributivas, que conferem um poder. Estas duas categorias de normas são geralmente indicadas com o mesmo termo de permissivas, porque ambas são formuladas usando o mesmo verbo “poder”, que, porém, assume dois significados diferentes: nas normas permissivas *stricto sensu*, poder significa ser lícito, enquanto nas atributivas significa, em vez disso, deter o poder.

e), estatui uma proibição, impondo ao legislador o dever de não produzir leis penais instituindo sanções desse tipo; b) a norma constitucional segundo a qual o dever do poder público em matéria de educação compreende a oferta de ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I) estatui um mandamento, impondo ao administrador a obrigação de prestar o serviço público especificado; c) a norma constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento estatui uma permissão (art. 5º, IV), consentindo aos indivíduos a exteriorização de suas idéias e opiniões.

Alexy (1997b) adverte que, no marco da construção escalonada do ordenamento jurídico, as normas *jusfundamentais* permissivas têm a função enormemente importante de fixar os limites do dever-ser com relação às normas de grau inferior, proibindo ao legislador infraconstitucional impor condutas diversas daquelas desde logo constitucionalmente autorizadas. Além disso, Alexy observa que:

Desde a perspectiva do titular do direito fundamental, as normas jusfundamentais se apresentam, entre outras coisas, como normas que conferem permissões. Desde uma perspectiva orientada pela concepção de uso da linguagem geral, isso torna plausível a suposição de normas jusfundamentais permissivas. Por certo, este não é um argumento vinculante em favor de uma construção dogmática, porém, junto com o argumento teórico que se acaba de apresentar, resulta aqui uma fundamentação suficiente para considerar que o discurso de normas permissivas de direito fundamental não carece de sentido e tampouco é supérfluo<sup>36</sup> (ALEXY, 1997b, p. 224).

Na verdade, proibição, mandamento e permissão devem ser consideradas tendo em vista a parte da relação jurídica<sup>37</sup> a que se referem. Nesse sentido, quando se afirma o caráter permissivo da norma constitucional que atribui aos carentes de recursos o poder de exigir assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV da Constituição), coloca-se o foco sobre a posição jurídica do titular do direito. Se, ao contrário, a atenção está dirigida à posição jurídica do poder público, encarregado da prestação do serviço, a

---

<sup>36</sup>“Desde la perspectiva del titular del derecho fundamental, las normas iusfundamentales se presentan, entre otras cosas, como normas que confieren permisiones. Desde una perspectiva orientada por la concepción y el uso del lenguaje generales, ello vuelve plausible la suposición de normas iusfundamentales permisivas. Por cierto, este no es un argumento vinculante en favor de una construcción dogmática pero, junto con el argumento teórico que se acaba de presentar, resulta de aquí una fundamentación suficiente para considerar que el discurso de normas permisivas de derecho fundamental no carece de sentido y tampoco es superfluo”. Cfe. Alexy, 1997b, p. 224, tradução livre.

<sup>37</sup>A este respeito, Alexy (1997b) consigna a necessidade de se diferenciar a norma da posição normativa do indivíduo.

norma em questão assume a natureza de um mandamento. Assim, em virtude do caráter bilateral das regulações jurídicas, e dependendo da perspectiva que se adote, proibição, mandamento e permissão podem ser relacionados a uma mesma norma jurídica.

A este propósito, Bobbio (1995, p. 188) esclarece:

Enquanto na norma permissiva encontramos a *faculdade* que é *oposta* ao *dever*, na norma atributiva encontramos o *poder* que é *correlato* ao *dever*. A norma atributiva, portanto, confere a um dado sujeito um poder, mas tal poder por parte do sujeito comporta sempre e necessariamente um dever por parte do outro sujeito; por exemplo, enquanto o credor tem o poder de exigir o pagamento da soma emprestada, o devedor tem o dever de restituir tal soma. Esta correlação é *recíproca*, no sentido de que, como o poder implica o dever, assim também o dever implica o poder. Se a norma atribui um dever a um sujeito, atribui um poder a um outro sujeito.

Nada disso invalida a conclusão de que proibir, ordenar e permitir são funções ou conseqüências jurídico-normativas, compatíveis, inclusive, com as normas de dimensão constitucional, especialmente as *jusfundamentais*. Ocorre que saber quais são as condutas especificamente proibidas, ordenadas ou permitidas, ou sob quais situações e circunstâncias específicas haverá de incidir uma dada proibição, mandamento ou permissão, é algo que nem sempre se pode facilmente estabelecer a partir da simples leitura do texto constitucional carente de aplicação judicial, mas algo que, ao contrário, reclama operações de raciocínio de bastante complexidade, conforme se examina a seguir.

## 2.2. O SILOGISMO DE SUBSUNÇÃO

Segundo uma concepção tradicional, da qual Larenz (1997) é um dos maiores expoentes, as normas jurídicas, ao menos quando completas, se compõem de *pressuposto de fato* e *conseqüência jurídica*. Larenz (1997, p. 351) sustenta que a *norma* ou a *proposição jurídica*<sup>38</sup> associa à situação de fato circunscrita de modo geral, isto é, à previsão normativa, uma conseqüência jurídica, também ela circunscrita de modo geral, e,

---

<sup>38</sup>Para Larenz (1997, p. 349-350) o termo proposição jurídica é empregado com significado idêntico ao de norma jurídica, aduzindo para tanto que “*a norma jurídica só pode ser expressa como proposição (ou nexo de proposições)*”.

assim, tal associação determina que “sempre que se verifique a situação de facto indicada na previsão normativa, entra em cena a consequência jurídica, quer dizer, vale para o caso concreto”. Por isso, segundo Larenz, a norma jurídica contém a ligação de um evento fático, tal como está descrito na previsão normativa, a uma consequência jurídica que se situa no âmbito do juridicamente vigente e que, por isso, “entra em vigor com a realização do pressuposto de facto”.

Expressando tais idéias sob um modelo lógico, Larenz (1997, p.358) explica que a norma jurídica completa constitui uma proposição hipotética, que quer dizer: “sempre que uma situação de facto concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C; mais concisamente: para cada caso P vigora C”. Desse modo, a “estatuição de normas é um acto constitutivo, mediante o qual factos e relações são conformados no plano do juridicamente vigente”.

Muito embora a teoria jurídica contemporânea (ver item 2.3., a seguir) defenda a existência de espécies normativas – os chamados *princípios* - que não reproduzem esse modelo hipotético clássico, é fora de dúvida que a Constituição do Brasil de 1988 contém, inclusive em seu catálogo de direitos fundamentais, normas com esse exato perfil estrutural. Mencione-se, por exemplo, a norma segundo a qual “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (art. 5º, XXV), ou a norma segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV).

Por isso, sem prejuízo do reconhecimento de eventuais singularidades distintivas do direito constitucional, parece correto sustentar que a aplicação das normas constitucionais de tipo hipotético, inclusive as *jusfundamentais* por esse modo estruturadas, acaba por reclamar a adoção de procedimentos metodológicos análogos àqueles que desde há muito são reconhecidos como adequados ao direito ordinário nos sistemas de direito escrito, bem como suscita semelhantes dificuldades. Daí porque é importante examinar tais procedimentos e dificuldades, a fim de melhor compreender uma parte relevante da problemática que cerca a aplicação do direito constitucional.

De acordo com a concepção descrita<sup>39</sup>, a estrutura lógica de uma norma jurídica completa compreende o pressuposto de fato mais a consequência jurídica, ou seja, a enunciação abstrata do pressuposto fático de incidência da consequência jurídica normativamente imputada para o caso de verificação concreta do fato descrito. Por isso, para efeitos de determinar, no processo de aplicação de normas de tal natureza, se a consequência jurídica nela prevista incide em determinada situação de fato real, impõe-se verificar se esta corresponde ou se enquadra no âmbito da previsão fática abstrata.

Por exemplo: diante da norma do art. 927 do Código Civil brasileiro, segundo a qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, o reconhecimento ou não da incidência da consequência jurídica – a imposição da obrigação de indenizar – pressupõe se avalie previamente se uma dada situação de fato concretamente ocorrida pode se dizer ou não compreendida na situação de fato abstratamente descrita – prática por alguém de ato ilícito com resultado lesivo. Em termos lógicos, tal operação é assim descrita por Larenz (1997, p. 380):

Vimos anteriormente que uma proposição jurídica completa, segundo o seu sentido lógico, diz: sempre que a previsão P está realizada numa situação de facto concreta S, vale para S a consequência jurídica C. A previsão P, conformada em termos gerais, realiza-se numa determinada situação de facto quando S, do ponto de vista lógico, é um caso de P. Para saber que consequência jurídica vigora para uma dada situação de facto – cuja procedência me é sempre dada - tenho, portanto, que examinar se essa situação de facto é de subordinar, como ‘caso’ a uma determinada previsão legal. Se assim for, a consequência jurídica resulta de um silogismo que tem a seguinte forma:

Se P se realiza numa situação de facto, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C (premissa maior).

Esta determinada situação de facto S realiza P, quer dizer, é um ‘caso’ de P (premissa menor).

Para S vigora C (conclusão).

---

<sup>39</sup>Referida concepção é, em geral, acolhida nos manuais ou cursos destinados a oferecer lições de iniciação ao direito civil, penal, tributário, etc. Becker (2002, p. 56-57), por exemplo, escreve que a experiência jurídica é a experiência social em prever e impor um determinismo artificial ao comportamento dos homens, utilizando como instrumento uma regra de conduta predeterminada, qual seja, a regra jurídica, que dissecada em sua estrutura lógica “*se decompõe em duas partes: a) a hipótese de incidência (‘fato gerador’, ‘suporte factício’, ‘fantispecie’, ‘Tatbestand’); b) a regra (a norma, a regra de conduta, o preceito)*”. Do mesmo modo, Diniz (1989, p. 46) ensina que a aplicação do direito que consiste no enquadramento dos fatos individuais e concretos no conceito normativo, ou seja, “*quando a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo uma determinada situação individual*”, é processo denominado de subsunção.



Como se observa, diante de normas hipotéticas, a determinação da incidência da consequência jurídica se realiza através de um *silogismo*, composto de três partes: a *premissa maior* é a norma, que descreve a situação de fato abstrata e a liga à consequência jurídica; a *premissa menor* é o juízo quanto à absorção de uma situação de fato concreta na situação de fato abstrata; a *conclusão* é a afirmação de que, se a situação de fato concreta cabe na situação de fato abstrata, então a consequência jurídica prevista na norma incide ou vale para aquela situação de fato concreta. Larenz (1997) representa esse silogismo com a seguinte fórmula:  $P - C$  (quer dizer, para todo caso de  $P$  vale  $C$ );  $S = P$  ( $S$  é um caso de  $P$ ); então para  $S$  vigora  $C$ .

Em termos análogos, Engisch (1972, p. 68-69) exemplifica o silogismo:

O juiz começa por estabelecer, com base no Código Penal, uma proposição enunciativa geral do tipo: “O assassino deve, segundo o § 211 do Código Penal, ser punido com prisão perpétua”. Com esta “premissa maior”, que é um genuíno juízo normativo no sentido lógico (com pretensão de verdade), ele combina a “menor”:  $M$  é assassino, para obter a partir daí a conclusão: “ $M$  deve, segundo o § 211 do Código Penal, ser punido com prisão perpétua”, que também é um juízo em sentido lógico.

A aplicação do direito, pelo procedimento silogístico, pressupõe a correta constituição das premissas. Para Larenz (1997), embora a *premissa maior* nem sempre resulte evidente do texto da lei, o que propõe sérios problemas interpretativos, o ponto fulcral da aplicação da lei diz respeito à *premissa menor*, ou mais precisamente, ao julgamento quanto à correspondência ou não da situação de fato concreta em relação à situação de fato abstratamente enunciada na norma. A obtenção da *premissa menor*, diz Larenz (1997, p. 383), “ou seja, do enunciado de que  $S$  é um caso de  $P$ , denomina-se comumente de processo de ‘subsunção’”, cujo esquema lógico de representação, proposto por Larenz, é o seguinte: “ $P$  está caracterizada de modo pleno pelas notas  $N1$ ,  $N2$ ,  $N3$ .  $S$  apresenta as notas  $N1$ ,  $N2$  e  $N3$ . Logo,  $S$  é um caso de  $P$ ”.

Sobre a subsunção, discorrem inúmeros autores e, em que pese eventuais e sutis diferenças conceituais que possam ser identificadas, o núcleo da idéia é recorrente. Para Engisch (1972, p. 79), por exemplo, a *subsunção* pode ser entendida como o

enquadramento da situação de fato concreta e real, isto é, do caso, “na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstracta da norma jurídica”. Para Schapp (1985, p. 13), fundamental, no modelo de subsunção para aplicação da lei, é “a idéia de que a lei é algo universal e que o caso a ser decidido pelo juiz, pelo contrário, seria algo particular que poderia ser subsumido sob este universal”.

Entre nós, Ataliba (1992, p. 62) leciona que a subsunção “é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei”, de modo que se diz que “um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei”. Grau (2003, p. 64) descreve a subsunção como um exercício de “comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica”. Por sua vez, Lopes (2000, p. 142) anota que o “método pelo qual o juiz torna efetiva a aplicação do direito é o lógico”, procedendo “à subsunção da norma jurídica exata aos fatos que lhe são presentes, conhecido previamente o sentido da primeira”. Para Diniz (1981), denomina-se subsunção a superação do hiato entre normas jurídicas e fatos, quando esses são enquadrados nos conceitos normativos estabelecidos naquelas.

O processo de subsunção, contudo, é mais complexo do que parece. Os pressupostos de fato das normas hipotéticas são geralmente concebidos com apoio em conceitos abstratos, de modo que não fazem referência a acontecimentos específicos, descritos a partir de características rigorosamente individualizadoras. O art. 927 do Código Civil brasileiro, por exemplo, apela ao conceito abstrato de “ato ilícito” para estabelecer o pressuposto de fato da incidência da obrigação de indenizar. Por sua vez, e para semelhante efeito, o art. 5º, LXXV, da Constituição do Brasil de 1988, recorre ao conceito abstrato de “erro judiciário”. Nenhuma dessas normas, como se pode perceber, desce ao ponto de especificar situações, descrevendo-as em pormenores<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup>É fato que o próprio Código Civil brasileiro, em seu art. 186, conceitua o ato ilícito como sendo a ação ou a omissão voluntárias que, praticadas com negligência ou imprudência, violarem direito alheio e causarem dano. Contudo, tal definição é ela mesma composta de uma série de conceitos abstratos, como os de “ação ou omissão voluntárias”, “negligência”, “imprudência”, etc.

Assim, ao valer-se de conceitos abstratos na formulação do pressuposto de fato, as normas hipotéticas não descrevem um caso singular, mas um universo de casos, indicados por características gerais. O conceito de “ato ilícito”, por exemplo, abrange um número indeterminado de acontecimentos possíveis, desde o atropelamento sobre a faixa de segurança provocado por um motorista embriagado até o homicídio involuntário em razão do disparo acidental de arma de fogo por um policial. Nesse sentido, “ato ilícito” é um conceito abstrato à medida que se refere a um universo de situações que, embora distintas, possam conter as características gerais do conceito. O mesmo pode-se dizer dos conceitos de “erro judiciário” ou de “iminente perigo público”, entre tantos outros constantes da Constituição do Brasil de 1988.

Entretanto, importa destacar que o universo de casos a que se refere um dado conceito abstrato não é fixo, isto é, não está previamente delimitado, ainda que o legislador pudesse ter tido em mente, ao adotar a norma, um certo número deles. Na verdade, tal característica, no que concerne ao conteúdo lógico-formal do direito, é mesmo da essência do *estilo legal abstrato-generalizador*, o qual, segundo Larenz, (1978) justamente se aparta do *estilo legal casuísta* por não compartilhar da convicção de que seja possível prever e regular adequadamente todos os casos futuros. Por isso, existem inúmeras situações da vida real cuja pertinência a um dado conceito abstrato não está prévia ou, ao menos, claramente configurada pela norma legislada.

De acordo com Larenz (1997), essa indefinição quanto ao alcance dos conceitos explica-se em função da natureza dos meios de expressão lingüística e da inevitável discrepância entre a regulação projetada para uma determinada realidade e a variabilidade desta realidade, ou seja, o caráter fluído da maior parte dos fatos regulados. Afinal, a linguagem ordinária, da qual na maior parte se serve à lei, não utiliza conceitos estabelecidos exatamente em sua abrangência, mas expressões mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila numa ampla frequência.

A este respeito, Carrió (2006) ressalta que a linguagem humana é formada por “*palavras gerais*”, que servem para indicar grupos ou famílias de objetos, fatos ou propriedades, e nesta característica da linguagem repousa a raiz das incertezas,

decorrentes da ambigüidade ou da vagueza, que podem gerar diversas perplexidades capazes de frustrar a comunicação lingüística. Carrió (2006, p. 49) observa, ainda, que essa não é uma característica apenas da linguagem comum, mas também da linguagem jurídica, porquanto as normas jurídicas, enquanto autorizam, proíbem ou fazem obrigatórias certas ações humanas, e “enquanto fornecem aos súditos e às autoridades pautas de comportamento, estão compostas por palavras que têm as características próprias das linguagens naturais ou são definíveis nos termos dessas<sup>41</sup>”.

De fato, a linguagem normativa não é diferente da linguagem corrente. Ambas compartilham características comuns, como o emprego de palavras vagas, isto é, palavras cujo emprego suscita dúvida quanto à inclusão ou não de determinados fatos concretos em seu campo de aplicação. De acordo com Ross (2003, p. 157), um texto é sempre afetado pela “inevitável imprecisão de significado das palavras e nessa medida jamais é claro ou isento de ambigüidade”. Deste modo, na interpretação de qualquer texto, podem surgir situações atípicas diante das quais fica dúvida se o texto é aplicável ou não, ainda que existam outras situações, de caráter típico, que não gerem tal perplexidade. Afinal, de acordo com esse autor, a certeza da aplicação do texto em algumas situações não justifica a afirmação geral de que o texto não é ambíguo.

Ross (2003, p.142) sustenta, ainda, que a referência semântica da palavra possui uma zona central sólida, em que sua aplicação é predominante e certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual a sua aplicação é menos usual, de modo que se torna duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não. No seu entender, as palavras têm significado vago, ou seu campo de referência é indefinido, “consistindo numa zona central de aplicações acumuladas que se transforma gradualmente num círculo de incerteza que abarca possíveis usos da palavra sob condições especiais não típicas”.

Para Carrió (2006), a vagueza ocorre sempre que uma palavra tem como critério relevante de aplicação a presença de uma característica ou propriedade. Nestas situações, existem casos claros, que estão evidentemente compreendidos ou não

---

<sup>41</sup> “[...] en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas.” Cfe.Carrió, 2006, p. 49, tradução livre.

compreendidos pela palavra, mas existem casos atípicos ou marginais, que não estão claramente incluídos, nem excluídos. Estes casos, de aplicação duvidosa, estão situados em uma “zona de penumbra”, que Carrió ilustra nos seguintes termos:

Todas as palabras que são utilizadas para falar do mundo, para aludir aos fenômenos da realidade, têm as mesmas características.

A respeito de todas elas vale a seguinte metáfora esclarecedora. Existe um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra seja aplicável. Há uma mediata zona de obscuridade circundante onde estão todos os casos em que não se duvida que não é aplicável. O trânsito de uma zona para outra é gradual; entre a total luminosidade e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente ela não começa nem termina em nenhuma parte, e sem embargo, existe<sup>42</sup>.

O fenômeno da “textura aberta da linguagem normativa” foi apontado igualmente por Hart (1961, p. 140-143), ao observar que a linguagem geral em que a norma jurídica é expressa “pode guiar apenas de um modo incerto”, ou seja, tão-somente nos “casos de aplicação facilmente recognoscíveis”, mas não além disto. Por isso, Ross (2003) afirma que a crença na interpretação literal é uma ilusão. Para o autor dinamarquês, é errôneo crer que um texto legal possa ser tão claro a ponto de ser impossível suscitar dúvidas quanto à sua interpretação. Desta forma, sempre que se faz a transição do mundo das palavras ao mundo das coisas, defronta-se com uma “incerteza fundante insuperável”, de modo que “tampouco a interpretação semântica é um processo mecânico”, conquanto, com exceção dos casos de “referência clara e óbvia, o juiz tem que tomar uma decisão que não é motivada pelo mero respeito à letra da lei” (ROSS, 2003, p. 164-165).

No mesmo sentido, Carrió (2006) observa que todas as palavras que utilizamos para falar do mundo são potencialmente vagas, conquanto suas condições de aplicação não estão determinadas em todas as direções possíveis; sempre podem existir casos frente aos quais o uso não dita a aplicação do termo. Para Carrió (2006), o direito

---

<sup>42</sup>“Todas las palabras que se usan para hablar del mundo, para aludir a los fenómenos de la realidad, participan de las mismas características. Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad e la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo, existe”. Cfe. Carrió, 2006, p. 33-34, tradução livre.

legislado não resolve, em todas as circunstâncias, se um dado fato concreto está ou não compreendido nas palavras que expressam a norma jurídica. Ainda que os casos típicos não ofereçam maior dificuldade, os casos duvidosos reclamam um procedimento que vai além da mera subsunção, uma vez que os esquemas normativos não os solucionam previamente. Para considerar o caso como incluído ou excluído, o juiz se vê forçado a adjudicar à norma um sentido que até então ela não tinha segundo os hábitos lingüísticos estabelecidos, ou seja, deverá tomar uma “genuína decisão”.

Um breve relato de Engisch ilustra com precisão a afirmação de Carrió:

O § 243, nº 2, do Código Penal define o conceito e a hipótese do chamado furto com arrombamento, dizendo que é aquele que se pratica quando “se furta de dentro de *um edifício ou espaço fechado*, por meio de arrombamento...”. Ora hoje sucede não raras vezes que alguém rasga a capota de um automóvel de passageiros e furta lá de dentro objectos que aí se encontram, e.g., uma gabardine ou uma pasta. Este furto deve ser subsumido à hipótese do § 243, nº 2? E que significa aqui a “subsunção”? O Tribunal do Reich rejeitou outrora essa subsunção. O § 243, nº 2, “não respeita ao caso”, pois o agente não furtou de dentro de um edifício ou de um espaço fechado; edifícios e espaços fechados seriam sempre partes delimitadas da superfície do solo ou da água... Inversamente, o Tribunal Federal, ao fazer a nova “subsunção”, entendeu que um automóvel fechado de passageiros é um “espaço fechado” no sentido (e para os efeitos) do § 243, nº 2, do Código Penal. (ENGISH, 1972, p. 77).

Entretanto, Carrió (2006) ressalta que esta “genuína decisão”, isto é, esta “adjudicação de sentido” à palavra, até então inexistente, não precisa ser arbitrária, devendo estar fundamentada em outros critérios de justificação que não a norma em si mesma. Nesta tarefa, o julgador será guiado por *standards* valorativos (sociais, econômicos, políticos, etc.) à luz dos quais serão sopesadas e apreciadas as conseqüências da inclusão ou da exclusão do fato no âmbito da norma jurídica.

Ross (2003) destaca que o processo de subsunção, ao contrário do que defendia a teoria positivista-mecanicista, não é uma tarefa teórico-empírica, na qual o juiz é tido como um autômato. Muito pelo contrário, para esse autor, trata-se de um ato de vontade, um ato de decisão, porquanto a interpretação, no sentido de determinação do significado como fato empírico, não conduz a qualquer resultado certo. Afinal de contas, nenhum caso é óbvio, porquanto a “inevitável imprecisão das palavras e a inevitável

limitação da profundidade intencional fazem com que, freqüentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei” (ROSS, 2003, p. 166-167). Todavia, o referido autor prossegue advertindo que, como o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa de aplicar a lei ao caso concreto, “deverá escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja o conteúdo, numa valoração” (ROSS, 2003, p. 167-168).

Desta forma, de acordo com Ross (2003, p. 168-169), a interpretação da lei pelo juiz é “nesta medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento”; revela-se, nesta atividade, a função criadora do juiz, que se cristaliza em uma “interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade”. Ou seja, trata-se de “atividade emotivo-volitiva, fundada em valorações sociais e em observações sociológico-jurídicas”. Nas palavras do autor:

O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões e valorações que denominamos *tradição cultural*. [...] Em todos os casos, essas atitudes atuam participativamente na mente do juiz, como um fator que motiva sua decisão. Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz da sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como *correta* mas também como *justa* ou *socialmente desejável*. [...] A decisão obtida é determinada pelo efeito combinado da interpretação cognoscitiva da lei e da atitude valorativa da consciência jurídica. (ROSS, 2003, p. 168).

No mesmo sentido, Correias (1995, p. 196), ao considerar que a tarefa de interpretar é estabelecer o significado das palavras que descrevem as condutas obrigatórias, proibidas ou autorizadas, cujo significado é arbitrário, conclui que “a certeza absoluta está excluída por definição<sup>43</sup>”. Para o autor, não há “nenhuma possibilidade de dizer que uma interpretação é a única correta, e muito menos a única possível<sup>44</sup>”.

<sup>43</sup> “[...] *la certeza absoluta está excluida por definición*”. Cfe. Correias, 1995, p. 196, tradução livre.

<sup>44</sup> “[...] *no hay ninguna posibilidad de decir que una interpretación es la única correcta, y mucho menos la única posible*”. Cfe. Correias, 1995, p. 196, tradução livre.

Hart (1961, p.148-149) também reconhece que existem “na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais [...] à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”. É justamente neste espaço, ou seja, “nas franjas das regras” que os “tribunais preenchem uma função criadora de regras”.

Por todas essas razões, o processo de subsunção não consiste numa atividade meramente cognitiva, em que o juiz apenas constata a correspondência ou não entre fatos e normas, tal como prévia ou nitidamente fixado pelo legislador. Na verdade, por meio da subsunção, mais do que simplesmente constatar, o juiz estabelece a correspondência ou não entre fatos e normas, intervindo ativamente no processo de determinação do conteúdo do direito legislado. Isso vale, sobretudo, para os fatos ou casos cuja inclusão no campo de significação do conceito normativo é duvidosa, porquanto a respeito ainda não se formou uma convenção lingüística segura.

Assim, se é verdade que, em face de normas de tipo hipotético, a incidência da consequência jurídica pressupõe a subsunção do caso singular aos conceitos abstratos que compõem o pressuposto de fato, também parece certo que, nessa operação, os juízes não atuam como meros descobridores de um sentido dado de antemão. Antes, eles constroem, por meio de autênticas decisões, especialmente nos casos sem precedentes, o próprio conteúdo de sentido da hipótese de incidência da norma, especificando as situações que estão pela mesma abarcadas e aquelas que não estão nela compreendidas.

Decerto, as presentes considerações valem para as normas jurídicas em geral, bem como para todos os ramos do direito, do civil ao penal, do empresarial ao tributário. Porém, dado o excepcional grau de abertura do direito constitucional, parece correto sublinhar por enquanto que, neste domínio, a demanda por uma intervenção construtiva dos conteúdos normativos através dos tribunais constitucionais é muito mais intensa, bem como maior é o ensejo ao surgimento de incertezas e controvérsias quanto à abrangência dos conceitos e sua correspondência com a realidade factual.



### 2.3. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Juízes e tribunais não são chamados a compor conteúdos normativos apenas por meio do processo de subsunção de casos singulares aos conceitos abstratos que exprimem o pressuposto de fato de normas hipotéticas. Isso ocorre também através da ponderação de princípios e, neste particular, a intervenção construtiva do poder judicial, especialmente dos órgãos de jurisdição constitucional, se verifica num grau ainda mais acentuado. Para examinar e demonstrar esse fenômeno, é importante partir da caracterização das normas estruturadas sob a forma de princípios.

Em teoria constitucional, desfruta atualmente de grande prestígio a distinção entre regras e princípios elaborada por Alexy a partir de Esser e Dworkin<sup>45</sup>. Segundo essa concepção, tanto as regras como os princípios podem ser concebidos como normas, de modo que a distinção se qualifica como uma distinção dentro da classe das normas. Nesse sentido, regras e princípios constituem espécies do gênero norma. Alexy aponta os critérios fundamentais da distinção nos seguintes termos (1997a, p. 162):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandados de otimização* enquanto as regras têm o caráter de *mandados definitivos*. Enquanto mandados de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas como jurídicas, que estão determinadas não só por regras como também, essencialmente, pelos princípios opostos. Isto implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, a necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Por outro lado, as regras são normas que sempre ou bem são satisfeitas ou não o são. Se uma regra vale e é aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais nada menos. Neste sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação e tampouco a necessitam. A subsunção é para elas a forma característica de aplicação do direito<sup>46</sup>.

<sup>45</sup>O próprio Alexy reconhece que “*la teoría de los principios aquí sostenida se vincula con la distinción de Esser entre principio y norma y con la dicotomía de reglas y principios de Dworkin*” (1997a, p. 185).

<sup>46</sup>“*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fáticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fáticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La*

A propósito, Dworkin (2002, p. 39-42) registra que a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, porquanto os “dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”. Neste particular, ressalta que as regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”. Os princípios, por outro lado, não funcionam deste modo, porquanto “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Neste caso, o princípio “enuncia uma razão que conduz ao argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”. Desta forma, apenas na análise de um caso concreto é que se poderá avaliar se cabe a aplicação de um determinado princípio. Contudo, podem existir outros princípios que argumentem em outra direção, e tenham prevalência naquele caso concreto. Mesmo assim, mesmo que um princípio tenha sua aplicação afastada em um determinado caso concreto, em função da aplicação de outro princípio que argumente em outra direção, “isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo”.

Segundo Alexy (1997b) a distinção entre regras e princípios se mostra claríssima na forma diversa como são resolvidos os conflitos de regras e as colisões de princípios. Nos dois casos, verifica-se a existência de normas que estatuem conseqüências jurídicas contraditórias, como ocorre quando uma regra proíbe o que outra permite, ou quando um princípio permite o que outro proíbe. Contudo, as duas situações divergem quanto ao modo de solução da contradição, a saber:

Um conflito de regras só pode ser solucionado ou bem introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras.[...] As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão [...] um

---

*ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho”. Cfe. Alexy, 1997a, p.162, tradução livre.*

dos princípios tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio deslocado nem que no princípio deslocado haja que introduzir uma cláusula de exceção. Mais corretamente o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso<sup>47</sup> (ALEXY, 1997b, 88-89).

Em resumo, segundo Alexy (1997a e 1997b), a distinção entre regras e princípios assenta sobre o seguinte: a) quanto à natureza das conseqüências jurídicas: as regras estabelecem conseqüências jurídicas definitivas, ou seja, proibições, mandamentos ou permissões definitivas; os princípios, por sua vez, enquanto mandados de otimização, estabelecem conseqüências jurídicas provisórias ou *prima facie*; b) quanto ao modo de aplicação do direito: as regras aplicam-se por meio de subsunção; os princípios, por meio de ponderação; c) quanto ao modo de solução das contradições normativas: no conflito de regras, uma delas é declarada inválida ou reconhecida como inaplicável em virtude de uma cláusula de exceção; na colisão de princípios, um ou outro poderá prevalecer, conforme as circunstâncias, sem que nenhum deles possa ser considerado inválido.

Para Dworkin (2002, p. 42-43), os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Desta forma, quando os princípios entram em conflito, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. Além disso, ressalta que ainda que não seja possível realizar uma mensuração exata da força de cada princípio em face do caso concreto, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, dimensão essa que as regras não possuem, porquanto se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida, “uma

---

<sup>47</sup>“Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas.[...] Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”. Cfe. Alexy, 1997b, p. 88-89, tradução livre.

suplanta a outra em virtude de sua importância maior”. Tal não ocorre com os princípios, pois “eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem” (DWORKIN, 2002, p.57).

A partir de tais critérios, parece correto sustentar que as normas constitucionais de tipo hipotético, examinadas no tópico anterior, caracterizam-se como regras. Com efeito, e como antes observado, há normas que, além de estatuir uma consequência jurídica (proibição, mandamento ou permissão), descrevem uma hipótese de incidência dessa consequência, ou seja, descrevem uma situação de fato hipotética que, uma vez considerada realizada no plano factual, faz a consequência jurídica incidir concretamente. Normas desse tipo estabelecem consequências jurídicas definitivas ou absolutas, que incidem na base do tudo ou nada, são aplicáveis por meio de subsunção e, em caso de conflito com outra regra, ou uma delas será declarada inválida (em sentido amplo, ou seja, no sentido, inclusive, de não vigente) ou será considerada inaplicável em virtude do reconhecimento de uma cláusula de exceção.

É o caso, por exemplo, da norma do art. 5º, LXXV, da Constituição do Brasil de 1988, segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário [...]”. Tal norma se compõe de: a) uma consequência jurídica, a obrigação de indenizar (que equivale a um mandamento), e; b) uma hipótese de incidência (a condenação por erro judiciário), fato que, uma vez considerado realizado, fará incidir a obrigação de indenizar, ou seja, a consequência jurídica. Esta, por óbvio, caracteriza-se como definitiva no sentido de que, uma vez considerada realizada a hipótese normativa no caso concreto, não há como recusar a incidência da consequência jurídica. Por outro lado, não realizada a hipótese, a consequência não incide, razão pela qual se trata de norma que incide justamente em termos de tudo ou nada, de sim ou de não.

Além disso, o modo de aplicação da referida norma é a subsunção, entendida como a operação intelectual por meio da qual o juiz estabelece a correspondência entre o fato singular e a hipótese de incidência (ver item 2.2.). É que a subsunção, entendida em sentido estrito, sempre diz respeito à parte da norma legislada relativa ao pressuposto de fato (a hipótese de incidência) e, nesse sentido, só é concebível

seu exercício em face de normas de caráter hipotético. Por isso, imaginando que, na vida real, alguém tenha sido punido por crime de furto em decorrência de testemunhos comprovadamente falsos, a incidência da obrigação de indenizar dependerá de subsumir-se tal fato (ou o caso concreto) no conceito abstrato que descreve a hipótese de incidência, isto é, no conceito de “condenação por erro judiciário”.

Por último, supondo a existência de outra norma de nível constitucional que dispusesse no sentido de que “a responsabilidade do Estado fica excluída quando o erro judiciário não decorrer de atos ou omissões de autoridades ou servidores públicos”, estaria configurado um conflito de regras, ou seja, entre a regra do art. 5º, LXXV, que impõe a indenização, e a regra fictícia que a dispensa. A superação desse conflito dar-se-á pela admissão de que a regra do art. 5º, LXXV, comporta uma exceção, qual seja, a de que, em razão da regra fictícia, a obrigação estatal de indenizar não existe quando o erro judiciário decorrer de fato de terceiros estranhos ao serviço judiciário. Por outro lado, se a regra fictícia fosse de grau inferior (do posterior Código Penal, por exemplo), o conflito seria resolvido ou pela declaração de sua invalidade, sob o fundamento de ter previsto uma exceção restritiva do direito à reparação não concebida no nível constitucional, ou, desde que se entendesse a restrição do direito ordinário como admissível sob o fundamento de meramente explicitar um limite constitucional imanente, pela simples incorporação da cláusula de exceção na regra do art. 5º, LXXV da Constituição.

Com os princípios, no entanto, tudo se passa de modo diverso. Os princípios são normas que se limitam a estatuir uma consequência jurídica (uma proibição, uma permissão ou um mandamento), sem descrever uma hipótese de incidência, ou seja, sem ligar à consequência jurídica qualquer situação de fato hipotética. Por exemplo: a norma do art. 5º, IV, da Constituição do Brasil de 1988, que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, estatui uma permissão, mas não descreve quais são as condições de fato para sua incidência. Em quais situações, sob quais circunstâncias, a exteriorização do pensamento estará realmente permitida é algo indefinido.

Assim, uma vez que os princípios são normas sem hipótese de incidência de antemão fixada pelo legislador, a consequência jurídica que estabelecem é meramente

provisória ou *prima facie*. Equivale a dizer que, em princípio, a consequência jurídica está preordenada a incidir no maior número possível de situações da vida real, mas apesar desse ideal de otimização, eventualmente esse efeito por ser recusado, sobretudo no caso de colisão com normas de sentido contrário. *Prima facie*, a liberdade de manifestação do pensamento está permitida, mas, dependendo do caso, pode restar proibida em favor, por exemplo, da inviolabilidade da intimidade. É que, sob determinadas circunstâncias, poder-se-á entender no sentido da sua prevalência, mas, sob outras circunstâncias, poder-se-á entender pela prevalência do princípio oposto.

Por isso, Sarmento (2001, p. 39) tem razão quando observa que “os princípios, segundo a lição de Gustavo Zagrebelsky, não possuem uma *fattispecie* definida, razão pela qual, contrariamente às regras, não se prestam à subsunção”. A subsunção, em sentido estrito, pressupõe normas com previsão de uma hipótese de fato conectada a uma consequência jurídica, porquanto justamente consiste no ato de correlacionar o caso concreto à hipótese normativa. Tal correlação é logicamente impossível no caso dos princípios, se entendidos como normas carentes de hipótese de incidência. Daí porque é diverso o modo de aplicação dos princípios nas situações de contradição normativa. Havendo colisão de princípios, a solução terá de ser buscada mediante a ponderação do peso de cada qual, realizada em função das circunstâncias do caso concreto.

Zagrebelsky (2002, p. 109-118), ao defender a idéia de que os princípios constitucionais representam a confluência do positivismo e do *jusnaturalismo*<sup>48</sup>, ressalta que eles, diferentemente das regras, não possuem um suposto de fato, de modo que não podem ser aplicados através do processo de subsunção. Para o autor, os princípios não impõem uma ação conforme o suposto normativo, como ocorre com as regras, senão uma tomada de posição, conforme seu *ethos* em todas as não precisadas nem previsíveis eventualidades concretas da vida. Assim, conclui que os “princípios, por isso, não esgotam

---

<sup>48</sup>Posição também defendida por Cappelletti (1999, p. 129-131). Em suas palavras: “A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. [...] Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa – talvez impossível, talvez ‘faustiana’, mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de ‘definir’, em suma em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir – o Absoluto. A justiça constitucional é a garantia desta ‘definição’; mas é também, ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-se às concretas exigências de um destino de perene mutabilidade”.

em absoluto sua eficácia como apoio das regras jurídicas, senão que possuem uma autônoma razão de ser frente a realidade” (tradução livre<sup>49</sup>). Além disso, apenas quando o princípio entra em contato com a realidade é que adquire valor. No lugar de se apresentar como matéria inerte, objeto meramente passivo da aplicação das regras, caso concreto a enquadrar no suposto de fato normativo previsto na regra, “a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de ‘tomada de posição’ jurídica em conformidade com ele<sup>50</sup>”. Para Zagrebelsky (2002, p. 133), no processo de interpretação do direito, “o caso é o motor que impulsiona o intérprete e marca a direção<sup>51</sup>”. Segundo o autor, a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles fazem com que não possa existir uma ciência sobre sua articulação, senão uma “prudência em sua ponderação”.

Binbojm (2004, p. 87) aponta que os princípios, em face de sua estrutura aberta e maior grau de abstração, podem, freqüentemente, entrar em conflito com outros. Assevera que é “juridicamente possível que dois ou mais princípios conflitantes entre si sejam aplicáveis a uma mesma situação concreta, não podendo o intérprete optar pela incidência exclusiva de um em detrimento de outro”. Neste caso, só através do método hermenêutico da ponderação é que o intérprete poderá aferir, diante de um caso concreto, qual o peso específico que, naquela hipótese, deve ter cada um dos princípios aplicáveis. Por isso, conclui o referido autor que é preciso, “portanto, buscar uma otimização na aplicação dos princípios, de forma a permitir uma máxima incidência de cada um deles, com prejuízo mínimo dos demais”.

Na mesma direção, Figueroa (2003) entende que os princípios constitucionais reclamam uma forma distinta de aplicar o Direito, que é o método da ponderação, a qual remete necessariamente a um raciocínio jurídico complexo, cuja aplicação não responde propriamente ao esquema subsuntivo tradicional de aplicação do direito. Para ele, a teoria dos princípios remete, em última instância, a uma teoria da

---

<sup>49</sup>“Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 118, tradução livre.

<sup>50</sup>“[...] la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adoción de “tomas de posición” jurídica conformes con él”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 118, tradução livre.

<sup>51</sup>“En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 133, tradução livre.

argumentação jurídica, cujo núcleo é a chamada “teoria padrão da argumentação jurídica”, a conhecida “tese do caso especial”, segundo a qual o raciocínio jurídico é um caso especial de um raciocínio prático geral.

Para Moreso (2003), a ponderação se realiza entre dois princípios em conflito e consiste no estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre ambos, ou seja, uma relação valorativa estabelecida pelo intérprete, mediante um juízo de valor. Todavia, essa hierarquia não é realizada abstratamente, senão em consideração de um caso concreto, e como resultado desta valoração, um princípio (considerado superior nessa hierarquia valorativa) desloca outro e resulta determinado como aplicável.

Segundo Alexy (1997b, p. 92) a solução das colisões de princípios depende da fixação de uma relação de precedência condicionada, em face das circunstâncias do caso concreto. Ou seja, a ponderação é, para o autor, uma operação de determinação das preferências condicionadas, e uma vez estabelecida a relação no caso concreto, pode-se obter a regra que irá resolver o caso e determinar o princípio aplicável.

Ao tratar das condições de precedência, Alexy (1997b, p. 90-91) analisa uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, num caso em que o réu de um processo penal alegava sua incapacidade processual em participar de uma audiência oral em seu desfavor, porquanto corria o risco de sofrer um enfarte. Inicialmente, o Tribunal constatou a existência de “uma relação de tensão entre o dever do Estado em garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, a cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental<sup>52</sup>”. Contudo, esta colisão entre dois princípios consagrados na Lei Fundamental, foi solucionada em prol da integridade física do acusado, registrando o Tribunal que havia “um perigo provável e concreto de que o acusado no caso de se realizar a audiência oral, perca sua vida ou sofra graves danos a sua saúde” (ALEXY, 1997a, p.

---

<sup>52</sup>“El Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental’”. Cfe. Alexy, 1997b, p. 90, tradução livre.



171<sup>53</sup>), de modo que foi estabelecida uma precedência de um direito fundamental no caso concreto, na espécie, a prevalência do direito à vida e à integridade física em relação à aplicação adequada do direito penal. Isto significa que, sob a mencionada condição, vale a consequência jurídica do princípio precedente, ou seja, é vedada a realização da audiência oral. Ou seja, nesta operação de determinação das preferências condicionadas consiste a ponderação, segundo Alexy.

Além disso, tratando dos critérios que devem guiar a decisão judicial, Alexy (1997a, p. 171) formula uma lei de ponderação, que reza: “quanto maior for o grau de não realização ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro<sup>54</sup>”. Para o autor, desta regra decorrem três consequências que apresenta através de um exemplo de colisão entre o direito individual de liberdade de expressão e o princípio da segurança nacional. Nas suas palavras:

Duas [consequências] se referem à relativização com respeito às possibilidades fáticas, contida na definição do mandato de otimização. A primeira diz que se uma ação não é adequada para promover a realização de um princípio – no exemplo, o da segurança exterior – porém o é para impedir a realização de outro princípio, ou seja, o direito de liberdade de expressão, está então proibida com relação a ambos os princípios. A segunda diz que uma ação, com respeito a qual existe uma alternativa que, pelo menos, promove a realização de um dos princípios, por exemplo o de segurança, e inibe menos o outro princípio, por exemplo, o direito de liberdade de expressão, está então proibida em relação a ambos os princípios. Em ambos os casos, o âmbito das possibilidades fáticas contém alternativas de ação que satisfazem melhor as exigências normativas dos princípios que devem ser tomados em consideração [...] Com referência às possibilidades jurídicas, do caráter de princípios, segue a terceira máxima parcial da proporcionalidade, a máxima de proporcionalidade em sentido estrito, Ela é relevante quando – diferente do que ocorre com as duas outras máximas parciais referidas a possibilidades fáticas – o cumprimento de um dos princípios não é possível sem o descumprimento ou afetação do outro. Para estes casos pode se formular a seguinte regra como lei da ponderação: Quanto maior é o grau de descumprimento ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância do cumprimento do outro<sup>55</sup>. (ALEXY, 1997a, p. 205-206)

<sup>53</sup>“[...] un peligro probable y concreto de que el acusado en caso de realizarse la audiencia oral, pierda su vida o sufra graves daños en su salud”. Cfe. Alexy, 1997a, p. 171, tradução livre.

<sup>54</sup>“Cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Cfe. Alexy, 1997a, p. 171, tradução livre.

<sup>55</sup>“Dos se refieren a la relativización con respecto a las posibilidades fáticas, contenida en la definición del mandato de optimización. La primera dice que si una acción no es adecuada para promover la realización un principio – en el ejemplo, el de la seguridad exterior – pero lo es para inhibir la realización de otro principio, es decir, el derecho a la libertad de expresión, está entonces prohibida en relación con ambos principios. La segunda dice que una acción, con respecto a la cual existe una alternativa que, por lo menos, promueve la realización de uno dos principios, por ejemplo, el de la seguridad exterior, e inhibe menos el otro principio, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, está entonces prohibida en relación con

Neste aspecto, Velloso (2003, p. 349-350) apresenta uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 219.780-PE<sup>56</sup>, por ele relatado, no qual havia uma colisão de dois princípios constitucionais, o direito à privacidade e o interesse público, social e da justiça. Tratava-se de uma questão referente à possibilidade de quebra do sigilo bancário, para fins de instrução de processo judicial. Restou sedimentado no acórdão que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade que a Constituição protege, não é um direito absoluto, mesmo porque não há direitos absolutos, e assim, deve “ceder, portanto, diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça. Há de ceder, todavia, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade”.

Prieto (1998, p. 49-52), ao apresentar dez argumentos favoráveis à adoção dos princípios nos ordenamentos jurídicos, destaca que os princípios são normas abertas, que carecem ou que apresentam de forma fragmentada a determinação fática, e mesmo superados os problemas de imprecisão ou vagueza, não estabelecem definitivamente em que situações devem ser aplicadas. Para o autor, uma norma é aberta “quando carece de um catálogo exaustivo de supostos em que se procede ou se exclui a sua aplicação, por exemplo, a luz do art. 14 C.E., é impossível saber quando vem exigido um tratamento igual nem quando se autoriza um tratamento desigual<sup>57</sup>”.

Prieto (1998), a propósito, afirma a importância da ponderação no direito atual, em face do caráter do constitucionalismo pós-guerra, que possibilitou a incorporação

---

*ambos os principios. En ambos casos, el ámbito de las posibilidades fácticas contiene alternativas de acción que satisfacen mejor las exigencias normativas de los principios que deben ser tenidos en cuenta.[...] Referido a las posibilidades jurídicas, del carácter de principios se sigue la tercera máxima parcial de proporcionalidad en sentido estricto. Ella es relevante cuando – a diferencia de lo que sucede con las otras máximas parciales referidas a posibilidades fácticas – el cumplimiento de uno de los principios no es posible sin el incumplimiento o la afectación del outro. Para estos casos puede formularse la siguiente regla como ley de la ponderación: Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del outro”. Tradução livre. Cfe. Alexy, 1997a, p. 205- 206, tradução livre.*

<sup>56</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma Recurso Extraordinário n. 219-780. Pernambuco. Recorrente: União Federal. Recorrida: Credicard Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13 abril de 1999. disponível em:

<[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurs o=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurs o=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 18 março de 2007.

<sup>57</sup>“[...] cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede o queda excluida su aplicación, por ejemplo, la luz del art. 14 C.E., es imposible saber cuando viene exigido un tratamiento igual ni cuando se autoriza un tratamiento desigual” Cfe.Prieto, 1998, p. 52, tradução livre.

de princípios e direitos fundamentais tendencialmente contraditórios no ordenamento jurídico, situação na qual o modelo tradicional de solução de colisões entre regras resulta inservível, exigindo, assim, uma forma de aplicação diferente da subsunção. Para o autor, ainda que a aplicação da norma através do processo subsuntivo nunca tenha sido tarefa fácil, em face da inevitável vagueza da linguagem legal, entre outras dificuldades, os problemas aumentam na hipótese de aplicação de normas constitucionais principiológicas, as quais são desprovidas de suposto de fato para sua aplicação, o que significa que na prática, é o juiz quem decide, mediante um exercício de razoabilidade não isento de discricionariedade, quando procede dita aplicação. Da mesma forma, o referido autor destaca que esse “protagonismo judicial” é patente nos conflitos entre direitos fundamentais, como entre o direito à honra e à liberdade de expressão, os quais só poderão ser resolvidos diante do caso concreto, assim, impõe-se uma ponderação necessária e casuística, que no caso concreto dará preferência a uma ou outra norma, de modo que é o juiz quem, ponderando, determina qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer no julgamento do caso concreto.

Por sua vez, ainda no sentido das lições precedentes, Barroso (2004, p. 356-359) define a técnica da ponderação como um raciocínio de natureza diversa da subsunção, mais complexo, destinado a produzir a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. Para o autor, de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado “na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou alguma delas venham a se destacar sobre as demais”. E conclui:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia-a-dia da atividade jurisdicional, entretanto tem levado a estudá-lo mais cuidadosamente. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a

existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção- é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. [...]

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com mais clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de uma forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. [...]

De toda exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. (BARROSO, 2004, p. 357-360).

Para Grau (2003), inexistente no sistema jurídico qualquer regra ou princípio que possa orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios deve ser aplicado, no caso de um eventual conflito entre eles estabelecido. Isto somente se pode saber no contexto de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito. Em cada caso, pois, em cada situação a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. Entretanto, o referido autor ressalta que a atribuição de peso aos princípios não é discricionária, porquanto o intérprete está vinculado pelos princípios, e, ademais, não se interpreta o “direito em tiras, aos pedaços”. Neste sentido, leciona:

O momento de atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição aos mais singelos atos normativos, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares ao problema considerado – e jurídicas – lingüísticas,

sistêmicas e funcionais -, são então descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica. (GRAU, 2003, p. 49-50)

Do quanto exposto, importa sobretudo perceber que, nos casos de colisões de princípios, que são normas carentes de hipótese de incidência, o resultado da ponderação levada a efeito por juízes e tribunais constitucionais resulta, justamente, na prolação de uma decisão judicial constitutiva de uma regra, ou seja, no sentido de uma norma hipotética. É que, nesse caso, como dirá Alexy (1997a, p. 171), “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente<sup>58</sup>”. Com efeito, ao decidir que sob tal situação de fato prevalece um dado princípio, juízes e tribunais constitucionais menos não fazem do que estabelecer uma específica hipótese de incidência para a consequência jurídica do princípio preponderante ao cabo do processo de ponderação.

Assim, enquanto no caso de aplicação das regras, juízes e tribunais operam pelo método da subsunção, procurando estabelecer a correspondência entre o caso real e a hipótese fática de incidência prévia e abstratamente prevista, no caso de aplicação dos princípios nas situações de colisão, juízes e tribunais atuam por meio de ponderação, determinando eles próprios as condições de fato que justificam a incidência da consequência jurídica do princípio prevalente. Vale dizer que, conquanto em ambas as situações se perceba a participação judicial no processo de construção dos conteúdos normativos, o modo como isso ocorre é diverso: enquanto na aplicação das regras juízes e tribunais procedem sob a forma de um enquadramento do fato concreto no suporte fático abstrato, na aplicação dos princípios – e em razão da peculiar estrutura destes - eles são levados a constituir o próprio suporte fático normativo antes inexistente.

---

<sup>58</sup>“*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”. Cfe Alexy, 1997a, p. 171, tradução livre.

## 2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos tópicos anteriores, tratou-se de modos de aplicação do direito constitucional em situações, normalmente de conflitos intersubjetivos, para cuja decisão se prescinde da discussão quanto à constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo situados num plano de validade inferior ao das normas constitucionais. Nestes casos, ou trata-se de decidir o caso por meio do processo de subsunção, quando se discute se um fato singular se enquadra na hipótese normativa para fins de incidência da conseqüência jurídica, ou por meio do processo de ponderação, quando há colisão de princípios. Há, contudo, conflitos cuja decisão se põe em torno de uma questão de constitucionalidade, situação que, por sua singularidade, reclama consideração autônoma.

De fato, um terceiro modo de aplicação do direito constitucional, através do qual juízes e tribunais determinam o conteúdo da Constituição, consiste no controle de constitucionalidade dos atos legislativos inferiores, entendendo-se por tais, no caso brasileiro, as emendas constitucionais introduzidas pelo poder constituinte derivado, as leis produzidas pelo poder legislativo ordinário (federal, estadual e municipal), as medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República, as leis delegadas e os atos normativos editados por órgãos no desempenho de função administrativa e no exercício de competência regulamentar (tais como decretos, portarias, resoluções, etc.).

No âmbito do controle de constitucionalidade, o que se põe em discussão, principalmente<sup>59</sup>, é a questão da compatibilidade ou não de determinada norma de ato legislativo inferior com determinada norma constitucional. Entre nós, e na generalidade dos ordenamentos constitucionais ocidentais contemporâneos, a relação de compatibilidade ou não pode ser aferida tanto sob o ponto de vista formal, como do ponto de vista material, vale dizer, tanto no que diz respeito à observância das normas constitucionais de

---

<sup>59</sup>“Principalmente”, mas não “exclusivamente”. No âmbito do controle de constitucionalidade, são de fato predominantes as controvérsias em torno de transgressões positivas da Constituição, ou seja, de atos legislativos editados em suposto antagonismo com as normas constitucionais. Mas são também possíveis, dependendo do ordenamento constitucional que se considere, controvérsias em torno de transgressões negativas da Constituição, vale dizer, decorrentes da omissão do legislador e dos poderes públicos em geral no seu dever de produzir normas em atendimento a imposições constitucionais de caráter legiferante. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concebe os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

competência e procedimento no processo de produção do ato legislativo inferior, como no que diz respeito à conformidade do conteúdo do ato legislativo inferior com as proibições, mandamentos e permissões substantivas que decorrem das normas constitucionais.

Com efeito, um ato legislativo inferior pode se revelar incompatível com a Constituição porque o ente ou autoridade que o produziu não detinha competência para dispor a respeito, ou porque o procedimento previsto como condição para a sua edição restou desatendido. Nesse caso, cuidar-se-ia de incompatibilidade formal. Mas um ato legislativo inferior pode conflitar com a Constituição por regular um assunto de modo substantivamente contrário, proibindo uma conduta que a Constituição permite, permitindo uma conduta que a Constituição proíbe, ou ordenando uma conduta que a Constituição faculta, entre outros. Nesse caso, cuidar-se-ia de incompatibilidade material. Nas duas situações, apesar das nuances, trata-se de controle de constitucionalidade.

A propósito, segundo ensina Canotilho (1999, p. 826-828), da conjugação das dimensões da superlegalidade material e da superlegalidade formal da Constituição, deriva o princípio fundamental segundo o qual os atos normativos só estarão conformes com a constituição “quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais”.

De acordo com Cappelletti (1999, p. 67), existem dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade:

- a) o sistema difuso, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e b) o sistema concentrado, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.

A origem do controle concentrado está no direito austríaco, que no ano de 1920, criou o Tribunal Constitucional para julgar, com exclusividade, as questões

referentes à constitucionalidade das leis, por intermédio de ação especial, proposta por órgão político. Ao fazê-lo, o direito austríaco se opôs ao sistema norte-americano, em que o controle de constitucionalidade sempre estivera vinculado ao julgamento de casos concretos, no curso de processos comuns. Neste sentido, anota Cappelletti (1999, p. 104):

Em oposição diametralmente oposta ao sistema americano, colocou-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis, especialmente na formulação originária que este sistema teve na *Bundesverfassung* austríaca de 1º de outubro de 1920. De fato, esta Constituição não só criou uma especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – na qual ‘concentrou’ a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um *pedido especial* (*‘Antrag’*), isto é, do *exercício de uma ação especial* por parte de alguns órgãos políticos. Desta sorte, o controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, *inteiramente desvinculado dos casos concretos*, vale dizer, dos processos comuns (civis, penais, administrativos); ele, por conseguinte, em vez de ser exercido, como na América, tão-só ‘em via incidental’, isto é, (como, também, com certa impropriedade se diz) ‘em via de exceção’, deveria ser exercido, na Áustria, sempre ‘em via principal’, ou seja, ‘em via de ação’, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade opera no Brasil das duas maneiras: através do sistema concentrado e através do sistema difuso. No primeiro caso, independentemente da existência de conflito intersubjetivo, a questão é suscitada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de ações especiais<sup>60</sup>, necessariamente propostas pelas autoridades e entidades legitimadas, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, nesse caso, é feita em processo objetivo, e a decisão produz efeitos *erga omnes*. No segundo caso, a questão pode ser argüida perante qualquer juiz, em qualquer processo, seja de que natureza for, e o magistrado, ao reconhecer a divergência entre a norma inferior e a norma constitucional, deixará de aplicar a primeira ao caso concreto. A decisão judicial tem efeito somente entre as partes do processo e com relação ao caso concreto levado a juízo, salvo se a decisão tiver sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e o Senado Federal, uma vez notificado, editar resolução suspendendo a vigência da norma, com efeitos *erga omnes*.

---

<sup>60</sup>No âmbito federal, de acordo com a Constituição do Brasil de 1988, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado por meio de: ação direta de inconstitucionalidade por ação; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; argüição de descumprimento de preceito fundamental; e das chamadas ações interventivas. Sobre o controle abstrato de normas, ver Mendes, 2005, p. 146-249.



As questões relativas à constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos legislativos inferiores não traduzem situações de colisões de princípios e, portanto, não se revolvem por meio de ponderação, na dimensão do peso. Com efeito, as colisões de princípios constitucionais, por óbvio, compreendem o choque entre normas de mesma hierarquia, ou seja, que pertencem ao mesmo plano de validade, o nível constitucional. Por isso, resolvem-se na dimensão do peso, isto é, por meio de uma ponderação, feita à luz das contingências do caso concreto, em torno das razões que justificam a prevalência circunstancial de uma em detrimento da outra, mas sem que se negue, na decisão, vigência ou validade<sup>61</sup> a qualquer delas, ou que se impossibilite que, em diverso contexto, o princípio deslocado venha a preponderar sobre o princípio agora prevalente.

Diferentemente, quando está em causa decidir uma questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pelo modo difuso ou concentrado, são consideradas normas de diferente hierarquia, uma de nível superior, outra de nível inferior, de modo que a solução da controvérsia só é concebível na dimensão da vigência ou da validade. Nesse caso, não há margem para ponderação, no sentido de uma consideração quanto a qual das normas deve ter momentânea preferência em função de um cenário fático determinado. Havendo contradição, é óbvio que a norma constitucional prevalece sempre e incondicionalmente. As colisões de princípios ocorrem, por isso, no âmbito de conflitos intersubjetivos, nos quais as partes defendem o respectivo interesse cada qual com fundamento em normas válidas, mas que se opõem entre si naquilo que comandam. Quando, diversamente, no âmbito do controle difuso, o conflito intersubjetivo se verifica entre oponentes que suscitam uma questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, um deles defendendo sua posição com fundamento em norma do direito ordinário, reputada constitucional, e o outro com fundamento em norma constitucional, supostamente violada por aquela, ou ainda quando, no âmbito do controle concentrado, semelhante contradição resulta colocada, o problema já não é mais de colisão de princípios.

---

<sup>61</sup>Entendendo vigência e validade como dois predicados distintos da norma jurídica positiva, Cademartori (1999, p. 79-80) registra que “*uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, se foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; [...] uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com uma norma hierarquicamente superior*”. No mesmo sentido, Ferrajoli (1999), p. 21.

A especificidade da aplicação do direito constitucional por meio do controle de constitucionalidade reside em que, por tal via, o poder judicial fixa o conteúdo dos limites formais e materiais da atuação legislativa, isto é, no que concerne a quem e sobre como se pode legislar (competência e procedimento) e, ainda, sobre o que pode a legislação proibir, permitir ou ordenar do ponto de vista substantivo. Ocorre que, ao declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato legislativo, fixando os limites da atuação legislativa, e à medida que o faz a partir do parâmetro da norma constitucional, o poder judicial atribui conteúdo à própria Constituição, especificando o sentido de regras e princípios constitucionais para além da declaração textual.

Por exemplo: se um determinado Estado edita lei dispondo sobre a instalação de radares em vias públicas para fiscalização do excesso de velocidade dos automóveis, e a lei é invalidada sob o fundamento de que a mesma, regulando matéria sobre trânsito, não se compreende na competência legislativa do Estado, o poder judicial especifica o conteúdo da norma constitucional segundo a qual compete à União legislar sobre trânsito. De um lado, o poder judicial especificou o conceito de legislação de trânsito, nele incluindo a legislação sobre fiscalização por radares do excesso de velocidade em via pública; de outro, especificou que só a União está autorizada a legislar a respeito.

Considere-se outro exemplo. A Constituição do Brasil de 1988 incluiu a “livre concorrência” entre os princípios da ordem econômica. Imagine-se, agora, uma lei estadual proibindo a instalação de farmácias e drogarias a menos de 500 metros de distância umas das outras. Contestada essa lei em face do princípio da livre concorrência, a declaração de inconstitucionalidade implicará, indiretamente, a atribuição de um conteúdo de sentido específico à norma constitucional. Foi o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, julgando essa exata questão, consolidou o entendimento de que “ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área” (Súmula 646).

A aplicação do direito constitucional por meio de controle de constitucionalidade tem uma importante particularidade. Enquanto as regras e princípios

constitucionais caracterizam-se pelo elevado grau de indeterminação de seu conteúdo, as normas do direito ordinário tendem a ser mais precisas ou detalhistas. Assim, quando se discute sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei, normalmente verifica-se o confronto entre os comandos genéricos da norma constitucional e os comandos específicos da norma infraconstitucional. E, por essa razão, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, juízes e tribunais constitucionais inevitável e indiretamente, como visto, acabam por melhor especificar o conteúdo da norma constitucional, seja pela absorção do conteúdo da lei, seja pelo seu descarte. Por isso, o confronto entre regras e princípios constitucionais com as normas da legislação infraconstitucional, no âmbito do controle da lei, favorece a delimitação clara do alcance das proibições, mandamentos e permissões substantivas das normas *jusfundamentais*, bem como a fixação da extensão e dos limites das competências legislativas.

## 2.5. A INTEGRAÇÃO DE DIREITOS IMPLÍCITOS

Conforme visto até aqui, o poder judicial exerce função construtiva dos conteúdos normativos da Constituição quando subsume fatos a regras, pondera princípios e controla a constitucionalidade de atos legislativos de nível inferior. Porém, existe ainda uma quarta situação que, embora podendo ocorrer no âmbito do controle de constitucionalidade, merece tratamento autônomo. Tal situação diz respeito à possibilidade de que juízes e tribunais constitucionais venham a reconhecer ou declarar como fundamentais direitos que não foram expressamente enumerados na Constituição, ou seja, que não foram relacionados pelo legislador constitucional no catálogo *jusfundamental*.

A 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada no ano de 1791, tacitamente atribui essa prerrogativa em favor do poder judiciário ao dispor que “a especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo<sup>62</sup>”. O mesmo ocorre com a Constituição do Brasil de 1988, quando na primeira parte do § 2º do art. 5º

---

<sup>62</sup>No original: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. A tradução está de acordo com aquela efetuada por Comparato (1999), p. 109.

estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Com base em preceitos de tal ordem, tem se reconhecido que, tanto no caso norte-americano como no brasileiro, as declarações *jusfundamentais* não são taxativas ou exaustivas, legitimando o poder judiciário a admitir, no julgamento de controvérsias constitucionais, a existência de determinados direitos implícitos ou pressupostos. Nessa situação, a função construtiva do direito constitucional por juízes e tribunais parece que alcança seu nível mais alto, porquanto, agora, não se trata mais de subsumir ou ponderar em torno de normas legisladas, mas de suprir o silêncio do legislador, integrando à ordem jurídica normas a respeito das quais não houve uma expressa deliberação legislativa.

Conforme ensina Miranda (1998, p. 152), direitos fundamentais “não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”. Segundo o autor, o texto constitucional não contém um elenco taxativo de direitos fundamentais. Trata-se de “uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento”, função à qual justamente se prestam as chamadas cláusulas de não tipicidade dos direitos fundamentais.

A propósito da experiência constitucional norte-americana, Fallon (2004), menciona e comenta os casos mais significativos na história da afirmação da doutrina dos direitos fundamentais implícitos. Em *Skinner v. Oklahoma*<sup>63</sup> (1942), por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos impediu a esterilização de Jack Skinner, que havia sido condenado uma vez por “torpeza moral” e duas vezes por roubo, um destes de galinhas. O Estado de Oklahoma pretendia aplicar a medida sobre Skinner com base em lei local que admitia a esterilização de reincidentes, a fim de impedir a transmissão de manifesta tendência criminosa a gerações futuras. Embora não previsto expressamente na Constituição, ou ao menos nesses termos, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito de procriar como um direito fundamental e invalidando a legislação do Estado deu

---

<sup>63</sup>Caso relatado por Fallon (2004) p. 138-143.

ganho de causa a Skinner. Note-se que, à época desse julgado, embora a 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos proibisse o emprego de penas cruéis e insólitas, a Suprema Corte não pôde aplicá-la, uma vez que não havia ainda decidido que a mesma se aplicava também aos Estados federados, e não apenas ao governo federal.

Em *Roe v. Wade*<sup>64</sup> (1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito de aborto como um direito fundamental, ressalvando que a restrição estatal a tal direito somente seria justificável quando o feto já tivesse alcançado o estágio de viabilidade. Assim, embora a Constituição dos Estados Unidos não contenha qualquer norma específica sobre a matéria, a Suprema Corte decidiu que qualquer mulher tem o direito constitucionalmente protegido de interromper uma gravidez não desejada, exceto a partir do momento em que o feto se torne viável. Segundo os fundamentos da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, o direito de aborto é uma decorrência do direito de estar livre de intromissões governamentais em assuntos que tão fundamentalmente afetam a pessoa, como no caso da decisão sobre quando ter ou gerar uma criança. *Roe v. Wade* permanece como uma das decisões mais controvertidas da Suprema Corte, mas independentemente de seu mérito, ilustra, como talvez nenhuma outra, a elasticidade constitucional subjacente à aceitação dos direitos fundamentais implícitos.

A partir dos casos mencionados, duas observações parecem oportunas. De um lado, o instituto dos direitos fundamentais implícitos revela-se como uma necessidade, porquanto se destina a assegurar, para usar a terminologia de Bobbio (1999), a unidade, a coerência e a plenitude do ordenamento jurídico constitucional. A liberdade de contratar, por exemplo, não está expressamente referida na Constituição do Brasil de 1988, mas dificilmente seria possível deixar de admiti-la como um direito fundamental logicamente decorrente dos princípios que disciplinam a ordem econômica, em especial a livre iniciativa e o direito de propriedade. Por outro lado, como em *Roe v. Wade*, a relação de decorrência lógica entre um suposto direito não expresso e as normas explícitas da Constituição nem sempre é óbvio, o que pode gerar perplexidades e ansiedade acerca do poder conferido aos órgãos de jurisdição constitucional.

---

<sup>64</sup>Caso relatado por Fallon (2004) p. 144-154.

Decerto, no caso brasileiro, a relevância da categoria dos direitos constitucionais implícitos é menor. A Constituição do Brasil de 1988 é reconhecidamente prolixa em matéria de direitos e garantias fundamentais. Só o art. 5º e o art. 7º somam juntos, em seus incisos, em torno de 100 normas *jusfundamentais*, ao mesmo tempo em que o art. 6º, relativo aos direitos sociais, encontra amplo desenvolvimento no Título VIII, destinado à Ordem Social. Também os direitos econômicos e as garantias dos contribuintes são disciplinados minuciosamente em seções próprias, os Títulos VII e VI. Além disso, por força de expressa dicção do § 2º do art. 5º, os direitos humanos internacionais constantes dos tratados de que o Brasil seja signatário igualmente aderem à ordem jurídica interna, o que compreende a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Assim, a abrangência do catálogo *jusfundamental* reduz ou tende a reduzir, entre nós, o efeito prático da categoria dos direitos fundamentais implícitos enquanto direitos não enumerados.

Ainda assim, é certo que, relativamente às liberdades, temas capitais não foram diretamente enfrentados pela Constituição do Brasil de 1988, como o aborto, a eutanásia e o porte de armas. Em que pese o Supremo Tribunal Federal possa entender que, nesses casos, o silêncio da Constituição é intencional, implicando a transferência da decisão a respeito ao legislador ordinário, por outro lado, nada impediria que a Corte viesse a deduzir o direito ao aborto do direito de liberdade, o direito de portar armas do direito à vida e o direito de eutanásia do princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorreria a invalidação ou derrogação da legislação penal ordinária restritiva. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal estaria certamente exposto a objeções de importantes setores da Sociedade, como a Igreja Católica, e sua legitimidade talvez restasse seriamente ameaçada, mas o fato é que sua decisão, no plano jurídico, seria incontrolável.

Como quer que seja, o que importa assinalar é que a incorporação da categoria dos direitos fundamentais implícitos expande o espaço de abertura constitucional e atribui inegavelmente ao poder judiciário a possibilidade de integrar à ordem jurídica normas *jusfundamentais* não declaradas originariamente de modo expresso. Trata-se de prerrogativa que, no plano prático, envolve um nítido poder de construção judicial do direito depositado em mãos dos juízes e tribunais constitucionais, ainda que, no plano

argumentativo, tais direitos devam e possam ser sempre apresentados como logicamente decorrentes do regime democrático ou de outros princípios constitucionais.

### **3. A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS E A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

#### **3.1. A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS**

A exposição antecedente procurou sustentar que, em razão de uma característica geral, a textura aberta das normas constitucionais, e de outros importantes fenômenos específicos, tais como a abstração e vagueza dos conceitos normativos, as colisões de princípios e a não-tipicidade dos direitos fundamentais, o processo de aplicação do direito constitucional nos casos controvertidos impõe aos juízes e tribunais constitucionais uma tarefa que, mais do que meramente reveladora, qualifica-se como construtiva do próprio conteúdo normativo da Constituição e seus preceitos.

Com efeito, o processo de aplicação do direito constitucional nos casos controvertidos resulta em geral, por meio da prolação da decisão judicial, na adoção de uma solução normativa que, ao menos em seu conteúdo específico, não havia sido prévia ou obviamente estabelecida no nível legislativo. Daí porque se trata, no que concerne à tarefa que se impõe aos juízes e tribunais constitucionais, de uma atividade construtiva dos conteúdos constitucionais, porquanto é por meio dela que se desenvolve o sentido normativo da Constituição para além do plano legislativo inicial.

A propósito, Zagrebelsky (2002) destaca que a principal novidade da fórmula do Estado Constitucional é que a lei fica submetida a uma relação de adequação, portanto, de subordinação a uma categoria mais alta do direito, a Constituição. Neste cenário, a lei, que antes fora medida exclusiva de todas as coisas, cede espaço para a Constituição e se converte, ela mesma, em objeto de medição. Neste sentido, a unidade do direito, segundo as exigências do Estado Constitucional, fez com que se reconhecesse a excepcional importância da função jurisdicional, bem como o deslocamento das fontes, pois enquanto no Estado de Direito vigorava o império da lei, no Estado Constitucional os juízes são os senhores do direito. Contudo, adverte que “os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado. São, mais



exatamente os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional, isto é, os que garantem a necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça<sup>65</sup>.

Assim, a construção judicial dos conteúdos constitucionais é uma decorrência necessária da própria estrutura normativa da Constituição. Conforme visto, no caso de normas hipotéticas, a consequência jurídica está ligada a uma hipótese de incidência expressa por meio de conceitos abstratos e de linguagem vaga, o que leva a suscitação de freqüentes controvérsias quanto à inclusão ou não de uma determinada situação particular no âmbito da regulação normativa. Ao decidir tais questões por meio do procedimento de subsunção, juízes e tribunais estabelecem a correspondência ou não entre o fato concreto e a hipótese abstrata, adjudicando à norma um sentido específico e, desse modo, dotando-lhe de uma precisão de conteúdo da qual se ressentia.

No caso de colisões de princípios constitucionais, que são normas sem hipótese de incidência definida, juízes e tribunais procedem por meio de ponderação, a fim de decidir qual deles há de prevalecer à vista das circunstâncias do caso concreto. O resultado da ponderação equivale à declaração de que a consequência jurídica do princípio prevalente incide naquela situação particular, bem como de que, em contrapartida, não incide a consequência jurídica do princípio deslocado. Assim, a ponderação conduz ao estabelecimento da própria hipótese de incidência do princípio prevalente, ou seja, de uma regra só formulada no plano da decisão judicial.

Além disso, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos legislativos inferiores, seja pelo sistema difuso, seja pelo sistema concentrado, quando têm de confrontar as regras e princípios constitucionais, em sua abertura textual, com as normas mais precisas e detalhadas do direito ordinário, juízes e tribunais delimitam proibições, mandamentos e permissões substantivas da Constituição, bem como as

---

<sup>65</sup>“*Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia*”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 153, tradução livre.

competências legislativas dos poderes públicos, outra vez especificando conteúdos que não tinham uma correspondência exata no texto constitucional em si mesmo.

Finalmente, em razão da cláusula de não-tipicidade dos direitos fundamentais, nos ordenamentos constitucionais que a consagram, juízes e tribunais constitucionais estão autorizados a integrar à ordem jurídica normas *jusfundamentais* que não foram objeto de expressa enumeração, mas que estariam implícitas ou pressupostas na Constituição. Pelo procedimento de integração, incorporam-se direitos que, em seu conteúdo particular, não constavam expressamente do catálogo *jusfundamental*.

A construção judicial dos conteúdos normativos da Constituição por meio dos procedimentos de subsunção, ponderação, controle da lei e integração é suscetível de demonstração, entre nós, através da análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A este assunto serão, por isso, dedicados os próximos tópicos.

### **3.1.1. Casos de construção mediante subsunção**

Por fatos ocorridos entre os anos de 1991 e 1992, Maurício Fernandez Norambuena<sup>66</sup> foi condenado, no Chile, a duas penas de prisão perpétua, pelos crimes de homicídio do Senador Jaime Guzmán Errázuriz, extorsão mediante seqüestro de Cristián Edwards Del Rio, filho de um jornalista, e de formação de quadrilha armada. Tendo o condenado se evadido para o Brasil, a República do Chile requereu, com base em tratado bilateral, a sua extradição (EXT nº 855<sup>67</sup>). As sentenças penais chilenas, contudo, haviam qualificado os crimes pelos quais Norambuena fora condenado como delitos de natureza “terrorista”, em razão do que dispunha a legislação do país, nomeadamente a Lei nº 18.314/84. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal colocou-se a questão de saber, como consta do voto do Ministro Celso de Mello, “se a atribuição de caráter terrorista aos delitos

---

<sup>66</sup>Ou Maurício Fernández Norambuena, ou Maurício Hernández Norambuena, ou Maurício Hernandez Norambuena. A grafia exata do nome do extraditando não era certa.

<sup>67</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradicação 855-2. República do Chile. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2004. disponível em:

[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=Ext&processo=855&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Ext&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M)-, acesso em 12 março de 2007.

subjacentes a este pedido extradicional teria o condão de fazer incidir, na espécie, a cláusula de vedação inscrita no art. 5º, LII, da Constituição Federal”, segundo o qual “não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

A controvérsia, neste particular, certamente girava em torno de uma norma hipotética. O art. 5º, inc. LII, da Constituição da República do Brasil de 1988, claramente liga uma consequência jurídica, a proibição de extraditar o estrangeiro, a uma hipótese de incidência, qual seja, a prática de “crime político ou de opinião”, expressões que correspondem a conceitos abstratos e vagos. Abstratos porque se referem a classes ou universos de situações (crimes políticos ou crimes de opinião); vagos porque tais conceitos abstratos são imprecisos quanto à abrangência ou não de certos casos singulares. Assim sendo, a incidência ou não da limitação ao poder de extraditar depende de subsumir-se ou não, à luz do caso concreto, o fato delituoso praticado pelo extraditando no conceito de crime político ou de opinião. Na situação específica, a decisão a ser proferida na Extradicação nº 855, dada a polêmica proposta pelo próprio relator da ação, entre outros tantos pressupostos, exigia o exame da correspondência ou não entre os crimes cometidos por Norambuena (homicídio, seqüestro e quadrilha armada), que haviam recebido a qualificação de atos terroristas pela Justiça Chilena, e a idéia de crime político.

Em um acórdão longo e rico em debates, o Supremo Tribunal Federal deferiu a extradição<sup>68</sup>, assentando, nos termos da ementa do julgado, que “os atos delituosos de natureza terrorista [...] não se subsumem à noção de criminalidade política”. De acordo com a decisão, a Constituição do Brasil “proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII)” e, não bastante, qualificou “o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos [...], tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII)”. Por isso, “o estatuto da criminalidade política não se revela aplicável, nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas”.

---

<sup>68</sup>Como Norambuena fora condenado no Chile a duas penas de prisão perpétua, e a Constituição do Brasil de 1988 não admite tais penas, a extradição foi deferida sob a condição de comutação, pelo Estado Chileno, das penas de prisão perpétua em prisão temporária (máximo de 30 anos).

Pesou na decisão do Supremo Tribunal o fato de os crimes de Noranbuena terem sido cometidos após o ocaso da ditadura do general Augusto Pinochet, quando a República do Chile experimentava situação de normalidade democrática. Segundo anota o julgado, os partidos políticos, inclusive os de esquerda, já se encontravam em situação de legalidade, e o povo chileno, em eleições livres, abertas e democráticas, havia escolhido, em 1989, Patricio Aylwin Azócar como novo Presidente da República. Além disso, mereceu destaque o fato de Noranbuena ter sido condenado por tribunal integrante da estrutura permanente do Poder Judiciário do Chile, não se cuidando, portanto, de tribunal de exceção, ou instituído *ex post facto* ou organizado *ad hoc* para o julgamento de uma causa penal específica ou de um réu determinado. Assim, ainda que se tratassem de atos terroristas com alegada motivação política, o ambiente em que praticados não permitia seu enquadramento como crimes políticos, mas meramente comuns.

É bem verdade que, no caso, os crimes praticados por Noranbuena não chegaram a ser identificados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal concretamente como atos de terrorismo. O debate em torno da matéria se deu, apenas, sob a perspectiva de que, ainda que se admitisse tais crimes como atos de terrorismo, conforme a designação que lhes havia emprestado a Justiça Chilena no julgamento, de qualquer modo não seria admissível, dado o contexto social e político em que cometidos e ainda a ausência da nota de dignidade que muitas vezes caracteriza a criminalidade política, estender aos terroristas o regime benéfico relacionado às limitações do poder estatal de extraditar. É também importante registrar que o Ministro Sepúlveda Pertence expressamente ressaltou, em uma de suas intervenções na sessão de julgamento que “é preciso levar em conta o ambiente em que praticado o dito ato terrorista”, porque dependendo do cenário histórico pode não restar “à oposição ao regime de força dominante nenhuma alternativa à ação violenta”.

Mas o que interessa destacar, para efeitos ilustrativos, é que a decisão do Supremo Tribunal Federal excluiu do conceito de crime político, ao menos em linha de princípio, os atos de terrorismo, subsumindo estes, diversamente, no conceito de crime comum. Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal adjudicou à norma do art. 5º, inc. LII, um conteúdo de sentido que, na sua especificidade, não correspondia a uma prévia e acabada formulação legislativa. Segundo o Supremo Tribunal Federal, os atos de terrorismo, sobretudo se praticados no contexto de um regime democrático e mesmo

quando cometidos sob o pretexto da motivação política, não impedem a extradição do estrangeiro à Justiça do Estado que o reclama.

Outro caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal é igualmente ilustrativo. No dia 23 de agosto de 1993, um grupo de auditores fiscais da receita federal, acompanhado de policiais federais, realizou operação de busca e apreensão nos dois escritórios contábeis da empresa S.A Organização Excelsior Contabilidade e Administração, na cidade do Rio de Janeiro, sem autorização judicial, e arrecadou livros e documentos contábeis e fiscais da empresa, cuja análise gerou a abertura de processos tributários e criminais em desfavor da referida empresa e de seus sócios dirigentes.

Diante deste fato, a empresa fiscalizada impetrou *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.788-8<sup>69</sup>), contra decisão denegatória do mesmo *writ*, originariamente impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça. Alegou que a documentação obtida pelos auditores fiscais e que gerou a abertura dos processos tributários consistia em prova colhida por meios ilícitos, inadmissível, portanto, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988, porquanto para sua obtenção houve violação de domicílio, em desacordo com a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, XI, da mesma Constituição.

Segundo o art. 5º, XI, da Constituição, “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Por outro lado, o art. 5º, LVI, da Constituição, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Note-se que os incisos XI e LVI do art. 5º da Constituição veiculam, do ponto de vista de sua estrutura lógica, normas hipotéticas, porque ligam conseqüências jurídicas (no caso, proibições) a determinadas hipóteses de incidência. Com efeito, de acordo com o inciso XI, se o morador de uma casa não dá o seu

---

<sup>69</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 82.788-8. Rio de Janeiro. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 abril 2005. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurs o=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurs o=0&tip_julgamento=M), acesso em 17 março de 2007.

consentimento, e a menos que seja caso de flagrante delito ou desastre, ou de socorro que tenha de ser prestado, ou que exista determinação judicial de ingresso durante o dia (hipótese de incidência), ninguém pode nela penetrar (conseqüência jurídica). E, de acordo com o inciso LVI, se as provas que fundamentam a acusação foram obtidas por meios ilícitos (hipótese de incidência), seu uso é inadmissível no processo (conseqüência jurídica).

Observa-se que as hipóteses de incidência das normas referidas são compostas de conceitos abstratos e vagos, tais como “casa” e “meios ilícitos”. Desse modo, a solução da controvérsia dependia de subsumir-se ou não os escritórios de contabilidade em que realizadas as operações no conceito normativo de “casa”, bem como de subsumir-se ou não o material apreendido pela fiscalização tributária, nas circunstâncias em que o foram, ou seja, no estabelecimento profissional e sem mandado judicial, no conceito de “provas obtidas por meios ilícitos”. Nestes exatos termos, o Ministro Celso de Mello, Relator, preliminarmente situou a questão:

A presente impetração suscita duas questões básicas de cuja resolução depende o julgamento da controvérsia instaurada nesta sede processual. A primeira questão consiste em saber se os agentes da Administração Tributária, ainda que acompanhados de policiais federais, podem ou não, sem autorização judicial ingressar, de modo legítimo, em escritório de contabilidade, em espaço privado não aberto ao público, contra vontade do seu titular que nele desempenhe atividade profissional, com o objetivo de apreender documentos ali existentes, como livros, registros contábeis e fiscais e ‘memória’ de computadores (‘hard disk’). A outra questão, por sua vez, para ser adequadamente definida, exige resposta a uma indagação, que assim pode ser formulada: revestem-se ou não de legitimidade jurídica, para efeito de válida instauração de *‘persecutio criminis’*, por suposta prática de delito contra a ordem tributária, os dados probatórios resultantes de diligência fazendária executada sem mandado judicial e no interior de compartimento não aberto ao público, localizado em escritório de contabilidade?

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, decidiu que: 1) escritório de contabilidade, como espaço privado, não aberto ao público, subsume-se ao conceito normativo de casa, portanto, desfruta da proteção constitucional de inviolabilidade domiciliar, prevista no art. 5º, XI, da Constituição; 2) a prova obtida em transgressão à inviolabilidade domiciliar é prova obtida por meio ilícito, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição, e não pode ser utilizada em qualquer processo.

No julgamento<sup>70</sup>, o Supremo Tribunal ressaltou que o conceito de “casa”, para o fim de proteção jurídico-constitucional a que se refere o inciso XI do art. 5º da Constituição, reveste-se de caráter amplo, pois compreende na abrangência de sua designação tutelar, “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, e que este “amplo sentido conceitual da noção jurídica de ‘casa’ revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal”. Assim, a apreensão de livros contábeis e outros documentos por agentes fiscais, sem prévia autorização judicial, no interior de um escritório de contabilidade, em área não aberta ao público, teria configurado desrespeito à cláusula constitucional de inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI), “daí resultando a conseqüente ilicitude material da prova penal colhida na questionada diligência estatal”. Trata-se, aí, como também no caso anterior, de exemplo bastante nítido de construção de conteúdo normativo da Constituição por meio do procedimento de subsunção.

### **3.1.2. Casos de construção mediante ponderação**

Em 19 de novembro de 1990, Heloísa Maria Marques da Rosa deu a luz às gêmeas Thais Marques Rosa e Lívia Marques Rosa, na cidade de Porto Alegre. De acordo com Heloísa, o pai das meninas era José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Todavia, como José Antônio contestava o fato, foi proposta uma ação de investigação de paternidade em seu desfavor. Ordenada a prova pericial específica, mediante análise de grupos sanguíneos e outras investigações, José Antônio Gomes Pinheiro Machado comunicou que não se submeteria a exames, e a juíza de primeira instância, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, determinou que o réu comparecesse à realização dos exames, sob pena de “condução sob vara”.

---

<sup>70</sup>De acordo com o voto do Relator, Ministro Celso de Mello.

Em face da decisão, José Antônio impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal um *Habeas Corpus* (HC nº 71373-4<sup>71</sup>), alegando que a determinação judicial consistia em coação ilegítima, ofensiva de seu direito constitucionalmente garantido de inviolabilidade da integridade física, bem como de sua liberdade de locomoção. Além disso, sustentou existir na ordem ilegalidade e abuso de poder, porque haveria prática de violência equivalente a prisão sem configuração delituosa, configurando violação aos princípios constitucionais do art. 5º, incisos II, X e LXI, da Constituição do Brasil de 1988.

Configurava-se, assim, uma colisão entre dois bens constitucionalmente protegidos, o direito da criança à sua real identidade (art. 227 da Constituição) e o direito à intangibilidade física da pessoa (art. 5º, incisos II, X e LXI), de modo que caberia ao Supremo Tribunal Federal definir, no caso concreto, qual dos dois princípios deveria preponderar - o direito fundamental à determinação da paternidade genética ou o direito do suposto pai à sua intangibilidade física -, porquanto ambos estavam situados no mesmo nível hierárquico normativo, isto é, na Constituição, além de carecerem da definição das respectivas hipóteses de incidência.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, mas em votação apertada, vencidos os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, deferiu o pedido do *Habeas Corpus*, sedimentando que, na espécie, deve prevalecer o princípio que protege a intangibilidade do corpo humano e da dignidade da pessoa humana. Para o Tribunal, a recusa do suposto pai há de ser resolvida não no campo da violência física (ainda que se tratasse de uma simples espetadela<sup>72</sup>), mas no plano instrumental, de acordo com as normas infraconstitucionais que regulamentam o processo civil (parágrafos 2º e 3º do art. 343 do Código de Processo Civil), que determinam que a recusa do réu implica presunção de reconhecimento do fato da paternidade e a procedência da respectiva ação.

---

<sup>71</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n. 71373-4. Rio Grande do Sul. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek; Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio. 10 de novembro de 1994. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurs=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurs=0&tip_julgamento=M), acesso em 12 março de 2007.

<sup>72</sup>Expressão utilizada no voto do Relator, Ministro Marco Aurélio.



No caso, um argumento de peso para a concessão do *habeas corpus* decorreu do entendimento da maioria dos ministros de que o interesse do menor na definição da paternidade genética é meramente pessoal e de fundo patrimonial. Segundo os dissidentes, especialmente o Ministro Ilmar Galvão, tratava-se de “interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física”. Mas segundo o Ministro Marco Aurélio, designado Relator para o acórdão, não se trata de hipótese em “que o interesse público sobrepõe-se ao interesse individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana”.

Conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as divergências, deu prevalência ao direito à intangibilidade física da pessoa em detrimento do direito da criança em conhecer sua origem genética. Assim, construiu uma hipótese de incidência relativamente ao princípio da inviolabilidade do corpo ou da integridade física, formulando uma regra não constante do plano textual da Constituição em seu conteúdo particular, e segundo a qual em ação de investigação de paternidade, havendo recusa do réu (hipótese de incidência), é proibido o uso de coação física oficial para realizar a coleta do material para exame de DNA (conseqüência jurídica).

As colisões de princípios constitucionais são normalmente pensadas como contradições entre direitos individuais, mas podem ocorrer também entre direitos individuais e prerrogativas estatais ou bens coletivos. Desse tipo foi o caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 2040-1<sup>73</sup>. Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz, mexicana, teve sua prisão preventiva decretada pela autoridade judiciária do seu país, por crime de corrupção de menores, no ano de 1999, ocasião em que se encontrava no

---

<sup>73</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 2.040-1. Distrito Federal. Reclamante: Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. 21 fevereiro de 2002. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=2040&recuso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=2040&recuso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 18 março de 2007.

Brasil. Assim, foi inaugurado processo de extradição (EXT n. 783<sup>74</sup>) em face a existência de tratado celebrado entre o México e o Brasil.

Enquanto aguardava a tramitação do processo na carceragem da Polícia Federal em Brasília, a extraditanda denunciou estar grávida em decorrência de estupro, que teria sido praticado pelos servidores responsáveis por sua custódia. Tais fatos provocaram a instauração do Inquérito Policial n. 2001.33722-4, objetivando apurar as responsabilidades dos policiais. Em 16 de janeiro de 2002, o Delegado de Polícia responsável pelas investigações requereu a realização de exame de DNA, como único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez de Glória e, com isso, apurar as possíveis responsabilidades administrativas e penais dos aludidos funcionários públicos.

Todos os policiais que se encontravam trabalhando no plantão e na custódia da extraditanda se comprometeram, espontaneamente, a fornecer material genético para exame. Entretanto, Glória se recusou a fazer o mesmo, bem como em declarar quem seria o pai do nascituro, vindo a postular ao Supremo Tribunal Federal que impedisse a realização de exames do seu material genético e do nascituro, com base no art. 5º, X e XLIX, da Constituição do Brasil de 1988. Glória alegou serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, bem assim ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Consignou, ainda, que a coleta de qualquer material genético seu ou de seu filho dependia da sua expressa autorização, como mãe, alegando o direito constitucional de não ter sua intimidade violada.

Novamente, a hipótese era de colisão entre princípios constitucionais. De um lado, o direito à integridade física e à preservação da intimidade, protegidos pela Constituição do Brasil e invocados pela reclamante como fundamento para não realização compulsória dos exames. De outra parte, em confronto com esses bens, estavam o direito à honra e imagem dos policiais federais acusados do estupro da extraditanda, bem como os

---

<sup>74</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição n. 783. México. Requerente: Governo dos Estados Unidos Mexicanos. Extraditanda: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Relator: Ministro Néri da Silveira. 07 dezembro 2000. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=Ext&processo=783&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Ext&processo=783&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 18 março de 2007.

bens jurídicos da coletividade, tais como a moralidade e a segurança pública, também protegidos constitucionalmente, invocados pela Polícia Federal como fundamentos da realização do exame do material genético.

Assim, a controvérsia que se estabeleceu envolvia a colisão de direitos individuais da reclamante, especialmente o de guardar sob segredo o nome do pai do nascituro, com direitos individuais dos agentes da polícia federal acusados de estupro, especialmente o direito à proteção da honra pela revelação da verdade, e com o interesse do Estado em apurar eventuais responsabilidades penais e administrativas dos seus agentes, em observância ao princípio da moralidade administrativa e visando preservar instituições como a Polícia Federal, a Justiça e o próprio Governo Brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, não deu provimento à Reclamação. Ponderando os valores constitucionais em conflito, entendeu pela prevalência tanto do direito fundamental à honra e à dignidade dos policiais acusados do crime, como do interesse público de preservação da moralidade administrativa, da persecução penal estatal e da segurança pública, bens jurídicos da comunidade, em detrimento do interesse meramente privado da reclamante. Em função dos elementos do caso concreto, o Tribunal entendeu ser razoável a restrição ao invocado direito à intimidade da reclamante. Para tanto, levou em conta que a coleta para o exame de DNA compreenderia material da placenta de Glória, o que caracterizaria uma “mínima invasão da intimidade da parturiente”. Segundo o Tribunal registrou, a placenta é, no pós-parto, corpo alheio ao organismo tanto da mãe como da criança, sendo por isso considerado pela perícia médica como “refugio hospitalar<sup>75</sup>”.

Ao decidir assim, o Supremo Tribunal Federal outra vez construiu uma regra que, em seu conteúdo específico, situa-se para além do plano textual originário da Constituição, determinando uma situação fática de incidência da prerrogativa estatal relativa à persecução penal. Com efeito, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem-se que: é permitida (conseqüência jurídica) a coleta de material genético da placenta

---

<sup>75</sup>Conforme esclarecimento do Ministério Público Federal, mencionado no voto do Relator Ministro Néri da Silveira.

no pós-parto, sem consentimento da parturiente e mesmo contra a sua vontade, por determinação de autoridade policial, a fim de, no curso de inquérito policial, apurar a prática e a autoria relativamente a alegado crime de estupro do qual decorreria a gravidez, que teria sido praticado por policial contra a detenta no interior da carceragem, segundo denúncia dela própria (hipótese de incidência).

### **3.1.3. Casos de construção mediante controle da lei**

Em 27 de março de 1993, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 3, que em seu art. 2º autorizava a União a instituir imposto sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. O parágrafo 2º do dispositivo acrescentou que o imposto referido não estava sujeito ao disposto no art. 150, III, *b*, e VI, da Constituição do Brasil de 1988, ou seja, que era inaplicável em relação ao mesmo a norma constitucional segundo a qual são vedadas a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu (princípio da anterioridade) e a instituição de tributos sobre o patrimônio, rendas e serviços de outros entes federados (imunidade recíproca entre União, Estados e Municípios), sobre templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos, entidades sindicais de trabalhadores, instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (imunidades tributárias). A Emenda nº 3, portanto, pretendia subtrair o novo imposto federal aos limites ao poder de tributação estatuídos no art. 150, III, *b* e IV, de modo que a cobrança da exação fiscal fosse possível no mesmo ano de sua instituição por lei e pudesse desconsiderar as imunidades estabelecidas.

Em consequência, a Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, instituiu o Imposto Provisório Sobre Movimentação Financeira (IPMF), determinou a incidência do tributo no mesmo ano de sua instituição (art. 28) e deixou de reconhecer, em prejuízo dos beneficiários (igrejas, partidos, sindicatos, imprensa, estados, municípios, etc.), as imunidades constitucionalmente previstas (arts. 3º, 4º e 8º). Diante disso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC ajuizou ação direta de

inconstitucionalidade (ADI nº 939<sup>76</sup>), e a questão central em torno da controvérsia dizia respeito a saber se o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*) e as imunidades tributárias (art. 150, VI, *a*, *b*, *c* e *d*) consistiam ou não em normas dotadas de rigidez absoluta, ou seja, imunes ao poder de reforma do poder constituinte derivado pela via de emenda constitucional. Tratava-se, sobretudo, de saber se a Emenda nº 3/93 colidia ou não com a norma do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil de 1988, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado (em relação à imunidade recíproca) e os direitos e garantias individuais (em relação ao princípio da anterioridade e demais imunidades tributárias).

O art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil de 1988, estatui uma proibição. Com efeito, proíbe emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa do Estado ou os direitos e garantias individuais. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 3/93 estabelecia uma permissão, qual seja, a de que a União cobrasse o IPMF no ano de sua instituição e de entes imunes para fins tributários. Assim sendo, a decisão a ser proferida na ADI nº 939 no sentido da inconstitucionalidade ou não da Emenda nº 3/93 dependia, essencialmente, de decidir-se se as permissões dadas à União eram compatíveis ou não com as proibições impostas pela norma constitucional. Tratava-se, pois, delimitar a extensão de uma proibição constitucional enunciada em termos amplos (vedação de abolição da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais) no confronto com permissões mais específicas da emenda (possibilidade de excepcionar o princípio da anterioridade e as imunidades tributárias em relação ao IPMF).

Por maioria, ao cabo de um processo que envolveu a apresentação por advogados, procuradores e juízes de pontos de vista os mais variados e divergentes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: 1) o princípio da anterioridade tributária é garantia individual do contribuinte e, embora não constante da declaração *jusfundamental* do art. 5º, qualifica-se como direito imune ao poder de reforma pelo poder constituinte derivado; 2) ao possibilitar a tributação pela União de Estados e Municípios relativamente ao novo

---

<sup>76</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

imposto, a emenda impugnada violou o princípio federativo, isto é, revelou-se tendente a abolir a forma federativa do Estado; 3) as demais imunidades tributárias, embora não constituindo direitos individuais em sentido próprio, visam a garantir o exercício de liberdades fundamentais (religiosa, política, sindical, de expressão), razão pela qual estão também protegidas contra a abolição. Em conseqüência, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da emenda e da legislação complementar correlata.

Como se percebe, ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal fixou a extensão das proibições substantivas constantes do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil de 1988, sustentando que as mesmas eram abrangentes da edição de atos legislativos inferiores que procurassem excepcionar a incidência do princípio da anterioridade e das imunidades tributárias, ainda que se trate de imposto novo. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal adjudicou à norma do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil de 1988, um conteúdo específico de sentido que não havia sido fixado, ao menos com tal precisão, no nível legislativo, ou seja, no plano do texto constitucional originário.

Outros dois casos ilustram bem a construção judicial do direito constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, no controle das leis infraconstitucionais. No Estado do Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar nº 38/89 estabeleceu a altura mínima de 1 metro e 60 centímetros como condição para investidura no cargo de Delegado de Polícia. Aprovada no concurso público então realizado em 12º lugar e já contando com 14 anos de experiência como Escrivã de Polícia, Ubertina Lopes Brandão foi impedida de assumir como Delegada de Polícia em razão de não satisfazer a exigência. Por isso, em recurso extraordinário (RE 140.889-8<sup>77</sup>) interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que não lhe reconheceu o direito de ingresso, Ubertina alegou perante o Supremo Tribunal Federal que a legislação local era inconstitucional, por violar a igualdade. Segundo as razões do recurso, a discriminação era “fundada em critério de tipologia física, insustentável na finalidade, até porque não se excluem os gordos e os obesos, não reclamando a investidura garbo e porte atlético”, principalmente porque o

---

<sup>77</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 140.889-8. Mato Grosso do Sul. Recorrente: Ubertina Lopes Brandão. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 30 de maio de 2000. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=140889&recursao=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=140889&recursao=0&tip_julgamento=M), acesso em 12 março de 2007.

requisito exigido não seria indispensável ao exercício do cargo. A exigência da Lei Complementar nº 38/89, do Estado do Mato Grosso do Sul, alcançava outros cargos do quadro da polícia civil local, de modo que a altura mínima de 1 metro e 60 centímetros era também requisito para investidura no cargo de Escrivão de Polícia. Aprovada na fase de provas de concurso público para referido cargo, Oleide Gomes Katsuragi foi, no entanto, declarada reprovada na fase de investigação social, pelo fato de possuir, apenas, 1 metro e 59 centímetros, restando também impedida de assumir. Contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que não lhe fora favorável, Oleide interpôs recurso extraordinário (RE 150-455-2<sup>78</sup>) ao Supremo Tribunal Federal, argumentando, como no caso anterior, que a legislação local era inconstitucional, porquanto estabelecia critério de admissão de natureza discriminatória, o que seria vedado por diversos dispositivos constitucionais concernentes ao postulado da igualdade.

O Supremo Tribunal Federal deu ganho de causa a Oleide Katsuragi, garantindo-lhe a posse como Escrivã de Polícia, mas o mesmo não ocorreu em relação a Ubertina Brandão, cuja negativa de investidura no cargo de Delegado de Polícia foi mantida. Independentemente de um juízo de mérito quanto à correção ou incorreção de uma ou outra das decisões, o que interessa perceber é que a divergência de soluções, a princípio surpreendente, torna-se concebível a partir de uma dupla constatação.

A primeira é a de que o princípio constitucional da igualdade desdobra-se, na verdade, em dois: de um lado, há o princípio da igualdade em sentido negativo, ou seja, no sentido de uma norma que estatui a proibição de que o legislador dê tratamento jurídico diferenciado a grupos ou pessoas em consideração a fatores ou situações que não justificam a discriminação; de outro lado, há o princípio da igualdade em sentido positivo, isto é, no sentido de uma norma que estatui, ao contrário, a permissão de que o legislador dê tratamento jurídico diferenciado a grupos ou pessoas em consideração a fatores ou situações que justificam a discriminação. Com efeito, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pressuposto explícita ou implicitamente nas decisões referidas,

---

<sup>78</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 150.455-2. Mato Grosso do Sul. Recorrente: Oleide Goems Katsuragi. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 15 de dezembro de 1998. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=150455&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=150455&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

diante do princípio constitucional da igualdade, algumas diferenciações produzidas pelo direito ordinário serão intoleráveis, mas outras poderão ser justificadas. E, justamente por isso, não se mostra acertado extrair do princípio constitucional da igualdade uma função meramente de interdição, mas também de autorização, de modo que saber se a diferença de tratamento jurídico é aceitável ou não depende da análise de cada situação normativa particular, sob o controle, por assim dizer, do teste de razoabilidade. A segunda é a de que não há delimitação precisa, na Constituição, quando à extensão das conseqüências jurídicas do princípio da igualdade, quer das proibições, quer das permissões.

Nos dois casos, por isso, tratava-se de saber se a legislação estadual que condicionava o acesso aos cargos ao fator altura mínima colidia com o princípio da igualdade em sentido negativo, enquanto proibição, ou se, ao contrário, conciliava-se com o princípio da igualdade em sentido positivo, enquanto permissão. Em resumo, no caso do RE nº 140.889-8, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a natureza das atribuições do cargo de Delegado de Polícia, que expunha os seus ocupantes à confrontação com criminosos e exigia porte físico capaz de intimidar, justificava razoavelmente a legislação que discriminava os candidatos segundo o fator altura. Mas no caso do RE nº 150-455-2, o Supremo Tribunal Federal, considerando a natureza das atribuições do cargo de Escrivão de Polícia, de cunho essencialmente burocrático e administrativo, concluiu em sentido contrário. Em ambos os casos, porém, o Supremo Tribunal Federal construiu conteúdos normativos que, em sua especificidade, não se encontravam no plano legislativo originário da Constituição, delimitando o sentido das proibições e permissões substantivas decorrentes do princípio constitucional da igualdade. De um lado, assentou que a lei que condiciona a investidura em cargo de Delegado de Polícia à altura mínima de 1 metro e 60 centímetros é permitida; de outro, que a lei que condiciona a investidura em cargo de Escrivão de Polícia à altura mínima de 1 metro e 60 centímetros é proibida.

Por fim, apresenta-se um último caso de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. No ano de 1984, na vigência da Constituição do Brasil de 1967, o Supremo Tribunal Federal deparou-se (Representação nº 1054<sup>79</sup>) com a

---

<sup>79</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Representação n. 1054. Distrito Federal. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Congresso Nacional e Senhor Presidente da República. Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Moreira



arguição de inconstitucionalidade do art. 86 do hoje revogado Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 4.215, de 27 de abril de 1963). Tal dispositivo legal estabelecia que magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de suas autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, “não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função”. Segundo o Procurador-Geral da República, autor da representação, a lei era, nesta parte, incompatível com norma segundo a qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (art. 153, § 23, da Constituição do Brasil de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 1/69, previsão idêntica consta no art. 5º, XIII da Constituição atual).

Ao debruçar-se sobre a controvérsia, o Ministro Néri da Silveira, relator originário, situou os antagonismos em jogo. Primeiro, observou que a Constituição assegura a liberdade de profissão, mas em seguida ressaltou que a mesma “não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária”. Tanto é verdade, prosseguiu, “que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades”. Contudo, disse ainda, também não ficou ao livre critério e alvitre do legislador criar as restrições que bem entenda, impondo-se “um exame aprofundado da espécie, para fixar os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as condições de capacidade”. Segundo o Ministro, ainda que a disciplina de atividades e profissões esteja compreendida no poder de polícia, “vale frisar [...] que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade”.

A abordagem da controvérsia, nesses termos, indica no sentido de que, segundo o Supremo Tribunal Federal, mesmo nos casos em que a Constituição atribui ao poder legislativo ordinário a competência para restringir direitos fundamentais, ainda assim o poder judicial não está limitado a controlar meramente a observância dos requisitos de

competência e procedimento na produção da lei, mas também para controlar a própria substância da lei, a sua validade material. Por isso que, no caso, tratava-se de sindicarem o respeito da constitucionalidade ou não do art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que proibia temporariamente o exercício da advocacia, a fim de decidir se ele excedia ou não, pelo seu conteúdo, os limites do poder de restrição da liberdade de profissão conferido constitucionalmente ao legislador ordinário.

Por maioria, restando vencido o Ministro Néri da Silveira, que não via o comando da lei como expressão de uso abusivo da prerrogativa estatal, e sendo vencedor o voto divergente do Ministro Moreira Alves, a Representação nº 1054 foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da norma impugnada, em razão de ter sido considerada injustificadamente discriminatória, franqueando-se a magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos aposentados o livre exercício da advocacia, independentemente do lapso temporal. Fixou-se, então, o entendimento de que, no amplo universo das pessoas com instrução superior em direito, é proibido ao legislador restringir a liberdade de profissão, ainda que temporariamente, apenas em relação a determinados grupos, tais como magistrados e membros do Ministério Público aposentados, sem que tal diferenciação de tratamento se revele razoável. Mais que isso, o Supremo Federal especificou a extensão do próprio poder judicial, ao reconhecer-lhe a prerrogativa de invalidar lei de competência do legislativo por falta de razoabilidade.

#### **3.1.4. Casos de construção mediante integração**

Carlos da Silva Gurgel foi envolvido em ação penal sob a imputação de mandante de crime de homicídio. Marcado o Tribunal do Júri para o dia 09 de junho de 1992, o advogado constituído por Carlos, Clóvis Sahione, pleiteou a transferência do pleito para o mês subsequente, alegando ser defensor em outro processo rumoroso, “Caso Baumgarten”, cujo julgamento, pelo Primeiro Tribunal do Júri, já estava marcado para o mesmo mês, revelando complexidade ímpar retratada em vinte e dois volumes e dois apensos. Alterada a data do júri para 16 de julho de 1992, o advogado do réu solicitou novo adiamento, alegando sofrer seqüelas de caráter físico decorrentes do julgamento anterior, que teve longa duração, conquanto iniciada no dia 30 de junho, a sessão do júri

estendeu-se por mais de quarenta e oito horas, sendo que o veredicto, no sentido da absolvição só foi proclamado na madrugada de 02 de julho. Todavia, o novo pedido de adiamento não foi deferido pelo Presidente do Tribunal de Júri, que, em face do não comparecimento do advogado do réu na data marcada para o julgamento, em 16 de julho, nomeou defensor dativo para o acusado. Durante o julgamento, o réu, Carlos da Silva, recusou-se a responder as perguntas relativas ao interrogatório, por não estar assistido por profissional de advocacia que credenciara e acabou condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão.

Desta forma, alegando cerceamento e prejuízo da sua defesa o réu impetrou *Habeas Corpus* n. 71408<sup>80</sup>, perante o Supremo Tribunal Federal, que deferiu a ordem, anulando o julgamento e determinando fosse o réu submetido a novo júri. Na decisão, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, o Tribunal registrou que “consubstancia garantia constitucional implícita o direito do acusado de ser defendido por profissional livremente escolhido e no qual, portanto, deposita confiança, a ponto de entregar-lhe a sorte da ação a que responda e cujo desfecho poderá custar-lhe a perda da própria liberdade”.

No mesmo sentido, a manifestação do Ministro Néri da Silveira, que sustentou que a “ordem constitucional pretende que todos os réus sejam devidamente assistidos e defendidos por advogados competentes, que tenham não só acompanhado o processo, mas pelo menos hajam tido condições de estudá-lo”. Tanto é assim, que a Carta Constitucional tornou a Defensoria Pública uma instituição constitucional, “em demonstração desse espírito do nosso sistema”.

Assim, ainda que o direito do acusado de ser defendido por profissional livremente escolhido não estivesse explicitamente disposto na Constituição, nem pudesse ser facilmente extraído como decorrência da garantia estabelecida no art. 5º LV da

---

<sup>80</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 71.408-1. Rio de Janeiro. Paciente: Carlos da Silva Gurgel. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 16 agosto 1994. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71408&recurs o=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71408&recurs o=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 22 março de 2007.

Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, consagrou-o como princípio constitucional implícito do nosso sistema jurídico.

Outro caso ilustra bem a hipótese de integração e o reconhecimento de princípios constitucionais implícitos, não obstante a inexistência de previsão expressa na Constituição. A Receita Federal determinou que a empresa Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito lhe prestasse informações sobre o movimento econômico dos seus clientes. Diante deste fato, a empresa interpôs medida judicial, acolhida pelos juízos de primeira e segunda instâncias, os quais entenderam que a administradora de cartões de crédito poderia se recusar a prestar estas informações ao Fisco.

Inconformada com a decisão, a União apresentou Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, autuado sob número 219.780-5<sup>81</sup>, alegando ofensa ao art. 5º, X, XII e XIV, sustentando que os agentes fiscais, no desempenho de suas funções, necessitam examinar livros, contas e outros documentos, mas que as informações fornecidas continuam resguardadas, em relação a terceiros, pelo sigilo fiscal, o que esvazia a assertiva do comprometimento da garantia da privacidade.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, reconheceu o sigilo bancário como espécie de direito à privacidade, previsto no art. 5º, X da Constituição. De acordo com o relator, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, “o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra”. Desta forma, ainda que o direito ao sigilo bancário não constasse expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua incidência e o incorporou à ordem jurídica, consagrando a existência de um direito que, até então, não fora explicitado no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>81</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 219.780-5. Pernambuco. Recorrente: União Federal. Recorrida: Credicard Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13 maio de 1999. disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recursao=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recursao=0&tip_julgamento=M), acesso em 22 março de 2007.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito constitucional do condenado em processo penal de progredir no regime, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.957-7<sup>82</sup>. Neste caso, o Tribunal registrou a existência do direito ao sistema progressivo da pena, a impossibilidade de que o condenado cumpra integralmente sua pena em regime fechado, bem como o princípio da “humanidade da pena”, como decorrências da garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano e do princípio constitucional de individualização da pena, fixados no art. 5º, incisos III e XLVI da Constituição.

A propósito da integração e do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de princípios implícitos, o Ministro Celso de Mello registrou em seu voto, em recente decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595<sup>83</sup>, a pretexto de discutir a extensão do parâmetro para controle de constitucionalidade dos atos normativos (bloco de constitucionalidade), a extensão do próprio conceito de Constituição e também da jurisdição constitucional, nestes termos:

[...] cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração deste conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto da Constituição), mas sobretudo, que sejam havidos igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e no próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. (Informativo, STF n. 258, in: SARMENTO, 2003, p.274)

Enfim, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu sua competência em declarar como fundamentais direitos que não foram expressamente enumerados na Constituição, os quais considera valores de caráter suprapositivo, como forma de garantir uma justiça efetivamente material.

---

<sup>82</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 82.959-7. São Paulo. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 fevereiro 2006. disponível em:

<[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82959&recurs o=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82959&recurs o=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 22 março de 2007.

<sup>83</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595. Espírito Santo. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 258.

### 3.2. A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O antecedente exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, realizado sem a intenção de discutir-lhes o mérito, mas de apenas descrever a sua funcionalidade, sustenta duas afirmações cruciais da presente pesquisa.

De um lado, as normas constitucionais, notadamente as *jusfundamentais*, possuem uma limitada autonomia regulativa, no sentido de que não contêm uma solução previa ou obviamente determinada para a maior parte das controvérsias de dimensão constitucional, o que decorre em essência da “textura aberta” da Constituição, especialmente de alguns correlatos fenômenos normativos de maior especificidade, tais como: a abstração e vagueza dos conceitos que enunciam as hipóteses de incidência das normas hipotéticas, a existência de normas sem hipótese de incidência definida (os princípios) e cujas conseqüências jurídicas com freqüência colidem entre si, a ausência de delimitação da extensão das proibições, mandamentos e permissões tanto das regras quanto dos princípios constitucionais e, ainda, a falta de exaustividade do catálogo de direitos, do que resulta a abertura para o reconhecimento dos direitos implícitos.

Por outro lado, em conseqüência de ser a Constituição uma ordem normativa aberta, impõe-se que os seus específicos conteúdos de regulação sejam elaborados e atualizados no momento da aplicação do direito constitucional. Por isso, na maior parte das vezes em que se defrontam com uma controvérsia de dimensão constitucional, juízes e tribunais constitucionais não exercem uma atividade puramente mecânica de revelação de sentido. Mais precisamente, trata-se antes de uma atividade dinâmica de construção (ou atribuição) de sentido, identificável indistintamente nas situações em que se procede por meio de subsunção de fatos a regras, ponderação de princípios em casos de colisão, controle da constitucionalidade de atos legislativos inferiores e da integração de direitos não expressos à ordem constitucional. Em qualquer caso, cuida-se invariavelmente de construção judicial de conteúdos normativos.

Acresce destacar agora que a tarefa dos juízes e tribunais encarregados de exercer a jurisdição constitucional se realiza com referência não a uma lei qualquer, mas, o que é óbvio, com referência à Constituição, precisamente a lei que, na sua qualidade de fundante, cumpre a função de instituir os poderes estatais e, ao mesmo tempo e mais importante, de estatuir os seus limites materiais e formais, isto é, tanto no que respeita aos modos de produção do direito como no que concerne aos seus conteúdos possíveis em face das normas de direitos fundamentais, na exata perspectiva de um Estado Constitucional de Direito. Segue daí ser de suma importância perceber que a construção judicial do direito constitucional por meio dos órgãos da jurisdição constitucional não diz respeito a questões triviais, mas à decisiva conformação da relação entre governantes e governados no marco da organização estatal.

Assim sendo, tanto em razão caráter construtivo do direito que marca a sua atuação, o que a identifica em certa medida com a tarefa legislativa, como em razão da matéria a que tal atuação se refere, ou seja, os limites do poder estatal, a jurisdição constitucional exerce, reconhecidamente, uma função de natureza política. Uma farta doutrina ressalta esse aspecto frisante da jurisdição constitucional, relacionando o seu caráter político tanto à sua qualidade de instância constitutiva do direito, quanto à gravidade dos assuntos a respeito dos quais delibera enquanto atua.

Nesse sentido, Cappelletti (1999, p. 88-90) defende ser a atividade de interpretação e atuação da norma constitucional uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, equitativa. Para ele, a jurisdição constitucional é “atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem do governo que da dos juízes comuns”, de modo que o aspecto mais sedutor, audaz e problemático estaria justamente “neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei e a sentença*, entre a *norma e o julgamento*, entre o *legislador e o juiz*” (CAPELLETTI, 1999, p. 26).

De fato, a natureza política da jurisdição constitucional é indiscutível para Cappelletti (1999, p. 114). O autor aduz que o controle judicial de constitucionalidade

é sempre destinado, por sua própria natureza, a ter também “uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado”. Após analisar os sistemas de controle de constitucionalidade de diversos países, conclui o referido autor que o fenômeno do controle judicial de constitucionalidade das leis foi ampliado, de maneira impressionante no mundo contemporâneo e se manifesta, “de fato, naquele que, certamente, é um dos mais fascinantes institutos jurídicos que foram criados pelo engenho do homem e, com certeza, um dos mais significativos da época em que vivemos”. Para o mestre italiano, a partir deste “fenômeno”, o homem tem procurado conciliar a “antiga, profunda e sempre reemergente contraposição entre o direito natural e o direito positivo, entre justiça e o direito, cuja relação dialética sempre se tem constituído em um fator vital da evolução jurídica”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 128-130)

Canotilho (1999, p. 632) defende, do mesmo modo, que a função política da jurisdição constitucional é indiscutível, ressaltando:

À jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos da direcção política. As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política. (...) Por outras palavras, o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.

Hesse (1998, p. 420-421) não destoa deste entendimento, ponderando acerca do caráter político da jurisdição constitucional nos seguintes termos:

A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais.



De acordo com Hesse (1998), a Constituição deixa, propositadamente, espaço para a atividade das forças políticas, porquanto a ausência de regulamentação de numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, não caracteriza apenas uma “renúncia à normalização determinante ou uma remissão à atualização concretizadora, mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões” (HESSE, 1998, p. 42). Nas palavras do autor:

Sob o aspecto das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e “realidade”, portanto não podem ser isoladas uma da outra. O mesmo vale para o próprio *procedimento de realização*. O conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar sobre a base das exigências – que se expressam, sobretudo, na forma de um texto lingüístico - que estão contidas na norma, e precisamente tanto menos quanto mais geral, incompleto, indeterminado é formulado o texto da norma. Para poder dirigir conduta humana na situação respectiva carece, por isso, a norma, em geral, mais ou menos fragmentária, de concretização. Essa só é possível ao, do lado do contexto normativo, as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, ser incluídas no procedimento: a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima dessas particularidades se ela não quer desacerar a situação problemática, cujo vencimento é importante para a Constituição.

[...]

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da “realidade”, que essa norma está determinada a ordenar. (HESSE, 1998, p. 49-50).

Para Hesse (1998, p.52), a consideração e a argumentação jurídica, que estão vinculadas à normatividade da Constituição, carecem “do complemento por considerações político-constitucionais que visam a produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou então, a modificar a Constituição”. Portanto, o autor conclui que a interpretação constitucional é concretização e, nesse aspecto, “a interpretação jurídica tem caráter criador” (HESSE, 1998, p. 61).

Bonavides (2004), ao asseverar que a Constituição é a mais importante fonte de conhecimento para o jurista moderno, também registra que em face do caráter aberto das normas constitucionais, abre-se espaço para sua conformação através da função concretizadora exercida pela interpretação judicial da constituição. Segundo Grau (2003, p. 197), de modo algum isso ocorre sob a perspectiva da neutralidade política do intérprete,

que “só existe nos livros, nos discursos jurídicos”. Por isso que, para Barroso (2004, p. 279), “é falsa a crença de que o direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro”. Segundo o autor:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral - e as normas constitucionais em particular - tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO, 2004, p. 345-346).

Com efeito, para Barroso (2004, p. 112), não se pode pretender “objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder”, de modo que “a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva, jamais se libertará de uma dimensão política”. Conforme seu pensamento, “não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional”, uma vez que a “racionalidade total, como bem percebeu Hesse, não é atingível no direito constitucional”.

Zagrebel'sky (2002, p. 143-148), invocando um trecho do Mercador de Veneza de Shakespeare, afirma que “quando existem distintos contextos de sentido e de valor, nem sequer a letra é uma garantia de certeza<sup>84</sup>”. Assim, para o autor, a estrutura jurídica do Estado Constitucional de Direito, embasada em estruturas normativas principiológicas, torna inevitavelmente política a função jurisdicional constitucional, o que implica que “a interpretação da Constituição adquira cada vez mais o aspecto de uma

---

<sup>84</sup>“*Cuando existen distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza*”. Tradução livre. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 146, tradução livre.

filosofia do direito<sup>85</sup>”. Assim, Zagrebelsky reconhece a excepcional importância da função jurisdicional e considera os juízes como os atuais “senhores do direito”.

Na mesma linha, ao tratar dos conceitos essencialmente controvertidos presentes na Constituição Espanhola, Iglesias Vila (2000, p. 77-102) destaca que o Tribunal Constitucional espanhol enfrenta, diariamente, um texto de “caráter abstrato e claramente controvertido<sup>86</sup>”, de modo que as suas decisões na elucidação destes conceitos “não são genuínas interpretações, senão expressões de suas convicções particulares<sup>87</sup>”. Sastre Ariza (2003, p. 241-245) aduz, igualmente, que a função jurisdicional já não pode responder a um modelo cognicista de aplicação da lei, porquanto os preceitos constitucionais deixam uma ampla margem de atuação ao juiz, que desempenha, neste contexto, uma função fortemente política. Para o autor, a incorporação dos juízos de valor no direito e a prioridade do caráter prático na solução de casos concretos supõem que a teoria jurídica deva incluir também a política do Direito. No mesmo sentido é o entendimento de Pozzolo (2003, p. 190), para quem a constitucionalização dos princípios e a vinculação entre moral e direito que caracterizam o *neoconstitucionalismo*, demandam uma atuação política e volitiva na sua aplicação, ou seja, tais direitos e valores, para serem interpretados e aplicados, demandam do julgador “uma tomada de posição moral destinada a lhes dar concreção<sup>88</sup>”.

Nas palavras de Binenbojm (2004, p. 66), o intérprete constitucional possui um significativo espaço de conformação, razão pela qual se pode dizer que “tanto o legislador como o juiz *criam* o Direito, embora o primeiro disponha de maior margem de conformação que o segundo”. Para o autor, a atividade jurisdicional não se reduz, portanto, à mera aplicação de uma vontade preexistente, ou seja, é constituída, simultaneamente, “por um ato cognitivo (de definição das possibilidades abertas pela moldura da norma) e por um ato volitivo (de escolha de uma dessas possibilidades)”.

---

<sup>85</sup> “[...] *la interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho*”. Cfe. Zagrebelsky, 2002, p. 116, tradução livre.

<sup>86</sup> “*Un texto de carácter abstracto y claramente controvertido*”. Cfe. Iglesias Vila, 2000, p. 77, tradução livre.

<sup>87</sup> “[...] *las decisiones del Tribunal Constitucional en la dilucidación de estos conceptos no son genuinas interpretaciones, sino expresiones de sus convicciones particulares*”. Cfe. Iglesias Vila, 2000, p. 101, tradução livre.

<sup>88</sup> “[...] *tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción*”. Cfe. Pozzolo, 2003, p. 190, tradução livre.

Sarmiento (2003, p.284) destaca a importante função da jurisdição constitucional como um “centro unificador da Constituição” no que concerne à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A jurisdição constitucional assume, para além de sua supremacia formal, “também uma superioridade material, por condensar, sobretudo na estatuição dos direitos fundamentais, os princípios e valores básicos da comunidade política”. Para o autor, os conceitos abstratos da Constituição se abrem, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Sarmiento (2001, p. 38-39) ressalta, ainda, que na tarefa de interpretar as normas constitucionais há um amplo espaço para o exercício da subjetividade do intérprete, em função do caráter aberto e principiológico que costuma caracterizar as normas constitucionais, seja pela natureza eminentemente política das questões que surgem nesta seara. Por isso, conclui que “na prestação da jurisdição constitucional, um certo grau de politização da justiça e de judicialização da política é natural e inevitável”. Além disso, o autor acredita que esta complexidade hermenêutica constitucional é mais acentuada, em países como o Brasil, que adotaram constituições compromissórias, as quais, “pela sua origem, acabam abrigando normas, diretrizes e valores não convergentes, já que decorrentes de cosmovisões e ideologias muito heterogêneas, o que tende a gerar a eclosão de conflitos na resolução de certas controvérsias”.

Brindeiro (2003, p. 433) enfatiza que a função judicial deve ser uma oportunidade para prática da atividade criativa pela qual o direito é moldado a fim de preencher as necessidades de uma ordem social em mudança, e, ainda, que o juiz, principalmente o juiz que realiza a justiça constitucional, deve moldar suas decisões “de modo a refletir os valores e idéias subjacentes ao sistema jurídico”.

Häberle (1997, p. 24-27) destaca a importância e a influência política da interpretação constitucional, especialmente no que diz respeito à realização dos direitos fundamentais, e, além disso, registra que “a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”, e não apenas “evento exclusivamente estatal”. Defende, assim, uma democratização da interpretação constitucional, pois quando se cuida

da Constituição enquanto processo público, mais amplo deve ser o círculo daqueles que podem participar da sua interpretação, inclusive, como meios legitimadores das decisões adotadas pelos tribunais.

Para Streck (2001, p. 251), a jurisdição constitucional, mais do que um mecanismo de controle dos poderes, é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, onde o Direito deve ser visto e entendido como instrumento de transformação social. Cittadino (2000, p. 10), analisando o posicionamento ideológico das decisões emanadas pelos tribunais constitucionais, destaca que o constitucionalismo brasileiro “atribui papel preponderantemente político ao Supremo Tribunal Federal, que deve recorrer a ‘procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais’ e orientar a interpretação constitucional pelos valores éticos compartilhados”. E Lima (2005, p. 209), destacando o caráter político das decisões emanadas da jurisdição constitucional, adverte que “embora se afirme que a Constituição é suprema, tudo dependerá da interpretação do Supremo Tribunal Federal”. E conclui:

A Constituição será aquilo que a jurisprudência do Supremo determinar. Em suma: a maioria, ou seja, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal, poderão dizer o seu significado, qualquer que ele seja e sem possibilidade de recurso. O Supremo Tribunal Federal se transforma, conseqüentemente, em uma constituinte permanente. (LIMA, 2005, p. 210).

A propósito, Oliveira (2001, p. 68-69) sustenta que a jurisdição constitucional assumiu o papel de um legislador concorrente “no sentido da realização de uma suposta ‘ordem concreta de valores’, subjacente à ordem constitucional, que desenvolveria as convicções axiológicas”. Conclui, assim, que a jurisdição constitucional teria o papel “de corrigir ou até mesmo de antecipar-se ao Legislativo, compreendendo o Direito no sentido da realização do que a nação corporificada no Estado entendesse como o bem-comum”, de modo que “a jurisdição constitucional assumiria o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição, limitando, dirigindo e antecipando-se ao Legislativo”.

Costa (2003, p. 97) ressalva, na mesma esteira de pensamento, que o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, como forma de

zelar pela supremacia da Constituição, tem “natureza eminentemente política”. E Appio (2005, p. 96-97) reforça este posicionamento, aduzindo que o “modelo de controle de constitucionalidade se caracteriza, basicamente, pela natureza política do seu conteúdo”. Para o autor, o “processo de controle concentrado é de natureza política”, e reafirma que o Brasil “confere ao Supremo Tribunal Federal uma função política da mais alta importância, na medida em que as normas constitucionais terão seu sentido definido pelas decisões adotadas em sede de jurisdição constitucional” (APPIO, 2005, p.203).

Também para Cruz (2004, p.191), as Cortes Constitucionais assumem um caráter “incondicionalmente político na condução de suas práticas hermenêuticas”. Esta característica é ressaltada no controle de constitucionalidade, que, de acordo com o autor, “recebe o influxo da atividade política e passa a ter esta natureza quando aja para criar o Direito”. Carvalho Netto (2003, p. 154-161) destaca o caráter político da jurisdição constitucional como garantia da evolução do constitucionalismo, sustentando que a “identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo como demonstra Michel Rosenfeld”. E completa, aduzindo que os direitos fundamentais só poderão continuar como uma “tensão constitutiva da sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões” se a própria Constituição se apresentar como moldura de um processo permanente de aquisição de novos direitos sociais, aquisições essas que serão, na verdade, decorrentes das “redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo uma nova leitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais” (CARVALHO NETO, 2003, p. 160-161).

Por fim, demonstrando a mesma percepção doutrinária, Prieto (1998, p. 39-44) pondera que sendo a Constituição característica do atual Estado Democrático de Direito “não apenas uma ‘super-lei’, senão algo distinto, onde podemos encontrar diretivas de atuação em sentido contraditório<sup>89</sup>”, a sua aplicação por parte dos juízes implica uma transformação no modo de julgar que conduz ao incremento da margem de discricionariedade judicial. Para o autor, esse protagonismo judicial não é uma moda passageira, mas consequência da supremacia constitucional, e assim, “a manutenção de um

---

<sup>89</sup>“[...] *la Constitución no es sólo una ‘super ley’, sino algo distinto donde podemos encontrar directivas de actuación de sentido contradictorio*”. Cfe. Prieto, 1998, p. 39, tradução livre.

sistema jurídico coroado por uma Constituição, como a descrita, tem que pagar este preço<sup>90</sup>, que supõe confiar aos juízes a última palavra sobre a lei e, em geral, sobre a legitimidade de toda norma ou decisão.

---

<sup>90</sup>*El mantenimiento de un sistema jurídico coronado por una Constitución como la descrita tiene que pagar ese precio*". Cfe. Prieto, 1998, p. 43, tradução livre.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi mencionado na Introdução, a presente Dissertação de Mestrado foi idealizada a partir da premissa de que, no marco do Estado Constitucional de Direito, o texto constitucional mostra-se geralmente insuficiente para, por si só, resolver as situações de direito constitucional controvertido, demandando dos órgãos de jurisdição constitucional mais do que uma atividade mecânica de revelação de sentido. Seguiu-se daí a instauração de pesquisa com o escopo de examinar o modo de ser das normas constitucionais no plano do texto legislativo (em especial, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), bem como o modo de sua aplicação no plano da prática judicial (em especial, do Supremo Tribunal Federal), a fim de confirmar (ou refutar) a validade da hipótese. Para otimizar a investigação, duas questões foram então objetivamente formuladas:

1) Quanto ao modo de ser no plano do texto legislativo:

Quais são as causas ou razões pelas quais as normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, não contêm uma solução óbvia ou previamente determinada para a maior parte das controvérsias constitucionais?

2) Quando ao modo de aplicação no plano da decisão judicial:

Quais são os efeitos dessa limitada autonomia regulativa das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, no que concerne à tarefa da jurisdição constitucional que compete aos tribunais constitucionais?

Do conjunto da exposição constante dos capítulos antecedentes, pode-se afirmar agora que as respostas encontradas são, em essência, as seguintes:



1) A falta de autonomia regulativa das normas constitucionais decorre da “textura aberta” da Constituição, especialmente de alguns correlatos fenômenos de maior especificidade, tais como: a abstração e vagueza dos conceitos que enunciam as hipóteses de incidência das normas hipotéticas, a existência de normas sem hipótese de incidência definida (os princípios) e cujas conseqüências jurídicas com freqüência colidem entre si, a ausência de delimitação da extensão das proibições, mandamentos e permissões tanto das regras quanto dos princípios constitucionais e, ainda, a falta de exaustividade do catálogo de direitos, do que resulta a abertura para o reconhecimento dos direitos implícitos.

2) Em conseqüência de ser a Constituição uma ordem aberta, impõe-se que os seus específicos conteúdos de regulação sejam elaborados e atualizados no momento da aplicação do direito constitucional. Por isso, na maior parte das vezes em que se defrontam com uma controvérsia de dimensão constitucional, juízes e tribunais constitucionais exercem uma atividade dinâmica de construção (ou atribuição) de sentido, identificável indistintamente nas situações em que se procede por meio de subsunção de fatos a regras, ponderação de princípios em casos de colisão, controle da constitucionalidade de atos legislativos inferiores ou da integração de direitos não expressos à ordem constitucional.

3) A construção judicial do direito constitucional por meio dos órgãos da jurisdição constitucional, uma vez que se realiza com referência à Constituição, repercute decisivamente sobre a conformação da relação entre governantes e governados no marco da organização estatal. Assim sendo, tanto em razão do caráter atributivo de conteúdos normativos que marca a sua atuação, como em razão da gravidade da matéria a que tal atuação se refere, ou seja, os limites do poder estatal e a extensão dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional exerce, reconhecidamente, uma função de natureza política.

Assim articuladas, as respostas encontradas confirmam a hipótese inicial, qual seja, a de que a atividade realizada no âmbito da jurisdição constitucional não se reduz a um modo de proceder segundo o modelo clássico da interpretação, entendida no sentido de descobrimento de um sentido normativo pré-existente, conquanto oculto ou encoberto.

Juízes e tribunais constitucionais constroem o próprio conteúdo normativo do direito constitucional no momento da decisão, quando problematicamente se defrontam com controvérsias reais, seja no âmbito de conflitos intersubjetivos, seja em sede de processos objetivos.

Para finalizar, duas ressalvas parecem oportunas.

Muito embora a presente pesquisa tenha se concentrado, de modo predominante, no texto normativo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na experiência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, acredita-se que as conclusões ventiladas expressam um fenômeno de bem mais larga incidência, comum à experiência contemporânea de muitas nações ocidentais, de modo que os resultados obtidos podem constituir elementos úteis à estruturação de uma teoria geral a respeito da construção judicial do direito constitucional e da função política da jurisdição constitucional.

E, conquanto a pesquisa tenha deliberadamente optado por uma abordagem descritiva, não mais do que pretendendo demonstrar que a jurisdição constitucional é efetivamente construtora dos conteúdos constitucionais, tal não deve fazer supor que se esteja a subestimar a relevância do debate em torno do *dever-ser* da prática judicial, isto é, dos modos pelos quais juízes e tribunais constitucionais devem proceder a fim de que suas decisões se mantenham nos limites da racionalidade e não careçam de legitimidade. Trata-se, sem dúvida, de questão capital para a teoria constitucional, mas que, por escapar aos estreitos limites da presente pesquisa, tem de ficar para uma futura empreitada.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997. (ref. 1997a). 208 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. (ref. 1997b). 607 p.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. Tradução de Alfonso García Figuerola. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 31-47.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. 350 p.

ATALIBA, GERALDO. *Hipótese de incidência tributária*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 252 p.

APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. 222 p.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-48.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, 11, out.-dez. 2005, p. 21-65.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002. 690 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 240 p.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Derecho*. Tradução de Jorge Guerrero R. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999. 269 p.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 526 p.

BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e o devido processo legal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 423-433.

CADEMARTORI. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 142 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedida, 1999. 1414 p.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006. 416 p.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-164.

CORREAS, Óscar. *Teoría del Derecho*. Barcelona: M.J.Bosh, S.L., 1995. 309 p.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003. 120 p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 246 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 272 p.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. 276 p.

DWORKIN, J. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002. 568 p.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Batista Machado. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. 333 p.

FALLON, Richard. *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law*. Cambridge: University Press, 2004. 336 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

\_\_\_\_\_. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 181 p.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 159-185.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 376 p.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 240 p.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. Tradução de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.49-73.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 172 p.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 65 p.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia. Síntese de um novo milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. 576 p.

IGLESIAS VILA, Marisa. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. *Doxa* n. 23, ano 2000, p. 77-104.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. 506 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. 377 p.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editoreales de Derecho Reunidas, 1978. 872 p.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle de Poder. É efetiva a Constituição Brasileira?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. 296 p.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 213-313.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. v.1*. 9 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2000. 627 p.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, funções e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 208 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446 p.



MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 329 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1993. 485 p.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 99-121.

PEÑA, Antonio Manuel. Constitucionalismo Garantista y Democracia. *Revista Crítica Jurídica*, n.22, 2003. p. 33-51.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? In: CRUZ & SAMPAIO, Alvaro Ricardo de Souza e José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.67-91.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 10 ed. Florianópolis:OAB/SC, 2001. 208 p.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6 ed. Madrid:Tecnos, 1995. 231 p.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 308 p.

POZZOLO, Suzana. Un constitucionalismo ambiguo. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. 127 p.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA.v. 110. Brasília: Supremo Tribunal Federal, dez. 1984. Trimestral. p. 925-1500. 576 p.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995. 211 p.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. 432 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 386 p.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ & SAMPAIO, Alvaro Ricardo de Souza e José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 09-43.

\_\_\_\_\_. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 239-258.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira. In: CRUZ & SAMPAIO, Alvaro Ricardo de Souza e José Adércio

Leite (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 249-291.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985. 136 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 816 p.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 347-383.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976. 112 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002. 156 p.