



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

RAFAEL MARCÍLIO XEREZ

**DIMENSÕES DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS:  
Teoria, Método, Fato e Arte**

Salvador  
2012

RAFAEL MARCÍLIO XEREZ

**DIMENSÕES DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS:  
Teoria, Método, Fato e Arte**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro

Salvador  
2012

## FICHA CATALOGRÁFICA

**RAFAEL MARCÍLIO XEREZ**

**DIMENSÕES DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS:  
Teoria, Método, Fato e Arte**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Público,  
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte

Banca Examinadora

Celso Luiz Braga de Castro - Orientador \_\_\_\_\_

Doutor em Direito (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE)  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

\_\_\_\_\_  
Titulação  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

\_\_\_\_\_  
Titulação  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

\_\_\_\_\_  
Titulação  
Instituição

\_\_\_\_\_  
Titulação  
Instituição

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

Para Valentina e Alessandro.

## AGRADECIMENTOS

À Manuela, companheira de tantas aventuras.

A Lena e Maurício, por me inspirarem o gosto pelo direito, pela arte e pela vida.

À Irma, com carinho sem fim.

Ao Prof. Celso Luiz Braga de Castro, por ter acreditado neste trabalho.

Ao Prof. Rodolfo Pamplona Filho, pelo apoio durante minha estadia baiana.

Ao Prof. Heron José de Santana Gordilho, pelas contribuições dadas a este estudo.

À Universidade Federal da Bahia, nas pessoas dos professores e servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela acolhida e lições inestimáveis desta *alma mater* generosa.

Ao Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, por ter autorizado minha frequência às aulas do Curso de Doutorado da Universidade Federal da Bahia.

A José Gonzalez Garcia, amigo estimado.

A Maria das Graças Araújo, pelo amor e cuidados ofertados aos meus filhos.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	.....	antes de Cristo
ADI	.....	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art(s).	.....	artigo(s)
CF	.....	Constituição Federal
cf.	.....	conferir
CLT	.....	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	.....	Código de Processo Civil
CTN	.....	Código Tributário Nacional
coord(s).	.....	coordenador(es)
d.C.	.....	depois de Cristo
EC	.....	Emenda Constitucional
ed.	.....	edição
EUA	.....	Estados Unidos da América
HC	.....	Habeas Corpus
inc(s).	.....	inciso(s)
judg.	.....	juízo
Min.	.....	Ministro
min.	.....	minutos
n.	.....	número
orgs.	.....	organizadores
p.	.....	página
RE	.....	Recurso Extraordinário
reimp.	.....	reimpressão
RHC	.....	Recurso em Habeas Corpus
s/d	.....	sem data
STF	.....	Supremo Tribunal Federal
tir.	.....	tiragem
trad.	.....	tradução
vol.	.....	volume

## RESUMO

A concretização de direito fundamental consiste na transposição do direito fundamental enquanto “dever ser”, contido na norma, para a condição de “ser”, manifestado como conduta efetivamente praticada. Concretizar direito fundamental significa, portanto, transformá-lo em realidade. A concretização de direitos fundamentais envolve aspectos teóricos, os quais buscam estabelecer os fundamentos para efetivação dos direitos fundamentais, bem como aspectos práticos, voltados à interpretação e aplicação das normas de direito fundamental. Dessa forma, pode-se definir a concretização dos direitos fundamentais como o conjunto de ideias e práticas orientadas à atribuição de máxima eficácia às normas de direito fundamental, com a finalidade de efetivação destes direitos. É possível identificar quatro dimensões distintas da concretização dos direitos fundamentais, quais sejam: *a)* dimensão teórica, *b)* dimensão metódica, *c)* dimensão fática e *d)* dimensão estética. Estas dimensões existem simultaneamente e encontram-se imbricadas. A compreensão da concretização dos direitos fundamentais, portanto, depende da análise destas dimensões, consideradas não como elementos isolados, mas como partes indissociáveis de um mesmo fenômeno. Em sua *dimensão teórica*, a concretização dos direitos fundamentais consiste na teoria que compreende as normas de direito fundamental como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, incidentes sobre as relações mantidas com a Administração Pública e entre particulares. Esta dimensão fornece os fundamentos teóricos necessários à atividade de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental. Em face da natureza prática do direito, a concretização dos direitos fundamentais não pode ser limitada a uma dimensão teórica. De nada adiantaria a construção de uma teoria da concretização dos direitos fundamentais se esta não fosse acompanhada de um método de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental capaz de efetivá-los no caso concreto. Em sua *dimensão metódica*, a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como o método para interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, compreendidas como normas de conduta, dotadas de aplicabilidade imediata, que possibilita a construção da norma do caso concreto com fundamento naquelas. A concretização dos direitos fundamentais não poder ser analisada, exclusivamente, sob uma perspectiva normativa dissociada da realidade. Em sua *dimensão fática*, a concretização dos direitos fundamentais pode ser compreendida como as condutas humanas efetivamente praticadas que materializam posições subjetivas de vantagem abstratamente previstas em normas de direito fundamental. A concretização dos direitos fundamentais não resulta de uma operação lógico-dedutiva, mas, antes, manifesta-se como um ato expressivo capaz de gerar uma experiência estética. A experiência estética produzida pela norma jurídica resultante da aplicação de norma de direito fundamental consiste na *dimensão estética* da concretização dos direitos fundamentais. Sob uma perspectiva estética, os espíritos apolíneo e dionisíaco, juntos e harmonizados, deverão inspirar o aplicador da norma jurídica na construção da norma do caso concreto. Somente com o equilíbrio entre norma e vida, segurança e liberdade, Apolo e Dionísio, é possível a concretização dos direitos fundamentais. Alcançado este intento, o direito torna-se arte e a justiça, realidade.

Palavras-chave: Direito fundamentais. Concretização. Dimensões.

## ABSTRACT

The construction of fundamental rights means the transposition of the fundamental right as a “must be”, predicted by the norm to the condition of a “being”, manifested as conduct actually practiced. To construct a fundamental right signifies, then, to turn it into reality. The construction of fundamental rights involves theoretical aspects, which seek to establish the fundaments that will allow these rights to be made effective, as well as practical aspects, focused on the interpretation and application of norms of fundamental rights. Thus, one can define the construction of fundamental rights as the set of ideas and practices geared to the attribution of maximum efficacy to the norms of fundamental rights, in order to make these rights effective. It is possible to identify four distinct dimensions of the construction of fundamental rights: *a)* theoretical dimension, *b)* methodic dimension, *c)* factual dimension and *d)* aesthetic dimension. These dimensions exist simultaneously and are inextricably intertwined. Comprehending fundamental rights, therefore, depends on the analysis of these dimensions, considered not as isolated elements, but as inseparable parts of the same phenomenon. In its *theoretical dimension*, the construction of fundamental rights consists in the theory that comprehends the norms of fundamental rights as norms of conduct endowed with immediate applicability in relations maintained with the Public Administration and between private parties. This dimension provides the theoretical foundations necessary for the activity of interpretation/application of the norms of fundamental rights. Given the practical nature of law, the construction of fundamental rights cannot be limited to a theoretical dimension. It would be of no use to build a theory about the construction of fundamental rights if this theory was not accompanied by a method of interpretation/application of the norms of fundamental rights capable of making these rights effective in the concrete case. In its *methodical dimension*, the construction of fundamental rights consists in the method for interpretation/application of norms of fundamental rights, considered as norms of conduct, endowed with immediate applicability, which allows the construction of the norm of the concrete case based on those norms. The construction of fundamental rights cannot be analyzed, exclusively, under a normative perspective dissociated from reality. In its *factual dimension*, the construction of fundamental rights can be understood as the human conducts actually practiced that materialize subjective positions of advantage abstractedly predicted in norms of fundamental rights. The construction of fundamental rights does not result from a logical-deductive operation, but, rather, manifests itself as an expressive act capable of generating an aesthetic experience. The aesthetic experience produced by the juridical norm that results from the application of a norm of fundamental right consists in the *aesthetic dimension* of the construction of fundamental rights. Under an aesthetic perspective, the Apollonian and Dionysian spirits, together and harmonized, should inspire the applicator of the juridical norm in the construction of the norm of the concrete case. Only with the balance between norm and life, security and freedom, Apollo and Dionysus, it is possible the construction of fundamental rights. Achieved this aim, law becomes art and justice, reality.

Key words: Fundamental rights. Construction. Dimensions.

## RÉSUMÉ

La concrétisation de droit fondamental est la transposition du droit fondamental comme "doit être", contenu dans la norme, à la condition "d'être", manifestée comme comportement effectivement pratiqué. Concrétiser droit fondamental signifie, donc, transformer celui-ci en réalité. La concrétisation des droits fondamentaux est liée à des aspects théoriques, qui cherchent à établir les fondements nécessaires à leur réalisation, aussi bien que des aspects pratiques, axées sur l'interprétation et l'application de les normes de droit fondamental. Dès lors, on peut définir la concrétisation des droits fondamentaux comme un ensemble d'idées et de pratiques orientées à l'attribution d'efficace maximale aux normes de droits fondamentaux, en vue de la réalisation de ces droits. Il est possible d'identifier quatre dimensions distinctes de la concrétisation des droits fondamentaux: *a)* dimension théorique, *b)* dimension méthodique, *c)* dimension factuelle et *d)* dimension esthétique. Ces dimensions existent simultanément et sont tellement imbriqués. Comprendre la concrétisation des droits fondamentaux dépend, donc, de l'analyse de ces dimensions, considérées non comme des éléments isolés, mais comme des éléments indissociables d'un même phénomène. Dans sa *dimension théorique*, la concrétisation des droits fondamentaux est la théorie qui comprend les normes de droit fondamentaux comme des normes de conduite, dotées d'application immédiate, capables de produire ses effets dans les relations avec l'Administration Publique, aussi bien que dans les relations entre des personnes privées. Cette dimension fournit les bases théoriques nécessaires à l'activité d'interprétation/application des normes de droit fondamental. Compte tenu de la nature pratique du droit, le concrétisation des droits fondamentaux ne peut rester limitée à une dimension théorique. Inutile serait la construction d'une théorie de la concrétisation des droits fondamentaux si elle ne s'accompagnait pas d'une méthode d'interprétation/application des normes de droits fondamentaux capable de les réaliser dans le cas concret. Dans sa *dimension méthodologique*, la concrétisation des droits fondamentaux peut être comprise comme une méthode d'interprétation/application des normes de droit fondamental, entendu comme normes de conduite, dotées de application immédiate, qui permet la construction de la norme du cas concret. La concrétisation des droits fondamentaux ne peut pas être analysée uniquement dans une perspective normative dissociée de la réalité. Dans sa *dimension factuelle*, la concrétisation des droits fondamentaux peut être comprise comme des comportements humains effectivement pratiqués qui matérialisaient positions subjectives d'avantage abstraitement prévues dans les normes de droit fondamental. La concrétisation des droits fondamentaux ne résulte pas d'une opération logique-déductive, mais plutôt se manifeste comme un acte expressif capable de générer une expérience esthétique. L'expérience esthétique produite par la norme juridique résultant de l'application de la norme de droit fondamental consiste en la *dimension esthétique* de la concrétisation des droits fondamentaux. Dans une perspective esthétique, les sprits apollinean and dionysiaque, ensemble et harmonisés, doivent inspirer l'applicateur du droit dans la construction de la norma de le cas concret. Seulement avec l'équilibre entre la norme e la vie, la sécurité et la liberté, Apollon et Dionysos, il est possible la concrétisation des droits fondamentaux. Atteint ce but, le droit devient de l'art e la justice, de la réalité.

Mots-clés: Droits fondamentaux. Concrétisation. Dimensions.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	17
1.1 Fundamentalidade formal e material .....	19
1.2 Questão terminológica e conceitual: distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e “direitos do homem” .....	21
1.2.1 Direitos humanos .....	22
1.2.2 Os “direitos do homem” são direitos? .....	24
2 CONSTITUCIONALISMO .....	27
2.1 Constitucionalismo liberal.....	31
2.2 Constitucionalismo social.....	33
2.3 Dimensões dos direitos fundamentais sob uma perspectiva evolutiva.....	40
2.3.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão.....	41
2.3.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão .....	41
2.3.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão .....	41
2.3.4 A multidimensionalidade dos direitos fundamentais .....	42
3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	44
3.1 Direitos fundamentais de defesa.....	44
3.1.1 Direitos ao não embaraço de ações.....	45
3.1.2 Direitos à não afetação de características e situações.....	45
3.1.3 Direitos à não eliminação de posições jurídicas .....	46
3.2 Direitos fundamentais a prestações .....	46
3.2.1 Direitos à proteção.....	47
3.2.2 Direitos a organização e procedimento .....	51

3.2.2.1	Direitos a competências de direito privado .....	53
3.2.2.2	Direitos a procedimentos judiciais e administrativos .....	54
3.2.2.3	Direitos à organização em sentido estrito .....	55
3.2.2.4	Direitos de participação na formação da vontade estatal .....	56
3.2.3	Direitos a prestações em sentido estrito .....	56
3.3	A função de proteção contra discriminação dos direitos fundamentais .....	59
3.4	A multifuncionalidade dos direitos fundamentais .....	62
4	A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	64
4.1	Direitos fundamentais expressos .....	68
4.1.1	Direitos individuais e coletivos .....	69
4.1.2	Direitos sociais .....	70
4.1.3	Direitos de nacionalidade .....	72
4.1.4	Direitos políticos .....	73
4.1.5	Direitos fundamentais expressos dispersos no texto constitucional .....	74
4.2	Direitos fundamentais decorrentes .....	74
4.3	Direitos fundamentais previstos em tratados internacionais .....	76
4.3.1	A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno .....	80
4.3.2	Súmula Vinculante n. 25: incompatibilidade com a teoria do status legal dos tratados? .....	84
4.4	A questão da existência de direitos fundamentais estabelecidos por lei .....	86
4.5	A abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF/88 .....	89
4.5.1	Criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais .....	90
4.5.2	Construção de direitos fundamentais decorrentes .....	90
4.5.3	Ratificação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88 .....	92
4.6	A titularidade dos direitos fundamentais .....	93
4.6.1	Dupla dimensão dos direitos sociais quanto à sua titularidade .....	96

4.6.2	Pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais.....	97
5	A FUNDAMENTALIDADE FORMAL DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	99
5.1	A intangibilidade dos direitos fundamentais.....	99
5.1.1	Supremacia e rigidez da constituição.....	100
5.1.2	Poder constituinte originário e derivado.....	102
5.1.3	Reforma constitucional e seus limites.....	104
5.1.4	A intangibilidade das “cláusulas pétreas”.....	108
5.1.5	Controle de constitucionalidade.....	109
5.1.6	O alcance da intangibilidade prevista no inc. IV, do §4º, do art. 60, da CF/88: os direitos fundamentais como “cláusula pétrea”.....	111
5.2	A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental.....	116
6	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA.....	118
6.1	Fundamentos teóricos da concretização dos direitos fundamentais.....	120
6.1.1	Normas de direito fundamental como normas de conduta.....	122
6.1.2	Aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental.....	126
6.1.3	Eficácia vertical e horizontal das normas de direito fundamental.....	130
6.2	A concretização dos direitos fundamentais e as teorias acerca do fundamento do direito....	132
7	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MÉTODO.....	138
7.1	A inadequação da subsunção como método para aplicação da norma jurídica.....	139
7.2	A concretização como método para aplicação das normas jurídicas.....	143
7.2.1	A construção da norma geral.....	144
7.2.2	A construção da norma do caso concreto.....	148
7.2.2.1	O fato e o enunciado acerca do fato.....	149
7.2.2.2	A relação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral.....	155
7.2.2.3	A concretização da consequência prevista na norma jurídica.....	160
7.3	A concretização da norma de direito fundamental.....	162
7.3.1	A função das normas de direito fundamental na construção da norma decisória.....	167

7.3.2	A ponderação de valores como critério para solução de colisões entre normas de direito fundamental .....	171
7.4	Jurisdição e concretização dos direitos fundamentais .....	174
7.4.1	Os poderes instrutórios do juiz .....	180
7.4.2	O ativismo judicial .....	182
7.5	O resgate dos valores para o âmbito da ciência do direito .....	185
8	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FATO .....	192
8.1	A tensão entre a força normativa da constituição e a realidade fática.....	195
8.2	Eficácia das normas jurídicas .....	197
8.3	Fato jurídico.....	199
8.4	Sanção jurídica .....	203
8.5	Direito subjetivo .....	205
8.6	Relação jurídica .....	207
8.7	A concretização fática dos direitos subjetivos.....	210
8.7.1	A concretização fática dos direitos subjetivos pela observância da norma jurídica...211	
8.7.2	A concretização fática de direitos subjetivos mediante tutela jurisdicional .....	211
8.7.2.1	A prolação de decisão judicial constitutiva .....	212
8.7.2.2	A efetivação da sanção imposta por decisão condenatória.....	213
9	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ARTE .....	215
9.1	Delimitação conceitual de arte .....	215
9.1.1	Arte como experiência estética.....	216
9.1.2	Arte como objeto cultural .....	219
9.1.3	Arte como ato expressivo .....	220
9.2	As fontes da experiência estética.....	222
9.2.1	O belo .....	223
9.2.2	O sublime.....	224
9.3	As forças apolínea e dionisíaca como impulsos da criação artística .....	227
9.4	O direito na arte .....	229

9.4.1	Direito na literatura.....	231
9.4.2	Direito no teatro.....	232
9.4.3	Direito na música.....	233
9.4.4	Direito nas artes visuais.....	234
9.4.5	Direito nas artes audiovisuais.....	236
9.5	A arte como direito.....	238
9.6	O direito como arte.....	242
9.6.1	A norma jurídica como objeto cultural.....	243
9.6.2	A norma jurídica como ato expressivo.....	244
9.6.3	A norma jurídica como fonte potencial de experiência estética.....	246
9.7	As formas de manifestação artística do direito.....	248
9.7.1	Direito como literatura.....	248
9.7.2	Direito como teatro.....	252
9.7.3	Direito como música.....	253
9.7.4	O direito como arte visual.....	253
9.7.5	O direito como arte audiovisual.....	254
9.8	A concretização dos direitos fundamentais como arte.....	255
	CONCLUSÃO.....	258
	REFERÊNCIAS.....	272

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto as dimensões da concretização dos direitos fundamentais, estando estruturado em nove capítulos. Os primeiros três capítulos são dedicados a elementos de teoria dos direitos fundamentais. No primeiro capítulo, trata-se da delimitação conceitual destes direitos, abordando-se temas como suas dimensões subjetiva e objetiva, sua fundamentalidade material e formal, bem como a distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e “direitos do homem”. No segundo capítulo, analisa-se o constitucionalismo, apresentando-se uma evolução histórica dos direitos fundamentais e a classificação destes em gerações. No terceiro capítulo, investiga-se a classificação dos direitos fundamentais sob critério funcional, abordando-se, inclusive, a função de proteção contra discriminação e a multifuncionalidade destes direitos.

O quarto e quinto capítulos, por sua vez, são dedicados a aspectos da dogmática dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Embora a concretização dos direitos fundamentais, enquanto objeto deste estudo, seja abordada como integrante da teoria dos direitos fundamentais, procura-se relacionar o tema com dispositivos da CF/88. No quarto capítulo, trata-se da fundamentalidade material dos direitos fundamentais na CF/88, abordando-se temas como a tipologia dos direitos fundamentais na sistemática constitucional, a questão da existência de direitos fundamentais previstos por lei, a abertura material do catálogo de direitos fundamentais e a titularidade destes direitos. Já no quinto capítulo, trata-se das garantias estabelecidas pelo regime de fundamentalidade formal dos direitos fundamentais previstos na CF/88, quais sejam, sua intangibilidade e aplicabilidade imediata.

Os quatro últimos capítulos tratam, especificamente, das dimensões da concretização dos direitos fundamentais. No sexto capítulo, dedicado à dimensão teórica da concretização dos direitos fundamentais, são apresentados os fundamentos desta teoria, quais sejam: a) normas de direito fundamental são normas de conduta; b) possuem aplicabilidade imediata e; c) são dotadas de eficácia vertical e horizontal. Encerra-se este capítulo com uma análise da

relação entre a teoria da concretização dos direitos fundamentais e teorias acerca do fundamento do direito.

No sétimo capítulo, dedicado à dimensão metódica da concretização dos direitos fundamentais, aborda-se a inadequação da subsunção como método para aplicação da norma jurídica e sua superação pelo método da concretização; a concretização como processo de densificação das normas jurídicas; as especificidades da concretização das normas de direito fundamental; e a jurisdição como atividade voltada à concretização de direitos fundamentais. Finda-se este capítulo, com uma análise acerca do resgate dos valores para o âmbito da Ciência do direito.

O oitavo capítulo é dedicado à dimensão fática da concretização dos direitos fundamentais. Neste capítulo, trata-se da efetivação dos direitos fundamentais, abordando-se a relação entre norma e fato sob a perspectiva do direito e, mais especificamente, a tensão entre a força normativa da constituição e a realidade fática. Encerra-se este capítulo, com uma análise das modalidades de concretização fática dos direitos subjetivos, quais sejam, a observância das normas jurídicas e a tutela jurisdicional.

No nono capítulo, aborda-se a dimensão estética da concretização dos direitos fundamentais. A compreensão desta dimensão pressupõe uma análise, ainda que de caráter panorâmico, de noções relacionadas com a arte. Sendo assim, inicia-se este capítulo, com a abordagem de questões relacionadas à delimitação conceitual de arte, às fontes da experiência estética e às forças que impulsionam a criação artística. Em seguida, trata-se das distintas modalidades de relação entre direito e arte, quais sejam: a) direito na arte, ou seja, o direito como tema de obras de arte; b) arte como direito, ou seja, o direito à criação e fruição da obra artística; e c) direito como arte, ou seja, a aplicação da norma jurídica como manifestação artística. Encerra-se este capítulo, com a análise específica da concretização dos direitos fundamentais como arte.

Por fim, apresenta-se síntese conclusiva das observações elaboradas ao longo deste estudo e as referências bibliográficas das obras citadas.

# 1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *direitos fundamentais* podem ser entendidos como posições subjetivas de vantagem estabelecidas por normas constitucionais pertinentes a um determinado Estado. “Os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento resultam consequências jurídicas”.<sup>1</sup>

O conteúdo dos direitos fundamentais somente pode ser definido em face de uma constituição específica, variando tais direitos entre ordens constitucionais de Estados distintos. Os direitos fundamentais, portanto, “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”.<sup>2</sup>

A concepção dos direitos fundamentais como posições jurídicas subjetivas de vantagem estabelecidas pela ordem constitucional consiste em sua *dimensão subjetiva*. “*En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí*”.<sup>3</sup>

A ideia de direito fundamental subjetivo está diretamente relacionada com a sua exigibilidade judicial ou justiciabilidade, ou seja, a possibilidade de seu titular exigir judicialmente a satisfação do direito, independentemente da vontade do destinatário.

Quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 377.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

<sup>3</sup> “Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, tanto nas suas relações com o Estado quanto nas suas relações entre si” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 22 (Grifo original).

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., 2010, p. 154.

Além de uma dimensão jurídica subjetiva, os direitos fundamentais apresentam ainda uma *dimensão objetiva*. Considerados nesta dimensão, os direitos fundamentais consistem no conjunto de valores e bens jurídicos eleitos pela constituição como parâmetro para atuação dos poderes públicos e dos particulares. Conforme explica Luño:

*[os direitos fundamentais,] en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.*<sup>5</sup>

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é revelada mediante um procedimento que envolve a abstração do titular e do destinatário do direito, bem como de determinadas peculiaridades de seu objeto, de forma que, concluída esta tripla abstração, reste somente o valor ou bem jurídico, protegido pela constituição, objetivamente identificado.<sup>6</sup>

Uma teoria dos direitos fundamentais como ordem de valores pressupõe a redução dos direitos fundamentais à sua dimensão objetiva. De acordo com essa teoria, o “indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia óptima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos”.<sup>7</sup> Não é aceitável, entretanto, limitar os direitos fundamentais, exclusivamente, à sua dimensão objetiva, já que a função essencial destes direitos é, em última instância, a proteção do indivíduo. Não faria sentido conceber direitos fundamentais que não possuíssem uma dimensão subjetiva, ou seja, que não garantissem posições jurídicas vantajosas ao indivíduo. Dessa forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve ser entendida como um “reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos”.<sup>8</sup>

Uma correta delimitação conceitual dos direitos fundamentais deve levar em consideração tanto sua dimensão subjetiva, enquanto posições subjetivas de vantagem

<sup>5</sup> “[Os direitos fundamentais,] em seu plano subjetivo permanecem atuando como garantias da liberdade individual, se bem que a este papel clássico se junta agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que no objetivo assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve ser funcional à consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 25 (Grifos originais).

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 526.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1397.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 154.

protegidas em âmbito constitucional, como sua dimensão objetiva, enquanto conjunto de valores e bens jurídicos eleitos pela constituição como parâmetro para atuação dos poderes públicos e dos particulares.

## 1.1 Fundamentalidade formal e material

A fundamentalidade que caracteriza os direitos decorrentes de normas constitucionais manifesta-se em dois planos: formal e material. “O significado das normas de direito fundamental para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.<sup>9</sup>

A fundamentalidade formal consiste no conjunto de garantias atribuídas pela constituição, com a finalidade de preservar a existência e permanência dos direitos estabelecidos em âmbito constitucional. Este regime de proteção jurídica reforçada constitui um dos pressupostos para configuração dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

A fundamentalidade formal dos direitos protegidos em âmbito constitucional decorre da supremacia da constituição, ou seja, da posição ápice ocupada pelas normas constitucionais no ordenamento jurídico. Resulta da fundamentalidade formal a vinculação dos poderes públicos e dos particulares ao cumprimento das normas de direito fundamental, as quais servirão como critério de validade jurídica dos atos praticados.<sup>11</sup> A fundamentalidade formal implica, portanto, na subtração dos direitos fundamentais à plena disponibilidade dos poderes constituídos.<sup>12</sup>

Tendo em vista que a supremacia da constituição está atrelada ao seu grau de rigidez, somente é possível conceber direitos fundamentais em constituições que estabeleçam a imutabilidade destes ou, pelo menos, procedimento dificultado para sua alteração, quando comparado com aquele adotado para edição de normas infraconstitucionais. “*La protección de los derechos fundamentales quedaria en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantia dirigidos a evitar la alteración de su contenido*”.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 521.

<sup>10</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 65.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 520.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.

<sup>13</sup> “A proteção dos direitos fundamentais restaria comprometida se não houvesse instrumentos normativos de garantia destinados a evitar a alteração de seu conteúdo” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez, op. cit., 2007, p. 22.

A *fundamentalidade material*, por sua vez, significa que os direitos fundamentais visam à concretização de bens e valores estabelecidos, constitucionalmente, como diretrizes vinculantes da atuação dos poderes públicos e dos particulares. A fundamentalidade material dos direitos previstos em âmbito constitucional define a estrutura básica do Estado e da sociedade.<sup>14</sup> A feição de um determinado Estado, se tendente a um regime democrático ou autocrático, é dada pelo conteúdo e extensão dos direitos assegurados em sua constituição.

O progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e pela sua afirmação em juízo. De modo que, os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade.<sup>15</sup>

A ideia de que a fundamentalidade material dependeria de expressa previsão do direito em dispositivo constitucional é equivocada. O direito fundamental é estabelecido por norma jurídica, a qual não se confunde com dispositivo constitucional. Os dispositivos constitucionais correspondem ao texto normativo, a partir do qual, mediante adequada fundamentação, são construídas as normas jurídicas de direito fundamental, enquanto modelos deônticos que estabelecem posições subjetivas de vantagem. Portanto, rigorosamente, o direito fundamental não é estabelecido por dispositivo constitucional. O que estabelece direitos fundamentais são normas jurídicas, enquanto modelos deônticos, construídos a partir de dispositivos constitucionais.

Não se pode admitir a caracterização de direitos fundamentais com base em um conteúdo pressuposto, independentemente de fundamentação adequada em texto normativo constitucional. “Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.<sup>16</sup> A fundamentalidade material de um direito reside, portanto, em uma opção do constituinte.

A opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522-523.

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

<sup>16</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental.<sup>17</sup>

Admitir a existência de “direitos materialmente fundamentais”, com base em um conteúdo pressuposto, independentemente de fundamentação adequada em texto normativo constitucional, implicaria em subjetivismo incompatível com as noções de segurança jurídica e justiça, permitindo construções arbitrárias na defesa dos mais variados “direitos”, com a consequente ameaça aos bens e valores, efetivamente, protegidos no âmbito constitucional.

Da compreensão de que a norma de direito fundamental é construída, mediante adequada fundamentação, a partir de dispositivos constitucionais, é possível concluir que toda norma de direito fundamental será, necessariamente, dotada de fundamentalidade formal e material. Fundamentalidade material, por ter seu conteúdo definido a partir de dispositivos constitucionais, de forma que todo direito fundamental visa à proteção de bem ou valor protegido em nível constitucional. Fundamentalidade formal porque, em tendo sido construída a partir de dispositivos constitucionais, a norma de direito fundamental posiciona-se no ápice do ordenamento jurídico estatal, servindo, como critério de validade jurídica, para os atos praticados pelos poderes públicos e por particulares. Fundamentalidade formal e material, portanto, correspondem a atributos indissociáveis e que se implicam reciprocamente.

Consideradas as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, bem como a manifestação de sua fundamentalidade, nos planos formal e material, pode-se conceituar estes direitos como *posições subjetivas de vantagem estabelecidas por normas jurídicas construídas, mediante fundamentação adequada, a partir de texto normativo constitucional, sendo possível identificar em tais normas os valores e bens jurídicos eleitos pela constituição como critério de validade para atuação dos poderes públicos e dos particulares.*

## **1.2 Questão terminológica e conceitual: distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e “direitos do homem”**

A compreensão do que sejam direitos fundamentais demanda a distinção destes com relação a direitos humanos e a “direitos do homem”. Não se trata apenas de uma questão de rigor terminológico, indispensável à precisão perseguida pelo conhecimento científico, mas, ainda, de uma questão conceitual, já que referidos termos se referem a institutos distintos. Desde logo, faz-se a ressalva de que não existe um consenso doutrinário quanto ao uso de tais

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92.

expressões e sua delimitação conceitual, o que não impede, mas antes motiva, a abordagem do tema como forma de contribuição para seu esclarecimento.

### 1.2.1 *Direitos humanos*

Direitos fundamentais e direitos humanos possuem, em comum, a condição de estarem previstos em normas jurídicas positivadas. Entretanto, enquanto os direitos fundamentais são caracterizados por sua positivação no âmbito da constituição de um Estado, os *direitos humanos* correspondem a direitos passíveis de serem titularizados pela pessoa humana previstos em normas de direito internacional.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais com aplicação restrita ao respectivo Estado. As normas que estabelecem direitos fundamentais são dotadas de fundamentalidade formal, pelo que ocupam o ápice do ordenamento jurídico estatal. Já os direitos humanos possuem caráter supraestatal e aspiram ao reconhecimento universal. A aplicação de direito humano no âmbito de um determinado Estado, entretanto, depende da adesão deste ao tratado internacional que estabelece tal direito. Por sua vez, o *status* hierárquico das normas de direito internacional que estabelecem direitos humanos será definido pela ordem constitucional do respectivo Estado signatário.<sup>18</sup>

A internacionalização de direitos é fenômeno crescente, notadamente após a Segunda Guerra Mundial. A interdependência entre países, afetada pelas profundas diferenças econômicas entre estes, além dos fenômenos da migração e globalização, resultaram em uma integração mundial, diante da qual se torna necessário o reconhecimento de direitos subjetivos no plano do direito internacional, como forma de evitar a violência e opressão contra os indivíduos, assegurando-lhes determinados direitos independentemente de previsão específica em norma de direito interno.<sup>19</sup> Dessa forma, a internacionalização de direito pode ser entendida como:

*[...] un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, solo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados em cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y*

---

<sup>18</sup> Ibid., 2010, p. 34.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Diritti fondamentali”. In: VITALE, Ermano (Coord.). **Diritti fondamentali: un dibattito teórico**. 3. ed. Roma: Laterza, 2008, p. 24.

*libertades de la persona no es um 'cuestión doméstica' de los Estados, sino um problema de relevância internacional.*<sup>20</sup>

Para Dimoulis e Martins, a internacionalização de direitos se manifesta nas seguintes dimensões:

(a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados, etc.); (b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; (c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações (organização e procedimento); (d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial.<sup>21</sup>

Marco histórico da internacionalização dos direitos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por 48 (quarenta e oito) Estados, em Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 1948. É amplo o espectro de direitos protegidos por esta Declaração, abrangendo, entre outros, o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à presunção de inocência, à ampla defesa, à privacidade, ao asilo político, à nacionalidade, à proteção da família, à propriedade, à liberdade de pensamento, à liberdade de associação pacífica, à liberdade sindical, ao repouso e lazer, à assistência social, à educação, à cultura, além de direitos políticos e trabalhistas. Bobbio é enfático sobre a importância desta norma:

Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.<sup>22</sup>

Não obstante a importância do fenômeno da internacionalização de direitos, é preciso ressaltar que a adesão a tratado internacional e a consequente incorporação dos direitos nele previstos ao ordenamento jurídico nacional, dependem, necessariamente, de ato estatal.

<sup>20</sup> “[...] um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito internacional. De fato, somente quando admitida a possibilidade de que a comunidade internacional possa conhecer de questões que afetem, não propriamente aos Estados enquanto tais, mas a seus membros, poderá se pretender um reconhecimento em escala internacional dos direitos humanos. É necessário, portanto, partir da premissa de que qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma ‘questão doméstica’ dos Estados, mas um problema de relevância internacional”. (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 41.

<sup>21</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 27 (Grifo original).

O Estado permanece a principal força protetora dos direitos humanos que encontram respaldo constitucional positivo, transformando-se em direitos fundamentais, ou seja, normas jurídicas supremas dentro do Estado que vinculam todas as autoridades constituídas.<sup>23</sup>

A distinção terminológica e conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos encontra respaldo no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988. O Título II, no qual é apresentado catálogo de direitos positivados, é designado de “Dos Direitos Fundamentais”. O §3º, do art. 5º, por sua vez, utiliza a expressão “direitos humanos” para fazer referência a direitos estabelecidos em tratados e convenções internacionais.

### 1.2.2 Os “direitos do homem” são direitos?

Os “*direitos do homem*” ou “direitos naturais do homem” corresponderiam a supostos direitos de caráter universal, titularizados por qualquer ser humano, independentemente de previsão em norma de direito positivo. Os “direitos do homem”, portanto, representam instituto distinto dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, já que estes dois últimos são caracterizados por sua positivação, respectivamente, em norma de direito interno de nível constitucional e em norma de direito internacional.

Admitir a existência de “direitos do homem” depende de adesão a uma concepção jusnaturalista do fundamento do direito. De acordo com tal concepção, os direitos fundamentais corresponderiam à mera declaração, através de normas jurídicas positivadas, dos “direitos do homem”, cuja existência seria prévia e independente com relação a reconhecimento por ordenamento jurídico estatal. Os “direitos do homem”, adotado o paradigma jusnaturalista, serviriam como fundamento de validade dos direitos fundamentais, no sentido de que estes seriam obrigatórios na medida em que concretizassem aqueles.

Os “direitos do homem” padecem de imprecisão quanto ao seu conteúdo. Neste sentido, afirma Bobbio que “direitos do homem” é “expressão muito vaga”, a qual resulta, ora em definições tautológicas, ora em definições formuladas mediante termos valorativos impregnados da ideologia assumida pelo intérprete. Estes termos valorativos, por sua vez,

---

<sup>23</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

produzem polêmicas insolúveis ou a adoção de fórmulas genéricas que nada dizem sobre o conteúdo efetivo destes “direitos”.<sup>24</sup>

O conteúdo dos “direitos humanos” é marcado por uma variabilidade ao longo da história, resultando, inclusive, em posições diametralmente opostas acerca de seu conteúdo. Ainda invocando a lição de Bobbio:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.<sup>25</sup>

Entende-se não ser possível reconhecer juridicidade aos ditos “direitos do homem”, seja pela ausência de heteronomia, seja pela ausência de coercibilidade destes. O conteúdo de tais “direitos” é definido de forma subjetiva, sem que estejam previstos em norma estabelecida por fonte diversa da própria consciência do indivíduo que os reconhece, pelo que carecem de heteronomia. Na hipótese de não observância espontânea dos “direitos do homem”, não há imposição forçada destes, mediante força externa à vontade do agente, resultando na ausência de coercibilidade destes. Os “direitos humanos”, portanto, não são propriamente direitos, mas antes, uma filosofia moral com pretensão de universalidade.

A ausência de juridicidade dos “direitos do homem” não afasta o papel essencial que tiveram para a construção do conteúdo dos direitos fundamentais. Do pensamento estóico, passando pela doutrina cristã, até o racionalismo, que culmina nos imperativos da razão pura propostos por Kant<sup>26</sup>, a filosofia moral percorreu um longo caminho rumo à depuração de valores como igualdade, justiça, liberdade, respeito à vida e dignidade da pessoa humana.<sup>27</sup> Tais valores serviram como base para a formulação dos direitos fundamentais. Ignorar a importância da filosofia humanista para a formação dos direitos fundamentais implicaria no *“perigo de incurrir em um agnosticismo histórico-cultural, que, al extrapolar los derechos*

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

<sup>25</sup> Ibid., 2004, p. 18.

<sup>26</sup> Kant defende uma filosofia moral prática fundada na razão pura: “A razão pura é por si mesma prática, e dá (ao homem) uma lei universal, que denominamos lei moral (Sittengesetz)”. Cf. KANT. **Crítica da razão prática**. Trad. de Rodolfo Schaefer. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 41.

<sup>27</sup> Luño apresenta uma análise histórica da evolução do pensamento filosófico acerca dos “direitos do homem”. Cf. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 30-33.

*fundamentales del humus histórico em que se forjaron, impida o dificulte su correcta comprensión*”.<sup>28</sup>

Os “direitos do homem”, enquanto filosofia moral, antecedem e influenciam o surgimento histórico dos direitos fundamentais, o que ocorre com a positivação de direitos em textos constitucionais. Para Sarlet, os “direitos do homem” caracterizam uma fase que pode ser denominada como “pré-história’ dos direitos fundamentais”:

Não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.<sup>29</sup>

Pode-se dizer, com Luño, que os direitos fundamentais resultam do “*encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, com las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista*”.<sup>30</sup> Filosofia moral humanista e constitucionalismo, estes os elementos que deram gênese aos direitos fundamentais.

<sup>28</sup> “perigo de incorrer em um agnosticismo histórico-cultural, que, ao retirar os direitos fundamentais do húmus histórico em que se forjaram, impeça ou dificulte sua correta compreensão” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 133.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30; 33.

<sup>30</sup> “encontro entre a tradição filosófica humanista, representada prioritariamente pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção reforçada das liberdades próprias do movimento constitucionalista” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez, op. cit., 2007, p. 43.

## 2 CONSTITUCIONALISMO

O *constitucionalismo* corresponde à teoria que defende o estabelecimento de textos constitucionais escritos que garantam direitos como forma de limitação ao exercício do poder estatal. Trata-se, portanto, de uma “técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos”.<sup>1</sup> O constitucionalismo resultou no surgimento dos direitos fundamentais e, por consequência, na transição do Estado absolutista para o Estado de Direito, este caracterizado pela subordinação do poder estatal à ordem constitucional e pela separação de poderes.

Desta forma, o estudo dos direitos fundamentais sob uma perspectiva histórica implica na análise do surgimento do *Estado de Direito* e de sua evolução de Estado liberal para Estado social. Conforme explica Luño:

*[Existe] um estrecho nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen y implican para su realización al Estado de Derecho. De outro lado, el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado em los textos constitucionales depende del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, que, a su vez, vem condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan.*<sup>2</sup>

O constitucionalismo representa um processo histórico de instauração gradual da “racionalização do poder”, entendida como a substituição do poder enquanto fato meta-jurídico pelo poder juridicamente limitado por constituições escritas. Esta racionalização do poder corresponde à evolução progressiva do Estado de Direito.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51.

<sup>2</sup> “[Existe] um estreito nexo de interdependência, genética e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito, para que o seja, exige e implica garantir direitos fundamentais, enquanto que estes exigem e implicam para sua realização o Estado de Direito. Por outro lado, o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) proclamado nos textos constitucionais depende do alcance e significado que neles se atribuam aos direitos fundamentais, que, por sua vez, tem seu conteúdo condicionado pelo tipo de Estado de Direito em que são formulados” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 19-20.

<sup>3</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do direito constitucional**. Trad. de Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 23-24.

Do constitucionalismo resulta o conceito de *constituição moderna*, entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.<sup>4</sup> Tal conceito foi inclusive adotado pelo art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual “*toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.<sup>5</sup>

O conceito de constituição moderna, entendida como aquela que estabelece limitações ao exercício do poder estatal mediante a previsão de direitos fundamentais, trata-se de conceito ideal, que não se confunde com o conceito material de constituição. Todo Estado, independentemente do regime político ou grau de democracia adotados, possui uma constituição material, entendida como “*la concreta situación de conjunto de la unidade política y ordenación social de um cierto Estado*”.<sup>6</sup> Já o conceito de constituição moderna é caracterizado pela ideologia própria do constitucionalismo. Explica Schmitt:

*En el proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un determinado concepto ideal, que, desde el siglo XVII, sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad.*<sup>7</sup>

Dessa forma, resultam do constitucionalismo três conceitos indissociáveis entre si, enquanto dimensões de uma mesma realidade, os quais se tornaram indispensáveis para o pensamento político-jurídico ocidental: *Estado de Direito*, *constituição moderna* e *direitos fundamentais*. O Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação do poder estatal ao ordenamento jurídico e pela separação de poderes, sendo tal configuração estabelecida em uma constituição moderna, cuja marca distintiva é a previsão de direitos fundamentais como limitações ao poder do Estado.

A *separação dos poderes*, como pressuposto e garantia do Estado de Direito, está assentada em duas ideias essenciais. A primeira é que o poder estatal deve ser exercido por órgãos distintos. No sistema tripartite, o exercício do poder estatal é repartido entre o

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 52.

<sup>5</sup> “toda Sociedade na qual a garantia de Direitos não seja assegurada, nem a separação de Poderes determinada, não possui Constituição” (Tradução do autor).

<sup>6</sup> “a concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um Estado determinado” (Tradução do autor). SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 30.

<sup>7</sup> “No processo histórico da Constituição moderna prosperou de tal forma um determinado conceito ideal, que, desde o século XVII, somente foram designadas como Constituições aquelas que correspondiam às demandas de liberdade burguesa e que continham certas garantias desta liberdade” (Tradução do autor). SCHMITT, Carl, op. cit., 1992, p. 59.

Executivo, ao qual cabe, primordialmente, a administração da coisa pública mediante a execução das normas jurídicas; o Legislativo, a quem incumbe como competência precípua a edição de normas jurídicas gerais; e ao Judiciário, o qual tem como função primordial a jurisdição, entendida como a solução dos litígios, mediante a aplicação das normas jurídicas. A segunda ideia que fundamenta a separação dos poderes consiste no sistema de *checks and balances*, ou seja, na possibilidade de cada um destes órgãos exercer controle recíproco sobre as atividades desempenhadas pelos demais.

Quando o poder político está dividido numa pluralidade de órgãos, torna-se possível esses órgãos exercerem um controle recíproco uns sobre outros, barrando-se alternadamente no exercício dos respectivos poderes. Isso torna mais difícil para cada órgão quer o exercício, quer o abuso do poder de eu dispõe, e torna, portanto, mais difícil qualquer atentado às liberdades dos cidadãos.<sup>8</sup>

Os direitos fundamentais, por sua vez, configuram pressuposto do Estado de Direito, por estabelecerem limitações ao exercício do poder estatal, mediante a previsão, em âmbito constitucional, de obrigações cujo cumprimento vincula a atuação do Executivo, do Judiciário e do Legislativo, sob pena de invalidade dos atos praticados. “*Los poderes estatales son delegados, divididos, y se limitan entre ellos, com el fin de garantizar derechos individuales fundamentales del Pueblo soberano*”.<sup>9</sup>

Na Europa medieval, surgem, como os antecedentes históricos dos direitos fundamentais, pactos, estabelecendo limitações ao exercício do poder do monarca.<sup>10</sup> Destes pactos, o mais conhecido é a *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões da Inglaterra, no ano de 1215. Não obstante visar à consagração de privilégios feudais, limitados à nobreza e ao clero, sua importância reside no reconhecimento de liberdades oponíveis em face do poder estatal, como a vedação de prisão arbitrária, o devido processo e o *habeas corpus*. Na Inglaterra, o estabelecimento de limitações ao poder do monarca seguiu em processo de expansão, seja pelo aumento da quantidade de liberdades individuais protegidas, seja pela extensão de sua titularidade aos demais cidadãos ingleses,

<sup>8</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 255.

<sup>9</sup> “Os poderes estatais são delegados, divididos e se limitam entre si, com o fim de garantir direitos individuais fundamentais do Povo soberano” (Tradução do autor). COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 79.

<sup>10</sup> Luño cita, como exemplos destes antecedentes, uma série de cartas de franquia e pactos firmados em cortes espanholas no séculos XII e XIII. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 33.

dando surgimento ao *Petition of Rights*, de 1628; ao *Habeas Corpus*, de 1679; e ao *Bill of Rights*, de 1689.<sup>11</sup>

Nesse momento histórico, ainda não é possível falar em direitos fundamentais, já que as liberdades concedidas eram entendidas como concessões ou favores outorgados pelo monarca, usualmente, restritas a indivíduos integrantes de determinadas castas e que poderiam ser, arbitrariamente, suprimidas pelo governante.

Esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.<sup>12</sup>

Estes pactos firmados entre o monarca e a nobreza são insuficientes para caracterizar o surgimento do Estado de Direito ou de constituição moderna, fundados na previsão constitucional de direitos inalienáveis, como limitações ao exercício do poder estatal. Na lição de Schmitt:

*No pueden designarse como Constituciones de un Estado estas innumerables estipulaciones, de la misma manera que sería erróneo trasladar los conceptos del moderno Derecho político a tales realaciones medievales. El objeto propio de las Constituciones modernas, modo y forma de existencia de la unidad política, no era el objeto de esas estipulaciones. [...] Las estipulaciones no fundan, pues, ninguna unidad política ni contienen tampoco la decisión total sobre el modo y forma de la unidad política.*<sup>13</sup>

O constitucionalismo somente ganhará corpo e se expandirá por todo o mundo ocidental, impulsionado pela ideologia do liberalismo, a partir dos movimentos revolucionários, surgidos no século XVIII, que resultaram na independência das colônias inglesas na América do Norte e subsequente fundação da federação norte-americana, bem como na Revolução Francesa. Essa fase inicial do movimento constitucionalista é denominada de constitucionalismo liberal.

<sup>11</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 34-35.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

<sup>13</sup> “Não podem ser designadas como Constituições de um Estado estas inúmeras estipulações, da mesma maneira que seria equivocado trasladar os conceitos do Direito político moderno para tais relações medievais. O objeto próprio das Constituições modernas, modo e forma de existência da unidade política, não era o objeto dessas estipulações. [...] As estipulações não fundam, portanto, nenhuma unidade política e tampouco contém a decisão total sobre o modo e forma da unidade política” (Tradução do autor). SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 59.

## 2.1 Constitucionalismo liberal

Em sua fase inicial, o constitucionalismo encontra fundamento ideológico no liberalismo, entendido como a doutrina caracterizada pela crença na auto-regulação da economia e na ampla autonomia do indivíduo. Segundo a doutrina liberal, a economia desenvolver-se-ia de forma espontânea, em razão das atividades desempenhadas na esfera privada, pelo que caberia ao Estado uma atuação mínima nos âmbitos social e econômico. O fim do Estado deveria se resumir à manutenção da ordem pública na medida necessária para o florescimento da economia por meio da atividade privada. Explica Sarmento:

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. [...] O Estado ausentava-se da esfera econômica, que permanecia a mercê das forças do mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos. Tudo o mais caberia à sociedade civil, dinamizada pela energia do mercado.<sup>14</sup>

O *constitucionalismo liberal* é caracterizado pela positivação, em âmbito constitucional, de liberdades individuais oponíveis em face do poder estatal. “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”.<sup>15</sup> O movimento constitucionalista, neste estágio inicial, resulta no surgimento do Estado liberal, caracterizado pelas limitações ao poder estatal decorrentes da constitucionalização de direitos relacionados com a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão do poder estatal.

Os primeiros textos constitucionais resultantes do constitucionalismo liberal podem ser identificados como a Declaração de Virgínia, de 1776; a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787 e; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Constituinte francesa em 1789 e incorporada como preâmbulo à Constituição Francesa de 1791. Ainda em 1791, foi aprovado o *Bill of Rights*, conjunto de emendas à Constituição norte-americana, consistente em uma declaração de direitos individuais. Esses documentos marcam o surgimento histórico dos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 2.

Com a promulgação das primeiras constituições liberais, os direitos individuais adquirem o *status* de liberdades inalienáveis, resultantes da subordinação do poder estatal à constituição. “*La Constitución no era un pacto entre príncipe y pueblo o entre cualesquiera organizaciones estamentales, sino una decisión política adoptada por la Nación, una e indivisible, para fijar su propio destino*”.<sup>16</sup>

Se, antes, o reconhecimento de liberdades individuais dependia de concessões outorgadas pelo monarca, a partir da constitucionalização de direitos, o poder do governante é que passou a depender da vontade popular. Essa inversão radical da relação entre poder do governante e liberdade dos cidadãos fez nascer o Estado moderno e “dividiu em dois o curso histórico da humanidade no que diz respeito à concepção política”.<sup>17</sup>

Em 1803, a Suprema Corte norte-americana proferiu decisão histórica, no caso *Marbury vs. Madison*, na qual reconhece a supremacia da Constituição Federal sobre as leis, bem como a possibilidade de controle de constitucionalidade destas pelo Judiciário.

Declarando-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais com o poder de afastar as leis votadas pela maioria dos representantes do povo, o Judiciário deixou claro que o legislador ordinário não tem o poder de definir (e restringir) conforme sua decisão os direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Os direitos consagrados pelas constituições liberais são denominados de *direitos individuais*, por consubstanciarem liberdades garantidas aos particulares contra o exercício arbitrário do poder estatal. “*They are said to create a sphere of private rights and immunities which the government may not invade. They are alleged to protect the individual in his rights of person and of property from being thoughtlessly or churlishly shouldered out of the way*”.<sup>19</sup> Os direitos individuais configuram, portanto, uma liberdade em seu *status* negativo, no sentido de que impõem ao Estado uma postura absenteísta, estabelecendo zonas de liberdade individual, nas quais é vedada a interferência do poder estatal.

---

<sup>16</sup> “A Constituição não era um pacto entre príncipe e povo ou entre quaisquer organizações estamentais, senão uma decisão política adotada pela Nação, una e indivisível, para fixar seu próprio destino” (Tradução do autor). SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 72 (Grifo original).

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 93-95; 206.

<sup>18</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24-25.

<sup>19</sup> “Eles são proclamados para criar uma esfera de direitos e imunidades privados, a qual não podem ser invadida pelo governo. São estabelecidos para proteger o indivíduo, em seus direitos pessoais e de propriedade, contra ameaças arbitrárias ou brutais” (Tradução do autor). MCBAIN, Howard Lee. **The living constitution**. New York: Workers Education Bureau, 1927, p. 73.

Segundo a teoria liberal dos direitos fundamentais, tais direitos apresentam as seguintes características: *a)* são direitos do particular perante o Estado, correspondendo essencialmente a direitos de autonomia e defesa; *b)* revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competência entre o indivíduo e o Estado, visando à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estadual à manutenção da ordem necessária ao livre desenvolvimento desses direitos; *c)* são direitos pré-estatais; *d)* sua efetivação está fora da competência regulamentar do Estado, dependendo, unicamente, da iniciativa dos cidadãos; e *e)* possuem natureza puramente individual.<sup>20</sup>

Canotilho apresenta crítica à defesa atual de uma teoria liberal dos direitos fundamentais. Segundo ele, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive das liberdades clássicas, depende da intervenção dos poderes públicos, não sendo possível seu alcance pela iniciativa individual. A teoria liberal é omissa no que se refere à indispensabilidade das prestações estatais, enquanto pressupostos sociais e econômicos para a realização da liberdade do indivíduo.<sup>21</sup>

Os direitos fundamentais de cunho individual estabelecidos pelas constituições liberais não foram suficientes para solucionar os problemas sociais e econômicos surgidos a partir do processo de industrialização, iniciado no século XIX, e agravados pelas mazelas sociais e econômicas decorrentes das grandes guerras mundiais. Essa constatação leva ao surgimento, no início do século XX, de uma nova fase do movimento constitucionalista: o constitucionalismo social.

## 2.2 Constitucionalismo social

Os direitos resultantes da revolução liberal burguesa estavam, essencialmente, vinculados à defesa da liberdade individual e da propriedade, contra possíveis investidas do poder estatal. Tais direitos eram ineficazes para atender às demandas dos trabalhadores, flagelados por condições desumanas de trabalho, cuja preocupação imediata e urgente era o atendimento de necessidades mínimas de existência digna. “A antinomia Estado-sociedade, proveniente da

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1396.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 2007, p. 1397.

falsidade da ideologia burguesa, já não pode, assim, em suas vestes formais, dissimular o holocausto social da liberdade. Um holocausto que teve por vítima maior a classe obreira”.<sup>22</sup>

O *constitucionalismo social* surge como movimento caracterizado pela posituação em âmbito constitucional de direitos sociais, entendidos como direitos de conteúdo econômico, cultural e social que visam à concretização de uma igualdade efetiva entre os membros da sociedade. Os *direitos sociais* demandam prestações estatais que atendam a necessidades relacionadas à existência digna do indivíduo, notadamente daqueles integrantes de classes menos favorecidas economicamente, em áreas variadas como saúde, educação, trabalho e assistência social.

*Pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.*<sup>23</sup>

O surgimento dos direitos sociais marca a transição do Estado liberal, caracterizado por uma postura estatal absentéista, para o Estado social, marcado por uma postura ativa do poder público na busca da realização do bem-estar social, da existência digna dos seus cidadãos e da concretização de uma igualdade material entre os membros da sociedade. Se o constitucionalismo liberal promoveu a oposição e a resistência do cidadão ao Estado, o constitucionalismo social permitiu a reconciliação entre a Sociedade e o Estado.<sup>24</sup>

A primeira aparição de direitos sociais é identificada na Constituição francesa de 1791, a qual instituiu o ensino público e medidas de proteção ao trabalho.<sup>25</sup> Por se tratarem de direitos pontuais, não obstante a importância histórica destas previsões, ainda não é possível, nesse momento histórico, identificar o surgimento do Estado Social, caracterizado por sua finalidade de busca de uma igualdade efetiva entre os membros da sociedade.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

<sup>23</sup> “Estes direitos podem ser entendidos, em sentido objetivo, como o conjunto das normas mediante as quais o Estado realiza sua função de equilibrar as desigualdades sociais. Já, em sentido subjetivo, podem ser entendidos como as facultades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 183-184.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 136.

A Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII, em 1891, constitui relevante influência da doutrina cristã para a constitucionalização de direitos sociais. Referido documento menciona a necessidade de reconhecimento, pelos Estados, de direitos trabalhistas, como o direito à associação, ao salário justo, ao devido descanso e à proteção do trabalho das mulheres e crianças.<sup>26</sup>

Com o êxito da Revolução Socialista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918. Esta Declaração, impregnada pela ideologia comunista, ignorou os direitos individuais, tendo limitado os direitos nela reconhecidos àqueles relacionados ao interesse da coletividade.<sup>27</sup> O texto da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado foi incorporado à Constituição Soviética daquele mesmo ano, a qual aboliu a propriedade privada e determinava a nacionalização dos meios de produção, dando origem ao *Estado Socialista*.

É interessante perceber que, em uma visão socialista, o próprio Estado é entendido como instituto transitório a ser superado pela revolução. De acordo com esta concepção, o Estado funcionaria como instrumento de manutenção dos interesses da classe dominante. Por meio da revolução, o proletariado tomaria o poder do Estado e converteria os meios de produção em propriedade do Estado. Uma vez superado o modo capitalista de produção e a luta de classes, o Estado perderia sua razão de ser. Esta a crença de Engels:

Quando o Estado se converter, finalmente, em representante efetivo de toda a sociedade, tornar-se-á supérfluo. Quando não existir já nenhuma classe social que precise ser submetida; quando desaparecerem, juntamente com a dominação de classe, juntamente com a luta pela existência individual, engendrada pela atual anarquia da produção, os choques e os excessos resultantes dessa luta, nada mais haverá para reprimir, nem haverá necessidade, portanto, dessa força especial de repressão que é o Estado. O primeiro ato em que o Estado se manifesta efetivamente como representante de toda a sociedade – a posse dos meios de produção em nome da sociedade – é ao mesmo tempo o seu último ato independente como Estado.<sup>28</sup>

A concepção socialista resultou em uma teoria dos direitos fundamentais diametralmente oposta à teoria liberal dos direitos fundamentais. Segundo a *teoria socialista dos direitos fundamentais*, os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, não havendo sentido em se falar de direitos puramente individuais oponíveis ao Estado. A teoria socialista adota como princípio que a efetivação dos direitos fundamentais tem como

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 207.

<sup>27</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 39.

<sup>28</sup> ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. São Paulo: Global, [s./d.], p. 72-73.

pressuposto a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia. Conforme esta teoria, os denominados direitos individuais não passariam de direitos dos membros da sociedade burguesa.<sup>29</sup> Na análise de Lassale:

O pensamento político ocidental tendeu sempre para considerar os direitos do homem como direitos naturais, que escapam à acção do Estado. Tal era, por exemplo, a filosofia da Declaração de 1789. A concepção soviética, que se baseia numa análise marxista da idéia de direito, está muito afastada deste idealismo jurídico. Ela assenta inteiramente na idéia de que a significação das regras respeitantes às liberdades fundamentais está estreitamente ligada às estruturas económicas e sociais nas quais se inserem. Não há uma concepção abstracta e universal de liberdade, mas situações particulares, que lhe conferem, num dado momento, o seu verdadeiro sentido e que decidem do seu conteúdo real.<sup>30</sup>

Para Canotilho, a teoria socialista dos direitos fundamentais teve como mérito demonstrar a “mistificação das declarações dos direitos quanto ao sentido igualitário dos direitos do homem, principalmente na feição que lhes imprimiu o liberalismo proprietarista”, bem como revelar o “caráter platónico do reconhecimento dos direitos, se não se assegurarem ao indivíduo as condições materiais necessárias à plena efectivação desses direitos, de forma a garantirem-se *liberdades concretas e reais*”. Por outro lado, a teoria socialista dos direitos fundamentais resultou na “*minimização de uma irredutível dimensão subjectiva*” e na “*tendencial redução dos direitos a condições materiais, económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas*”.<sup>31</sup>

O desinteresse manifestado pelo Estado socialista com relação aos direitos individuais, a pretexto da realização dos interesses coletivos, resultou na instauração de um regime autocrático, incompatível com os anseios democráticos. O Estado socialista, surgido como utopia libertadora, revelou-se instrumento de opressão das liberdades individuais e incompetente para a realização da prometida igualdade material. Segundo Bonavides:

Gerando a ditadura do proletariado, esse modelo, na prática e na realidade, configurou historicamente uma paradoxal forma política, tão negativa, tão rude e tão opressiva para a liberdade humana, em razão dos desvios de poder, quanto haviam sido aquelas a que se propusera opugnar e abolir: a do absolutismo das velhas autocracias imperiais e a da burguesia, que trazia no ventre a ditadura do capitalismo.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1401-1402.

<sup>30</sup> LASSALE, Jean-Pierre. **Introdução à política**. 4. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1974, p.105.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2007, p. 1402 (Grifos originais).

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

A insuficiência da teoria socialista dos direitos fundamentais, resultante da minimização da dimensão subjetiva destes direitos, gerou a necessidade de um novo modelo teórico que estabelecesse o equilíbrio entre direitos individuais e sociais, entre os interesses do cidadão enquanto indivíduo e enquanto membro da coletividade. Esta teoria pode ser denominada de *teoria social dos direitos fundamentais*, fundada na ideia de que a liberdade possui, simultaneamente, uma dimensão subjetiva e uma dimensão social.<sup>33</sup>

Os direitos individuais e os direitos sociais não se encontram em oposição, mas, antes, em uma relação de complementariedade. “Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna”.<sup>34</sup> Desta forma, os direitos sociais são condição para exercício efetivo dos direitos individuais. Na lição de Luño:

*[Os direitos sociais,] lejos de entrañar la negación de las libertades, representan su desarrollo y su extensión a todos los ciudadanos. Por ello, correlativamente puede hablarse de unas libertades públicas de la igualdad, puesto que en el Estado social de Derecho las libertades son jurídicamente iguales, cuyo real ejercicio debe ser garantizado por los poderes públicos en un plano de iguales oportunidades. De este modo, las libertades públicas, que suponen concreciones de la libertad, y los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad, se integran profunda y simultáneamente.*<sup>35</sup>

O primeiro texto constitucional a estabelecer um equilíbrio entre direitos individuais e direitos sociais pode ser identificado como a Constituição do México de 1917. Este texto constitucional é marcado pela constitucionalização de direitos trabalhistas, como: salário mínimo; limitação da jornada diária em oito horas; direitos de associação; direito de greve; participação dos trabalhadores nos lucros da empresa; responsabilidade patronal em acidentes de trabalho e indenização em caso de dispensa; bem como de direitos relativos à organização econômica, como a limitação da propriedade privada pelo interesse público.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1399.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 206-207.

<sup>35</sup> “[Os direitos sociais,] longe de consubstanciarem negação das liberdades, representam seu desenvolvimento e sua extensão a todos os cidadãos. Por eles, correlativamente, pode-se falar em liberdades públicas da igualdade, posto que, no Estado social de Direitos, as liberdades são jurídicamente iguais, devendo seu efetivo exercício ser garantido pelos poderes públicos em um plano de iguais oportunidades. Deste modo, as liberdades públicas, que supõem concreções da liberdade, e os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade, se integram profunda e simultaneamente” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 215 (Grifo original).

<sup>36</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13-15.

O fim da I Guerra Mundial criou uma situação revolucionária na Europa. Os problemas econômicos, sociais e políticos resultantes da guerra demandavam um novo direito público europeu, tanto no plano internacional, pela necessidade de fortalecimento da ordem jurídica internacional, como no plano interno, pela necessidade de uma nova organização nacional dos Estados europeus, com base em um direito constitucional democrático. Neste cenário, vários Estados europeus estabeleceram constituições com o objetivo de concretização da democracia, ameaçada pela ruína econômica, ausência de experiência democrática, voz da vingança social e apelos do regime soviético.<sup>37</sup>

A previsão de direitos sociais, ao lado das liberdades individuais clássicas, é característica marcante das constituições de Estados europeus estabelecidas após o término da I Guerra Mundial. Essas constituições não apenas estabeleciam novos direitos, de natureza social e econômica, mas também previam a possibilidade de restrição de liberdades individuais em nome dos interesses da coletividade. Explica Mirkine-Guetzévitch:

As novas constituições foram redigidas numa época em que partido algum podia ignorar a questão social. No século vinte, o senso social do direito não é mais uma doutrina, não é mais uma escola jurídica, é a própria vida. Também não era mais possível distinguir entre o indivíduo político e o indivíduo social; assistimos não somente à transformação da teoria geral do Estado, mas também à doutrina dos direitos individuais. O Estado não pode mais limitar-se a reconhecer a independência jurídica do indivíduo, ele deve criar um mínimo de condições necessárias para assegurar a sua independência social.<sup>38</sup>

A Constituição alemã de Weimar, de 1919, pode ser considerada como arquétipo do constitucionalismo social. A Constituição de Weimar, além das liberdades individuais de tradição liberal, estabeleceu direitos sociais diversos, como direito à educação, à moradia e direitos trabalhistas.<sup>39</sup> Elaborada por representantes do povo, eleitos mediante sufrágio universal e direto, reunidos em Assembleia Nacional, esta constituição foi resultado de uma coalisão entre partidos políticos de tendência liberal e de tendência socialista. Este pacto entre forças políticas diversas foi possível graças à unidade da vontade política em torno da instauração de uma república democrática constitucional, a qual pesou mais que as diferenças existentes.<sup>40</sup>

O *Estado Social* surge como instrumento para concretização harmônica das liberdades individuais e dos direitos sociais. Este modelo de Estado representa uma “espécie de síntese

<sup>37</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do direito constitucional**. Trad. de Cândido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933, p. 81-82.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 1933, p. 34-41.

<sup>39</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 39-40.

<sup>40</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 53; 78.

orgânica do objetivo de integração, equidistante do individualismo ocidental e do coletivismo russo”.<sup>41</sup> Ao avocar a tarefa de realização da justiça social, o Estado Social funciona, ao mesmo tempo, como “produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direito de defesa de matriz liberal-burguesa”.<sup>42</sup> Na lição de Bonavides:

É Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade não se contradizem como a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização de direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. [...] Sem Estado social não há democracia, sem democracia não há legitimidade.<sup>43</sup>

Na segunda metade do século XX, a Europa assiste a uma nova fase do constitucionalismo social, caracterizada pela expansão dos direitos sociais à totalidade da população. No início daquele século, os direitos sociais eram, eminentemente, destinados à parcela da sociedade menos favorecida economicamente, massacrada por condições de trabalho degradantes. Com o término da II Guerra Mundial, surge a necessidade de garantia de direitos sociais a todos os membros da sociedade, visando à concretização de uma efetiva integração social, de forma a permitir a superação dos graves efeitos sociais e econômicos resultantes do conflito bélico. Essa visão trouxe para o Estado a função de garantir à população, como um todo, direitos sociais como saúde, educação, moradia e assistência social.

A especificidade desta nova configuração do Estado social que constitui o Estado de Bem Estar reside em sua pretensão de eliminar a idéia de particularidade da necessidade, ligada a uma categoria social determinada, que era parte essencial da primeira matriz do Estado intervencionista. Através da extensão do sistema de seguridade social a todos os cidadãos, sem limites de renda, a idéia de integração social toma a forma da universalidade.<sup>44</sup>

O constitucionalismo não consiste em uma teoria surgida como um produto acabado em determinado momento histórico. A teoria constitucionalista é ancorada nas lutas sociais, pelo reconhecimento e expansão de direitos, ocorridas ao longo da história. Assim, o constitucionalismo é, ao mesmo tempo, teoria jurídico-política e prática revolucionária. Nas palavras de Ferrajoli:

<sup>41</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 202.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70; 74.

<sup>44</sup> HERRERA, Carlos Miguel, op. cit., 2010, p. 18.

*La storia del costituzionalismo è la storia di questo progressivo alargamento della sfera pubblica dei diritti. Una storia non teórica, ma sociale e política, dato che nessuno di questi diritti è mai calato dall'alto ma tutti sono conquistati da rotture istituzionali.*<sup>45</sup>

Em um presente marcado pelo avanço cada vez mais célere do progresso científico e pela voracidade da economia de mercado em um mundo globalizado, muitas são as situações a demandarem a atuação do poder estatal para proteção dos direitos fundamentais. Disso resulta a permanente necessidade de concretização dos direitos fundamentais existentes, bem como de criação de novos direitos capazes de assegurar a dignidade do ser humano diante de ameaças econômicas e tecnológicas a todo instante surgidas. O constitucionalismo é tarefa em construção e sempre inacabada.

### **2.3 Dimensões dos direitos fundamentais sob uma perspectiva evolutiva**

A evolução dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva histórica, levou à sua classificação doutrinária em gerações ou dimensões de direitos. Embora “gerações” e “dimensões” de direitos fundamentais sejam expressões utilizadas como sinônimos, entende-se que este último termo expressa com maior adequação o desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais.

O termo “gerações” pode transmitir a ideia equivocada de que cada etapa, na evolução dos direitos fundamentais, substituiria a anterior por ter esta se tornado obsoleta. No dizer de Canotilho, “os direitos são de todas as gerações”.<sup>46</sup> Na verdade, o desenvolvimento dos direitos fundamentais ocorre por meio de um processo de cumulação e complementaridade. Os direitos fundamentais previstos em uma determinada ordem jurídica constitucional formam uma unidade sistêmica, na qual cada dimensão amplia o conteúdo da dimensão anterior em um “permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> “A história do constitucionalismo é a história deste progressivo alargamento da esfera pública do direito. Uma história que não é teórica, mas social e política, dado que nenhum destes direitos foi concedido de cima para baixo, mas foram todos conquistados mediante rupturas institucionais” (Tradução do autor). FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. In: VITALE, Ermanno (Coord.). **Diritti fondamentali: un dibattito teóricico**. 3. ed. Roma: Laterza, 2008, p. 22.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 386.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

### 2.3.1 *Os direitos fundamentais de primeira dimensão*

Os *direitos fundamentais de primeira dimensão* correspondem aos direitos individuais relacionados com o constitucionalismo liberal, abrangendo os direitos civis e políticos. Os direitos dessa dimensão surgem com as primeiras constituições escritas, promulgadas no final do século XVIII, sendo resultado do pensamento liberal burguês da época.

Estes direitos consistem em liberdades individuais oponíveis em face do Estado. Têm como titular o indivíduo e demandam uma postura absenteísta do Estado, o qual não pode invadir determinadas esferas da vida do indivíduo protegidas em âmbito constitucional. São, por isso, definidos como direitos de defesa ou direitos de liberdade. Podem ser identificados como direitos fundamentais de primeira geração, entre outros, o direito à vida, à propriedade, à segurança, à igualdade perante a lei, às liberdades de expressão e associação, ao devido processo legal, bem como os direitos políticos.<sup>48</sup>

### 2.3.2 *Os direitos fundamentais de segunda dimensão*

A segunda dimensão dos direitos fundamentais corresponde aos direitos de cunho social, econômico e cultural titularizados por indivíduos. São típicos *direitos fundamentais de segunda dimensão*, o direito à saúde e à educação, bem como os direitos trabalhistas.

Via de regra, os direitos fundamentais de segunda geração demandam prestações estatais visando à concretização de uma igualdade efetiva entre os membros da sociedade. Por isso, são denominados de direitos de igualdade. Não obstante os direitos sociais sejam, majoritariamente, direitos a prestações, existem direitos de segunda dimensão correspondentes a liberdades individuais exercidas no âmbito das relações de trabalho, tais como: a liberdade de associação sindical, o direito à greve e o princípio da liberdade de exercício profissional.<sup>49</sup>

### 2.3.3 *Os direitos fundamentais de terceira dimensão*

A nota distintiva dos *direitos fundamentais de terceira dimensão* é que os mesmos são titularizados, não por indivíduos, mas por uma coletividade. Abrangem os direitos coletivos, entendidos como direitos indivisíveis titularizados por um grupo humano determinado, bem

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47

<sup>49</sup> Ibid., 2010, p. 46-47.

como os direitos difusos, entendidos como direitos indivisíveis titularizados pela sociedade como um todo.

A principal característica dos direitos fundamentais de terceira dimensão vincula-se à circunstância de, ao reverso do que sucedido com os direitos de primeira e segunda dimensões, destinarem-se não à proteção do homem-indivíduo, na condição de seu titular, mas a de determinados grupos, tais como a família, o povo, a Nação e ao próprio Estado, avultando de tal aspecto a natureza transindividual, coletiva ou difusa de sua titularidade, que, algumas vezes, se evidencia indefinida ou indeterminável.<sup>50</sup>

Por sua natureza transindividual, tais direitos são conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade. Entre os direitos fundamentais de terceira dimensão podem ser citados o direito ao meio ambiente saudável, ao desenvolvimento, à comunicação e o direito à proteção do patrimônio histórico e cultural.<sup>51</sup>

Em síntese, os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem aos direitos individuais. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, correspondem aos direitos sociais titularizados por indivíduos. Já os direitos individuais de terceira geração são os direitos sociais de natureza coletiva ou difusa.

Como usualmente ocorre com modelos teóricos fechados, a classificação tridimensional dos direitos fundamentais simplifica o processo histórico evolutivo destes. Esta classificação não deve conduzir à ideia equivocada de que a evolução histórica dos direitos fundamentais se deu de forma linear e crescente. Antes, esta evolução se deu através de um processo dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições.<sup>52</sup> Feita esta ressalva, é preciso reconhecer a utilidade desta classificação, por abranger, nas dimensões propostas, o conteúdo potencial de direitos fundamentais os mais diversos.<sup>53</sup>

#### *2.3.4 A multidimensionalidade dos direitos fundamentais*

As dimensões dos direitos fundamentais não podem ser entendidas como isoladas umas das outras. O sentido e a extensão de cada direito fundamental somente podem ser

<sup>50</sup> QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 49.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48-49.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 2010, p. 52.

<sup>53</sup> Bonavides propõe o reconhecimento de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, ainda em processo de formação. Os direitos fundamentais de quarta dimensão seriam direitos voltados à concretização da democracia, incluindo o direito à democracia direita, ao pluralismo e à informação. Já os direitos fundamentais de quinta dimensão envolveriam direitos voltados à concretização da paz. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 570-572; 579-593.

determinados no contexto da unidade sistêmica formada pelos demais direitos consagrados no texto constitucional, observando-se as múltiplas e recíprocas implicações entre estes. Os direitos fundamentais de uma determinada dimensão afetam, significativamente, o sentido e a função daqueles de dimensões anteriores. Estes, por sua vez, refletem na compreensão dos direitos fundamentais de dimensões posteriores, em uma teia de influências recíprocas.

A classificação de um direito fundamental como pertencente a uma determinada dimensão somente é possível sob uma perspectiva genética, não sob uma perspectiva substancial. Um direito fundamental pode ser identificado como integrante de uma determinada dimensão no momento de seu surgimento, observadas as condições econômicas e sociais que propiciaram sua criação. Entretanto, a partir do momento em que passa a integrar o sistema constitucional, o direito fundamental incorpora as dimensões anteriores e posteriores, tornando-se multidimensional. Uma vez criado o direito fundamental, este passa a integrar uma unidade sistêmica, na qual as diversas dimensões se superpõem indissociavelmente, refletindo-se como espelhos postos face a face. Adequado, portanto, o termo “dimensões”, enquanto manifestações simultâneas e interligadas de uma mesma realidade. Neste sentido, os direitos fundamentais são sempre multidimensionais.

### 3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sob a perspectiva de uma teoria dos direitos fundamentais, a classificação desses direitos sob critério funcional deve apresentar abrangência e flexibilidade suficientes para abarcarem as especificidades de ordens constitucionais distintas, bem como a diversidade de funções desempenhadas pelos direitos fundamentais. Não obstante as dificuldades resultantes de uma tal classificação, a reflexão acerca das funções dos direitos fundamentais é essencial para a definição dos correspondentes deveres impostos ao Estado e aos particulares.

Os direitos fundamentais nascem como liberdades individuais oponíveis ao Estado. Posteriormente, surgem os direitos fundamentais de cunho social, econômico e cultural, cujo objeto consiste, prioritariamente, em ações estatais visando à concretização de uma igualdade material entre os membros da sociedade. Assim, com base na evolução histórica do constitucionalismo, é possível identificar dois grandes grupos de direitos fundamentais, sob um critério funcional: *os direitos fundamentais de defesa* e *os direitos fundamentais a prestações*.

#### 3.1 Direitos fundamentais de defesa

*Os direitos fundamentais de defesa* têm por objeto ações negativas do poder estatal, ou seja, demandam uma abstenção por parte do Estado. Sua finalidade é a proteção de determinadas esferas da vida dos particulares, definidas em âmbito constitucional, contra interferências lesivas decorrentes da atuação estatal.

Os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.<sup>1</sup>

Para Canotilho, os direitos de defesa cumprem sua função sob uma dupla perspectiva. Em um plano jurídico objetivo, constituem “normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as ingerências destes na esfera jurídica individual”. Em um plano jurídico

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168.

subjetivo, implicam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.<sup>2</sup>

Os direitos de defesa abrangem os direitos individuais, caracterizados como liberdades individuais oponíveis em face do Estado ou de particulares. Embora os direitos sociais sejam, em sua grande maioria, caracterizados por sua função predominantemente prestacional, é possível identificar direitos de cunho social, econômico ou cultural caracterizados por uma função defensiva prioritária, sendo denominados de liberdades sociais ou direitos sociais negativos. Como exemplos de liberdades sociais, podem-se citar direitos trabalhistas que impõem limitações ao poder estatal ou ao poder diretivo dos empregadores, tais como a liberdade de exercício profissional, o direito de greve e a liberdade de associação sindical.

Segundo classificação proposta por Alexy, os direitos de defesa ou direitos a ações negativas, abrangem: *a*) direitos ao não embaraço de ações; *b*) direitos a não afetação de características e situações; e *c*) direitos a não eliminação de posições jurídicas.<sup>3</sup>

### 3.1.1 *Direitos ao não embaraço de ações*

Os *direitos ao não embaraço de ações* correspondem aos direitos fundamentais que têm por objeto a vedação de atuação estatal que impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito. Estes direitos podem ser enunciados mediante a fórmula: “*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*”. São exemplos desta espécie de direito, a liberdade religiosa, a liberdade de locomoção, a liberdade de associação, a livre manifestação do pensamento e a liberdade de exercício profissional.<sup>4</sup>

### 3.1.2 *Direitos à não afetação de características e situações*

Os *direitos à não afetação de características e situações*, por sua vez, têm por objeto a vedação de atuação estatal que atente contra determinadas características e situações pertinentes ao titular do direito. A fórmula padrão destes direitos pode ser enunciada como: “*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica A (a situação B) de *a*”.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 408.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 2008, p. 196-198.

Podem ser indicados como direitos desta espécie, o direito à privacidade e o direito à inviolabilidade de domicílio.<sup>5</sup>

### 3.1.3 *Direitos à não eliminação de posições jurídicas*

Os *direitos à não eliminação de posições jurídicas* têm por finalidade a proibição de que sejam excluídas do sistema jurídico, determinadas posições jurídicas ostentadas pelo titular do direito. Estes direitos podem ser conduzidos à fórmula padrão: “*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica *RP* de *a*”. Exemplo típico desta espécie de direito é o direito à propriedade.<sup>6</sup>

## 3.2 **Direitos fundamentais a prestações**

Os *direitos fundamentais a prestações* correspondem a direitos cujo objeto consiste em ações positivas do poder estatal com a finalidade de concretização de uma igualdade material entre os membros da sociedade. “Enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos a prestações procuram obter do Estado as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto dessas liberdades”.<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo abrangem tanto prestações normativas, também designadas como prestações jurídicas, como prestações fáticas, igualmente denominadas de prestações materiais. As *prestações normativas* têm por objeto a produção de normas jurídicas, ou seja, sua concretização se dá mediante a edição de normas integrativas de direitos previstos na constituição. Já as *prestações fáticas* têm por objeto a prática de atos materiais consistentes no fornecimento de bens ou serviços, ou seja, sua concretização se dá mediante uma atuação positiva material.<sup>8</sup>

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais a prestações resulta, para o Estado, na obrigação de garantir a concretização do núcleo essencial destes direitos necessários para garantia de uma existência humana digna, bem como na obrigação de que as prestações

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199.

<sup>6</sup> Ibid., 2008, p. 199-201.

<sup>7</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168.

<sup>8</sup> Ibid., 2008, p. 168-169.

estatais sejam desenvolvidas em permanente processo de cumulação e expansão, rumo à plena efetivação do objetivo constitucionalmente traçado.

Conforme classificação proposta por Alexy, os direitos fundamentais a prestações abrangem as seguintes espécies: *a) direitos à proteção, b) direitos à organização e procedimento e, c) direitos a prestações em sentido estrito.*<sup>9</sup>

### 3.2.1 *Direitos à proteção*

Os *direitos à proteção* correspondem a direitos individuais oponíveis em face do Estado, tendo por objeto a proteção estatal contra agressões praticadas por terceiros contra direitos fundamentais. Dessa forma, todo direito fundamental vem necessariamente acompanhado do correspondente direito à proteção.

A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa idéia tem ‘assento na realidade’ e não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais.<sup>10</sup>

Não se confundem direitos de defesa e direitos à proteção. Os direitos de defesa têm por objeto a não intervenção estatal em determinadas esferas da vida do indivíduo. Já os direitos de proteção têm por objeto a atuação estatal com a finalidade de evitar lesão a direito fundamental provocado por particulares ou por ato da própria Administração Pública. É possível ainda distinguir uma diferença estrutural entre estas espécies de direito. Enquanto o direito de defesa proíbe a utilização de todo e qualquer meio que resulte na afetação negativa do bem protegido, o direito de proteção exige a utilização do meio de proteção mais efetivo possível, consideradas as condições fáticas e jurídicas existentes.<sup>11</sup>

Os direitos à proteção geram a obrigação do Estado de proteger os titulares de direitos fundamentais contra agressões praticadas pelos poderes públicos, por particulares e até mesmo por outros Estados.<sup>12</sup> Portanto, os direitos à proteção resultam, sob a perspectiva de

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 2008, p. 455.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 2008, p. 461-470.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148-149.

seu sujeito passivo, em deveres de proteção atribuídos ao Estado. “Da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros”.<sup>13</sup>

Os deveres de proteção podem se materializar tanto sob a forma de proteção normativa, consistente na edição de normas jurídicas que visem à proteção de direitos fundamentais, como sob a forma de proteção fática, consistente em ações fáticas voltadas para proteção destes direitos.<sup>14</sup> A materialização do direito de proteção pode ocorrer por atuação de qualquer dos poderes públicos.

A proteção de direitos fundamentais ocorre por atuação do legislador mediante edição de legislação protetiva do exercício de direitos fundamentais. “O direito infra-constitucional pode, em parte substancial, ser apreendido como realização da função dos direitos fundamentais de imperativos de tutela”.<sup>15</sup> Já a atuação do administrador público na proteção de direitos fundamentais ocorre pela edição de normas administrativas e pela prática de atos administrativos com a finalidade de coibir a violação de direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, por sua vez, atua na proteção de direitos fundamentais mediante prolação e execução de decisão judicial que concretize o direito fundamental protegido. A atuação jurisdicional na proteção de direitos fundamentais se dá, via de regra, de forma repressiva, após ocorrida a lesão, por meio de decisões judiciais que objetivem a cessação do ato lesivo e a reparação da lesão sofrida. Entretanto, quando presentes indícios razoáveis de lesão futura a direito fundamental, é possível a tutela jurisdicional preventiva, com a finalidade de determinar a abstenção de eventual prática do ato lesivo.

Canaris identifica três pressupostos para o reconhecimento da existência de dever de proteção, por parte do Estado, diante de uma situação concreta. O primeiro destes pressupostos é a “aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental”, ou seja, é

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 409.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450-451.

<sup>15</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 116.

necessário averiguar se a situação concreta, diante da qual se invoca o direito à proteção, efetivamente configura lesão a direito fundamental.<sup>16</sup>

A “necessidade de proteção” é o segundo pressuposto para reconhecimento da existência de dever de proteção estatal diante do caso concreto. Devem existir razões suficientes para se justificar a intervenção estatal como forma de proteção a direito fundamental. Como indicativos da presença do requisito da necessidade de proteção estatal são apontados a ilicitude do ato lesivo, a colocação em perigo de bem protegido por direito fundamental e a dependência de proteção estatal pela excepcionalidade de adoção de outros meios de defesa do direito.<sup>17</sup>

O terceiro pressuposto para reconhecimento do dever de proteção estatal consiste no funcionamento conjunto de critérios diversos a serem ponderados no caso concreto. A existência do dever de proteção estatal, bem como o modo e intensidade pelo qual deve ser exercido, é definido, além da presença dos requisitos anteriormente mencionados, pela interação de uma série de fatores, os quais formam um “sistema móvel” do tipo quanto mais e quanto mais forte a presença de tais fatores, tanto mais restará caracterizado o dever de proteção estatal. Explica Canaris:

Ao lado dos critérios da ilicitude da intervenção no bem jurídico fundamental, da ameaça de perigo e da dependência do titular da colaboração no exercício de outros sujeitos de direito privado, aparecem, assim, como geralmente relevantes, alguns outros poucos pontos de vista valorativos, como é o caso, sobretudo, da natureza e hierarquia do direito fundamental atingido, do peso da intervenção e da intensidade da ameaça, da possibilidade do titular de exercer uma eficiente auto-defesa, bem como do peso de interesses de direitos fundamentais contrapostos. Estes critérios e pontos de vista estão aqui – à semelhança de princípios – abertos a uma graduação e ponderação.<sup>18</sup>

A questão do reconhecimento da existência de um direito subjetivo à proteção, diante de uma situação concreta, assume maior complexidade, quando o suposto ato lesivo corresponder ao exercício de direito fundamental contraposto. Nesta situação, a configuração de lesão a direito fundamental envolverá um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, de forma a estabelecer, no caso concreto, qual dos direitos invocados prevalece sobre o outro.

---

<sup>16</sup> CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 104-106.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 2009, p. 106-112.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 2009, p. 112-115.

Os direitos à proteção, em sua dimensão individual, resultam na “necessidade de o Estado implementar medidas que alcancem, na sua função protetiva, um mínimo de eficácia, não sendo exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva prevenir”.<sup>19</sup> O Estado possui discricionariedade na escolha dos meios para concretização dos deveres de proteção. Entretanto, esta discricionariedade não se confunde com permissão para adoção de conduta omissiva. O agente estatal tem o dever de justificar a escolha do meio utilizado para proteção do direito, mediante argumentação racional baseada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração as condições jurídicas e fáticas existentes. Afirma Sarlet:

A forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece, contudo (e de acordo com a doutrina germânica dominante), no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, neste contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado.<sup>20</sup>

Os direitos de proteção, enquanto direitos subjetivos a prestações estatais que visem salvaguardar os indivíduos de danos a direitos fundamentais que possam sofrer em razão da atuação de terceiros, constituem pressuposto da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. A lesão a direito fundamental causado por ação de terceiro não acarretará, necessariamente, na responsabilidade estatal, sendo necessário, ao titular do direito lesionado, demonstrar que houve violação a dever de proteção materializada pela omissão ou falha no serviço público, que concorreu para a ocorrência da violação ao direito fundamental. Entendimento em contrário resultaria na atribuição, ao Estado, de responsabilidade objetiva por lesões decorrentes de toda e qualquer conduta ilícita praticada por terceiros da qual resultasse violação a direito fundamental.

Com efeito, do ponto de vista lógico, só é possível responsabilizar por omissão a quem estava previamente adstrito a um dever de ação. [...] Assim, afirma-se que o Estado pode responder civilmente em razão de lesão a direitos causada por um comportamento de terceiro, ou até pelas consequências de um fato natural, quando o serviço público ao qual incumbia proteger os direitos lesados não tiver funcionado a contento (culpa do serviço).<sup>21</sup>

O parâmetro a ser utilizado como critério para avaliação da adequação da medida eleita pelo Estado para proteção de direito individual é a proibição da insuficiência. A insuficiência do

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 193.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 2010, p. 192-193.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130; 136-137.

dever de proteção estatal ocorreria “quando a ação protetiva dos poderes públicos ficasse aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos direitos fundamentais”.<sup>22</sup> Na explicação de Canaris:

A eficácia da protecção integra, em princípio, logo o próprio conteúdo do dever de protecção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não teria sentido. Mas isto só é exacto numa perspectiva muito abstracta, e nada altera quanto à circunstância de ser adicionalmente necessária, em cada caso, uma aferição da eficiência para cada *problema especificamente considerado*. Isto porque a eficiência constitui um critério *graduável*, uma vez que se trata de saber se a protecção é *suficientemente* eficiente.<sup>23</sup>

Verificar a ocorrência de insuficiência da ação protetiva dos poderes públicos, em face de situação concreta, consiste em tarefa a ser desempenhada com indispensável cautela. Tal avaliação exige a formulação de juízos de fato, técnicos e axiológicos, por parte do aplicador da norma, incluindo a ponderação dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos.

### 3.2.2 *Direitos a organização e procedimento*

Os *direitos a organização e procedimento* são direitos fundamentais cujo objeto consiste na concretização de determinados procedimentos e medidas estatais de natureza organizacional. Tais direitos possuem natureza instrumental, no sentido de que sua finalidade é funcionar como garantias procedimentais para proteção jurídica de outros direitos fundamentais. Os direitos a organização e procedimento, portanto, configuram a dimensão procedimental dos direitos fundamentais. Estes direitos podem ser denominados, simplesmente, de “direitos procedimentais”, desde que entendido o termo procedimento em sentido *lato*, ou seja, como sistema de regras e princípios para a obtenção de um resultado.<sup>24</sup>

Existe uma influência recíproca entre direitos fundamentais e as noções de procedimento e organização. Se, por um lado, “a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”, por outro lado, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133.

<sup>23</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123-124 (Grifos originais).

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470-474.

estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”.<sup>25</sup>

Os direitos procedimentais abrangem tanto direitos à criação de normas, visando à concretização de garantias procedimentais previstas constitucionalmente, quanto direitos à interpretação/aplicação concreta de procedimentos estabelecidos diretamente pelo texto constitucional.<sup>26</sup> Os direitos à criação de normas procedimentais são dirigidos prioritariamente ao legislador, mas também ao administrador no exercício de função normativa. Já os direitos à interpretação/aplicação de procedimentos têm como destinatários principais os juízes e tribunais, sem prejuízo de sua aplicação a órgãos do Legislativo e Executivo, no exercício atípico de função jurisdicional. Sobre a aplicação dos direitos procedimentais pelo Poder Judiciário, explica Sarlet:

Considerando que ao Juiz também incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais, levar a sério da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do Juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (o que inclui, à evidência, o dever de zelar pelo referido cunho cooperativo do processo).<sup>27</sup>

Os direitos procedimentais não se confundem com os direitos de defesa. Estes demandam abstenções do poder estatal, com a finalidade de proteção de determinadas esferas da vida dos indivíduos. Já aqueles demandam uma atuação estatal positiva para criação de normas que concretizem garantias procedimentais previstas constitucionalmente, bem como para observância estrita de procedimentos estabelecidos diretamente pelo texto constitucional.

Tampouco se confundem direitos procedimentais com direitos à proteção. Ambos são espécies de direitos a prestações com finalidade de proteção de outros direitos fundamentais. Entretanto, os direitos à proteção consistem em prestações estatais voltadas à proteção de direitos fundamentais contra lesões perpetradas por particulares e pela Administração Pública. Já os direitos procedimentais demandam prestações estatais voltadas à concretização pelos próprios órgãos públicos de determinados procedimentos que servem como proteção jurídica efetiva de direitos fundamentais.

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 194-196.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 474.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 197.

Alexy classifica os direitos a organização e procedimento em quatro espécies: *a)* direitos a competências de direito privado; *b)* direitos a procedimentos judiciais e administrativos; *c)* direitos à organização em sentido estrito; e *d)* direitos à participação formação da vontade estatal.<sup>28</sup>

### 3.2.2.1 Direitos a competências de direito privado

*Os direitos a competências de direito privado* correspondem a direitos fundamentais, que têm por objeto a edição de normas que regulamentem o exercício de direitos fundamentais, no âmbito das relações entre particulares, permitindo a efetiva concretização e proteção jurídica destes direitos. “Direitos a competências de direito privado são direitos em face do Estado a que este crie normas constitutivas para as ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado”.<sup>29</sup>

A competência de direito privado consiste na capacidade outorgada aos particulares de praticarem ações com a finalidade de alterar situações jurídicas, de acordo com os pressupostos e dentro dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas regulamentadoras. A competência de direito privado está fundada na noção de autonomia privada da vontade, entendida como a possibilidade de os sujeitos de direito estabelecerem as consequências jurídicas desejadas, diante de determinadas situações de fato, em conformidade com tipos legalmente definidos.

A ausência de edição do conjunto normativo regulamentador do exercício de direito fundamental consistente em competência de direito privado consiste em obstáculo ao exercício desse direito fundamental. “Sem as normas sobre propriedade não há propriedade em sentido jurídico; sem as normas do direito matrimonial não há matrimônio em sentido jurídico; etc”.<sup>30</sup> Daí, porque configura direito fundamental a atuação normativa estatal relativa à edição de conjunto normativo regulamentador de direitos fundamentais consistentes em competências de direito privado.

A razão pela qual os direitos a competências de direito privado, entendidos como direitos à edição de conjunto normativo que regulamente o exercício de direito fundamental

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 483-484.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 2008, p. 484.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 2008, p.484.

no âmbito das relações privadas, correspondem a um direito procedimental é o fato de que este conjunto normativo é composto principalmente de normas de natureza dispositiva. Tais normas, ao invés de limitarem objetivamente a esfera de ação dos particulares, estabelecem procedimentos e limites para a criação do direito, no âmbito das relações privadas, por meio do modelo contratual.<sup>31</sup> Portanto, este conjunto normativo estabelece o procedimento para exercício de direito fundamental consistente em competência de direito privado.

### 3.2.2.2 Direitos a procedimentos judiciais e administrativos

Os *direitos a procedimentos judiciais e administrativos*, também denominados de direitos a procedimentos em sentido estrito, por sua vez, correspondem a direitos fundamentais que têm por objeto a observância, em processos judiciais e administrativos, das garantias procedimentais estabelecidas em nível constitucional. “Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do *procedimento* e do *processo*, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo”.<sup>32</sup>

Os direitos a procedimentos em sentido estrito decorrem da constitucionalização do direito processual. Segundo Didier Jr., a constitucionalização do direito processual pode ser entendida sob duas dimensões:

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos processuais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. [...] De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas, com avanços recíprocos.<sup>33</sup>

Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos asseguram que o exercício da atividade processual pelo Estado seja desenvolvida por meio de procedimento no qual sejam atendidas determinadas garantias constitucionais voltadas à proteção de direitos fundamentais.

Mesmo que a conformidade do resultado aos direitos fundamentais não seja garantida pelo procedimento, há um aumento na *probabilidade* de um resultado neste sentido. Por essa razão, procedimentos são necessários como meio de proteção aos direitos fundamentais. [...] Assim, no que diz respeito à conexão entre direitos

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.484.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 274 (Grifos originais).

<sup>33</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. I, p. 29-30.

fundamentais e procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material.<sup>34</sup>

Os direitos a procedimentos em sentido estrito são igualmente aplicáveis às relações entre particulares, notadamente quanto a procedimentos com finalidade sancionatória, desenvolvidos no âmbito de pessoas jurídicas de direito privado.

### 3.2.2.3 Direitos à organização em sentido estrito

Os *direitos à organização em sentido estrito* correspondem a direitos oponíveis em face do Estado, cujo objeto seja a concretização de medidas de organização estatal, determinadas pela constituição, com o objetivo de viabilizar a fruição de direitos fundamentais. “Os direitos individuais à organização em sentido estrito, dirigidos ao legislador, são direitos dos indivíduos a que o legislador crie normas de organização que sejam conformes aos direitos fundamentais”.<sup>35</sup>

Canotilho denomina de “direito constitucional organizatório” o conjunto de regras e princípios constitucionais que regulam a formação dos órgãos constitucionais, notadamente no que se refere às respectivas competências e procedimentos para consecução de suas atividades. Tais normas devem ser entendidas,

[...] não como meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras *normas de acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação económica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais.<sup>36</sup>

A concretização dos direitos fundamentais consiste na atividade primordial e razão de ser do Estado. A edição de regulamentação normativa e a prática de ações estatais necessárias à implementação da organização estatal prevista constitucionalmente têm por objetivo a construção de uma estrutura cuja finalidade última é a realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, os dispositivos constitucionais acerca da organização estatal resultam em direitos a organização em sentido estrito, os quais, em seu conjunto, podem ser entendidos como o direito fundamental a uma organização estatal que permita, de forma eficiente, a concretização dos direitos fundamentais.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488-490 (Grifo original).

<sup>35</sup> Ibid., 2008, p. 490-498.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 541-542 (grifos originais).

### 3.2.2.4 Direitos de participação na formação da vontade estatal

Os *direitos de participação na formação da vontade estatal* correspondem aos “direitos em face do Estado a que este, por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal”.<sup>37</sup> Estes direitos estão diretamente relacionados com a concretização do princípio democrático, o qual se apresenta, simultaneamente, “como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*”.<sup>38</sup>

Os direitos de participação na formação da vontade estatal incluem direitos de representação democrática e direitos de participação democrática.<sup>39</sup> Os direitos de representação democrática correspondem, essencialmente, aos direitos de votar e ser votado, bem como às garantias de exercício destes direitos, tais como, eleições periódicas e pluralismo partidário. Já os direitos de participação democrática correspondem aos direitos que possibilitam o exercício de democracia direta, tais como, o plebiscito, o *referendum* e o projeto de lei de iniciativa popular, bem como aos direitos que permitam ao cidadão influenciar, ainda que indiretamente, na formação da vontade estatal, tais como o direito à livre manifestação do pensamento, à liberdade de reunião e à liberdade de associação.

### 3.2.3 Direitos a prestações em sentido estrito

Os *direitos a prestações em sentido estrito* correspondem a “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.<sup>40</sup> Tratam-se, portanto, de direitos fundamentais cuja concretização demanda prestações materiais. São exemplos de direitos a prestações em sentido estrito o direito à saúde, à moradia e à educação.

Os direitos a prestações em sentido estrito estão relacionados aos direitos sociais, ou seja, direitos de cunho econômico, social e cultural. Não se trata, entretanto, de uma identificação absoluta, já que existem direitos sociais com função prioritariamente defensiva, conhecidos como liberdades sociais, tais como, o direito de greve e o direito de associação.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498-499.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 288 (grifos originais).

<sup>39</sup> *Ibid.*, 2007, p. 288-289.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2008, p. 499.

Conclui-se, portanto, que os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos sociais de natureza prestacional. Conforme explica Sarlet:

Os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.<sup>41</sup>

Os direitos a prestações em sentido estrito, via de regra, têm como destinatário o Estado, no sentido de impor a este a prática de ações positivas em favor dos indivíduos. Existem, entretanto, direitos a prestações em sentido material que têm particulares como destinatários, tal como ocorre com os direitos sociais dos trabalhadores, os quais estabelecem obrigações aos empregadores.<sup>42</sup>

Conforme classificação proposta por Canotilho, os direitos a prestações materiais podem ser classificados em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. *Os direitos originários a prestações* correspondem a direitos subjetivos, garantidos constitucionalmente, a ações estatais exigíveis judicialmente. A inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação dos direitos a prestações materiais pode, inclusive, configurar inconstitucionalidade por omissão, sendo igualmente inconstitucionais as normas legais que não desenvolvam a realização destes direitos ou que promovam a diminuição de efetivação legal anteriormente atingida.<sup>43</sup>

*Os direitos a prestações derivados*, por sua vez, surgem à medida que o Estado vai concretizando as prestações existenciais determinadas pela constituição. Estes direitos correspondem ao direito a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos a prestações derivados abrangem o direito de igual acesso aos serviços públicos e o direito de igual participação nas prestações fornecidas por estes serviços à comunidade. Os direitos derivados, além de garantirem o acesso e a participação nas prestações já fornecidas pela ação estatal, funcionam como garantia de manutenção do grau de concretização de direitos a prestações já obtido,

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 198-199.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 2010, p. 203.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 477-478.

impedindo que o Estado elimine, sem compensação ou alternativa, a parcela já realizada desses direitos. Esta vedação configura o princípio da proibição de retrocesso social.<sup>44</sup>

Considerando que os tributos constituem a principal receita estatal, a concretização de direitos sociais encontra-se em permanente tensão com os direitos de liberdade, notadamente com relação ao direito de propriedade.

Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.<sup>45</sup>

O conjunto de prestações estatais indispensáveis à concretização do núcleo dos direitos a prestações em sentido estrito é denominado de direito ao mínimo existencial. O conteúdo do direito ao mínimo existencial não pode ser definido em sentido abstrato, ou seja, como se fosse possível realizar um corte que estabelecesse de forma objetiva, universal e permanente, o grau mínimo para que determinado direito social restasse concretizado. O conteúdo do direito ao mínimo existencial deve ser definido historicamente, analisadas as condições fáticas e jurídicas existentes no tempo e no espaço. A definição deste conteúdo possui estrita conexão com o estágio de desenvolvimento econômico do Estado, já que a concretização dos direitos a prestações em sentido estrito acarreta em custos a serem arcados pelo poder público. Quanto maior o grau de desenvolvimento econômico do Estado, maiores serão as prestações a serem atendidas pelo poder público, consideradas como indispensáveis à concretização dos direitos a prestações em sentido estrito. Neste sentido, afirma Zagrebelsky:

*Cuanto más se tiene, mayor es la posibilidad de llevar a la práctica los contenidos de la voluntad. Parece así claro que los derechos económicos, aunque em general vengan adscritos a la categoría de justicia, no tienen un sentido o um significado en sí mismos, sino que su sentido y su significado dependen del contexto.*<sup>46</sup>

Uma vez concretizada pelo poder público prestação relacionada a direito garantido constitucionalmente, esta passa a integrar o direito ao mínimo existencial, não podendo ser

<sup>44</sup> Ibid., 2007, p. 478-479.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 510.

<sup>46</sup> “Quanto mais se tem, maior é a possibilidade de serem trazidos à prática os conteúdos da vontade. Parece claro que os direitos econômicos, apesar de, em geral, virem associados à categoria de justiça, não têm um sentido ou um significado em si mesmos, mas, antes, seu sentido ou significado dependem do contexto” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 82-83.

eliminada sem a adequada compensação. Desta forma, é possível afirmar que o conteúdo do direito ao mínimo existencial está em permanente processo de expansão, tanto sob o aspecto quantitativo como qualitativo. Este processo de expansão deve acompanhar o desenvolvimento econômico do Estado, bem como o desenvolvimento da ciência e da cultura naquilo que possa repercutir em direitos assegurados em nível constitucional e gerar aumento do nível de satisfação na vida dos indivíduos.

### **3.3 A função de proteção contra discriminação dos direitos fundamentais**

O conceito de democracia tem como um de seus fundamentos o princípio da vontade da maioria. A experiência histórica, entretanto, demonstrou que a vontade majoritária não pode servir como alicerce único da democracia. A vontade da maioria elevada à condição de princípio absoluto foi e continua sendo utilizado como justificativa para algumas das maiores atrocidades já perpetradas contra o gênero humano. Os atentados contra a liberdade e a vida de indivíduos integrantes de minorias étnicas e sociais ocorridos durante as Grandes Guerras Mundiais são exemplo trágico de como a vontade da maioria pode servir como condutor da massa social transformada em besta feroz e cega. As perseguições contra as minorias, infelizmente, não se limitam a máculas situadas no passado e prosseguem sua marcha odiosa no presente, como demonstram guerras étnicas travadas em localidades diversas do globo e a intolerância resultante do preconceito manifestado nas mais diversas modalidades.

A história, portanto, comprova que a democracia não pode se fundar, exclusivamente, sobre a *vontade da maioria*, necessitando assentar-se em igual medida sobre o pilar do *respeito às minorias*. Esse duplo fundamento é o único capaz de resultar em uma democracia efetiva, na qual prevaleça a vontade da maioria, desde que respeitados os direitos de existência e de liberdade de expressão da minoria.

A proteção contra discriminação consiste em uma das funções essenciais dos direitos fundamentais. Como efeito da supremacia constitucional, os direitos estabelecidos constitucionalmente promovem a exclusão de determinadas matérias da esfera de disponibilidade do legislador, do administrador público e dos particulares. Dessa forma, os direitos fundamentais funcionam como limites materiais inafastáveis ao poder de decisão da maioria, estabelecendo uma esfera imune à vontade majoritária.

*Si la regla de la mayoría opera como procedimiento de decisión no sujeto a restricciones sustantivas, a través de el será posible adoptar decisiones con cualquier contenido. Y eso, se supone, es precisamente lo que la haría peligrosa,*

*puesto que obviamente la mayoría puede decidir oprimir la minoría. A partir de ahí parece antural concebir el constitucionalismo precisamente como el remedio necesario para conjurar esse peligro, puesto que, como mecanismo de decisión, consistiría en la imposición a un procedimiento (la regla de la mayoría) de límites sustantivos últimos (los derechos básicos).<sup>47</sup>*

O reconhecimento de que os direitos fundamentais funcionam como limitações materiais à vontade da maioria, inclusive com relação à atuação do legislador, não apresenta qualquer incompatibilidade com a noção de democracia. De fato, os direitos fundamentais foram estabelecidos pela vontade democrática do constituinte, a qual se sobrepõe à vontade do legislador por força da supremacia constitucional. Na lição de Bayón:

*Es racional que una comunidad, en los momentos em que reflexiona colectivamente con mayor seriedad y altura de miras, decida incapacitarse para tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla em sus momentos menos brillantes y que, a la larga, lamentaria haber tomado. En suma, ver la vida política de una comunidad como una sucesión de decisiones de calidades diferentes nos proporcionaría una razón para sostener que las de calidad superior (constituyentes) sí pueden trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior (de política ordinaria).<sup>48</sup>*

A própria ideia de democracia pressupõe o estabelecimento de regras que, na apuração da vontade majoritária, levem em consideração as posições minoritárias, o que restaria inviabilizado caso admitido que a maioria caracterizada em determinado momento histórico pudesse aniquilar a existência da minoria. A aplicação absoluta e irrestrita da regra da decisão pela vontade majoritária revela-se incompatível com a democracia, diante do risco de anulação do direito de manifestação da vontade minoritária, com a consequente instalação de uma ditadura da maioria. A existência de direitos fundamentais que garantam o direito de existência e manifestação da vontade minoritária funciona, portanto, como pressuposto da democracia, mesmo porque a posição minoritária de hoje pode se constituir como a vontade majoritária de amanhã.

---

<sup>47</sup> “Se a regra da maioria funciona como procedimento decisório não sujeito a restrições substantivas, por meio dela será possível adotar decisões com qualquer conteúdo. E isso, se supõe, é justamente o que a tornaria perigosa, posto que, obviamente, a maioria pode decidir pela opressão da minoria. Desta forma, parece natural conceber o constitucionalismo, precisamente, como o remédio necessário para afastar esse perigo, posto que, como mecanismo de decisão, consistiria na imposição, a um procedimento (a regra da maioria), de limites substantivos últimos (os direitos básicos)” (Tradução do autor). BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 211.

<sup>48</sup> “É racional que uma comunidade, nos momentos em que reflete coletivamente com maior seriedade e visão superior, decida se incapacitar para tomar certas decisões que sabe poderiam lhe tentar em momentos menos brilhantes e que, ao final, lamentaria ter tomado. Em síntese, ver a vida política de uma comunidade como uma sucessão de decisões de qualidades diferentes proporciona uma razão para defender que as decisões de qualidade superior (constituintes) possam traçar limites irremovíveis a decisões posteriores de qualidade inferior (de política ordinária). *Ibid.*, 2009, p. 211.

Em uma concepção constitucionalista, a democracia corresponde a um procedimento para tomada de decisões, constituído por regras diversas estabelecidas pela constituição, notadamente pela instituição de direitos fundamentais. O princípio democrático passa a ser entendido, não como “o que decidir a maioria”, mas “o que decidir a maioria desde que não violados os direitos fundamentais”. Dessa forma, a concepção liberal de democracia, caracterizada exclusivamente pela regra da tomada de decisão pela maioria, resta superada por uma concepção constitucionalista de democracia, entendida como um procedimento para tomada de decisões, estabelecido constitucionalmente e pautado pelo respeito aos direitos fundamentais. Explica Möller:

É na democracia como procedimento constitucionalmente previsto e no respeito das decisões da maioria aos direitos fundamentais que se fundamenta a transição de uma concepção de democracia do Estado legislativo a uma democracia constitucional, que já nasce condicionada pela constituição e pelos direitos.<sup>49</sup>

A função de não discriminação dos direitos fundamentais manifesta-se, notadamente, no direito à isonomia. O direito à isonomia estabelece a igualdade de tratamento jurídico dos indivíduos diante de uma mesma situação. Além de um princípio de igualdade geral, é possível ainda o estabelecimento pela constituição de direitos de igualdade com relação a setores específicos ou a determinados grupos historicamente discriminados.

Em face do princípio da isonomia, a constitucionalidade de lei que estabeleça tratamento desigual tem como requisito a existência de correlação lógica entre o critério de discriminação eleito pela lei e o tratamento desigual nela estabelecido. “É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou arredamento do gravame imposto”. Além deste requisito, a constitucionalidade de uma tal lei dependerá ainda de que o tratamento desigual estabelecido legalmente guarde pertinência com a concretização de valor ou bem jurídico protegido constitucionalmente. “Não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima”.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 199.

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 18 tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38; 43.

A função de não discriminação dos direitos fundamentais não se esgota no direito à isonomia, imantando todos os demais direitos previstos constitucionalmente, tanto aqueles com função primordialmente defensiva, como aqueles de natureza prestacional. Explica Canotilho:

Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex.: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex.: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação).<sup>51</sup>

Os direitos fundamentais com função primordialmente de defesa exercem função protetiva contra discriminação ao estabelecerem uma esfera individual imune contra intervenções discriminatórias promovidas tanto pelo poder estatal, como por particulares. Já os direitos fundamentais com função primordialmente prestacional exercem função de proteção contra discriminação ao estabelecerem ações afirmativas que visem à eliminação ou redução de práticas discriminatórias. Exemplo de função de proteção contra discriminação exercida por direitos prestacionais é o estabelecimento de cotas ou incentivos com o objetivo de compensar desigualdade de oportunidades sofrida por indivíduos que integram grupos historicamente discriminados.

### 3.4 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

A classificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações deve ser entendida como indicativa da função primordial de determinado direito fundamental e não, no sentido de que este possua função, exclusivamente, defensiva ou prestacional.

Os direitos de defesa, incluindo as liberdades clássicas como o direito à vida e à propriedade, acarretam na atribuição de deveres de proteção ao Estado, demandando atuação estatal positiva para assegurar a concretização destes direitos em face de ameaças oriundas do poder público ou de particulares. “Os direitos fundamentais, mesmo os de matriz liberal, não podem ser concebidos apenas como direitos de defesa em face do Estado, exigindo-se deste uma postura ativa, no afã de proteger o indivíduo de ofensas e ameaças perpetradas também por terceiros”.<sup>52</sup> Os direitos a prestações, por sua vez, acarretam, por força de sua dimensão

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 410.

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

objetiva, em vedação à atuação estatal ou de particulares que vise obstacular ou dificultar a concretização desses direitos.

Mais apropriado, portanto, referir-se a uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, os quais demandam, para sua concretização, simultaneamente, ações positivas e negativas. “Atribui-se aos direitos fundamentais uma *multifuncionalidade*, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente”.<sup>53</sup> Neste sentido, afirma Sarlet:

A dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva.<sup>54</sup>

O termo “direito fundamental completo” é utilizado por Alexy para se referir ao conjunto de posições jurídicas construídas em torno de um mesmo direito fundamental. Este feixe de posições decorre do fato de que, a partir de um determinado dispositivo constitucional, é possível a construção de diversas normas de direito fundamental relacionadas a um mesmo valor ou bem. O direito fundamental completo não corresponde à simples reunião aditiva destas posições. Em seu caráter dinâmico, o direito fundamental completo resulta das relações recíprocas mantidas entre tais posições, inclusive com relação a possíveis colisões entre estas em face de uma determinada situação concreta, sendo construído mediante um processo decisório e argumentativo.<sup>55</sup>

A noção de *direito fundamental completo* demonstra que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais resulta da possibilidade de construção, a partir de um determinado dispositivo constitucional, de normas jurídicas diversas. Estas normas, as quais podem ter tanto função protetiva quanto defensiva, estabelecem um feixe de posições jurídicas subjetivas em torno de um mesmo bem ou valor protegido constitucionalmente. Os direitos fundamentais, portanto, são dotados de multifuncionalidade, no sentido de que estes demandam simultaneamente ações positivas e negativas para concretização do feixe de posições jurídicas subjetivas que compõem o direito fundamental em sua completude.

---

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1402 (Grifo original).

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155-156.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248-253.

## 4 A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fundamentalidade material de determinado direito está relacionada com o seu conteúdo, no sentido de que este conteúdo é definido a partir de dispositivos constitucionais. Não se pode admitir a caracterização de direitos fundamentais com base em um determinado conteúdo pressuposto, independentemente de fundamentação adequada em texto normativo constitucional. A fundamentalidade material de um determinado direito decorre, portanto, de escolhas efetuadas pelo poder constituinte quanto às situações, bens e valores que serão objeto de proteção constitucional e que, por consequência, servirão como diretrizes vinculantes da atuação dos poderes públicos e dos particulares.

Equivocada a noção de que, ao lado de direitos fundamentais materialmente constitucionais, existiriam direitos fundamentais apenas formalmente constitucionais, ou seja, direitos que somente seriam fundamentais por se encontrarem expressamente previstos em texto normativo constitucional, apesar de não possuírem um conteúdo próprio de direito fundamental. A noção de um “conteúdo próprio de direito fundamental” tem como pressuposto a ideia de que existiriam determinadas situações, bens ou valores que, por sua natureza, seriam próprios de direitos fundamentais, independentemente de previsão no texto normativo constitucional. A definição deste “conteúdo próprio de direito fundamental”, entretanto, não pode ser formulada em termos objetivos, ficando a depender, exclusivamente, da ideologia assumida pelo intérprete, no que se assemelha à noção de “direito natural”.

A fundamentalidade material de direitos não decorre de um conteúdo pressuposto, mas resulta de decisão do constituinte, ao eleger determinadas situações, bens e valores como apropriados à proteção constitucional. Conforme Sarlet:

Incumbe ao Constituinte a opção de guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que, na sua opinião, devem ser objeto de especial

proteção, compartilhando o regime da fundamentalidade formal e material peculiar dos direitos fundamentais.<sup>1</sup>

A distinção entre direitos fundamentais materialmente constitucionais e direitos fundamentais apenas formalmente constitucionais, além de fundada em bases exclusivamente ideológicas, não apresenta qualquer utilidade prática, já que a CF/88 conferiu a todos os direitos fundamentais, independentemente de seu conteúdo, o mesmo regime de proteção jurídica sob o aspecto da fundamentalidade formal.

Perquirir se um direito é ou não dotado de fundamentalidade material, demanda o estudo dogmático dos dispositivos de uma constituição determinada com a finalidade de analisar quais as situações, bens e valores, eleitos como dignos de proteção por aquela ordem constitucional. Em tese, uma mesma posição subjetiva pode ser definida como direito fundamental por uma ordem constitucional e como ato ilícito por outra.

Não se confunde fundamentalidade material de um direito com a previsão deste de forma direta e expressa em dispositivo constitucional. Os dispositivos constitucionais correspondem a texto normativo, a partir do qual, mediante adequada fundamentação, podem ser construídas normas jurídicas, entendidas como modelos deônticos que estabelecem posições subjetivas de vantagem. Um determinado direito será dotado de fundamentalidade material, quando a norma que o estabelecer for construída, mediante argumentação racional, a partir de dispositivos constitucionais, independentemente deste direito encontrar-se ou não expressamente previsto no texto normativo constitucional.

A norma de direito fundamental pode ser construída a partir de previsão expressa de determinada posição jurídica de vantagem em dispositivo constitucional, bem como com fundamento nos efeitos da proteção de bem ou de valor consagrado em dispositivo constitucional sobre determinada situação fática. Em ambos os casos, a norma de direito fundamental será construída, mediante argumentação racional, a partir de texto normativo constitucional, sendo que a segunda modalidade demandará maior esforço argumentativo por parte do aplicador para justificar a construção da norma de direito fundamental. Dessa forma, o conteúdo do direito fundamental e, por consequência, sua fundamentalidade material resultarão, em última instância, de opções formuladas pelo constituinte, materializadas em dispositivos constitucionais.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 137.

A diversidade de situações, bens e valores protegidos por dispositivos da CF/88 impede que os direitos fundamentais sejam caracterizados como um sistema material, do tipo lógico-dedutivo, já que não é possível a recondução da totalidade destes direitos a um único princípio originário.

A diversidade de conteúdo do catálogo de direitos fundamentais (composto por um número sem precedentes de direitos de liberdade, concretizações do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais, etc.), impede, em princípio uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade.<sup>2</sup>

Qualquer tentativa de recondução dos direitos fundamentais a um princípio originário resultaria na fundamentação de tais direitos em um suposto “direito natural” ou em princípio cujo grau de abstração, de tão elevado, resultaria em ausência de conteúdo efetivo deste. A possibilidade de colisão de direitos fundamentais diante do caso concreto, sem que se possa estabelecer, previamente, uma hierarquia abstrata entre estes, evidencia a inexistência de um sistema material lógico-dedutivo formado pelos direitos fundamentais.

É certo que existe uma relação de proximidade entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como princípio fundamental no art. 1º, III, da CF/88. Entretanto, não é possível afirmar a existência de um sistema de direitos fundamentais, sob critério material, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que os direitos fundamentais, em sua integralidade, consistiriam em desdobramentos diretos desse princípio. “O princípio da dignidade humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais”.<sup>3</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana significa que cada ser humano possui um valor intrínseco, do qual deriva o direito à autodeterminação potencial de suas condutas e a proibição de sua transformação em objeto ou instrumento. Explica Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

<sup>3</sup> Ibid., 2010, p. 111.

injustiças. A concepção do homem-objeto [...] constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

Diversos direitos fundamentais podem ser considerados como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à saúde. Entretanto, vários são os direitos fundamentais estabelecidos pela CF/88 que não decorrem, como consequência lógica, do referido princípio, tais como: o direito de proteção a criações industriais; a propriedade de marcas e a nomes e outros signos de empresas (art. 5º, XXIX); o reconhecimento da instituição do júri (art. 5º, XXXVIII); o direito ao FGTS (art. 7º, III); o direito ao 13º salário (art. 7º, VIII) e; o reconhecimento do poder negocial coletivo (art. 7º, XXVI). Em situações concretas, é possível, inclusive, ocorrer colisão entre determinado direito fundamental e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não parece possível, mediante argumentação racional, reconduzir a totalidade dos direitos fundamentais previstos na CF/88 ao princípio da dignidade da pessoa humana. Uma tal recondução somente seria possível, caso o mencionado princípio fosse entendido no sentido de que o ser humano faz jus a todo e qualquer benefício vantajoso. Este sentido resultaria no esvaziamento de conteúdo efetivo relativo ao referido princípio, transformando-o em uma fórmula vazia, passível de ser invocada para sustentar que toda e qualquer posição subjetiva corresponderia a direito fundamental, com a consequente vulgarização desta categoria de direitos.

Não se pretende fazer, aqui, uma análise específica de cada dispositivo constitucional, no sentido de identificar a situação, bem ou valor por ele protegido. Considerando a estrutura aberta do catálogo de direitos fundamentais adotada pela CF/88 e o consequente processo de expansão permanente de tais direitos, uma análise geral deste tipo seria necessariamente insuficiente, diante da infinidade de normas de direito fundamental que podem ser construídas a partir de dispositivos constitucionais. A análise ora pretendida tem por finalidade a formulação de uma tipologia de direitos fundamentais com base na disciplina constitucional acerca da construção de normas de direito fundamental.

A CF/88 apresenta catálogo de direitos fundamentais, em seu Título II, denominado “Dos direitos e garantias individuais”, o qual abrange os dispositivos correspondentes aos artigos 5º a 17, incluindo respectivos incisos e parágrafos. O §2º, do art. 5º estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

---

<sup>4</sup> Ibid., 2010, p. 71.

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Já o §3º, deste mesmo artigo, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite identificar, quanto à modalidade de construção de normas de direito fundamental, três espécies desses direitos: *a) direitos fundamentais expressos*, cuja norma previsora é construída a partir de dispositivo constitucional que estabelece expressamente situação subjetiva de vantagem; *b) direitos fundamentais decorrentes*, cuja norma previsora é construída com base nos efeitos da proteção conferida a valor ou bem, por dispositivo constitucional, sobre determinada situação fática; e *c) direitos fundamentais previstos em tratados internacionais*, cuja norma previsora é construída a partir de dispositivo que verse sobre direito humano contido em tratado internacional ratificado pelo procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88.

#### 4.1 Direitos fundamentais expressos

Os *direitos fundamentais expressos* correspondem a situações subjetivas de vantagem expressamente previstas em dispositivos constitucionais. Os direitos fundamentais expressos, portanto, são definidos a partir de um critério formal, qual seja, previsão expressa no texto normativo constitucional.

A CF/88 apresenta catálogo de direitos fundamentais, em seu Título II, denominado “Dos direitos e garantias individuais”. Referido título foi incluído no início do texto constitucional, logo após o título relativo aos princípios fundamentais, o que demonstra a importância dada ao tema pelo constituinte. “Com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim”.<sup>5</sup>

O catálogo de direitos fundamentais expressos na CF/88 é extenso e composto de direitos de conteúdos mais variados, abrangendo direito de primeira, segunda e terceira dimensão. A natureza analítica do catálogo de direitos fundamentais expressos demonstra

---

<sup>5</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

uma tendência do constituinte em resguardar da disponibilidade do legislador uma variada gama de direitos, dotando-os de supremacia constitucional. Esta desconfiança, com relação aos poderes constituídos, pode ser explicada como decorrente do autoritarismo característico da ditadura militar, sob a qual vivia o país anteriormente à sua redemocratização.<sup>6</sup>

O caráter compromissório do texto constitucional é demonstrado pela diversidade de conteúdos dos direitos fundamentais expressamente previstos na CF/88. A Constituição Federal brasileira vigente não aderiu a uma única teoria dos direitos fundamentais, tendo consagrado direitos tanto de cunho individual, como social.<sup>7</sup> Por um lado, este caráter compromissório demonstra a matriz democrática do texto constitucional, cuja elaboração recebeu influxo de ideologias diversas. Por outro lado, diante da incapacidade do constituinte em definir, de logo, pressupostos fáticos e consequências jurídicas relativos a determinados direitos fundamentais, este caráter compromissório resultou em diversos dispositivos com baixo grau de normatividade, acarretando em um maior grau de dificuldade para sua aplicação.

Os direitos fundamentais expressos encontram-se previstos, notadamente, nos dispositivos que compõem o Título II, da CF/88, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”, sem prejuízo de outros direitos fundamentais expressos dispersos ao longo do texto constitucional. Referido título encontra-se dividido em cinco capítulos, denominados, respectivamente, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, “Dos direitos sociais”, “Da nacionalidade”, “Dos direitos políticos” e “Dos partidos políticos”. Apresenta-se, a seguir, uma visão panorâmica dos direitos fundamentais expressos, sem a pretensão de uma análise individualizada de cada um destes direitos, observando-se a organização adotada pela CF/88.

#### *4.1.1 Direitos individuais e coletivos*

O primeiro dos capítulos integrantes do Título II, da CF/88, denominado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, é composto pelo artigo 5º, integrado por setenta e oito incisos e quatro parágrafos. Os direitos individuais têm como titular o indivíduo e demandam uma postura absenteísta do Estado, o qual não pode invadir determinadas esferas da vida do indivíduo, protegidas em âmbito constitucional. São, por isso, definidos como direitos de defesa ou direitos de liberdade.

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64-65.

<sup>7</sup> Ibid., 2010, p. 65.

O art. 5º, da CF/88, consagra amplo espectro de direitos individuais, entre os quais, direitos de liberdade clássicos como os direitos: à vida; à liberdade; à igualdade; à propriedade (*caput*); à liberdade de manifestação do pensamento (inc. IV); à liberdade de crença religiosa (inc. VIII); à intimidade (inc. X); à inviolabilidade domiciliar (inc. XI); de exercício profissional (inc. XIII); de reunião (inc. XVI); de associação (inc. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI) e; ao devido processo legal (inc. LIV).

Estabelece, ainda, o art. 5º da CF/88 direitos coletivos, caracterizados por não serem titularizados por indivíduos, mas por uma coletividade. Estes direitos de natureza transindividual correspondem aos direitos fundamentais de terceira dimensão. Os direitos coletivos em sentido amplo abrangem tanto direitos coletivos em sentido estrito, entendidos como direitos indivisíveis titularizados por um grupo humano determinado, como os direitos difusos, entendidos como direitos indivisíveis titularizados pela sociedade como um todo. São exemplos de direitos coletivos expressamente previstos no texto constitucional, os direitos: à função social da propriedade (inc. XXIII); à defesa do consumidor (inc. XXXII); a informações prestadas por órgãos públicos (inc. XXXIII) e; à propositura de ação popular, visando anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (inc. LXXIII).

#### 4.1.2 *Direitos sociais*

O Capítulo II, do Título II, da CF/88, é dedicado aos direitos sociais, sendo composto pelos arts. 6º a 8º. Encontram-se estabelecidos, neste título, diversos direitos sociais de natureza prestacional, ou seja, direitos de segunda dimensão, tais como o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados (art. 6º). Podem ainda ser identificados, no referido título, direitos sociais de natureza defensiva, tais como a liberdade de associação sindical (art. 8º) e o direito à greve (art. 9º).

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão contidos nos arts. 7º a 11, da CF/88. “Direitos fundamentais dos trabalhadores são os direitos que visam manter a dignidade do trabalhador”.<sup>8</sup> A finalidade de tais direitos é, portanto, garantir a manutenção do valor intrínseco do trabalhador enquanto pessoa humana, impedindo sua transformação em mero instrumento na cadeia produtiva de bens e serviços.

---

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 246.

O art. 7º estabelece, na maioria de seus incisos, direitos fundamentais trabalhistas resultantes da relação de emprego, contemplando, entre outros: o direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inc. I); seguro-desemprego (inc. II); Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (inc. III); salário mínimo (inc. IV e VII); irredutibilidade salarial (inc. VI); 13º salário (inc. VIII); adicional noturno (inc. IX); proteção do salário (inc. X); participação nos lucros (inc. XI); salário-família (inc. XII); limitação à jornada de trabalho diária e semanal (inc. XIII e XIV); repouso semanal remunerado (inc. XV); férias anuais (inc. XVI); licença à gestante (inc. XVIII); licença-paternidade (inc. XIX); proteção ao mercado de trabalho da mulher (inc. XX); aviso prévio (inc. XXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho (inc. XXII); adicional de penosidade, insalubridade e periculosidade (inc. XXIII); assistência gratuita a filhos e dependentes menores de cinco anos (inc. XXV); autonomia da vontade coletiva (inc. XXVI); proteção em face da automação (inc. XXVII) e; isonomia salarial (inc. XXX).

O art. 8º, por sua vez, versa sobre direitos fundamentais trabalhistas relacionados à organização sindical, tais como: o direito de autonomia sindical, observada a vedação de criação de mais de um sindicato na mesma base territorial (incs. I e II); direito de representação da categoria pelos sindicatos para defesa de direitos individuais e coletivos (inc. III); liberdade de associação sindical (inc. V) e; direito a estabilidade provisória no emprego do dirigente sindical (inc. VIII).

O art. 9º, em seu *caput*, assegura o direito de greve, estabelecendo competir aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devem, por meio dele, defender. De acordo com referido artigo, caberá à lei definir os serviços ou atividades essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (§1º), bem como estabelecer as penas, em caso de abusos cometidos (§2º).

Dessa forma, o art. 9º, *caput*, da CF/88, ao lado do direito coletivo de greve, titularizado por categorias de trabalhadores, estabelece, igualmente, o direito difuso da coletividade ao atendimento, durante o período da greve, das necessidades inadiáveis da comunidade, com relação aos serviços ou atividades essenciais.

O direito de participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos colegiados que deliberem acerca de interesses profissionais ou previdenciários encontra-se previsto no art. 10. Já o art. 11 consagra o direito de eleição de representante de empregados,

com a finalidade de promoção de entendimento direto com os empregadores no âmbito das empresas em que laborem mais de duzentos empregados.

#### 4.1.3 *Direitos de nacionalidade*

Os direitos de nacionalidade são tratados no Capítulo III, do Título II, da CF/88. A nacionalidade corresponde ao vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, estabelecendo direitos e deveres recíprocos, sendo condição para que indivíduo participe da formação da vontade estatal. A nacionalidade originária decorre do nascimento. O critério de atribuição de nacionalidade originária, definido pelo ordenamento jurídico de cada Estado, poderá corresponder ao *jus soli*, segundo o qual, será nacional aquele que nascer no território do Estado, ou ao *jus sanguini*, segundo o qual, será nacional aquele que for descendente de nacionais. Já a aquisição de nacionalidade derivada decorre, em regra, de naturalização, dependendo de ato voluntário do indivíduo e do atendimento a requisitos previstos no ordenamento jurídico estatal.<sup>9</sup>

O art. 12, da CF/88, estabelece a disciplina jurídica para aquisição da nacionalidade brasileira originária e derivada. O inciso I deste artigo versa sobre a aquisição da nacionalidade brasileira originária, fixando o *jus soli* como critério prevalente, temperado com situações específicas em que prevalecerá o *jus sanguini*. O inciso II, por sua vez, estabelece as hipóteses em que são permitidas a aquisição de nacionalidade brasileira derivada. O §1º garante aos portugueses com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, a atribuição dos direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos no texto constitucional. Já o §2º veda a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, ressalvadas as exceções previstas constitucionalmente. Uma destas exceções está configurada no §3º, o qual estabelece os cargos privativos de brasileiro nato. O §4º, por sua vez, prevê as hipóteses de perda da nacionalidade brasileira.

O art. 13 estabelece a língua portuguesa como idioma oficial (*caput*), bem como a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais como símbolos da República Federativa do Brasil (§1º), ressalvando que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios (§2º). Tais dispositivos não estabelecem direitos fundamentais expressos, já que não manifestam, de forma direta, posições jurídicas de vantagem. Entretanto, é possível a construção de direitos fundamentais decorrentes a partir do disposto

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 318-321.

no referido artigo, quais sejam, o direito à utilização da língua portuguesa nos atos praticados por órgãos públicos, sob pena de invalidade, bem como no direito a que entidades privadas se abstenham de utilizar os símbolos nacionais, de forma a evitar seja o indivíduo induzido a confundir atos praticados por particulares com atos administrativos.

#### 4.1.4 *Direitos políticos*

Os direitos políticos encontram-se previstos nos Capítulos IV e V da CF/88, respectivamente intitulados “Dos direitos políticos” e “Dos partidos políticos”, abrangendo os artigos 14 a 17. Correspondem no âmbito do texto normativo constitucional, à concretização do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Dessa forma, os direitos políticos “*son aquellos que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política*”.<sup>10</sup>

O art. 14 estabelece o direito ao sufrágio universal, pelo voto secreto e direto, com valor igual para todos (*caput*), bem como mecanismos de exercício da democracia direta, quais sejam, o plebiscito (inc. I), o referendo (inc. II) e a iniciativa popular (inc. III). Referido artigo estabelece ainda, em seus diversos parágrafos, a disciplina relativa à aquisição da capacidade eleitoral passiva e ativa. O indivíduo apto ao exercício dos direitos políticos detém a condição de cidadão. O art. 15, por sua vez, prevê as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos. Já o art. 16 estabelece que a lei que alterar o processo eleitoral somente poderá ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

O artigo 17 versa sobre direitos relativos à organização partidária. Consagra a liberdade partidária, entendida como liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (*caput*), bem como observados o caráter nacional dos partidos políticos, a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro ou de subordinação a estes, a obrigação de prestação de contas à Justiça Eleitoral, e o funcionamento de acordo com a lei (incs. I a V). É assegurada aos partidos políticos, autonomia de organização e funcionamento (§1º), sendo vedada a utilização por estes de

---

<sup>10</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 181.

organização paramilitar (§4º). O §3º, por sua vez, estabelece os direitos titularizados por partidos políticos a recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

#### *4.1.5 Direitos fundamentais expressos dispersos no texto constitucional*

Os direitos fundamentais expressos não se esgotam naqueles estabelecidos nos dispositivos que integram o Título II, da CF/88. São direitos fundamentais expressos todos os direitos previstos diretamente por dispositivos constitucionais, ainda quando tais dispositivos não estejam situados no referido título.

Diversos são os direitos fundamentais expressos, de cunho individual ou social, dispersos ao longo do texto constitucional, podendo ser mencionados, de forma meramente exemplificativa: o direito de igual acesso a cargos públicos (art. 37, I); o direito à publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); os direitos de defesa do contribuinte em face da atividade fiscal do Estado consubstanciados nas limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150)<sup>11</sup>; o direito de acesso às fontes da cultura nacional (art. 215); o direito a práticas desportivas (art. 217); o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e; o direito à utilização gratuita dos transportes coletivos urbanos pelos maiores de sessenta e cinco anos (art. 230, §2º).

## **4.2 Direitos fundamentais decorrentes**

Os *direitos fundamentais decorrentes* correspondem a direitos que, embora não estejam expressos de forma direta em dispositivos constitucionais, podem ser construídos com base nos efeitos da proteção conferida a valor ou bem, por dispositivo constitucional, sobre determinada situação fática. A construção de direitos fundamentais decorrentes encontra fundamento na previsão contida no §2º, do art. 5º, da CF/88, de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Embora o §2º, do art. 5º, da CF/88, esteja inserido no Capítulo I, dedicado aos direitos e garantias individuais e coletivos, entende-se ser possível a construção de direitos fundamentais decorrentes, não apenas de natureza individual, mas também de cunho social. O mencionado dispositivo refere-se a “direitos e garantias expressos na Constituição”, sem fazer qualquer diferenciação entre direitos individuais e sociais. Este sentido é confirmado pela interpretação teleológica do dispositivo em questão. Na sistemática adotada pela CF/88, os

---

<sup>11</sup> Cf. ADI 939-7.

direitos individuais e os direitos sociais são espécies de direitos fundamentais, inexistindo razão para serem conferidos a tais espécies regimes jurídicos distintos, no que se refere à possibilidade de construção de direitos fundamentais decorrentes.<sup>12</sup>

A construção de direito fundamental decorrente resulta da incidência, em situações diversas da vida humana, dos efeitos da proteção de determinados valores e bens conferida por princípios constitucionais. Os princípios correspondem a normas caracterizadas por seu alto grau de abstratividade e densa carga axiológica. Tais normas elegem bens ou valores a serem protegidos, sem vincular tal proteção a situações fáticas previamente delimitadas ou a consequências jurídicas especificamente definidas. Os princípios constitucionais podem ser expressos ou implícitos. Serão expressos, quando formulados diretamente por dispositivo constitucional. Princípios constitucionais implícitos, por sua vez, correspondem àqueles cujo conteúdo é revelado, mediante procedimento de recondução indutiva, a partir de outros princípios ou de direitos expressos no texto constitucional.

O alto grau de abstratividade dos princípios não significa que não estejam aptos à produção de efeitos no mundo fenomênico. É possível a definição de direitos e deveres que concretizem a proteção do bem ou valor consagrado no princípio em face de situações da vida humana. O direito fundamental decorrente consiste justamente no direito que tenha por objeto a concretização da proteção de bem ou valor consagrado em princípio constitucional, diante de determinada situação fática.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais autoriza a construção de normas jurídicas, com fundamentação nos valores e bens protegidos constitucionalmente, em todos os campos do sistema jurídico. A demonstração da existência de direito fundamental decorrente, por não se encontrar este previsto de forma expressa em dispositivo constitucional, demanda argumentação racional, assentada em juízos acerca da realidade e axiológicos.

As normas de direito fundamental, sejam referentes a direito fundamental expresso ou decorrente, são construídas, direta ou indiretamente, mediante argumentação racional, a partir do texto normativo constitucional. A construção da norma de direito fundamental decorrente, entretanto, demandará maior esforço argumentativo, por parte do aplicador, já que tal direito não corresponderá à situação subjetiva de vantagem expressamente prevista em dispositivo constitucional. A fundamentalidade material dos direitos decorrentes resulta do fato de a

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 82.

respectiva norma previsoramente construída com base no texto normativo constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais decorrentes, tal qual os direitos fundamentais expressos, encontram-se assentados em opções axiológicas feitas pelo poder constituinte.

Como exemplo de direito fundamental decorrente, identifica-se o direito à proteção contra assédio moral nas relações de trabalho.<sup>13</sup> Embora tal direito não se encontre expressamente previsto entre os direitos trabalhistas expressos no art. 7º da CF/88, pode ser construído a partir da incidência, nas relações de trabalho, dos efeitos da proteção conferida a diversos bens e valores por dispositivos constitucionais, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a vedação de tratamento degradante (art. 5º, III); o direito à honra (art. 5º, X); o direito à saúde (art. 6º) e; o direito ao meio ambiente saudável (art. 225).

### 4.3 Direitos fundamentais previstos em tratados internacionais

Conforme o §2º, do art. 5º da vigente constituição brasileira, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais. O §3º, deste mesmo artigo, por sua vez, estabelece que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Tais dispositivos demonstram que a CF/88, além dos direitos fundamentais expressos e decorrentes, reconhece uma terceira espécie de direitos fundamentais, quais sejam, os *direitos fundamentais previstos em tratados internacionais*.

O tratado pode ser entendido como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.<sup>14</sup> O tratado consiste, portanto, em espécie de norma jurídica manifestada sob a forma escrita e caracterizada pelo fato de sua gênese decorrer de acordo de vontade entre entidades dotadas de *treaty-making power*, ou seja, de competência para negociar tratados reconhecida pelo direito internacional. As entidades dotadas de tal competência correspondem aos Estados e às organizações internacionais.

---

<sup>13</sup> Sarlet aponta como exemplos de direitos fundamentais decorrentes o direito de resistência, direito à identidade genética da pessoa humana, direito à identidade pessoal, garantias do sigilo fiscal e bancário e o direito à boa administração. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90.

<sup>14</sup> REZEK, J. F. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

Não existe precisão terminológica na nomenclatura conferida às regras jurídicas de matriz internacional, variando tal designação, conforme o conteúdo do dispositivo ou tradição de cada Estado. Dessa forma, o termo “tratados internacionais”, inclusive no sentido utilizado no §2º, do art. 5º, da CF/88, pode ser considerado como nomenclatura genérica, abrangente das diversas designações que podem ser atribuídas a tal espécie normativa.

A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de tratado, concebíveis em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento*. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística.<sup>15</sup>

Os tratados possuem uma dupla dimensão jurídica, no sentido de que estão aptos a produzir efeitos tanto no plano internacional, como no plano interno. No âmbito internacional, o tratado resulta na obrigação de o Estado signatário cumprir o pactuado perante os demais convenientes. A regulamentação acerca do procedimento e efeitos relativos aos tratados, no plano do direito internacional, encontra-se prevista nas Convenções de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 e 1986. Já no âmbito do direito interno, os tratados podem resultar em direitos e deveres pertinentes às relações mantidas com o poder público ou entre particulares. Cabe à Constituição de cada Estado, regulamentar os efeitos dos tratados no plano interno, inclusive, quanto ao procedimento para incorporação do tratado como norma integrante do ordenamento jurídico estatal.<sup>16</sup>

A CF/88 adotou uma concepção dualista acerca da relação entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico interno. De acordo com tal concepção, tais ordenamentos correspondem a ordens jurídicas distintas, sendo que a produção de efeitos do tratado no plano interno depende de procedimento formal incorporatório previsto no ordenamento jurídico estatal. Este procedimento resulta da interação de ato do Poder Executivo Federal e de ato do Poder Legislativo Federal.<sup>17</sup>

No modelo adotado pela vigente constituição brasileira, a celebração de tratados internacionais é de competência privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII. Entretanto, a incorporação do tratado ao ordenamento jurídico interno, após sua

<sup>15</sup> REZEK, J. F. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16-17 (Grifos originais).

<sup>16</sup> TREMP, Pablo Pérez. Las fuentes internacionales y supranacionales. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, v. I, p. 113-114.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121-122.

celebração, depende de ratificação pelo Congresso Nacional, conforme disposto nos arts. 49, I e 84, VIII da CF/88. Dessa forma, a celebração do tratado pelo Chefe do Poder Executivo Federal, por si só, não o torna apto a produzir efeitos no plano interno. A vigência e eficácia do tratado, no plano interno, dependem de sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, o que somente ocorre com a ratificação pelo Poder Legislativo Federal. Tal ratificação é formalizada em decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado Federal e publicado no órgão de imprensa oficial. Considerando que o conteúdo do tratado internacional é resultado de acordo entre os Estados signatários, a ratificação pelo Poder Legislativo Federal limita-se à decisão de incorporar ou não o tratado ao ordenamento jurídico interno, somente podendo haver alterações quanto ao conteúdo ou ressalva quanto à incorporação de determinada cláusula, nos casos em que o próprio tratado assim o autorize.

A análise do §3º, do art. 5º, da CF/88, revela que a atribuição de fundamentalidade a direito previsto em tratado internacional, ou seja, o reconhecimento de que este direito corresponde a direito fundamental, depende do implemento simultâneo de dois requisitos: *a)* que o tratado verse sobre direitos humanos, e *b)* que a ratificação do tratado ocorra mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88. O primeiro destes requisitos é de natureza material, já que versa sobre o conteúdo do direito. O segundo requisito é de natureza formal, referindo-se ao procedimento adotado na ratificação do tratado. Ausente um destes requisitos, o direito previsto em tratado não poderá ser caracterizado como direito fundamental.

O requisito de natureza material exige que *o tratado verse sobre direitos humanos*. Por direitos humanos devem ser entendidos todos os direitos passíveis de serem titularizados pela pessoa humana, individual ou coletivamente. Por consequência, os tratados que estabeleçam direitos titularizados pelos próprios Estados signatários, no âmbito de suas relações internacionais, não podem ser reconhecidos como normas de direito fundamental, por não se referirem a direitos humanos. Dessa forma, é possível concluir que todo direito humano é previsto em tratado, mas nem todo direito previsto em tratado corresponde a direito humano, sendo que, no sistema constitucional brasileiro, somente é possível a atribuição de fundamentalidade a direitos humanos.

O requisito de natureza formal, por sua vez, demanda que *a ratificação do tratado ocorra mediante o procedimento previsto no §3º do art. 5º da CF/88*, qual seja, aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Portanto, não será dotado de fundamentalidade direito previsto em

tratado cuja ratificação tenha ocorrido por maioria simples, em votação única em cada Casa do Congresso Nacional, conforme procedimento geral para deliberação legislativa previsto no art. 47, da CF/88.

O princípio da máxima efetividade constitucional, o qual tem como corolário o princípio hermenêutico de que o texto constitucional não apresenta dispositivos desnecessários, demonstra a equivocidade de uma interpretação que despreza o procedimento para ratificação do tratado previsto no §3º, do art. 5º, como requisito formal para atribuição de fundamentalidade a direito humano nele previsto. De fato, o entendimento de que a previsão em tratado de direito humano bastaria para conferir fundamentalidade a este, independentemente do procedimento adotado para ratificação do tratado, tornaria totalmente desnecessário o referido §3º, em face do disposto no §2º, do art. 5º, da CF/88. Ressalte-se que o referido §3º foi acrescentado pela EC/45, o que revela a intenção manifesta do constituinte derivado em estabelecer o mencionado procedimento como requisito formal para atribuição de fundamentalidade a direito previsto em tratado, afastando, por completo, a tese de que tal dispositivo seria redundante ou desnecessário.

Ademais, o *status* hierárquico de uma espécie normativa está diretamente relacionado ao grau de dificuldade do procedimento necessário para sua criação e reforma. O procedimento para ratificação de tratado internacional previsto no §3º, do art. 5º, é idêntico ao procedimento para aprovação de emenda constitucional, conforme estabelecido no §2º, do art. 60, da CF/88. Dessa forma, a adoção do procedimento previsto no §3º, do art. 5º, imanta o tratado previsor de direito humano do *status* hierárquico de norma constitucional, resultando na atribuição de fundamentalidade a este direito.

Considerando que a competência e procedimento para ratificação de tratado previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88 é idêntico àquele relativo à aprovação de emenda constitucional, é possível concluir que tal ratificação corresponde a ato praticado pelo poder constituinte derivado. Sendo assim, o direito humano previsto em tratado ratificado mediante o procedimento previsto no referido §3º é dotado de fundamentalidade material, no sentido de que sua incorporação ao ordenamento jurídico interno, na qualidade de direito fundamental, depende de decisão do poder constituinte, ainda que em atuação derivada.

O requisito formal para atribuição de fundamentalidade a direito humano, qual seja a ratificação do respectivo tratado mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da

CF/88, resulta em que os direitos humanos poderão ou não consubstanciar direito fundamental, conforme o procedimento adotado para ratificação do respectivo tratado. Direito humano previsto em tratado cuja ratificação tenha ocorrido por maioria simples não consubstanciará direito fundamental, não gozando das garantias formais estabelecidas constitucionalmente em favor dos direitos fundamentais. Tal entendimento deve ser aplicado, inclusive, aos tratados ratificados anteriormente à vigência do §3º, do art. 5º, da CF/88. Por outro lado, quando a ratificação do tratado houver ocorrido mediante o mencionado procedimento, com a conseqüente incorporação deste tratado ao ordenamento jurídico pátrio com *status* hierárquico de emenda constitucional, os direitos humanos nele previstos consubstanciarão direitos fundamentais, sendo-lhes aplicável o regime de fundamentalidade formal estabelecido na CF/88.

#### *4.3.1 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno*

Controvertida é a questão acerca da posição hierárquica dos tratados que versem sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Em linhas gerais, é possível identificar quatro teorias acerca da matéria: *a)* natureza supraconstitucional dos tratados, segundo a qual estes teriam posição hierárquica superior àquela das normas constitucionais; *b)* *status* constitucional dos tratados, segundo a qual estes seriam equivalentes a normas constitucionais; *c)* caráter supralegal dos tratados, segundo a qual estes ocupariam posição hierárquica superior ao das leis, mas inferior ao das normas constitucionais; e *d)* *status* legal dos tratados, segundo a qual estes seriam equivalentes às leis ordinárias federais.

A teoria da natureza supraconstitucional dos tratados, independentemente da matéria sobre a qual versem, deve ser, de logo, afastada por sua manifesta incompatibilidade com a CF/88. A submissão dos tratados a controle de constitucionalidade encontra-se expressamente prevista no texto constitucional, o qual estabelece como competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal declarar, como última instância judicial, a inconstitucionalidade de tratado (art. 102, III, *b*). Dessa forma, não pode o tratado violar norma constitucional, sob pena de ser considerado inválido, com a conseqüente impossibilidade de produção de efeitos jurídicos no plano interno, sem prejuízo de eventual responsabilização do Estado brasileiro, no plano internacional, pelo inadimplemento de obrigação prevista neste tratado.

Nos termos estabelecidos pelo §3º, do art. 5º, da CF/88, a atribuição de *status* constitucional a tratado depende da implementação de dois requisitos, quais sejam: *a)* que o tratado verse sobre direitos humanos e *b)* seja ratificado mediante o procedimento previsto no referido dispositivo constitucional. Implementados tais requisitos, o tratado será incorporado ao ordenamento jurídico pátrio com posição hierárquica equivalente a das emendas constitucionais. Ressalte-se que, mesmo o tratado ratificado mediante o procedimento previsto no referido §3º e, portanto, dotado de *status* hierárquico de emenda constitucional, estará sujeito a controle de constitucionalidade com relação às limitações materiais ao exercício do poder constituinte derivado previstas no art. 60, §4º, da CF/88.

Tarefa de maior complexidade consiste em definir o *status* hierárquico de tratado que verse sobre direito humano cuja ratificação não tenha observado o procedimento previsto no §3º, do art. 5º da CF/88, ou seja, tratado aprovado por maioria simples, em votação única em cada Casa do Congresso Nacional, conforme procedimento geral para deliberação legislativa previsto no art. 47, da CF/88.

Entende-se que a posição hierárquica de um dispositivo jurídico, incluindo os tratados, não pode ser definida, exclusivamente, por seu conteúdo. “Nenhuma norma identifica-se pela matéria de que se ocupa, e sim pelo órgão do qual emana e pelo procedimento de sua elaboração”.<sup>18</sup> A posição hierárquica de uma determinada espécie normativa, no ordenamento jurídico, é determinada, portanto, pelo grau de dificuldade do procedimento para sua edição ou alteração. Quanto maior o grau de dificuldade deste procedimento, maior será a posição hierárquica ostentada pela norma jurídica. Seria fictícia a posição hierárquica de determinada espécie normativa, caso o procedimento para sua alteração fosse dotado de maior simplicidade do que aquele necessário para edição das normas, supostamente, de hierarquia inferior. Feriria a lógica jurídica, por exemplo, imaginar que o procedimento para alteração de lei pudesse ser mais complexo que aquele adotado para edição de emenda constitucional.

O nível hierárquico de tratado, inclusive daqueles que versem sobre direitos humanos, é definido, não pelo seu conteúdo, mas pelo procedimento adotado na sua ratificação. O procedimento para edição de emenda constitucional, conforme previsto no §2º, do art. 60, demanda votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, dependendo sua aprovação da obtenção de três quintos dos votos dos respectivos membros em cada votação. Já a edição de lei ordinária demanda apenas uma única votação em cada Casa do Congresso

---

<sup>18</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 150.

Nacional, dependendo sua aprovação de maioria simples, desde que presente a maioria absoluta dos respectivos membros, nos termos do art. 47 e 65, da CF/88. Dessa forma, por analogia, se o tratado foi ratificado mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, este tratado será incorporado com *status* hierárquico de emenda constitucional, tendo em vista que o referido procedimento é idêntico àquele necessário para aprovação de emenda constitucional. Por outro lado, os tratados aprovados por maioria simples, em cada Casa do Congresso, conforme procedimento geral previsto no art. 47, da CF/88, incluindo aqueles que versem sobre direitos humanos, serão incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com *status* hierárquico de lei ordinária federal.

A adoção da teoria do *status* legal dos tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, ressalvado o *status* hierárquico de emenda constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente à promulgação da CF/88 e foi mantida em diversos julgados proferidos após a vigência da atual constituição.<sup>19</sup> Entretanto, em decisão recente, a Corte Suprema adotou a tese da supralegalidade de tratado sobre direito humano cuja ratificação se deu pelo procedimento geral para deliberação legislativa previsto no art. 47 da CF/88 procedimento previsto no art. 47 da CF/88.<sup>20</sup>

Entende-se, *data venia*, que a teoria que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais, inclusive quando versam sobre direitos humanos, não encontra respaldo na CF/88. As espécies normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro são aquelas previstas no art. 59 do texto constitucional, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Desta forma, o tratado, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio mediante ratificação, somente pode ostentar *status* jurídico pertinente a uma das espécies normativas integrantes deste ordenamento, conforme previstas no referido dispositivo constitucional. Neste sentido, a teoria da supralegalidade dos tratados é incompatível com o sistema constitucional por resultar na atribuição a tratado de posição hierárquica que não corresponderia a qualquer das referidas espécies normativas.

Questão controversa é saber se, com a inclusão do §3º, ao art. 5º, da CF/88 pela EC n. 45/04, o procedimento previsto no referido dispositivo tornou-se obrigatório para ratificação

---

<sup>19</sup> Cf. RE 80.004, HC 72.131, ADI 1480, HC 79870, HC77053, RE 206482 e RHC 80035.

<sup>20</sup> Cf. RE 466.343.

de tratados que versem sobre direitos humanos. A interpretação do referido dispositivo revela que a adoção do procedimento previsto no mencionado parágrafo é uma opção do Poder Legislativo. De fato, este dispõe que serão equivalentes às emendas constitucionais, os tratados sobre direitos humanos “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. Conclui-se, da redação do referido dispositivo, que é opção do Poder Legislativo Federal ratificar o tratado que verse sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no referido §3º ou por maioria simples e votação única em cada Casa do Congresso, conforme procedimento geral previsto no art. 47, da CF/88.<sup>21</sup> Neste sentido, afirmam Dimoulis e Martins:

O mencionado §3º do art. 5º da CF dispõe que terão valor de emenda constitucional os tratados ‘que foram aprovados’ segundo o procedimento da emenda. O mais plausível é considerar que o artigo com essa formulação deixou em aberto a eventualidade de ratificação de tratados que ‘não forem aprovados’ com esse procedimento permitindo a ativação do procedimento comum – e não quis indicar que tratados que não fossem aprovados como emendas seriam definitivamente rejeitadas. Se este fosse o caso, o constituinte teria escolhido uma formulação diferente, como por exemplo: os ‘tratados sobre direitos humanos devem ser aprovados com três quintos...’<sup>22</sup>

Dessa forma, diante de tratado que verse sobre direitos humanos celebrado pelo Presidente da República, o Poder Legislativo Federal poderá adotar três condutas: *a)* não ratificar o tratado, resultando na não incorporação do tratado ao ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, na ausência de vigência e eficácia deste no plano interno; *b)* ratificar o tratado por maioria simples e votação única em cada Casa do Congresso, conforme procedimento geral para deliberação legislativa previsto no art. 47, da CF/88, resultando na incorporação deste ao ordenamento jurídico interno com *status* hierárquico de lei ordinária federal; e *c)* ratificar o tratado mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, resultando na incorporação deste ao ordenamento jurídico interno com *status* hierárquico de emenda constitucional.

<sup>21</sup> Em sentido contrário, afirma Cunha Júnior que “todos os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil só podem ser examinados pelo Congresso Nacional (art. 49, I), mediante a formalidade processual ditada no preceito em comento” e que “todos os tratados de direitos humanos aprovados anteriormente a EC 45/04 serão recepcionados pelo §3º do art. 5º como formalmente constitucionais, pois materialmente já eram”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 646-647.

<sup>22</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

#### 4.3.2 *Súmula Vinculante n. 25: incompatibilidade com a teoria do status legal dos tratados?*

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, decidiu pela ilicitude da prisão do depositário infiel, com fundamento no disposto no art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.<sup>23</sup> Na fundamentação da mencionada decisão, a Corte Suprema adotou a tese da supralegalidade do referido tratado, cuja ratificação se deu mediante o procedimento geral para deliberação legislativa previsto no art. 47 da CF/88, tendo sido formalizada pelo Decreto n. 678/92. Posteriormente, o STF expediu a Súmula Vinculante n. 25, a qual estabelece: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, pouco importando a natureza contratual, legal ou judicial do depósito”.<sup>24</sup>

Entende-se que o reconhecimento da ilicitude da prisão do depositário infiel, conforme consubstanciado na referida súmula vinculante, prescinde de fundamentação na teoria da supralegalidade dos tratados, sendo compatível com o entendimento de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, enquanto tratado cuja ratificação não observou o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, possui *status* hierárquico de lei ordinária federal.

Um primeiro aspecto a ser analisado diz respeito à constitucionalidade do art. 7º, n. 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em face do disposto no inc. LXVII do art. 5º da CF/88, o qual estabelece: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Entende-se não existir antinomia entre tais dispositivos. De fato, o dispositivo

---

<sup>23</sup> RE 466.343, cuja ementa transcrevemos: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

<sup>24</sup> Silva Neto apresenta crítica à Súmula Vinculante n. 25, por entender que a proibição de prisão por dívida prevista no Pacto de San José não inclui a hipótese de prisão de depositário infiel nos casos de depósito judicial: “O STF ampliou indevidamente, *venia concessa*, a proibição de prisão de depositário infiel, pois, ao dirigir a vedação igualmente para o depositário judicial, desnaturou, por completo, o espectro das normas internacionais, que tencionavam verificar a proibição exclusivamente para as hipóteses de prisão civil por dívida e decorrente de depósito contratual ou legal, o que não é o caso de quem recebe o encargo processual de guardar bens penhorados, por exemplo. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 634.

infraconstitucional que amplia o espectro de direito fundamental não conflita com o dispositivo constitucional que estabeleceu originariamente tal direito.

Na situação analisada, o inc. LXVII, do art. 5º, da CF/88, assegura o direito fundamental de não ser preso por dívida. Este direito constitui o núcleo do referido dispositivo constitucional, o qual estabeleceu duas hipóteses de restrição do referido direito, quais sejam, a prisão “do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” e a “do depositário infiel”. O tratado em questão, ao tornar ilícita a prisão do depositário infiel, ampliou o espectro do direito de não ser preso por dívida previsto no referido dispositivo constitucional, não restando caracterizada antinomia entre tais dispositivos. A antinomia somente restaria caracterizada, na hipótese de dispositivo infraconstitucional ampliar as hipóteses de prisão civil para além daquelas previstas no inciso LXVII do art. 5º. Na explicação do Min. Celso de Mello:

A própria Constituição tornou juridicamente viável, no plano da legislação meramente comum, a possibilidade de o legislador ordinário, mesmo em face das duas únicas exceções previstas na Lei Fundamental, sequer considerar a instituição desse instrumento excepcional de coerção processual, a indicar, portanto, que se revela plenamente legítimo, no âmbito infraconstitucional, ao Congresso Nacional, e desde que assim o entenda conveniente, restringir ou, até mesmo, suprimir a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento.<sup>25</sup>

O reconhecimento da constitucionalidade do art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo visto, independe do fato de tal dispositivo encontrar-se contido em tratado ou da atribuição de *status* constitucional ou supralegal a este tratado. De fato, conforme as razões apresentadas, referido dispositivo seria constitucional, ainda que previsto em lei ordinária federal.

Reconhecida a constitucionalidade do art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cumpre analisar se este pode ser revogado por lei posterior. Defende-se que referido dispositivo de norma internacional não pode ser revogado por legislação superveniente, tendo o poder de paralisar a edição de leis que lhe sejam contrárias. Tal óbice à edição de legislação conflitante tem por fundamento o princípio da vedação ao retrocesso social. Referido princípio funciona como garantia de manutenção do grau de concretização de direitos fundamentais já obtido, impedindo que o Estado elimine, sem compensação ou alternativa, a parcela já realizada desses direitos. A legislação infraconstitucional que regulamenta direitos fundamentais funciona como concretização destes direitos no âmbito

---

<sup>25</sup> Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no RE 466.343.

normativo. A regulamentação de direito fundamental prevista em legislação infraconstitucional somente poderá ser alterada para expandir o direito fundamental em questão, mas não para promover sua supressão ou redução. Precisa a lição do Min. Ayres Britto, ao afirmar: “quando se versa tutelarmente um direito fundamental, mediante lei ordinária, faz-se uma viagem legislativa sem volta porque não se admite retrocesso”.<sup>26</sup> Entendemos, portanto, que a impossibilidade de revogação do art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por legislação infraconstitucional superveniente prescinde de adesão à teoria da supralegalidade dos tratados, encontrando fundamento no princípio de vedação ao retrocesso social, o qual seria aplicável, ainda que referido dispositivo integrasse lei ordinária.

Em face das razões expostas, opina-se que o entendimento consagrado na Súmula Vinculante n. 25, no sentido de que é ilícita a prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro, não implica em necessária adesão à teoria da supralegalidade dos tratados. Inexiste, em tese, incompatibilidade entre o conteúdo da referida súmula e a teoria que confere *status* hierárquico de lei ordinária federal aos tratados incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

#### **4.4 A questão da existência de direitos fundamentais estabelecidos por lei**

A disciplina jurídica adotada pela CF/88 revela a existência de três espécies de direitos fundamentais, quanto à modalidade de construção da respectiva norma previsora, quais sejam: direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais decorrentes e direitos fundamentais previstos em tratados internacionais. A CF/88 não alberga a possibilidade de atribuição de fundamentalidade material a direitos previstos exclusivamente em legislação ordinária.

A tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional.<sup>27</sup>

A controvérsia acerca da possibilidade de direitos fundamentais previstos, exclusivamente, em lei decorre, principalmente, da redação dada ao *caput* do art. 7º, da CF/88, o qual dispõe serem direitos dos trabalhadores, além daqueles expressamente previstos

<sup>26</sup> Trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Britto no RE 466.343.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88.

nos incisos do referido artigo, “outros que visem à melhoria de sua condição social”. Uma interpretação literal do referido dispositivo pode conduzir ao entendimento de que a Constituição atribuiu fundamentalidade a todo e qualquer direito trabalhista previsto em lei. Entende-se ser equivocada tal interpretação.

A finalidade do dispositivo em questão não é atribuir fundamentalidade a direitos trabalhistas previstos exclusivamente em legislação ordinária, mas explicitar que os direitos trabalhistas previstos em âmbito constitucional estabelecem um patamar mínimo de direitos, os quais podem ser ampliados pela legislação ordinária, sem que isto configure antinomia entre a norma legal e a norma constitucional. Referido dispositivo, portanto, visa a evitar eventual arguição de inconstitucionalidade de norma legal que amplie direito trabalhista originariamente previsto em dispositivo constitucional, evidenciando que os direitos fundamentais trabalhistas podem ser expandidos pela legislação ordinária para estabelecer condição mais benéfica ao trabalhador.

A aplicação ao caso concreto de norma legal que amplie o espectro de direito previsto originariamente em norma constitucional decorre da inexistência de antinomia entre tais normas. Em tal situação, a norma legal não conflita com a norma constitucional, mas, antes, a concretiza, ao robustecer o direito fundamental. “A norma mais vantajosa não viola a de categoria superior, exatamente porque estão sendo respeitados os limites mínimos por esta fixados”.<sup>28</sup> A norma legal que amplia o espectro de direito fundamental permanece em posição hierárquica inferior à norma constitucional que estabeleceu originariamente o direito ampliado, servindo esta como fundamento de validade daquela. Tanto é assim que lei ordinária que viole dispositivo constitucional proibitivo será inconstitucional, ainda quando o resultado seja mais benéfico ao trabalhador.

Questão distinta é saber se o legislador poderá alterar a regulamentação estabelecida em legislação ordinária relativa a direito estabelecido originariamente em dispositivo constitucional. A resposta a esta questão envolve a análise de dois aspectos: *a)* a incorporação de conceito jurídico ao texto normativo constitucional; e *b)* a vedação de retrocesso social.

O constituinte não está vinculado a conceitos jurídicos, ou seja, conceitos previamente estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Enquanto poder originário, pode o constituinte modificar conceitos jurídicos, mediante acréscimo ou supressão de notas, ou

---

<sup>28</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 129.

mesmo atribuir a conceito um sentido inteiramente novo e distinto daquele previsto em lei. Em havendo modificação por dispositivo constitucional de conceito anteriormente previsto em lei, a consequência jurídica será a não recepção da legislação infraconstitucional colidente.

Quando, porém, o dispositivo constitucional utiliza conceitos estabelecidos anteriormente pela legislação infraconstitucional, sem introduzir qualquer modificação em tais conceitos, ocorre a *incorporação do conceito jurídico ao texto normativo constitucional*. Não se está afirmando que o dispositivo infraconstitucional que estabeleceu o conceito foi guindado ao *status* hierárquico constitucional, mas sim, que o conceito contido em tal dispositivo restou absorvido pelo texto normativo constitucional.

Diversos são os dispositivos constitucionais previsores de direitos fundamentais que incorporam conceitos jurídicos anteriormente estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Exemplos de conceitos jurídicos incorporados pelo texto normativo constitucional são o conceito de “convenção coletiva”, estabelecido pelo art. 611, *caput*, da CLT, e incorporado pelo inc. XXVI, do art. 7º, da CF/88, bem como o conceito de “tributo”, estabelecido pelo art. 3º, do CTN, e incorporado pelos incisos I, III, IV e V do art. 150 da CF/88.

Em havendo a incorporação de conceito jurídico pelo texto normativo constitucional, não poderá haver alteração da legislação infraconstitucional que estabeleceu originariamente tal conceito quando tal alteração resultar em limitação a direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade da legislação que promover a alteração.

A utilização de qualquer conceito, pela Constituição, impõe limite ao legislador ordinário. Se se tratar de conceito já definido em lei ordinária, esta não poderá ser alterada sem ofensa à Constituição. Se o conceito não está explícito em nenhuma norma, mas foi construído pela doutrina à luz de normas existentes no sistema, também não pode ser alterado sem ofensa à Constituição. Admitir-se o contrário seria admitir que o legislador ordinário alterasse, por via indireta, a norma da Constituição na qual o conceito está empregado.<sup>29</sup>

O princípio da *vedação ao retrocesso social*, por sua vez, funciona como garantia de manutenção do grau de concretização de direitos fundamentais já obtidos, impedindo que o Estado elimine, sem compensação ou alternativa, a parcela já realizada desses direitos. Portanto, a supressão ou redução de benefício previsto na legislação infraconstitucional relacionado a direito fundamental depende do estabelecimento de novos benefícios compensatórios, de sorte que a alteração promovida em tal regulamentação, analisada

---

<sup>29</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **O conceito de tributo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15.

globalmente, não resulte em retrocesso ao grau de concretização do direito já estabelecido pela legislação infraconstitucional. A vedação de retrocesso social não significa que as normas infraconstitucionais que regulamentem direito fundamental sejam alçadas ao *status* hierárquico constitucional. Referido princípio deve ser entendido como a incorporação ao conteúdo do direito fundamental do grau de concretização deste direito alcançado no âmbito normativo infraconstitucional, em um processo permanente de expansão deste conteúdo.

Dessa forma, conclui-se que a alteração da regulamentação infraconstitucional relativa a direito fundamental tem como limites: a) vedação de alteração de conceito jurídico estabelecido por dispositivo infraconstitucional e incorporado ao texto normativo constitucional quando tal alteração resultar em limitação a direito fundamental e; b) vedação de alteração que resulte em retrocesso social, ou seja, na redução do grau de concretização do direito fundamental alcançado no âmbito normativo.

#### **4.5 A abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF/88**

Na sistemática adotada pelo texto constitucional, a atribuição de fundamentalidade material a direitos, ou seja, a definição do conteúdo dos direitos fundamentais, decorre, necessariamente, de uma decisão do poder constituinte. No caso de direitos fundamentais expressos, essa opção é feita diretamente, mediante previsão explícita de determinadas posições subjetivas de vantagem em dispositivos constitucionais. No caso dos direitos decorrentes, o conteúdo destes decorre igualmente, ainda que de forma indireta, de opção do constituinte, já que tais direitos são construídos a partir da incidência dos efeitos de valores ou bens protegidos em dispositivos constitucionais sobre situações da vida humana.

Também os direitos fundamentais previstos em tratados possuem fundamentalidade material definida pelo poder constituinte, ainda que derivado. De fato, a atribuição de fundamentalidade a direito humano depende da ratificação do respectivo tratado mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88. Considerando que referido procedimento é idêntico àquele relativo à edição de emenda constitucional, resultando na incorporação do tratado ao ordenamento jurídico interno com *status* de emenda constitucional, é possível concluir que tal ratificação corresponde a ato praticado pelo poder constituinte derivado.

Afirmar que a fundamentalidade material de direitos decorre de decisão do poder constituinte, originário ou derivado, não significa que a CF/88 apresente um catálogo fechado de direitos fundamentais, ou seja, não deve ser entendido como se todos os direitos

fundamentais já se encontrassem tipificados em dispositivos constitucionais, de forma definitiva. Na verdade, o catálogo de direitos fundamentais disciplinado pela CF/88 é materialmente aberto, no sentido de permitir a construção de novos direitos fundamentais, encontrando-se em permanente processo de expansão.

O permanente processo de expansão do catálogo dos direitos fundamentais ocorre por meio dos seguintes procedimentos: *a)* criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais, *b)* construção de direitos fundamentais decorrentes e *c)* ratificação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88. Estes procedimentos consistem nas vias de acesso de novos direitos ao catálogo de direitos fundamentais.

#### *4.5.1 Criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais*

A *criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais* consiste em um dos procedimentos pelos quais é possível a expansão do catálogo de direitos fundamentais. O art. 60, §4º, IV da CF/88, estabelece como limitação material ao exercício do poder constituinte derivado a edição de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Por outro lado, a criação de novos direitos fundamentais através de emendas constitucionais não encontra qualquer obstáculo no texto constitucional.

Vários são os direitos fundamentais expressos criados ou expandidos por meio de emendas constitucionais, tais como: direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, inserido pela EC n. 45/04); direito à moradia (art. 6º, com redação dada pela EC n. 26/00); direito à alimentação (art. 6º, com a redação dada pela EC n. 64/10) e; o aumento da idade de catorze anos para dezesseis anos, como critério proibitivo do exercício de trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos (art.7º, XXXIII, com a redação dada pela EC n. 20/98).

#### *4.5.2 Construção de direitos fundamentais decorrentes*

Outro procedimento pelo qual ocorre a expansão do catálogo dos direitos fundamentais é a *construção de direitos fundamentais decorrentes*. O direito fundamental decorrente é construído a partir dos efeitos da proteção de bem ou valor consagrado em dispositivo de

constitucional sobre situações da vida humana. A construção de tais direitos encontra previsão no §2º, do art. 5º, da CF/88.

Os avanços científicos e tecnológicos, bem como a alteração constante dos valores sociais, fazem surgir situações fáticas, diante das quais a regulamentação jurídica existente se apresentará como insuficiente ou inadequada. Por vezes, inexistirá regulamentação infraconstitucional específica, em face da imprevisibilidade da situação surgida. Pode ocorrer ainda que, diante de um novo contexto fático ou axiológico, a aplicação da legislação ordinária existente resulte em incompatibilidade com a proteção a bem ou valor conferida pelo texto normativo constitucional.

Outra possibilidade é que a alteração dos valores sociais ou o surgimento de novas situações fáticas acarretem na necessidade de atribuição de um novo sentido a dispositivos constitucionais, com a finalidade de manutenção da proteção conferida a bens e valores nestes dispositivos, resultando no fenômeno da mutação constitucional. A mutação constitucional é resultado da interação entre o texto normativo constitucional e a realidade, permitindo a alteração do sentido atribuído a dispositivos constitucionais por via interpretativa, ainda que não tenha ocorrido qualquer modificação no texto constitucional.<sup>30</sup>

A mutação constitucional deve respeitar os limites interpretativos delineados pela norma, não podendo resultar em violação à finalidade desta, sob pena de mascarar efetiva alteração constitucional, a qual somente seria possível pela via da reforma constitucional. Explica Hesse:

Uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação constitucional. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.<sup>31</sup>

Nos casos de inexistência ou inadequação de regulamentação jurídica infraconstitucional apta a concretizar a proteção constitucional conferida a bens e valores diante de determinadas situações fáticas, bem como na hipótese de mutação constitucional, a regulamentação jurídica

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123-139.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 23.

da conduta dos envolvidos será definida a partir dos efeitos desta proteção sobre o caso concreto, resultando na construção de direitos fundamentais decorrentes.

Diante da diversidade de valores e bens protegidos em dispositivos constitucionais, bem como da infinidade de situações fáticas que compõem a vida humana, os direitos fundamentais decorrentes possuem os mais variados conteúdos, estando sua construção em permanente processo de expansão. Portanto, qualquer tentativa de definição do conteúdo dos direitos fundamentais decorrentes terá natureza meramente exemplificativa.

A construção de direitos fundamentais decorrentes é realizada principalmente no exercício da atividade jurisdicional, bem como pela doutrina. Não raro, a consolidação da jurisprudência acerca da existência de determinado direito fundamental decorrente funciona, em termos práticos, como requisito para explicitação e regulamentação deste direito pela legislação infraconstitucional.

#### *4.5.3 Ratificação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88*

A terceira modalidade pela qual ocorre a expansão do catálogo de direitos fundamentais é a ratificação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88. Este procedimento permite que direitos humanos previstos em normas de direito internacional sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno na condição de direitos fundamentais.

Conforme anteriormente analisado, a ratificação de tratado que verse sobre direitos humanos através do procedimento previsto no art. §3º, do art. 5º, da CF/88, consiste em ato praticado pelo Poder Legislativo Federal, na condição de poder constituinte derivado, resultando na incorporação do tratado ao ordenamento jurídico interno com *status* hierárquico de emenda constitucional. Dessa forma, a ratificação de tratados que versem sobre direitos humanos mediante o referido procedimento, tal qual a criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais, consiste em modalidade de expansão do catálogo de direitos fundamentais resultante da atuação do poder constituinte derivado. A distinção entre tais modalidades justifica-se porque, enquanto a criação de direitos fundamentais por meio de emenda constitucional decorre de ato unilateral do Estado, os direitos humanos, por sua vez, tem gênese em acordo de vontades entre sujeitos de direito internacional.

O primeiro tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, foi a Convenção das Pessoas Portadoras de Deficiência, cuja ratificação foi formalizada por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008. A ratificação deste tratado mediante o mencionado procedimento resultou em sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio com *status* hierárquico de emenda constitucional e na consequente atribuição de fundamentalidade aos direitos humanos nele previstos.

#### 4.6 A titularidade dos direitos fundamentais

Por titular de um direito deve ser entendido o ente dotado da prerrogativa, garantida por norma jurídica, de exigir de outrem o cumprimento de determinada obrigação. Já o destinatário de um direito corresponde àquele em face de quem pode ser exigido o cumprimento da obrigação. Assim, titular e destinatário de direito fundamental correspondem, respectivamente, ao sujeito ativo e ao sujeito passivo da relação jurídica que tenha por objeto a concretização deste direito.

A titularidade dos direitos fundamentais é definida pela respectiva ordem constitucional. Considerando a diversidade de conteúdos dos direitos fundamentais, definir a titularidade de cada um deles depende da análise específica da norma que o estabeleceu. Dessa forma, não é possível uma resposta genérica e única acerca de quem sejam os titulares dos direitos fundamentais.

A análise do art. 5º, da CF/88, indica a adoção do princípio da universalidade como regra geral acerca da titularidade dos direitos fundamentais, ou seja, a pessoa natural é titular de tais direitos no âmbito da jurisdição brasileira. A indicação no *caput* do referido artigo de que os direitos individuais são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País” deve ser interpretada de forma ampla, no sentido de que tais direitos são titularizados por qualquer pessoa que se encontre no território nacional, ressalvadas as restrições expressamente previstas no texto constitucional.<sup>32</sup> “A expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território nacional brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito”.<sup>33</sup> Dessa forma, ao estrangeiro que se encontre no território nacional

---

<sup>32</sup>Cf. RE 215.267.

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29-30 (Grifo original).

deve ser garantida a titularidade dos direitos fundamentais, independentemente da duração, razão ou mesmo da legalidade de sua permanência.<sup>34</sup>

Este sentido é revelado mediante interpretação teleológica e sistemática. Não seria compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, I, da CF/88, uma interpretação que negasse o direito à vida ou à liberdade a estrangeiro, pelo simples fato de não residir de forma permanente no território nacional. O entendimento de que o constituinte adotou o princípio da universalidade quanto à titularidade dos direitos individuais resta ainda reforçada pela utilização, em diversos incisos do art. 5º, de expressões genéricas indicativas da pessoa natural, tais como “todos”, “homens e mulheres” e “ninguém”. Vários dispositivos constitucionais estabelecem direitos sem fazer menção expressa a seu titular, o que conduz igualmente à conclusão de que este titular corresponde à pessoa natural. Em favor de uma interpretação extensiva do termo “estrangeiros residentes” pode ainda ser invocado o princípio *in dubio pro libertate*, segundo o qual os dispositivos relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados de forma a favorecer o indivíduo e não ao Estado.<sup>35</sup>

Alguns direitos fundamentais são dirigidos a pessoas que se encontrem em situações fáticas específicas, tais como: “autores” (art. 5º, XXVII); “litigantes” (art. 5º, LV); “preso” (art. 5º, LXIII, LXIV e LXXV); “os que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV); “condenado” (art. 5º, LXXV); “pobres” (art. 5º, LXXVI); “desamparados” (art. 6º, *caput*); “trabalhadores” (art. 7º, *caput*); “trabalhador avulso” (art. 7º, XXIV); “trabalhadores domésticos” (art. 7º, parágrafo único); “aposentado” (art. 8º, VII); empregado que ocupe cargo de direção sindical (art. 8º, VIII) e; contribuintes (art. 150). O titular desses direitos continua sendo a pessoa natural, já que os elementos utilizados nos dispositivos mencionados para definir a titularidade destes direitos são exógenos à pessoa, servindo para caracterizar situações que, em tese, podem ser vivenciadas por qualquer indivíduo.

Não obstante a adoção, pela CF/88, do princípio da universalidade como regra geral acerca da titularidade dos direitos fundamentais, existem direitos fundamentais cuja titularidade é atribuída a pessoas que apresentem determinadas características pessoais, tais

<sup>34</sup> Em sentido contrário, afirmam Dimoulis e Martins: “A tentativa de parte da doutrina de propor uma interpretação extensiva considerando que é residente qualquer estrangeiro que se encontre em trânsito no território nacional carece de fundamento constitucional, pois equipara os não residentes aos residentes”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 212-213.

como sexo ou idade. Tais direitos, portanto, não são titularizados por toda e qualquer pessoa natural, mas somente por indivíduos integrantes de grupos específicos. Tais direitos, via de regra, exercem a função de proteção contra discriminação, seja pela vedação de intervenções discriminatórias com relação a determinados critérios de diferenciação, seja pelo estabelecimento de cotas ou incentivos, com o objetivo de compensar desigualdade de oportunidades sofrida por indivíduos que integram grupos historicamente discriminados.

São direitos fundamentais dirigidos, especificamente, às mulheres: o direito das presidiárias a condições que lhes permitam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação (art. 5º, L); o direito à proteção à maternidade (art. 6º, *caput*); a licença à gestante (art. 7º, XVIII) e; o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX). Exemplo de direito titularizado, especificamente, por homens é a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX. Exemplo de direito fundamental destinado a membros de um grupo específico são os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, titularizados pelos índios (art. 231).

Diversos direitos fundamentais têm sua titularidade definida com base na idade do indivíduo. É o caso do direito à utilização gratuita dos transportes coletivos urbanos, pelos maiores de sessenta e cinco anos (art. 230, §2º). No âmbito dos direitos políticos, é fixada como condição de elegibilidade a idade mínima de trinta e cinco anos para o cargo de Presidente da República e Senador, de trinta anos para o de Governador e Vice-Governador, de vinte e um anos para Deputado Federal e Estadual, Prefeito-Vice-Prefeito, e de dezoito anos para Vereador. (art. 14, VI). O direito à proteção à infância, por sua vez, tem como titular os menores de idade (art. 6º, *caput*). Alguns direitos fundamentais, ainda que não titularizados por menores, têm por finalidade a proteção destes, tais como o direito das presidiárias a condições que lhes permitam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação; o direito à proteção à maternidade; a licença à gestante e; a licença-paternidade.

Existem direitos fundamentais titularizados, exclusivamente, por brasileiros. É o caso do direito estabelecido no inciso LI, do art. 5º, o qual dispõe que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. O inciso LXXIII deste artigo, por sua vez, faz menção expressa ao termo “cidadão” para indicar que a legitimidade para proposição de ação popular é exclusiva de brasileiros com capacidade para exercício de direitos políticos. Os direitos políticos ativos e passivos são

igualmente exclusivos de brasileiros, nos termos do art.14, §2º e 3º, I. Por outro lado, o inciso LII estabelece direito titularizado, especificamente, por estrangeiro, ao dispor que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

Existem direitos fundamentais que não são titularizados por indivíduos, mas por uma coletividade, sendo denominados de direitos coletivos. Os direitos coletivos em sentido amplo abrangem tanto direitos coletivos em sentido estrito, entendidos como direitos indivisíveis titularizados por um grupo humano determinado, como os direitos difusos, entendidos como direitos indivisíveis titularizados pela sociedade como um todo. Podem ser citados como exemplos de direitos coletivos em sentido amplo o direito à função social da propriedade (inc. XXIII), à defesa do consumidor (inc. XXXII), a informações prestadas por órgãos públicos (inc. XXXIII) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

#### *4.6.1 Dupla dimensão dos direitos sociais quanto à sua titularidade*

Os direitos sociais, via de regra, apresentam dupla dimensão com relação à sua titularidade, apresentando, simultaneamente, uma dimensão coletiva e uma dimensão individual. A dimensão individual dos direitos sociais manifesta-se no direito titularizado pelo indivíduo, de ter garantido pelo Estado a concretização do núcleo essencial destes direitos, necessário para garantia de uma existência humana digna.

A dimensão coletiva de tais direitos, por sua vez, decorre de que estes consubstanciam igualmente direitos difusos, ou seja, direitos titularizados por toda a sociedade, tendo por objeto a edição de normas jurídicas e adoção de políticas públicas que visem à concretização destes direitos, em um processo de cumulação e expansão rumo à plena efetivação do objetivo constitucionalmente traçado. A dimensão coletiva dos direitos sociais pode, igualmente, se manifestar na forma de um direito coletivo em sentido estrito, ou seja, direito titularizado por uma coletividade determinada, tendo por objeto a implantação de medidas públicas indispensáveis para a concretização do núcleo essencial do direito social com relação aos membros daquele grupo.<sup>36</sup>

Os direitos sociais, portanto, analisados sob a perspectiva de sua titularidade, reúnem um feixe de direitos, os quais abrangem, simultaneamente, direitos difusos, direitos coletivos

---

<sup>36</sup> Sobre a dupla dimensão dos direitos sociais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 214-218.

em sentido estrito e direitos titularizados por indivíduos. Os direitos sociais, considerados em sua multifuncionalidade, não correspondem à simples reunião aditiva destas posições, consideradas isoladamente. A definição do conteúdo de um direito social, diante do caso concreto, resulta de juízo de ponderação entre as diversas posições envolvidas, mediante o qual deverá ser solucionada eventual colisão entre direito social titularizado por indivíduo e este mesmo direito considerado em sua dimensão coletiva.

#### 4.6.2 *Pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais*

As pessoas jurídicas serão titulares de direitos fundamentais sempre que houver compatibilidade entre o conteúdo do direito e a natureza daqueles entes. Não obstante o *caput* do art. 5º fazer menção expressa aos titulares dos direitos fundamentais como sendo os brasileiros e estrangeiros residentes no país, a extensão da titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas resulta de uma interpretação sistemática, que leva em consideração a concretização dos princípios fundamentais dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e dos princípios da atividade econômica relativos à propriedade privada e à livre concorrência (art. 170, II e IV).<sup>37</sup> Seria incompatível com o regime da livre iniciativa negar às pessoas jurídicas, as quais respondem, em boa parte, pelo desenvolvimento de atividades econômicas, direitos fundamentais necessários ou relevantes para o desempenho destas atividades, tais como o direito de propriedade (art. 5º, *caput*) ou direitos de defesa do contribuinte consubstanciados nas limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150).

Pode ainda ser invocado em defesa da possibilidade de titularização de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, o argumento de que tais entes são “resultado do exercício, por parte do indivíduo, de determinados direitos fundamentais, como é o caso dos direitos de reunião e associação, cujo objeto somente pode ser assegurado de forma adequada se aos entes coletivos correspondentes for atribuída a titularidade de direitos fundamentais”.<sup>38</sup>

Por razões lógicas, estão excluídos dos direitos fundamentais passíveis de serem titularizados por pessoas jurídicas aqueles que pressuponham a existência da pessoa humana,

<sup>37</sup> Em sentido contrário, afirmam Dimoulis e Martins: “Em particular, a formulação do art. 5º da CF ‘brasileiros e estrangeiros residentes no país’ se restringe à pessoa física. Seria linguisticamente forçoso considerar que uma pessoa jurídica possa ser enquadrada na categoria do ‘brasileiro’ ou do ‘estrangeiro residente no país’”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 223.

tais como o direito à saúde, à moradia, ao lazer, à proteção à maternidade e à infância (art. 6º) e ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV).

Além dos já mencionados direito de propriedade e direitos de defesa do contribuinte, podem ser indicados como direitos fundamentais passíveis de serem titularizados por pessoas jurídicas, entre tantos outros, o princípio da legalidade (art. 5º, II), direito de resposta (art. 5º, V), direito à indenização no caso de desapropriação (art. 5º, XXIV), direito ao recebimento de informações por parte de órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) e direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Ressalte-se, por fim, a existência de direitos fundamentais dirigidos especificamente a pessoas jurídicas, tais como, direito de representação de filiados titularizado por entidades associativas (art. 5º, XXI); direito à proteção de criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos (art. 5º, XXIX); direito de entidades sindicais à pactuação de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI); direito de representação da categoria para defesa de direitos individuais e coletivos titularizado pelos sindicatos (art. 8º, III); direitos dos partidos políticos à autonomia de organização e funcionamento, a recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao rádio e televisão (art. 17, §§1º e 3º); direito a tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, IX) e; direito de defesa judicial de direitos e interesses titularizado por comunidades e organizações indígenas (art. 232).

## 5 A FUNDAMENTALIDADE FORMAL DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fundamentalidade formal consiste no conjunto de garantias atribuídas pela constituição, com a finalidade de preservar a existência e permanência dos direitos protegidos em âmbito constitucional. Este regime de proteção jurídica reforçada constitui pressuposto para configuração dos direitos fundamentais. A ausência de fundamentalidade formal acarretaria na equiparação dos direitos protegidos em âmbito constitucional aos direitos previstos em lei, inclusive no tocante à possibilidade de sua supressão ou restrição pelo legislador ordinário. A fundamentalidade formal, a qual decorre da supremacia constitucional, resulta na vinculação dos poderes públicos e dos particulares ao cumprimento das normas de direito fundamental, servindo estas como critério de validade jurídica dos atos praticados.

Dispõe o §1º, do art. 5º, da CF/88, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Já o art. 60, §4º, IV do texto constitucional, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A partir destes dispositivos é possível definir o regime de fundamentalidade formal assegurado pela CF/88, o qual resta caracterizado por duas garantias: *a)* intangibilidade dos direitos fundamentais e *b)* aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental.

### 5.1 A intangibilidade dos direitos fundamentais

A CF/88 atribui rigidez a todas as normas constitucionais, independentemente de seu conteúdo, da qual resulta que tais normas somente podem ser alteradas ou revogadas mediante emenda constitucional. Ao lado da garantia da rigidez constitucional, o constituinte originário optou por subtrair determinadas matérias, não apenas da disponibilidade do legislador, mas também da disponibilidade do poder constituinte derivado. A intangibilidade corresponde, justamente, à impossibilidade, por força de previsão constitucional, de supressão, efetiva ou tendencial, de determinados institutos por qualquer outra norma jurídica, inclusive emenda à

Constituição. A intangibilidade é uma das garantias asseguradas aos direitos fundamentais pelo regime de fundamentalidade formal estabelecido pela CF/88.

### 5.1.1 *Supremacia e rigidez da constituição*

As normas constitucionais, independentemente de seu conteúdo, ocupam a posição ápice no ordenamento jurídico, o que caracteriza a *supremacia constitucional*. A supremacia constitucional implica em que todas as normas infraconstitucionais encontram fundamento de validade nas normas constitucionais. Em outras palavras, a norma infraconstitucional que violar dispositivo constitucional será inválida e, por consequência, não estará apta a produzir efeitos por se encontrar maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.*<sup>1</sup>

A Constituição, portanto, corresponde ao fundamento de validade de todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico estatal. A validade consiste justamente na compatibilidade de determinada norma jurídica com as normas jurídicas de hierarquia superior. A inconstitucionalidade corresponde à invalidade da norma jurídica em face da Constituição, ou seja, resulta da incompatibilidade entre norma jurídica infraconstitucional e norma constitucional.

*Frente a la Constitución, en tanto que norma cuya validez deriva de una decisión del poder constituyente, todas las demás normas integrantes del ordenamento jurídico son normas secundarias, pues su validez se fundamenta en la propia Constitución, al estar elaboradas de acuerdo con las prescripciones de ésta tanto respecto al procedimiento como a su contenido material. [...] es precisamente este carácter de la Constitución de ser el fundamento del ordenamiento jurídico, el que explica e justifica su supremacia jerárquica sobre todas las demás normas y su resistencia o protección frente a las leyes posteriores, que no pueden modificar las disposiciones constitucionales.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 33 (Grifo original).

<sup>2</sup> “Diante da Constituição, enquanto norma cuja validade deriva de uma decisão do poder constituinte, todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico são normas secundárias, pois a validade destas se fundamenta na própria Constituição, ao serem elaboradas de acordo com as prescrições constitucionais tanto no que diz respeito ao procedimento, quanto ao seu conteúdo material. [...] é precisamente esta característica da Constituição, de ser o fundamento do ordenamento jurídico, o que explica e justifica sua supremacia hierárquica sobre todas as demais normas e sua resistência ou proteção diante de leis posteriores, as quais não podem modificar as disposições constitucionais”. (Tradução do autor). ESPÍN, Eduardo. *La constitución como norma*. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, v. I, p. 44.

A aferição da validade de uma norma jurídica abrange os aspectos formal e material. A norma jurídica será formalmente válida, quando for editada pelo órgão competente e com observância do procedimento adequado, conforme estabelecido pelas normas jurídicas de hierarquia superior. A validade formal deve ser aferida em face do ordenamento jurídico existente por ocasião da edição da norma analisada.<sup>3</sup> Por tal motivo, é que os decretos-leis, como é o caso da CLT, permanecem válidos sob o aspecto formal, não obstante a CF/88 sequer preveja referida espécie normativa. Pelo mesmo motivo é que o CTN, o qual é lei ordinária, possui validade sob o aspecto formal, apesar de a CF/88 ter estabelecido que as “normas gerais em matéria de legislação tributária” correspondem à matéria reservada à lei complementar (art. 146, III). Por força do referido dispositivo constitucional, o CTN, não obstante seja lei ordinária, foi recepcionado pela CF/88 com *status* hierárquico de lei complementar, no sentido de que somente pode ser alterado por tal espécie normativa.

A validade material, por sua vez, significa que o conteúdo da norma jurídica deve ser compatível com o conteúdo das normas jurídicas de hierarquia superior, devendo ser aferida em face do ordenamento jurídico vigente. Rigorosamente, só se pode falar de inconstitucionalidade com relação a normas jurídicas editadas posteriormente a vigência da CF/88. Isto porque, a norma jurídica editada anteriormente à promulgação da atual Constituição, cujo conteúdo seja incompatível com dispositivos desta, não terá sequer sido recepcionada pelo ordenamento jurídico instituído pela CF/88.

A supremacia da constituição resulta da rigidez de suas normas. A posição hierárquica de determinada espécie normativa é diretamente proporcional ao grau de dificuldade do procedimento para edição ou alteração desta. Somente se pode falar em supremacia constitucional com relação a constituições que estabeleçam procedimento dificultado para sua alteração quando comparado com aquele necessário para edição de normas infraconstitucionais. Este procedimento dificultado para alteração de dispositivos constitucionais configura justamente a denominada *rigidez constitucional*.

A *rigidez constitucional* impossibilita que as normas constitucionais sejam revogadas ou alteradas por legislação infraconstitucional. Explica Guastini:

*Quando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos ‘niveles’ juerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional*

---

<sup>3</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 94.

(o de revisión constitucional). La Constitución está encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta.<sup>4</sup>

A ausência de rigidez constitucional implicaria na possibilidade de o texto constitucional ser alterado por legislação ordinária, o que descaracterizaria a supremacia constitucional e, por consequência, o próprio sentido da constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico.

### 5.1.2 Poder constituinte originário e derivado

Entendido o poder constituinte como o poder de criar normas com *status* constitucional, é possível identificar duas manifestações deste: o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

O *poder constituinte originário* corresponde ao poder de criar originariamente uma constituição positiva. A promulgação da constituição pelo poder constituinte originário resulta na criação jurídica do Estado e na fundação da ordem jurídica estatal. O poder constituinte, em sua manifestação originária,

[...] não constitui para o Estado uma ‘Constituição’, mas ‘constitui’ o Estado enquanto Estado Constitucional, constitui-o enquanto *tal*, constitui um Estado não apenas no sentido do detalhamento institucional, mas inicialmente no sentido da sua fundamentação.<sup>5</sup>

O poder constituinte originário é titularizado pelo povo, entendido em seu sentido político. Em um regime democrático, o exercício deste poder é delegado a representantes eleitos, que integrarão uma Assembleia Constituinte. A outorga de constituição, efetuada por detentores do poder que não tenham sido eleitos pelo povo, constitui exercício ilegítimo do poder constituinte originário. “Não há poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si.”<sup>6</sup>

<sup>4</sup> “Quando uma Constituição rígida está em vigor, é necessário distinguir dois ‘níveis’ hierárquicos de legislação: a legislação ordinária e a legislação constitucional (ou de revisão constitucional). A Constituição está acima da legislação ordinária, não podendo ser derogada, modificada ou abrogada por esta” (Tradução do autor). GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 51.

<sup>5</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58-59 (Grifos originais).

<sup>6</sup> Ibid., 2004, p. 26-27.

A ideia do “poder constituinte do povo” é comumente distorcida em discursos ideológicos, na tentativa de justificar o exercício arbitrário do poder. A história é repleta de exemplos em que grupos, por vezes minoritários, foram falsificados como sendo “o povo”, pelo uso da ideologia e da violência. Ao longo da história, práticas como a expulsão, reassentamento forçado, obrigação ao exílio individual, extermínio, deportação a regiões inabitáveis, missionarização forçada, pressão assimilatória de outra natureza e privação dos direitos têm sido utilizadas para “unificar”, através da violência, a população heterogênea com a finalidade de favorecer interesses de grupos privilegiados.<sup>7</sup>

Conforme explica Müller, somente se pode falar em “poder constituinte do povo”, quando o povo atuar, efetivamente, como “destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/destituição do mandado por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição”. O povo é o ponto de partida de legitimação e, simultaneamente, a instância perante a qual o poder do Estado deve se responsabilizar permanentemente. O Estado não é a fonte do poder, mas a instância de realização do poder, o qual emana do povo.<sup>8</sup>

Considerando que a constituição funda o ordenamento jurídico estatal, o poder constituinte originário é um poder metajurídico, no sentido de que não encontra limitações impostas em normas jurídicas. Trata-se de um poder político, que não tem origem no ordenamento jurídico, mas, antes, inicia e fundamenta este ordenamento. “*El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto. [...] no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está ‘siempre em estado de naturaleza’*”.<sup>9</sup>

O *poder constituinte derivado* ou poder constituinte constituído, por sua vez, corresponde ao poder de alterar o texto constitucional por meio de emendas à Constituição. Diferentemente do poder constituinte originário, trata-se de poder jurídico, por se encontrar submetido aos limites impostos pela própria constituição. Enquanto o poder constituinte originário é “um poder *supra legem* ou *legibus solutus*, um poder a que todos os poderes constituídos não

<sup>7</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 62-63.

<sup>8</sup> Ibid., 2004, p. 60; 78.

<sup>9</sup> “O poder constituinte é vontade política: Ser político concreto. [...] não está vinculada a formas jurídicas e procedimentos; quando atua dentro desta propriedade inalienável, está ‘sempre em estado de natureza’ (Tradução do autor). SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 94; 97.

necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa de criar a Constituição”, o poder constituinte derivado “atua sempre atado ao Direito, na moldura de um ordenamento jurídico”.<sup>10</sup>

### 5.1.3 Reforma constitucional e seus limites

A rigidez constitucional não pode ser confundida com imutabilidade das normas constitucionais. Explica Bonavides:

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.<sup>11</sup>

A evolução da ciência e da tecnologia, bem como a alteração constante dos valores sociais, torna necessária a existência de mecanismo que possibilite a alteração do texto constitucional de forma a adequá-lo à realidade. Este mecanismo corresponde à *reforma da constituição*, a qual se materializa mediante a edição de emendas constitucionais. A reforma constitucional permite a homeostase da tensão natural existente entre a necessidade de adequação do texto constitucional à realidade sempre em mutação e a necessidade de estabilidade do texto constitucional como pressuposto da força normativa da Constituição. Nas palavras de Espín:

*La vida de los sistemas constitucionales oscila entre dos polos. Por un lado, la necesidad de una progresiva evolución de la Constitución, de tal forma que se adapte a la transformación social y política para evitar un alejamiento de la realidad que pueda favorecer la aparición de tensiones que conduzcan a una ruptura constitucional. Por outro, la conveniencia de una estabilidad constitucional que favorezca el conocimiento popular de la Constitución, así como el arraigo en la sociedad de lo que se ha denominado ‘sentimiento constitucional’ [...] Pues bien, la reforma constitucional desempeña la importante función de ofrecer una vía de adaptación de la Constitución a la realidad cambiante.*<sup>12</sup>

A reforma constitucional mediante edição de emendas deve ser entendida como situação excepcional, cuja adoção somente se justifica quando caracterizada a absoluta

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149-150.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 2010, p. 196-197.

<sup>12</sup> “A vida dos sistemas constitucionais oscila entre dois pólos. De um lado, a necessidade de uma progressiva evolução da Constituição, de tal forma que se adapte à transformação social e política para evitar um afastamento da realidade que possa favorecer o surgimento de tensões que conduzam a uma ruptura constitucional. Do outro, a conveniência de uma estabilidade constitucional que favoreça o conhecimento popular da Constituição, bem como o apego da sociedade ao que foi denominado de ‘sentimento constitucional’ [...] Pois bem, a reforma constitucional desempenha a importante função de oferecer uma via de adaptação da Constituição à realidade cambiante” (Tradução do autor). ESPÍN, Eduardo. La Constitución como norma. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, v. I, p. 50.

incompatibilidade entre a realidade e determinado dispositivo constitucional, insuperável pela via interpretativa. A vulgarização da reforma constitucional, mediante a edição indiscriminada de emendas, tem como consequência desastrosa o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais e a conseqüente erosão da supremacia da Constituição. Adverte Hesse:

Perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. [...] A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.<sup>13</sup>

Como forma de preservar o texto constitucional contra alterações incompatíveis com a identidade constitucional, o poder constituinte originário estabeleceu, no texto constitucional, limitações ao exercício do poder constituinte derivado, ou seja, limites à reforma constitucional. Conforme Canotilho:

Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*.<sup>14</sup>

Na sistemática adotada pela CF/88, os limites à reforma constitucional são de natureza procedimental, circunstancial e material, além de limites implícitos decorrentes da lógica jurídica.

Os *limites procedimentais* à reforma constitucional correspondem ao procedimento específico, estabelecido pela CF/88, para edição de emendas constitucionais, dotado de maior grau de dificuldade do que aquele necessário para edição de legislação infraconstitucional. A legitimidade para proposição de emenda à Constituição é restrita a: *a)* um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; *b)* ao Presidente da República; ou *c)* a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, *caput* e incs. I, II e III). A aprovação de projeto de emenda constitucional demanda votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, dependendo sua aprovação da obtenção de três quintos dos votos dos respectivos membros, em cada votação (art. 60, §2º). Em comparação, a aprovação de projetos

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1065-1066 (Grifos originais).

de leis demanda apenas uma única votação em cada Casa do Congresso Nacional, dependendo sua aprovação de maioria simples, desde que presente a maioria absoluta dos respectivos membros, no caso de lei ordinária, e de maioria absoluta, no caso de lei complementar, nos termos dos arts. 47, 65 e 69, da CF/88. A emenda constitucional não está sujeita a sanção presidencial, dispondo o §3º, do art. 60, que “a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”. O §5º, do art. 60, por sua vez, dispõe que “a matéria constante de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Os *limites circunstanciais* à reforma constitucional consistem em vedações à edição de emendas constitucionais quando presentes determinadas circunstâncias excepcionais, quais sejam, intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, §1º). Presentes tais circunstâncias, restará inviabilizada reforma constitucional, como forma de proteção ao Estado Democrático de Direito.

Os *limites materiais* à reforma constitucional, por sua vez, estão consubstanciados em determinados conteúdos constitucionais que não podem ser objeto de alteração por emenda à Constituição. Tais limites encontram-se previstos no §4º do art. 60 da CF/88, o qual dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” a forma federativa de Estado (inc. I), o voto direto, secreto, universal e periódico (inc. II), a separação dos Poderes (inc. III) e os direitos e garantias individuais (inc. IV).

A expressão “tendente a abolir”, utilizada no §4º, do art. 60, da CF/88, torna inconstitucional, não apenas a emenda que, efetivamente, elimine qualquer dos institutos referidos nos incisos do referido parágrafo, mas também a emenda que apresente uma tendência à eliminação destes institutos, ou seja, que atinja seu núcleo essencial. Exemplificativamente, seria inconstitucional, por tendente a abolir o regime federativo, emenda constitucional que tivesse por objeto: a redução das competências administrativa, legislativa e tributária outorgadas constitucionalmente aos entes da Federação (arts. 21 a 24 e art. 153 a 156); a ampliação das hipóteses de intervenção federal (art. 34) ou; a redução das parcelas atribuídas aos estados-membros e municípios na repartição de receitas tributárias (art. 157 a 159)<sup>15</sup>. Tendente a abolir a separação de poderes seria a emenda que promovesse a

---

<sup>15</sup> O STF entendeu que o §13 do art. 40 da CF/88, acrescido pela EC 20/98, o qual determinou a aplicação do regime geral de previdência social aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, de cargo temporário ou de emprego público, não é tendente a abolir a forma federativa. Cf. ADI 2024.

redução das competências constitucionalmente atribuídas ao Congresso Nacional e suas Casas (art. 48 a 52), aos Tribunais (art. 96) ou ao Presidente da República (art. 84); que resultasse em redução da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 99); bem como a emenda que eliminasse ou restringisse as garantias outorgadas constitucionalmente aos deputados e senadores (art. 53) ou aos juízes (art. 95, *caput* e incisos). Emenda que ampliasse o rol daqueles que não podem alistar-se como eleitores, para além dos estrangeiros e dos conscritos durante o período do serviço militar (art. 14, §2º), seria inconstitucional por tendente a abolir o voto direto.

Já os *limites implícitos* à reforma constitucional decorrem da lógica jurídica<sup>16</sup>, correspondendo à vedação à edição de emenda constitucional que elimine ou restrinja limitação ao exercício do poder constituinte derivado estabelecida no texto constitucional. Admitir a tese da dupla revisão, ou seja, que o poder constituinte derivado possa alterar dispositivo constitucional que estabelece limite à reforma constitucional, resultaria, em termos práticos, na inexistência de tais limites, já que estes poderiam ser modificados ou extintos pela vontade do mesmo poder cuja limitação se pretende. A tese da dupla revisão resultaria na equiparação do poder constituinte derivado ao poder constituinte originário, ou seja, um poder ilimitado juridicamente, com o conseqüente desmoronamento da identidade constitucional. Explica Canotilho:

A violação de normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. [...] a competência para o estabelecimento de limites pertence ao poder constituinte originário, e, por isso, não *pode* um *poder constituído* subtrair-se aos vínculos heteronomamente editados por um outro poder. Tão pouco é permitido ao poder de revisão aumentar os seus poderes a ponto de os equiparar aos poderes do poder constituinte. Os limites de revisão conceber-se-iam como vinculações heterônomas estabelecidas pelo poder constituinte que não estariam à disposição do ‘poder constituído’ de revisão.<sup>17</sup>

Os limites à reforma constitucional podem ser classificados em limites absolutos e limites relativos. Constituem *limites absolutos* aqueles “que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão”, enquanto que os *limites relativos* correspondem àqueles “que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas

<sup>16</sup> Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 108.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1068 (Grifos originais).

estabelecidas por estes limites”.<sup>18</sup> Na sistemática adotada pela CF/88, os limites materiais, circunstanciais e implícitos à reforma constitucional configuram limites absolutos, no sentido de que estabelecem obstáculos intransponíveis à reforma constitucional. Já os limites procedimentais à reforma constitucional estabelecidos pela CF/88 correspondem a limites relativos, pois dificultam o exercício do poder constituinte derivado, sem, entretanto, configurar óbice à edição de emenda constitucional.

#### 5.1.4 A intangibilidade das “cláusulas pétreas”

Ao lado da garantia da rigidez, atribuída, indistintamente, a todas as normas constitucionais, independentemente de seu conteúdo, o constituinte originário optou por subtrair determinadas matérias, não apenas da disponibilidade do legislador, mas também da disponibilidade do poder constituinte derivado. A *intangibilidade* corresponde à impossibilidade, por força de previsão constitucional, de supressão, efetiva ou tendencial, de determinados institutos, por qualquer outra norma jurídica, inclusive emenda à Constituição. Portanto, todas as normas constitucionais são dotadas de rigidez, mas apenas algumas apresentam intangibilidade.

A rigidez constitucional corresponde a uma garantia constitucional simples ou de segundo grau, no sentido de que recai unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar a possibilidade de alteração da norma constitucional por ação do poder constituinte derivado. Já a intangibilidade corresponde a uma garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau, a qual torna determinadas normas constitucionais imutáveis pelas vias juridicamente estabelecidas, seja mediante legislação ordinária ou emenda constitucional. Explica Bonavides:

Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte, ou seja, o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto sequer de deliberação da parte do poder constituinte derivado. [...] A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte.<sup>19</sup>

Os conteúdos constitucionais dotados de intangibilidade correspondem aos institutos estabelecidos constitucionalmente como limites materiais à reforma constitucional, quais

---

<sup>18</sup> Ibid., 2007, p. 1067.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 548-549.

sejam: a *forma federativa de Estado*; o *voto direto, secreto, universal e periódico*; a *separação dos Poderes* e; *os direitos e garantias individuais* (art. 60, §4º). Tais matérias são protegidas pela garantia da intangibilidade, no sentido de que foram subtraídas à disponibilidade do legislador e do poder constituinte derivado, sendo evitada de inconstitucionalidade a lei ou emenda constitucional que elimine ou tenda à eliminação destes institutos. Por serem dotados de intangibilidade, tais institutos são conhecidos como “cláusulas pétreas”.

### 5.1.5 Controle de constitucionalidade

A rigidez das normas constitucionais e a intangibilidade das “cláusulas pétreas” somente podem ser garantidas se existente mecanismo que permita a declaração, pelo poder estatal, da invalidade das normas jurídicas que conflitem com a Constituição. “*La rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución*”.<sup>20</sup>

O *controle de constitucionalidade* corresponde ao mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais, estabelecido pelo próprio texto constitucional, que possibilita a declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas que sejam incompatíveis, formal ou materialmente, com a Constituição. Nas palavras de Cunha Júnior:

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.<sup>21</sup>

Não apenas a legislação infraconstitucional, como também as emendas constitucionais estão submetidas ao controle de constitucionalidade. No caso das emendas à Constituição, o controle de constitucionalidade funciona como mecanismo repressivo de violação aos limites à reforma constitucional estabelecidos no texto constitucional.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> “A rigidez da Constituição, mesmo quando formalmente estabelecida, não está assegurada na ausência de algum mecanismo de controle sobre a conformidade das leis com a Constituição” (Tradução do autor). GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 51.

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 39-40.

<sup>22</sup> Cf. ADI 466, na qual o STF rejeita a possibilidade de controle preventivo abstrato com relação a proposta de emenda constitucional ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Na sistemática adotada pela CF/88, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Poder Judiciário, mediante duas modalidades: o controle difuso e o controle concentrado.

No *controle difuso*, a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica é apreciada, no caso concreto, enquanto questão incidental e prejudicial ao objeto principal de ação judicial. Nesta modalidade, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito restrito às partes do processo, produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, retroativos ao momento em que ocorreram os fatos que caracterizam os limites objetivos da lide. O controle difuso pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, sendo efetivado, no caso concreto, pelo Juízo competente para apreciar o pedido principal formulado na ação, conforme definido nas normas processuais. No âmbito dos Tribunais, a inconstitucionalidade de ato normativo somente poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta do órgão pleno ou de órgão especial, conforme cláusula de reserva de plenário consubstanciada no art. 97 da CF/88.

O *controle concentrado*, por sua vez, corresponde ao controle de constitucionalidade dos atos normativos em face da CF/88, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a interposição das ações apropriadas para tal finalidade. Tais ações são: *a*) a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a qual tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual comissivo em face da CF/88 (art. 102, I, *a*); *b*) ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade de ato omissivo federal ou estadual em face da CF/88 (art. 102, I, *a*); *c*) ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a qual tem por finalidade a autorização de intervenção da União em Estado-membro ou no Distrito Federal (arts. 36, III e 102, I, *a*); *b*) a ação declaratória de constitucionalidade, cujo objeto é a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federais, com efeitos vinculantes com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (art. 102, I, *a*); e *c*) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual possibilita a defesa de preceitos constitucionais fundamentais ante ameaça ou lesão resultante de ato, comissivo ou omissivo, do poder público (art. 102, §1º). No âmbito infraconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade encontram-se regulamentadas pela Lei n. 9.868/99, enquanto a arguição de preceito fundamental tem regulamentação definida pela Lei n. 9.882/99.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Para uma análise específica de cada uma das ações diretas no controle concentrado, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

No controle concentrado, os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma possuem efeitos *erga omnes*, nos termos do §2º, do art. 102, da CF/88 e do art. 10, §3º, da Lei n. 9.882/99. Via de regra, o controle concentrado tem por objeto o controle de constitucionalidade da norma *in abstracto*, ou seja, não se estará diante de um caso concreto, correspondendo a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma ao próprio objeto principal da ação.<sup>24</sup> Em geral, a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado tem efeitos *ex nunc*, ou seja, retroativos ao momento da edição da norma. Entretanto, o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

#### 5.1.6 *O alcance da intangibilidade prevista no inc. IV, do §4º, do art. 60, da CF/88: os direitos fundamentais como “cláusula pétrea”*

Não obstante o inc. IV, do §4º, do art. 60, da CF/88, fazer menção expressa a “direitos e garantias individuais”, entende-se que a intangibilidade, nele prevista, abrange a integralidade dos direitos fundamentais, incluindo direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. A tese de que a intangibilidade prevista no referido dispositivo constitucional restringir-se-ia aos direitos individuais revela-se insustentável diante de uma interpretação sistemática e teleológica do texto normativo constitucional. “A interpretação das normas jurídicas, em face da nova concepção de ordenamento jurídico, não pode se ater mais ao sentido literal das palavras, senão ao sentido que mais se adequa às regras, princípios e valores imanentes e subjacentes ao sistema”.<sup>25</sup>

Sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais, enquanto elemento essencial da identidade constitucional, não podem ser atingidos pela reforma constitucional, consistindo em limitação material ao exercício do poder constituinte

<sup>24</sup> Vale a ressalva feita por Cunha Júnior de que a “ação direta de inconstitucionalidade interventiva, embora seja ação própria do controle concentrado, não inaugura um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade dos atos estaduais”, tratando-se de “um controle concreto, embora não se reconduza a um controle incidental”. O mesmo autor adverte ainda sobre a possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como controle incidental: “A arguição incidental, tal como concebida, possibilita o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de uma questão constitucional relevante debatida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, que envolva a interpretação e aplicação de um preceito constitucional fundamental”. *Ibid.*, 2010, p. 259; 314.

<sup>25</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009, p. 58.

derivado. Os limites materiais à reforma constitucional têm por função principal a preservação dos elementos essenciais que conferem identidade à ordem constitucional, de forma a impossibilitar a destruição ou desvirtuamento desta ordem.<sup>26</sup> O Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação do poder estatal ao ordenamento jurídico, sendo tal configuração estatal estabelecida por constituição cuja marca distintiva seja a previsão de direitos fundamentais como limitações ao poder do Estado. Os direitos fundamentais, portanto, configuram elemento essencial da identidade constitucional e do próprio Estado de Direito. “*Tan pronto como el derecho fundamental es negado, la Constitución misma queda vulnerada*”.<sup>27</sup> Neste sentido, afirma Luño:

*Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional. De ahí que la mutación del estatuto de los derechos fundamentales no implique una mera mutación parcial de la norma básica, sino que puede entrañar la sustitución de una Constitución por otra.*<sup>28</sup>

Sob um aspecto dogmático, a interpretação sistemática e teleológica do inciso IV, do §4º, do art. 60, da CF/88, revela que os direitos fundamentais, independentemente de sua espécie, são todos dotados de intangibilidade. De fato, a identificação dos direitos fundamentais como elemento essencial da identidade constitucional resulta evidente da relação estrita existente entre tais direitos com o Estado democrático de direito, bem como, com os fundamentos e objetivos fundamentais deste Estado, conforme estabelecidos nos arts. 1º e 3º, do texto constitucional.<sup>29</sup>

Os direitos sociais e coletivos, da mesma forma que os direitos individuais, estão intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento do Estado brasileiro, no art. 1º, III, da CF/88. Tais direitos estão ainda vinculados aos objetivos fundamentais do Estado de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV). Especificamente

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 426.

<sup>27</sup> “Tão logo o direito fundamental é negado, a própria Constituição resta vulnerada” (Tradução do autor). SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 51.

<sup>28</sup> “Os direitos fundamentais são parte do núcleo que define a própria Constituição, cuja permanência se faz necessária para manter e salvaguardar a própria identidade do texto constitucional. Portanto, a alteração do estatuto dos direitos fundamentais não implica em mera alteração parcial da norma básica, podendo significar a substituição de uma Constituição por outra” (Tradução do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 68-69.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 424.

com relação aos direitos dos trabalhadores, estes concretizam o valor social do trabalho, estabelecido como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, IV).

Os direitos de nacionalidade e os direitos políticos resultam da soberania, estabelecida como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, I), bem como do princípio democrático de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único). A soberania, em um regime democrático, é definida pela vontade do povo, o qual é constituído pelo conjunto de nacionais. São os direitos de nacionalidade que definem aqueles que integrarão o povo e que, portanto, participarão da formação da vontade nacional, pelo exercício dos direitos políticos ativos e passivos. Os direitos políticos estão igualmente vinculados aos fundamentos do Estado brasileiro da cidadania e do pluralismo partidário (art. 1º, II e V). Os cidadãos correspondem ao conjunto de nacionais aptos ao exercício dos direitos políticos, consistindo a cidadania na prerrogativa atribuída a estes de exercerem, efetivamente, o direito de votar e ser votado, bem como de participar dos mecanismos de exercício direto da democracia. O pluralismo político, por sua vez, é condição indispensável à democracia, pois viabiliza o direito de escolha do eleitor.

A preservação dos direitos fundamentais, incluindo direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, constitui garantia da preservação do próprio Estado democrático de direito, modelo definido constitucionalmente para o Estado brasileiro, conforme previsto no *caput* do art. 1º. O Estado de Direito tem como um de seus elementos caracterizadores a subordinação do poder estatal ao ordenamento jurídico, notadamente aos direitos fundamentais. A eliminação destes direitos ou ameaça a eles resulta, portanto, na erosão do Estado democrático de Direito e, por consequência, da própria ordem constitucional.<sup>30</sup>

A CF/88 não estabelece hierarquia entre direitos fundamentais. Estes direitos, independentemente da espécie, são todos dotados de fundamentalidade material, inexistindo razão jurídica para lhe serem conferidos regimes distintos quanto à sua fundamentalidade formal.

Não é possível extrair da nossa Carta Magna um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 425-427.

função desempenhada na ordem jurídico-constitucional. [...] todos os direitos fundamentais o são, tanto no sentido formal, quanto no material.<sup>31</sup>

A exclusão dos direitos sociais, coletivos, de nacionalidade e políticos da garantia da intangibilidade resultaria na relativização da categoria dos direitos fundamentais, com a criação de uma espécie enfraquecida de direitos fundamentais. De fato, uma tal exclusão acarretaria na noção equivocada de que existiriam “direitos semi-fundamentais”, ou seja, direitos que, apesar de dotados de fundamentalidade material, não estariam protegidos pela integralidade das garantias constitucionais que consubstanciam a fundamentalidade formal.

A expressão “direitos e garantias individuais”, utilizada no inciso IV, do §4º, do art. 60, da CF/88 deve ser entendida, não como se referindo, exclusivamente, aos direitos individuais, mas à dimensão individual apresentada por todo e qualquer direito fundamental. Os direitos sociais apresentam dupla dimensão com relação à sua titularidade, possuindo, simultaneamente, um dimensão coletiva e uma dimensão individual. A dimensão individual dos direitos sociais manifesta-se no direito titularizado pelo indivíduo de ter garantida, pelo Estado, a concretização do núcleo essencial destes direitos necessário para a garantia de uma existência humana digna. Dessa forma, “todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”.<sup>32</sup>

O catálogo de direitos fundamentais encontra-se em permanente processo de expansão, seja pela criação de novos direitos expressos por emendas constitucionais, pela construção de direitos fundamentais decorrentes ou pela ratificação de tratados que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto §3º do art. 5º da CF/88. À medida que surgem novos direitos fundamentais, estes vão sendo imantados pela intangibilidade prevista no inciso IV, do §4º, do art. 60.

Em decorrência da intangibilidade dos direitos fundamentais, os tratados que versem sobre direitos humanos e que tenham sido ratificados mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF/88, não podem ser revogados ou restringidos por lei ou emenda constitucional superveniente. Pela mesma razão, tais tratados não podem ser revogados por denúncia praticada pelo Presidente da República, mesmo na hipótese de ratificação do ato denunciatório pelo Poder Legislativo Federal.

---

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 425-426.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 2010, p. 424.

Nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF/88, será inconstitucional a emenda que resulte em eliminação ou tendencial abolição deste. Entende-se ser tendente a abolir direito fundamental, a emenda que estabelecer restrição ao conteúdo ou exercício de direito fundamental, ressalvados os casos em que o próprio dispositivo constitucional que estabeleceu o direito autorizar a expedição de regulamentação normativa restritiva. Avaliar se determinada emenda visa à eliminação ou tendencial abolição de direito fundamental ou se, por outro lado, apenas regulamenta aspectos periféricos deste direito, sem atingir-lhe o núcleo essencial, é tarefa complexa, que depende da interpretação do texto da emenda em face do texto normativo constitucional. Assim, “não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais”, de forma que, tal proteção há de ser “aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental”.<sup>33</sup>

A intangibilidade dos direitos fundamentais não apresenta qualquer incompatibilidade com a noção de democracia. De fato, os direitos fundamentais foram estabelecidos pela vontade democrática do constituinte, a qual se sobrepõe à vontade do legislador e àquela do poder constituinte derivado. Ademais, em uma concepção constitucionalista, a democracia deve ser entendida como um procedimento para tomada de decisões estabelecido constitucionalmente e pautado pelo respeito aos direitos fundamentais.

O constitucionalismo moderno encarece um Estado Democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias.<sup>34</sup>

A intangibilidade consiste, portanto, em garantia caracterizadora do regime de fundamentalidade formal assegurado pela CF/88. Tal garantia assegura que os direitos fundamentais não podem ser eliminados ou tendencialmente abolidos por qualquer norma jurídica, inclusive emenda à constituição, ressalvados os casos em que o próprio dispositivo constitucional previsor do direito autorizar a expedição de regulamentação normativa restritiva, a qual, entretanto, não poderá atingir o núcleo essencial deste direito.

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 428.

<sup>34</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 45.

## 5.2 A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental

A *aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental* consiste em garantia que, ao lado da intangibilidade dos direitos fundamentais, caracteriza o regime de fundamentalidade formal estabelecido pela CF/88. A aplicabilidade da norma jurídica significa a aptidão desta para incidir sobre o caso concreto, de forma a regulamentar a conduta dos envolvidos. A norma jurídica terá aplicabilidade imediata quando estiver apta a incidir diretamente sobre o caso concreto, independentemente de norma jurídica complementar.

A garantia da aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental está prevista no §1º, do art. 5º, da CF/88, o qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Apesar de o referido dispositivo constitucional encontrar-se encartado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional revela que a aplicabilidade imediata abrange todas as espécies de direitos fundamentais previstas na tipologia constitucional, quais sejam, os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Os direitos fundamentais, independentemente da espécie, são todos dotados de fundamentalidade material, inexistindo razão jurídica para lhe serem conferidos regimes distintos quanto à sua fundamentalidade formal, inclusive no que pertine à garantia de aplicabilidade imediata da norma previsora. Tal entendimento é reforçado pela redação do dispositivo analisado, o qual faz referência genérica a “direitos e garantias fundamentais”, sem especificar qualquer espécie destes. Enquanto elemento integrante do regime de fundamentalidade formal adotado pela CF/88, a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental abrange os direitos fundamentais expressos, decorrentes, bem como aqueles previstos em tratados internacionais.<sup>35</sup>

A aplicabilidade imediata da norma de direito fundamental significa que a fruição, no caso concreto, da posição de vantagem subjetiva, nela prevista, independe da edição de norma infraconstitucional regulamentar. Portanto, não se pode negar a fruição de direito fundamental, no caso concreto, sob o argumento de que a eficácia da norma constitucional previsora está a depender de mediação legislativa.

---

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271.

Todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite ao titular do direito desfrutar imediatamente da posição jurídica por ele consagrada.<sup>36</sup>

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental resta incontroversa diante do comando expresso contido no §1º, do art. 5º, da CF/88. “A questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata”.<sup>37</sup> Frustrar a aplicação de norma de direito fundamental sob o pretexto de que esta não é dotada de aplicabilidade imediata configura ato de covardia sob a perspectiva da atividade científica, e ato ilícito sob a perspectiva da atividade jurisdicional.

---

<sup>36</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 2008, p. 283.

## 6 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA

Por concretizar, pode-se entender o ato de conferir substância a algo, de forma a torná-lo manifesto no mundo fenomênico. A concretização de direito fundamental consiste, pois, na transposição do direito fundamental enquanto “dever ser”, contido na norma, para a condição de “ser”, manifestado como conduta efetivamente praticada. Em síntese, concretizar direito fundamental significa transformá-lo em realidade.

A concretização de direitos fundamentais envolve aspectos teóricos, os quais buscam descrever os fundamentos para efetivação dos direitos fundamentais, bem como aspectos práticos, voltados à interpretação e aplicação das normas de direito fundamental. Dessa forma, pode-se definir a concretização dos direitos fundamentais como o conjunto de ideias e práticas orientadas à atribuição de máxima eficácia às normas de direito fundamental com a finalidade de efetivação destes direitos.

É possível identificar quatro dimensões distintas, pertinentes à concretização dos direitos fundamentais, quais sejam: a) dimensão teórica, b) dimensão metódica, c) dimensão fática e d) dimensão estética. Estas dimensões existem simultaneamente e encontram-se imbricadas. A compreensão da concretização dos direitos fundamentais, portanto, depende da análise destas dimensões, consideradas, não como elementos isolados, mas como partes indissociáveis de um mesmo fenômeno.

A dimensão teórica refere-se à concretização dos direitos fundamentais como teoria acerca da eficácia das normas de direito fundamental. Esta dimensão fornece os fundamentos teóricos necessários à atividade de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental. A teoria da concretização dos direitos fundamentais consiste na teoria que compreende as normas de direito fundamental como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, incidentes sobre as relações mantidas com a Administração Pública e entre particulares.

Em sua dimensão metódica, a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como método de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental. O

método concretizador consiste no método para interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, compreendidas como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, que possibilita a construção da norma do caso concreto com fundamento naquelas.

A dimensão fática refere-se à concretização dos direitos fundamentais como fato social consubstanciado nas condutas humanas. A concretização dos direitos fundamentais tem como objetivo a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, a prática de condutas que traduzam o “dever ser” contido na norma de direito fundamental. Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais como fato consiste nas condutas humanas efetivamente praticadas que materializam posições subjetivas de vantagem abstratamente previstas nas normas de direito fundamental.

A dimensão estética, por sua vez, refere-se à concretização dos direitos fundamentais como arte. A interpretação/aplicação das normas de direito fundamental não consiste em uma operação lógico-dedutiva, mas, antes, manifesta-se como um ato expressivo, capaz de gerar uma experiência estética. A concretização dos direitos fundamentais como arte consiste na experiência estética produzida pela norma jurídica resultante da aplicação de norma de direito fundamental.

Cada uma das referidas dimensões está relacionada à investigação de aspecto distinto da concretização dos direitos fundamentais. A dimensão teórica pergunta qual o fundamento da concretização dos direitos fundamentais. A dimensão metódica analisa como concretizar direitos fundamentais. A dimensão fática investiga qual o resultado da concretização dos direitos fundamentais no mundo dos fatos. Já a dimensão estética está relacionada com a natureza da concretização dos direitos fundamentais, indagando se a concretização dos direitos fundamentais é uma manifestação artística.

Pode-se estabelecer uma relação entre as dimensões da concretização dos direitos fundamentais e diferentes formas de conhecimento jurídico. Dessa forma, as dimensões teórica, metódica, fática e estética da concretização dos direitos fundamentais correspondem, respectivamente, à análise deste fenômeno sob a perspectiva dominante da Ciência do direito, da Metodologia do direito, da Sociologia do direito e da Filosofia do direito.

Da mesma forma que as dimensões da concretização dos direitos fundamentais estão relacionadas, entre si, de forma indissociável, somente podendo ser destacadas para efeito de uma análise didática, também o referido corte epistemológico relacionado com diferentes

formas de conhecimento jurídico deve ser entendido em sentido relativo. A compreensão do fenômeno da concretização dos direitos fundamentais, mesmo no âmbito de cada uma de suas dimensões, envolve interdisciplinariedade de formas de conhecimento do direito. Assim, cada forma de conhecimento jurídico funciona como uma lente apropriada para observação de determinado ângulo da concretização dos direitos fundamentais, sendo que esta só pode ser plenamente compreendida, mediante a construção mental do fenômeno em sua inteireza, envolvendo a integralidade de suas dimensões.

No presente capítulo, aborda-se, especificamente, a dimensão teórica da concretização dos direitos fundamentais, enquanto que, nos capítulos subsequentes, trata-se, sucessivamente, de suas dimensões metódica, fática e estética.

## 6.1 Fundamentos teóricos da concretização dos direitos fundamentais

Uma teoria consiste em um conjunto de enunciados que visa à compreensão de um determinado fenômeno. “Teoria”, do grego *theoresis*, significa a conversão de um assunto em *problema*, sujeito a indagação e pesquisa, a fim de superar a particularidade dos casos isolados, e englobá-los em uma forma de *compreensão*, que correlacione as partes e o todo”.<sup>1</sup>

Um dos sentidos do termo “teoria”, ligado à sua origem etimológica, é de “procissão ou cortejo ritual em honra a um deus, que convoca toda sorte de participantes para uma festa votiva”.<sup>2</sup> Neste sentido, a teoria da concretização dos direitos fundamentais é um festejo votivo em honra da constituição, para a qual são convidados, não apenas juristas, mas todo e qualquer cidadão.

Em sua dimensão teórica, a concretização dos direitos fundamentais corresponde a uma teoria científica sobre a eficácia das normas de direito fundamental, a qual adota como pressuposto que a tais normas deve ser atribuída a maior carga eficaz possível. A construção desta teoria é tarefa a ser desenvolvida no âmbito da Ciência do direito. Explica Hesse:

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional [...] Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar,

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

<sup>2</sup> CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.<sup>3</sup>

A Ciência do direito, em sentido amplo, tem por objeto o fenômeno jurídico historicamente realizado. “Ciência do Direito é sempre ciência de um *Direito Positivo*, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual”.<sup>4</sup> Esta ciência pode ser desenvolvida sob um enfoque zetético ou sob um enfoque dogmático. Sobre a diferença destes enfoques, explica Ferraz Jr.:

Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (o que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação. [...] A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas.<sup>5</sup>

O desenvolvimento da Ciência do direito sob os enfoques zetético e dogmático resulta, respectivamente, na Teoria geral do direito e na Dogmática jurídica. A Teoria geral do direito tem por objeto a compreensão de institutos comuns a diversos ordenamentos jurídicos, bem como os princípios de organização e funcionamento destes, não estando vinculada à análise de um ordenamento jurídico específico. “A teoria geral do direito estaria na zona fronteira entre a filosofia jurídica e a ciência do direito”.<sup>6</sup> Já a Dogmática jurídica ou Ciência do direito em sentido estrito tem por objeto o estudo das normas que integram um ordenamento jurídico específico.

Sob a perspectiva da Teoria geral do direito, a teoria da concretização dos direitos fundamentais versa sobre a eficácia das normas de direito fundamental consideradas como instituto jurídico, independentemente da análise de um ordenamento jurídico específico. Já sob a perspectiva da Dogmática Jurídica, a teoria da concretização dos direitos fundamentais tem por objeto a análise da eficácia das normas de direito fundamental integrantes de uma ordem constitucional específica. No presente estudo, a teoria da concretização dos direitos fundamentais será desenvolvida, prevalentemente, sob o enfoque da Teoria geral do direito,

---

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14; 16.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

<sup>5</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18-19 (Grifos originais).

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 220.

sem prejuízo de uma abordagem dogmática acerca da eficácia das normas de direito fundamental integrantes da CF/88.

Tendo como pressuposto a atribuição às normas de direito fundamental da maior carga de eficácia possível, a teoria da concretização dos direitos fundamentais pode ser definida como a *teoria que compreende as normas de direito fundamental como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, incidentes sobre as relações mantidas com a Administração Pública e entre particulares.*

Com base na referida definição é possível identificar os fundamentos da teoria da concretização dos direitos fundamentais, quais sejam: *a) as normas de direito fundamental são normas de conduta; b) as normas de direito fundamental possuem aplicabilidade imediata; e c) as normas de direito fundamental possuem eficácia vertical e horizontal.*

### *6.1.1 Normas de direito fundamental como normas de conduta*

O primeiro dos fundamentos da teoria da concretização dos direitos fundamentais consiste na compreensão das normas de direito fundamental como sendo *normas de conduta*. Por norma de conduta, deve ser entendida a prescrição que estabelece um modelo de conduta que deve ser adotado em face de uma determinada hipótese fática. A norma de conduta estabelece direitos e consequentes deveres, regulamentando as condutas humanas necessárias para a materialização destes no âmbito das relações interpessoais. Entender as normas de direito fundamental como normas de conduta significa que aquelas, não apenas atribuem competência ao Estado para emitir normas jurídicas que concretizem normativamente os direitos nela previstos, mas que são, em si mesmas, suficientes para regulamentarem a conduta dos órgãos da Administração Pública e dos particulares.

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. [...] Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos.<sup>7</sup>

Entender as normas de direito fundamental como normas de conduta configura ruptura com o positivismo formalista, para o qual as normas constitucionais seriam apenas normas de competência,

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-12.

entendidas como normas que atribuem competência a determinados órgãos para criação de normas jurídicas. As normas de competência, portanto, não se destinam a regulamentar diretamente condutas da vida humana, tendo por finalidade autorizar a criação de normas de conduta.

Conforme o positivismo formalista, a constituição regulamentaria o processo de criação da legislação ordinária, cabendo a esta regulamentar juridicamente as condutas humanas. Esta concepção limitada, que reduz às normas constitucionais a normas de competência, resultou no fetichismo legal, ou seja, na ideia equivocada de que o direito, enquanto ordenação normativa de condutas, resume-se à lei.

A redução das normas de direito fundamental à condição de normas de competência é incompatível com a natureza dos direitos fundamentais enquanto limitações ao exercício do poder estatal. Condicionar à produção dos efeitos pretendidos pelas normas de direito fundamental à edição de normas infraconstitucionais implicaria no esvaziamento da eficácia daquelas normas, já que bastaria a omissão legislativa para neutralizar as limitações consubstanciadas nos direitos fundamentais. Dessa forma, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, é possível concluir que as normas de direito fundamental são, ontologicamente, normas de conduta.

A compreensão das normas de direito fundamental como normas de conduta está estritamente relacionada com a noção de *força normativa da constituição*. A força normativa da constituição pode ser entendida como a aptidão das normas constitucionais para regulamentar condutas e incidir diretamente sobre situações da vida humana.

*Afirmar que la Constitución tiene naturaleza normativa, que es, en suma, una norma jurídica, no significa otra cosa que considerarla una norma susceptible de aplicación por parte de los poderes públicos encargados de la aplicación del derecho y, señaladamente, por parte de los tribunales. Significa, pues, que la Constitución es auténtico Derecho integrado en el ordenamiento jurídico y que há de ser aplicado como tal según el próprio contenido y carácter de cada uno de sus preceptos, y que no se limita a enumerar una serie de principios meramente programáticos que no vinculan a los sujetos e órganos encargados de velar por el cumplimiento del orden jurídico.*<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “Afirmar que a Constituição tem natureza normativa, ou seja, que é uma norma jurídica, não significa outra coisa que lhe considerar como uma norma suscetível de aplicação por parte dos poderes públicos encarregados da aplicação do direito e, notadamente, por parte dos tribunais. Significa, portanto, que a Constituição é autêntico Direito integrante do ordenamento jurídico e que deve ser aplicado como tal, de acordo com o próprio conteúdo e características de cada um de seus preceitos, e que não se limita a enumerar uma série de princípios meramente programáticos que não vinculam os sujeitos e órgãos encarregados de zelar pelo cumprimento da ordem jurídica” (Tradução do autor). SPÍN, Eduardo. La constitución como norma. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, v.I, p. 41.

A força normativa da constituição tem sido a característica distintiva de uma série de teorias acerca do direito reunidas sob a designação genérica de *neoconstitucionalismo*. Este compreende a constituição como norma ápice do ordenamento jurídico, não apenas sob uma perspectiva formal, mas igualmente sob uma perspectiva substancial. Sob uma perspectiva formal, a constituição atribui competências e estabelece os procedimentos relativos à criação das diferentes espécies normativas que integram o ordenamento jurídico. Sob uma perspectiva substancial, a constituição não apenas delimita o conteúdo das normas jurídicas infraconstitucionais na direção da concretização dos bens e valores protegidos em âmbito constitucional, como também funciona, ela mesma, como norma de conduta apta a estabelecer diretamente direitos e deveres.

O neconstitucionalismo desloca o foco do primado da lei para a supremacia da constituição. O princípio da legalidade ajoelha-se diante do princípio da constitucionalidade. O Estado de direito, entendido como aquele cuja atuação está limitada pela lei, é suplantado pelo Estado constitucional, ou seja, aquele cuja própria razão de ser é a concretização dos direitos fundamentais.

*La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así passo a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada em favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas em su interior y concurrenciales. Una función inexistente em otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era em sí misma, unida y pacífica. Em la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.*<sup>9</sup>

A compreensão das normas de direito fundamental como normas de conduta abrange tanto normas-regra, como normas-princípio. As regras correspondem às normas que apresentam pressuposto fático e consequência razoavelmente delineados. Já os princípios jurídicos consistem em normas caracterizadas por seu alto grau de abstratividade, no sentido de que protegem determinados bens ou valores, sem, entretanto, vincularem tal proteção a situações fáticas ou a consequências normativamente delimitadas. Explica Guerra Filho:

---

<sup>9</sup> “A lei, há um tempo medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede lugar a Constituição e se converte, ela mesma, em objeto de medição. É destronada em favor de uma instância superior. E esta instância superior assume agora a importantíssima função de manter unidas e pacificadas sociedades divididas em seu interior e concorrentes. Uma função inexistente em outro tempo, quando a sociedade estava, e era pressuposta como sendo em si mesma, unida e pacífica. Na nova situação, o princípio da constitucionalidade é o que deve assegurar a consecução deste objetivo de unidade” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 40.

Tem-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como *regras* e aquelas que assumem a forma de um *princípio*. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como ‘fato permitido’). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis.<sup>10</sup>

A aplicação das regras ao caso concreto se dá de forma absoluta, ou seja, caso se conclua pela sua incidência, deverão ser adotadas as medidas necessárias para efetivação integral da consequência jurídica nela prevista. Já os princípios correspondem a “mandados de otimização”, os quais podem ser satisfeitos em medida variada no caso concreto, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Conforme Alexy, os princípios são:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida a sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>11</sup>

Um dos principais efeitos da compreensão das normas de direito fundamental como normas de conduta é a *constitucionalização de direitos*. Este fenômeno consiste no incremento da regulamentação de condutas humanas diretamente por normas constitucionais. A regulamentação de esferas da vida humana que, usualmente, ocorre em nível infraconstitucional foi transportada parcialmente para o âmbito do texto constitucional, resultando em disciplinas como: direito penal constitucional, direito tributário constitucional, direito processual constitucional, direito trabalhista constitucional e outras.

Outro importante efeito da compreensão das normas de direito fundamental como normas de conduta é a *interpretação conforme a constituição*. A constituição não funciona apenas como fundamento de validade formal das normas infraconstitucionais, mas também como fundamento de validade material. A validade das normas infraconstitucionais não depende apenas de sua edição pelo órgão competente e de acordo com o procedimento adequado, conforme estabelecidos pela constituição. A validade destas normas está

---

<sup>10</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17 (Grifos originais).

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 (Grifo original).

igualmente condicionada à compatibilidade entre as consequências jurídicas nelas previstas e a proteção conferida constitucionalmente a determinados bens e valores. Nesse contexto, a própria razão de ser das normas infraconstitucionais deve ser entendida como a concretização da proteção aos bens e valores consagrada em âmbito constitucional.

A interpretação/aplicação da norma infraconstitucional ao caso concreto deve, necessariamente, passar pelo crivo da constitucionalidade. Entre os diversos sentidos abarcados pela moldura hermenêutica configurada pela norma infraconstitucional devem ser expurgados aqueles que conflitem com o conteúdo das normas constitucionais. O intérprete/aplicador deve eleger como sentido adequado da norma infraconstitucional aquele que, diante do caso concreto, realize, na maior medida possível, a proteção do bem ou valor consagrada constitucionalmente. Por outro lado, quando a aplicação da norma infraconstitucional ao caso concreto resultar em violação à proteção constitucional atribuída a bem ou valor, esgotadas as tentativas de superação pela via interpretativa, o intérprete/aplicador deverá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade desta norma e, por consequência, construir a norma do caso concreto a partir das normas de direito fundamental.

### *6.1.2 Aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental*

Compreender as normas de direito fundamental como normas de conduta não é suficiente para garantir sua eficácia no caso concreto. A efetiva produção dos efeitos pretendidos pelas normas de direito fundamental depende ainda da compreensão destas como sendo *normas dotadas de aplicabilidade imediata*. A aplicabilidade imediata constitui, portanto, fundamento da teoria da concretização das normas de direito fundamental. A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental significa que a fruição, no caso concreto, de posição de vantagem subjetiva nelas prevista independe da edição de norma infraconstitucional regulamentar.

Os direitos fundamentais consubstanciam limitações ao exercício do poder estatal, manifestadas como deveres de abstenção e de ação impostos, de forma obrigatória, à Administração Pública. Condicionar os efeitos pretendidos pelas normas de direito fundamental à edição de normatização infraconstitucional regulamentar resultaria, em termos práticos, na eliminação dos limites consubstanciados nos direitos fundamentais e na equiparação do poder estatal ao poder constituinte, com conseqüente ameaça ao Estado Constitucional.

Compreendidas as normas de direito fundamental como normas de conduta e considerada a posição ápice ocupada pela constituição no ordenamento jurídico, a consequência lógico-jurídica é que as normas de direito fundamental são dotadas de aplicabilidade imediata. Condicionar a eficácia da norma de direito fundamental à edição de norma infraconstitucional implica em desprezo à supremacia constitucional e em subversão da hierarquia normativa. A força normativa da constituição não depende da lei, a lei é que depende da constituição para que possa produzir efeitos. Portanto, as normas de direito fundamental são ontologicamente dotadas de aplicabilidade imediata, não se podendo conceber norma de direito fundamental de eficácia restrita, ou seja, cuja eficácia dependa da edição de norma infraconstitucional regulamentar.

O caráter principiológico ostentado, via de regra, pelas normas de direito fundamental não pode ser visto como uma deficiência da aptidão de tais normas para produção de efeitos concretos, ou seja, como um obstáculo à sua eficácia imediata. “As regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples ‘diretivas práticas’”.<sup>12</sup> Conforme o postulado hermenêutico constitucional da máxima efetividade, às normas de direito fundamental, independentemente de se apresentarem como regras ou princípios, deve ser atribuído o maior grau de eficácia possível. Sobre a aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais, explica Zagrebelsky:

*La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomas de posición’ jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). [...] Aunque no se establezca expresamente, en todo principio se sobreentiende el imperativo: ‘tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamo’.*<sup>13</sup>

<sup>12</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1199.

<sup>13</sup> “A realidade, ao se por em contato com o princípio, vivifica-se, por assim dizer, e adquire valor. Em lugar de se apresentar como matéria inerte, objeto meramente passivo da aplicação de regras, caso concreto a ser enquadrado na hipótese de fato normativa prevista na regra, como pretende o positivismo jurídico, a realidade, iluminada pelos princípios, aparece revestida de qualidade jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de “tomadas de posição” jurídica em conformidade com aquele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, aos intérpretes do direito) [...] Ainda que não expressamente estabelecido, em todo princípio subentende-se o imperativo: ‘Tomarás posição diante da realidade em conformidade com aquilo que proclamo’ (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 118-119.

O sentido adequado a ser extraído da norma de direito fundamental é aquele que a dote da maior carga eficaz possível, ou seja, que atribua a esta norma a maior aptidão possível para a produção de efeitos concretos, independentemente da produção normativa do legislador infraconstitucional. “Falar em eficácia é falar em aplicação da norma constitucional; portanto, um problema hermenêutico”.<sup>14</sup> Neste sentido, afirma Hesse:

*A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.*<sup>15</sup>

As normas de direito fundamental, enquanto normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, podem ser classificadas como não-restringíveis e restringíveis. Via de regra, as normas de direito fundamental são não-restringíveis, ou seja, não podem ter sua carga eficaz reduzida por norma infraconstitucional regulamentar. A norma infraconstitucional que resulte em redução da eficácia de norma de direito fundamental não-restringível será inválida por inconstitucionalidade. Já as normas de direito fundamental restringíveis são aquelas que permitem, em decorrência de autorização contida no respectivo dispositivo constitucional, a redução de sua carga eficaz por norma infraconstitucional regulamentar. Enquanto não editada regulamentação infraconstitucional, a norma de direito fundamental restringível terá eficácia plena. Entretanto, mesmo com relação a direitos fundamentais previstos em normas restringíveis, a norma infraconstitucional regulamentar não poderá afetar o núcleo essencial de direito fundamental, ou seja, não poderá estabelecer restrição que atinja, de forma efetiva ou potencial, a própria existência da proteção a bem ou valor conferida constitucionalmente, sob pena de inconstitucionalidade por tendente à abolição de direito fundamental.

No âmbito da CF/88, exemplo de norma de direito fundamental restringível é aquela que protege a liberdade de exercício de atividade profissional. O art. 5º, XIII, do texto constitucional, a partir do qual é construída referida norma, dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Referido dispositivo constitucional expressamente autoriza a edição de lei que

---

<sup>14</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: um problema de hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RORIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22 (Grifo original).

estabeleça condições para a prática de determinadas atividades profissionais, o que resulta em limitação do direito fundamental ao livre exercício de atividade profissional. A norma infraconstitucional regulamentar, entretanto, não poderá estabelecer requisito que inviabilize, ainda que potencialmente, o exercício de atividade profissional, incluindo a previsão de requisitos desproporcionais à natureza da atividade, os quais consubstanciam, efetivamente, mero artifício para formação de nichos de mercado de trabalho para profissionais que já se encontram em atividade.

O termo “norma programática” é comumente utilizado para designar normas constitucionais cuja eficácia seria restrita ao estabelecimento de linhas de ação a serem adotadas pelo poder estatal mediante atuação fática e normativa. Em face da natureza expansiva dos direitos fundamentais, tanto sob a perspectiva quantitativa como qualitativa, os direitos fundamentais resultam na obrigação imposta ao poder estatal de desenvolvimento permanente de tais direitos por meio de edição de normas e adoção de políticas públicas. Entretanto, as normas de direito fundamental, por sua própria natureza, garantem, desde logo, posições jurídicas de vantagem que realizem, no caso concreto, a proteção dos bens e valores consagrados nessas normas, independentemente da edição de norma infraconstitucional regulamentar. Portanto, nenhuma norma de direito fundamental pode ser compreendida como “norma programática”, caso se entenda pelo referido termo norma que não esteja apta a garantir posições subjetivas de vantagem, de forma imediata, no caso concreto.

A norma de direito fundamental, por sua própria natureza, é dotada de aplicabilidade imediata, pelo que desnecessária previsão específica deste atributo em dispositivo constitucional como requisito para sua atribuição às normas de direito fundamental integrantes de uma determinada ordem constitucional. Não obstante, o constituinte optou por explicitar tal predicado na CF/88, ao estabelecer, no §1º, do art. 5º, da CF/88, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Compete ao intérprete/aplicador, inclusive enquanto dever constitucionalmente atribuído ao juiz resultante do referido §1º, do art. 5º, da CF/88, remover ou reduzir, ao máximo possível, todas as limitações normativas e fáticas que se apresentem para efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto. Comumente, o poder público invoca limitações econômicas à efetividade de direitos sociais prestacionais, sob a denominação genérica de “reserva do possível”. Entretanto, tal argumentação, via de regra, apenas comprova que a distribuição de recursos públicos não observou o dever constitucionalmente atribuído ao

poder público de proteção fática dos valores e bens consagrados constitucionalmente. Tal como ocorre com qualquer outro ato praticado pelo poder estatal, também a distribuição de recursos públicos está sujeita ao controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário. Neste sentido, precisa a avaliação de Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele ‘algo’ sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se aqui de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das condições vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.<sup>16</sup>

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental tem como consequência o dever do intérprete/aplicador de construir a norma do caso concreto diretamente a partir daquelas normas, quando inexistente norma infraconstitucional válida aplicável ao caso concreto. Esta construção exigirá maior esforço argumentativo quando efetuada a partir de princípios constitucionais ou de normas que utilizem conceitos indeterminados. A complexidade desta atividade, entretanto, não pode servir como argumento contra a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental. Conforme dito anteriormente, frustrar a aplicação de norma de direito fundamental sob o pretexto de que esta não é dotada de aplicabilidade imediata configura ato de covardia sob a perspectiva da atividade científica, e ato ilícito sob a perspectiva da atividade jurisdicional.

### 6.1.3 *Eficácia vertical e horizontal das normas de direito fundamental*

A teoria da concretização dos direitos fundamentais compreende as normas de direito fundamental como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata. Conforme o postulado hermenêutico constitucional da máxima efetividade, às normas de direito fundamental deve ser atribuído o maior grau de eficácia possível. Destes dois pressupostos,

<sup>16</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317-318 (Grifos originais).

resulta que as normas de direito fundamental são aplicáveis, não somente às relações mantidas com a Administração Pública, mas também às relações mantidas entre particulares. Em outras palavras, às normas de direito fundamental deve ser atribuída eficácia vertical e horizontal.

A *eficácia vertical* das normas de direito fundamental significa a aptidão destas para incidir sobre as relações mantidas entre o indivíduo e o Estado, resultando em condutas obrigatórias a serem adotadas por este em favor daquele. Denomina-se tal eficácia de vertical, porque os efeitos da norma serão produzidos em relações nas quais uma das partes se encontra originariamente em posição de subordinação diante da outra, como resultado da hipossuficiência material do indivíduo em face do poder estatal.

Os direitos fundamentais surgem como direitos de liberdade, os quais impõem ao Estado condutas omissivas, destinadas a preservar determinadas esferas da vida do indivíduo. Posteriormente, aos direitos de liberdade são acrescentados direitos fundamentais de conteúdo prestacional, ou seja, direitos cujo adimplemento demanda atuação estatal positiva, abrangendo tanto a adoção de políticas públicas, como produção normativa. Hodiernamente, a eficácia vertical das normas de direito fundamental permanece como efeito da função prevalente dos direitos fundamentais, qual seja, a de funcionarem como limitações ao exercício do poder estatal. Em uma concepção neoconstitucionalista, a concretização dos direitos fundamentais consiste na própria razão de ser do Estado Constitucional. Nesse contexto, a eficácia vertical das normas de direito fundamental consubstancia uma *eficácia dirigente*, no sentido de que tais normas estabelecem as diretrizes obrigatórias para atuação estatal, no âmbito do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A *eficácia horizontal* das normas de direito fundamental, por sua vez, significa a aptidão de tais normas para incidir sobre relações mantidas entre particulares. Denomina-se tal eficácia de horizontal, porque os efeitos da norma serão produzidos em relações nas quais as partes, em princípio, estariam em posição de igualdade. Os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, consistem em um sistema de bens e valores jurídicos eleitos pelo constituinte como dignos de proteção jurídica. Inexistem razões lógicas ou jurídicas para que tal proteção fique restrita ao âmbito das relações mantidas com o poder público e não seja, igualmente, estendida às relações mantidas entre particulares.

A proteção conferida a bens e valores em âmbito constitucional deve ser garantida no âmbito das relações mantidas entre particulares sempre que houver compatibilidade entre o

conteúdo do direito e a natureza destas relações. Sob a perspectiva dogmática, é possível identificar direitos fundamentais estabelecidos na CF/88 dirigidos, especificamente, ao Estado, cuja aplicação às relações mantidas entre particulares não faria sentido, tais como: o direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV); instituição do júri (art. 5º, XXXVIII); direito dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); vedação à extradição do brasileiro originário (art. 5º LI); direito à assistência judiciária gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV); e direitos de nacionalidade (art. 12). Por outro lado, é possível identificar direitos fundamentais destinados à produção de efeitos, pelo menos de forma prevalente, no âmbito das relações entre particulares, como é o caso dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º, da CF/88. Entretanto, boa parte dos direitos fundamentais é aplicável, indistintamente, às relações mantidas com o poder público e às relações mantidas entre particulares. A proteção a bens e valores como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a intimidade e tantos outros consagrados em âmbito constitucional deve ser garantida no âmbito de toda e qualquer relação jurídica, independentemente da participação do poder público nesta.

A aplicação de norma de direito fundamental à relação mantida entre particulares, via de regra, acarretará em colisão com outras normas de direito fundamental. Dito de outra forma, o direito fundamental pretendido poderá colidir com direito fundamental invocado pela parte adversa. Esta colisão não configura óbice à eficácia horizontal das normas de direito fundamental, devendo ser resolvida, diante do caso concreto, mediante ponderação de valores.

## **6.2 A concretização dos direitos fundamentais e as teorias acerca do fundamento do direito**

Por fundamento do direito deve ser entendida a razão da obrigatoriedade do direito ou, mais especificamente, os motivos que tornam obrigatórias as condutas prescritas nas normas jurídicas. É possível identificar duas teorias clássicas acerca da questão: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Para o *jusnaturalismo*, o fundamento de validade do direito positivo, ou seja, do direito posto ou validado pelo poder estatal, seria o “direito natural”. O “direito natural” pode ser entendido como um conjunto de normas jurídicas oriundas de uma fonte supra-estatal e cuja existência independe de reconhecimento pelo direito positivo. De acordo com esta concepção, as normas de direito positivo são obrigatórias na medida em que concretizem as normas de direito natural.

Entende-se, sob uma perspectiva científica, não ser possível assentar a validade das normas jurídicas positivadas em um “direito natural” pressuposto. O “direito natural” carece de heteronomia, no sentido de que conteúdo é definido de forma subjetiva, sem que estejam previstos em norma estabelecida por fonte diversa da própria consciência do indivíduo que os reconhece. A dramática variabilidade do conteúdo do “direito natural”, ao longo da história, abrangendo, inclusive, posições diametralmente opostas, demonstra que este conteúdo é formulado arbitrariamente, conforme a ideologia assumida pelo intérprete. “A história do direito natural revela dois pontos marcantes: a arbitrariedade dos postulados fundamentais a respeito da natureza da existência e do ser humano, e a arbitrariedade das idéias jurídico-morais desenvolvidas com base nesse fundamento”.<sup>17</sup> Ademais, ainda que fosse possível a definição de seu conteúdo, o direito natural não poderia ser considerado como uma ordem jurídica por carecer de coercibilidade, ou seja, no caso de não observância espontânea de suas normas, não haveria imposição forçada do “direito natural” por meio de força externa à vontade do agente.

A teoria da concretização dos direitos fundamentais não é compatível com o jusnaturalismo, já que não vincula o fundamento do direito ao “direito natural”. Não há tentativa de fundamentação dos direitos fundamentais em uma noção difusa e imprecisa de “direitos humanos” ou na invocação de uma ordem jurídica supra-estatal pressuposta. Os direitos fundamentais a serem concretizados são revelados a partir da interpretação do texto constitucional. Os valores e bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais decorrem de opções efetuadas pelo constituinte e não, de um conteúdo pressuposto.

O *juspositivismo*, por sua vez, defende que o direito limita-se ao direito positivo e que a norma jurídica possui validade nas normas jurídicas de hierarquia superior. As normas jurídicas estão organizadas em uma estrutura escalonada, sendo a produção de cada norma regulamentada por norma de hierarquia superior. O ordenamento jurídico corresponde, assim, a um sistema dinâmico no qual as normas encontram-se dispostas hierarquicamente em um processo de validação vertical ascendente, ou seja, no qual cada norma encontra seu fundamento de validade em norma de hierarquia superior sucessivamente. Na lição de Kelsen:

Dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da

---

<sup>17</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. de Edson Bini. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 302.

supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.<sup>18</sup>

Conforme a *Teoria pura do direito*, o processo de validação ascendente das normas jurídicas culmina na “norma fundamental”, a qual constitui fundamento direto de validade da Constituição e fundamento de validade último das demais normas que integram o ordenamento jurídico. A norma fundamental pode ser descrita mediante a proposição: “devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela” ou, de forma abreviada, “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”.<sup>19</sup>

A norma fundamental não se confunde com a constituição. A constituição é a norma positivada que ocupa a posição ápice no ordenamento jurídico. A norma fundamental, por sua vez, não é uma norma positivada, mas uma norma pressuposta, a qual tem por função servir de conclusão do processo de validação das normas jurídicas, evitando uma regressão ao infinito. “[A] norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir”.<sup>20</sup> Tampouco se confunde a norma fundamental com “direito natural”, já que aquela é axiologicamente neutra. A “Teoria Pura do Direito esvazia a norma fundamental, para ela princípio regulador da juridicidade de qualquer sentido moral ou legitimação material, conferindo-lhe função de simples postulado do conhecimento, que atende à exigência de plenitude do sistema”.<sup>21</sup>

O positivismo recusa a ideia de “direito natural” ou de qualquer outra tentativa de validação do direito positivo com base em critérios axiológicos. “[A] validade é reduzida a uma categoria formal do pensamento isenta de qualquer exigência relativamente ao conteúdo material que é apreendido sob essa categoria”.<sup>22</sup> Na *Teoria pura do direito*, a validade da lei é reduzida, essencialmente, ao aspecto formal, ou seja, é válida a lei quando criada por órgão competente e com observância de determinado procedimento, conforme

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 246-247.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 2009, p. 224.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 59.

<sup>21</sup> MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

<sup>22</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 93.

previsto em normas constitucionais. “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico ou de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada”.<sup>23</sup> Explica Pimenta:

Na concepção kelseniana, o fundamento de validade de uma norma independe de seu conteúdo. Embora admita que o conteúdo de uma norma inferior é determinado de certa forma por uma norma superior, Kelsen assevera que tal fundamento é tão-somente a norma superior que estabelece o órgão e o procedimento de criação da norma inferior, conclusão que se sustenta na premissa de ser o Direito um sistema *dinâmico* de normas.<sup>24</sup>

Tal qual o positivismo, a teoria da concretização dos direitos fundamentais compreende o ordenamento jurídico como um conjunto de normas organizadas em uma estrutura escalonada, cujo ápice é ocupado pela constituição, no qual, cada norma encontra seu fundamento de validade em norma de hierarquia superior sucessivamente. Entretanto, a teoria concretizante é incompatível com o juspositivismo, por conta do postulado da neutralidade axiológica da Ciência do direito defendido por este.

De acordo com a teoria da concretização dos direitos fundamentais, a validade das normas infraconstitucionais deve ser aferida, não apenas sob uma perspectiva formal, mas também sob uma perspectiva material. A aferição da validade material não se restringe a juízos de realidade acerca da compatibilidade entre o modelo de conduta prescrito na norma infraconstitucional e o conteúdo das normas constitucionais, mas envolve igualmente juízos de valor que permitirão aferir se a consequência jurídica prevista na norma infraconstitucional é compatível com a concretização da proteção de bem ou valor prevista constitucionalmente.

A compreensão da constituição como fundamento de validade das demais normas integrantes do ordenamento jurídico, não apenas sob um aspecto formal, mas também sob uma dimensão material, a qual abrange a aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais com os valores protegidos em âmbito constitucional, revela-se, portanto, incompatível com as teorias jusnaturalista e juspositivista. Esta concepção demanda a criação de uma terceira via teórica acerca do fundamento do direito, a qual vem sendo denominada, genericamente, de *neopositivismo*.

---

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 221.

<sup>24</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A validade da norma jurídica. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005, p. 66-68 (Grifo original).

O neopositivismo, tal qual o juspositivismo, nega a existência do “direito natural” ou a possibilidade de fundamentação do direito em uma ordem normativa estranha ao ordenamento jurídico positivado. O neopositivismo comunga com o juspositivismo a compreensão de que as normas jurídicas encontram-se organizadas em uma estrutura escalonada, na qual cada norma encontra seu fundamento de validade nas normas jurídicas de hierarquia superior, culminando com a constituição federal. Entretanto, diverge do juspositivismo quanto à postura adotada por este de que a validade das normas jurídicas deve ser aferida exclusivamente sob um aspecto formal.

Em uma concepção neopositivista, a validade das normas jurídicas deve ser aferida, não apenas sob uma perspectiva formal, mas também sob uma perspectiva material, envolvendo juízos de realidade e juízos de valor passíveis de justificação racional. Os juízos de valor servirão para avaliar, sob a perspectiva da validade material, se a consequência jurídica prevista na norma é compatível com a concretização da proteção de valores prevista em norma jurídica de hierarquia superior, notadamente em normas de direito fundamental.

O neopositivismo, portanto, defende o resgate dos valores ao âmbito da Ciência do direito, compreendendo os juízos axiológicos como passíveis de justificação mediante argumentação racional. Os valores que servirão de fundamento para os juízos axiológicos desenvolvidos pelo aplicador da norma jurídica não são buscados fora do direito positivo, em um suposto “direito natural”, mas serão aqueles protegidos pelo ordenamento jurídico estatal, notadamente aqueles consagrados nos princípios constitucionais. Explica Zagrebelsky:

*Los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de ‘positivar’ lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque transcende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. [...] los derechos encuentran su base en la Constitución y a la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; mas aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.*<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> “Os princípios estabelecidos pela Constituição não são, desde logo, direito natural. Pelo contrário, tais princípios representam o maior motivo de orgulho do direito positivo, visto que constituem o intento de ‘positivar’ o que durante séculos foi considerado como prerrogativa do direito natural, a saber: a determinação da justiça e dos direitos humanos. De fato, a Constituição, apesar de transcender ao direito legislativo, não se coloca em uma dimensão independente da vontade criadora dos homens e, portanto, não precede a experiência jurídica positiva. [...] os direitos encontram sua base na Constituição e a Constituição é, por definição, uma criação política, não o reflexo de uma ordem natural; mais ainda, é a máxima de todas as criações políticas”

A concretização dos direitos fundamentais, enquanto teoria acerca da eficácia das normas de direito fundamental, é compatível como o neopositivismo, enquanto teoria acerca do fundamento do direito. Ambas permitem a compreensão do direito como uma ordem normativa impregnada de valores, os quais devem ser buscados no âmbito das próprias normas positivadas e, em especial, das normas-princípio constitucionais. A identificação destes valores e a delimitação de seu conteúdo são efetuados mediante juízos passíveis de justificação racional, formulados na atividade de interpretação/aplicação das normas jurídicas.

## 7 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MÉTODO

O direito possui natureza prática no sentido de que sua existência justifica-se como forma de evitar ou solucionar conflitos, seja pela atuação preventiva, ao fixar as condutas a serem adotadas obrigatoriamente por aqueles cujos interesses são contrapostos; seja pela atuação repressiva, ao possibilitar a restauração da ordem, mediante atuação jurisdicional, no caso de lesão efetiva ou potencial à prerrogativa subjetiva garantida por norma jurídica.

Em face da natureza prática do direito, a concretização dos direitos fundamentais não pode ser limitada a uma dimensão teórica. De nada adiantaria a construção de uma teoria da concretização dos direitos fundamentais, se esta não fosse acompanhada de um método de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental capaz de efetivá-los no caso concreto. “*No basta considerar el ‘derecho en los libros’, es preciso tener en cuenta el ‘derecho en acción’; no basta una ‘validez lógica’ es necesaria una ‘validez práctica’*”.<sup>1</sup>

Teoria e prática da concretização dos direitos fundamentais encontram-se, pois, em relação dialética, já que a teoria funciona como fundamento da *praxis*, ao mesmo tempo em que esta serve como justificativa para existência daquela. Se a dimensão teórica é *sobre* a concretização dos direitos fundamentais, a dimensão metódica é *para* a concretização.

Em sua dimensão metódica, a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como o método para interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, compreendidas como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, que possibilita a construção da norma do caso concreto com fundamento naquelas.

---

<sup>1</sup> “Não basta considerar o ‘direito nos livros’, é preciso ter em conta o ‘direito em ação’; não basta uma ‘validade lógica’, é necessário uma ‘validade prática’” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 122.

## 7.1 A inadequação da subsunção como método para aplicação da norma jurídica

O modelo de subsunção propõe que a aplicação da norma jurídica pode ser explicada por um silogismo lógico. Neste modelo silogístico, a norma jurídica surge como premissa maior, enquanto que a premissa menor representa a subsunção do fato concreto à hipótese normativa. Destas premissas, surge a decisão como conclusão. Esquemáticamente, este silogismo pode ser representado da seguinte forma:

Dado  $F$  deve ser  $C$  (premissa maior).

$FC$  é caso de  $F$  (premissa menor).

Dado  $FC$  deve ser  $C$  (conclusão).

A premissa maior representa a norma jurídica, sendo  $F$  a hipótese de incidência da norma, ou seja, a situação fática descrita abstratamente na norma, enquanto que  $C$  corresponde às consequências previstas na norma. A premissa menor representa a subsunção do fato concreto ( $FC$ ) à hipótese de incidência da norma ( $F$ ), ou seja, expressa que o fato ocorrido no mundo fenomênico integra a hipótese de incidência descrita na norma jurídica. A conclusão, por sua vez, determina que, diante do caso concreto, devem ser efetivadas as consequências previstas na norma.

A subsunção consiste na conclusão, obtida por meio de um juízo lógico formal, de que um conceito mais abrangente contém as notas distintivas previstas em um conceito de menor abrangência, de forma que, aquele é um caso deste. Portanto, a subsunção como método para aplicação das normas jurídicas parte do pressuposto de que as condutas ocorridas no mundo fenomênico podem ser abrangidas em conceitos fechados previstos em textos normativos.

Não obstante sua aparente correção lógica, o método da subsunção silogística não se presta a explicar a complexa atividade de interpretação/aplicação das normas jurídicas. A demonstração da inadequação da subsunção como método para aplicação da norma jurídica pode ser resumida nos seguintes argumentos: *a*) as normas jurídicas não se apresentam como um dado prévio contendo conceitos capazes de albergar a totalidade das condutas humanas; *b*) o enunciado acerca do fato não se apresenta como um dado prévio, sendo tarefa do julgador a formulação deste, mediante seleção dos elementos fáticos considerados como juridicamente relevantes; e *c*) a consequência abstratamente prevista na norma jurídica não é idêntica à consequência a ser adotada no mundo fenomênico em decorrência da aplicação desta norma.

As normas jurídicas não se apresentam como um dado prévio contendo conceitos capazes de albergarem a totalidade das condutas humanas. Explica Müller:

A norma não constitui algo que é dado pronto e que seria aplicável sem maiores dificuldades básicas. Na linguagem figurada, poderíamos dizer que ela não é a armadilha lógica que se fecha rapidamente assim que aparece um caso apropriado de acordo com sua dimensão e atributos, um caso que é ‘subsumido’.<sup>2</sup>

As normas jurídicas resultam da atividade de interpretação de dispositivos jurídicos. Esta atividade interpretativa não corresponde a uma operação de lógica formal, consistindo em atividade criativa que envolve juízos acerca da realidade, bem como juízos axiológicos.

Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim, fosse, não careceria de interpretação.<sup>3</sup>

A subsunção tem como pressuposto conceitos fechados descritos pela premissa maior capazes de abrangerem os elementos descritos na premissa menor. Ocorre que a multiplicidade e imprevisibilidade das condutas humanas impossibilitam que estas sejam amoldadas, em sua integralidade, a conceitos previamente descritos em textos normativos.

Normas jurídicas, comumente, não se utilizam de conceitos, mas de tipos e pautas carecidas de valoração, para se referirem aos modelos fáticos. O tipo não se confunde com o conceito. O conceito apresenta, de forma exaustiva, as características da categoria conceituada, de forma que um determinado objeto somente poderá ser subsumido ao conceito se apresentar a integralidade das características previstas neste. Ausente no objeto uma das características do conceito, não será possível subsumir este àquele. O tipo, ao invés de apresentar características exaustivas como faz o conceito, descreve a categoria por meio de traços, que podem estar presentes, total ou parcialmente, e em maior ou menor grau, no objeto analisado. A pertinência de um determinado objeto a um tipo depende da análise, em conjunto, das características daquele. A ausência ou presença em menor grau de elemento previsto no tipo não acarreta, necessariamente, em que o objeto seja excluído do tipo, desde que presentes, no objeto, outros elementos do tipo suficientes para permitirem uma relação de pertinência entre ambos. O tipo, portanto, apresenta maior fluidez que o conceito, permitindo uma abertura na análise da pertinência com o objeto analisado.

---

<sup>2</sup> MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 230.

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 294.

Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto ‘só quando e sempre que’ se possam nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo. As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre si. Consideradas isoladamente, só têm o significado de sinais ou indícios. O que é decisivo é, em cada caso, a sua conexão na realidade concreta. Se uma determinada situação de facto se pode ou não ordenar ao tipo é algo que não pode, nestes termos, ser decidido consoante contenha ou não todas as notas características tidas como imprescindíveis. Trata-se antes de se saber se as notas características tidas como ‘típicas’ estão presentes em tamanho grau e intensidade que a situação de facto ‘no seu todo’ corresponda à imagem fenomênica do tipo. O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com a sua ajuda, ajuizar se um fenómeno pode ou não integrar-se no tipo.<sup>4</sup>

A análise da relação entre o caso a decidir e o tipo previsto na norma jurídica não se esgota em um juízo lógico formal, tal como ocorreria na subsunção ao conceito. A unidade dos traços que configuram o tipo resulta do valor consagrado pela norma. Dessa forma, a coordenação entre um tipo normativo e o caso a decidir depende não apenas de juízos acerca da realidade, mas também de juízos axiológicos, mediante os quais o julgador valora o caso concreto, com base no valor revelado pelos traços do tipo normativo.

A coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo rector, pois só ele decide em última instância se os ‘traços distintivos’ ou as ‘notas características’ aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, a coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores.<sup>5</sup>

Assim como a norma geral não se apresenta como algo dado, sendo antes construída mediante interpretação de dispositivos normativos, também o enunciado acerca do fato não se apresenta como um dado apriorístico, sendo tarefa do julgador a formulação deste, mediante seleção dos elementos fáticos juridicamente relevantes. Não há identidade, portanto, entre o fato enquanto evento ocorrido e o enunciado formulado pelo intérprete/aplicador acerca deste fato. Explica Larenz:

Vendo bem, não são os factos que são subsumidos – como isso seria possível? – mas *enunciados* sobre uma situação de facto, ocorrida como tal. A situação de facto como enunciado, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto enquanto fenómeno da vida, a que se refere o enunciado.<sup>6</sup>

O modelo silogístico equivoca-se ainda quando identifica a consequência abstratamente prevista na norma jurídica com a consequência a ser adotada no mundo fenomênico em

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 307.

<sup>5</sup> Ibid., 1997, p. 309.

<sup>6</sup> Ibid., 1997, p. 384 (Grifo original).

decorrência da aplicação desta norma. A consequência jurídica prescrita *in abstracto* pela norma jurídica corresponde, simplesmente, a um molde ou parâmetro para definição da consequência jurídica a ser adotada *in concreto*. A definição da consequência jurídica a ser adotada *in concreto* ocorre mediante um processo de refinamento que envolve juízos de realidade, inclusive de natureza prática, bem como juízos axiológicos, os quais somente podem ser formulados em face das particularidades do caso *sub judice*.

A adoção da subsunção silogística como modelo explicativo da aplicação das normas jurídicas corresponde a uma pré-concepção distanciada do fenômeno jurídico. Durkheim alerta sobre o perigo representado pelas pré-concepções à investigação científica, ao afirmar que “as prenoções são suscetíveis de dominar os espíritos e de se substituir à realidade”.<sup>7</sup> Neste mesmo sentido, adverte Bacon:

Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam.<sup>8</sup>

A subsunção como método para aplicação da norma jurídica pode ser entendida como um paradigma da “ciência normal”, no sentido dado ao termo por Khun, enquanto “pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”. A “ciência normal” é aquela que se desenvolve sobre paradigmas sedimentados. Eventualmente, investigações científicas podem revelar a falibilidade de tais paradigmas, acarretando crises que, por sua vez, podem resultar em revoluções científicas. “Consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.”<sup>9</sup>

A crítica à subsunção como método para aplicação da norma jurídica pode ser compreendida como manifestação, na Ciência do direito, de crise científica mais ampla, caracterizada pela constatação da insuficiência da lógica formal como meio exclusivo para obtenção do conhecimento. Os limites do paradigma científico dominante, construído com base na concepção racionalista cartesiana, foram demonstrados pelo avanço do conhecimento propiciado por este mesmo paradigma. Um desses limites é a descoberta de que o objeto

---

<sup>7</sup> DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44.

<sup>8</sup> BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 39.

<sup>9</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 29; 219; 125.

estudado é afetado pelo próprio estudo, resultando na ruptura do dogma da distinção absoluta entre sujeito e objeto. O conhecimento, portanto, não se refere propriamente ao real, mas à intervenção que se promove na realidade.<sup>10</sup> Nesse contexto, a concretização como método para aplicação das normas jurídicas surge como proposta de superação do paradigma da subsunção silogística.

## 7.2 A concretização como método para aplicação das normas jurídicas

A concretização afasta-se da concepção de método como conjunto de regras objetivas que permitiriam a identificação da única solução correta para o caso concreto a ser revelada por uma operação de lógica formal. A multiplicidade e imprevisibilidade das condutas humanas torna impossível a previsão normativa de uma única solução jurídica considerada como correta para cada situação específica da vida. Ainda que fosse possível a previsão normativa de uma única solução jurídica considerada como correta para cada situação específica da vida, um sistema normativo que viabilizasse tal hipótese, além de inoperável, pela quantidade de normas que abrangeria, seria indesejável, por impossibilitar as correções necessárias à concretização dos valores jurídicos diante das particularidades do caso concreto. Nesse sentido, o método concretizador deve ser compreendido como um procedimento para a construção de solução adequada ao caso concreto, a partir de normas jurídicas e de elementos da realidade, envolvendo juízos de realidade e axiológicos justificáveis mediante argumentação racional.

A concretização das normas jurídicas consiste em um processo de densificação gradual da norma, por meio do qual vão sendo refinados conceitos semânticos e estruturais, mediante juízos de realidade e axiológicos, culminando na construção da norma do caso concreto.

**Densificar uma norma** significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito [...] a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação das normas, andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.<sup>11</sup>

O processo de concretização da norma jurídica inicia-se com o texto normativo, a partir do qual é construída a norma geral, findando com a construção da norma do caso concreto, também denominada de norma individual. Portanto, a norma jurídica, tanto no que se refere à

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 1987, p. 43.

<sup>11</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1201 (Grifo original).

norma geral como à norma do caso concreto, não é um “dado”, mas um “construído”. A construção da norma do caso concreto é o resultado final do processo concretizador.

O processo de concretização da norma jurídica pode ser descrito pelo esquema TN → NG → NC; no qual, TN é o texto normativo, NG é a norma geral e NC é a norma do caso concreto.

Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. [...] A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.<sup>12</sup>

Neste percurso que parte do dispositivo normativo à norma do caso concreto, a abstratividade vai sendo reduzida de forma inversamente proporcional ao ganho de normatividade. Existe, portanto, uma polaridade entre abstratividade e normatividade. A normatividade pode ser entendida como a atribuição, a um determinado enunciado, de elementos necessários para que possa produzir efeitos concretos no mundo fenomênico.

**Normatividade** é o efeito global da norma [...] num determinado processo de concretização. O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de *decisão*. A normatividade não é uma ‘qualidade’ da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização.<sup>13</sup>

O processo de concretização da norma jurídica ocorre pelo progressivo refinamento semântico e estrutural de determinado enunciado, alcançado mediante a formulação de juízos de realidade e de valor, do qual resulta sua densificação normativa, culminando na construção da norma do caso concreto.

### 7.2.1 A construção da norma geral

A construção da norma geral, a partir da interpretação do texto normativo, representa o primeiro passo no processo de concretização da norma jurídica. O texto normativo, igualmente denominado de enunciado normativo ou disposição normativa, é uma expressão

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

<sup>13</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1201 (Grifos originais).

linguística, é o conjunto de palavras escritas que compõem um dispositivo jurídico. Já a norma geral é um enunciado deôntico construído a partir da interpretação do texto normativo.

*Texto e norma não se identificam: o texto é sinal linguístico; a norma é o que se revela [...] A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas [...] As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. [...] As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas).<sup>14</sup>*

No mesmo sentido, explica Guastini:

- (1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes;
- (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.<sup>15</sup>

A norma geral consiste, portanto, em enunciado deôntico resultante da interpretação de enunciados normativos. “Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico”.<sup>16</sup> Por enunciado deôntico deve ser entendido um enunciado que expresse um modelo de conduta na forma de um dever, uma proibição ou uma permissão. A norma geral, portanto, estabelece um dever ser acerca de condutas humanas.

A interpretação consiste na compreensão do sentido de um texto. O sentido atribuído ao texto resulta de uma opção entre diferentes possibilidades de sentido abarcadas pelo texto que se interpreta, devendo o intérprete justificar, racionalmente, tal opção.

Interpretar é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático. [...] A conclusão a que chega o intérprete não é uma conclusão logicamente vinculante, mas uma opção, devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. ‘Interpretar’ um texto, quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 84-86 (Grifos originais).

<sup>15</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a ‘correcta’.<sup>17</sup>

A interpretação de um texto não se conclui com a interpretação das palavras que o compõem como se estivessem isoladas uma das outras. Antes, o significado a ser atribuído a tais palavras depende do contexto em que se encontram, ou seja, da relação que mantém umas com as outras no dispositivo interpretado. Desta forma, a interpretação do texto se desenvolve em um círculo hermenêutico, no qual o texto é compreendido a partir do significado atribuído às palavras que o compõem, ao mesmo tempo em que a compreensão do significado de cada uma destas palavras depende do sentido atribuído ao texto como um todo.

A interpretação de um texto – qualquer que seja a sua natureza – não só tem que ver com sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma sequência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de idéias. Por certo que o sentido contínuo resulta somente da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto, em regra, o significado de cada palavra não esteja fixado na linguagem geral de tal modo que possa a vir a ser usado sempre exactamente na mesma acepção. Ao invés, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação; qual seja o significado que aqui foi levado em conta ou que aqui se haja de entender resulta, não em pequeno grau, do posicionamento da palavra na frase e, ainda mais, da conexão total de sentido adentro da qual ela surja, em tal lugar do discurso ou do texto. Daí resulta uma especificidade do processo do compreender que é conhecida sob a denominação de ‘círculo hermenêutico’.<sup>18</sup>

Toda proposição jurídica, por mais evidente que pareça seu enunciado, demanda interpretação. Aliás, a própria conclusão de que o sentido do texto é claro já é o resultado de uma interpretação. A necessidade de prévia interpretação como requisito para compreensão do texto surge da variabilidade de significação própria das palavras.

A Jurisprudência é precisamente por isso uma ciência [...] porque problematiza por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação. Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões – com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos – apresentam uma margem de variabilidade de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Seria deste modo um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente ‘obscuros’, ‘pouco claros’ ou ‘contraditórios’; pelo contrário, em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.<sup>19</sup>

A construção da norma jurídica mediante atividade interpretativa envolve uma diversidade de proposições jurídicas, já que os dispositivos que compõem o ordenamento

---

<sup>17</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 282-283.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 1997, p. 285-286.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 1997, p. 283-284.

jurídico se encontram em relação de mútua influência. Uma proposição jurídica somente pode ser compreendida no contexto formado pelas demais proposições. Mesmo quando a construção da norma geral parece envolver a interpretação de um único dispositivo jurídico, o sentido a ser atribuído a este dispositivo depende, necessariamente, de sua interpretação sistemática, ou seja, depende do cotejo deste dispositivo com os demais que sobre ele exercem influência. A norma jurídica, portanto, surge como força resultante da interação de diversas proposições jurídicas.

Uma lei consiste, em regra, numa pluralidade de proposições, que, no entanto, não são todas proposições jurídicas completas. Algumas servem só para determinar mais em pormenor a previsão normativa, algum dos seus elementos ou a consequência jurídica de uma norma jurídica completa; outras restringem uma proposição jurídica conformada de modo mais abrangente, ao excepcionar da sua aplicação um determinado grupo de casos, outras, por sua vez, remetem, tendo em vista um elemento da previsão normativa ou a consequência jurídica, para outra proposição jurídica. [...] as proposições jurídicas contidas numa lei não estão simplesmente umas ao lado das outras, mas estão relacionadas entre si de diferente modo e só na sua recíproca delimitação e no seu jogo concertado produzem uma regulação. A ordem jurídica não consiste num acervo de proposições jurídicas, mas em regulações.<sup>20</sup>

Dentre os enunciados normativos a serem considerados na construção da norma geral, possuem especial relevância os dispositivos constitucionais, em face da posição de superioridade hierárquica que ocupam no ordenamento jurídico. Da supremacia constitucional resulta que a interpretação da lei deve ser feita em conformidade com a constituição, podendo, inclusive, ser constatada a invalidade de determinado dispositivo infraconstitucional ou sua inaplicabilidade ao caso concreto quando conflitar com dispositivo constitucional.

O intérprete/aplicador, portanto, não recebe a norma geral como algo pronto e acabado, mas a constrói mediante interpretação de um complexo de enunciados normativos. A atividade de interpretação não se resume a uma operação de lógica formal, já que envolve, não apenas juízos de realidade, mas também juízos axiológicos acerca dos protegidos juridicamente.

O trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, *representa um trabalho construtivo de natureza axiológica*, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presentes os da mesma espécie existentes em outras leis: a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também *axiológica* ou *valorativa*. Não pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse

---

<sup>20</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 359-360, 370.

cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam.<sup>21</sup>

A norma geral é dotada de abstratividade, ou seja, expressa um modelo de conduta a ser adotado diante de situação fática hipoteticamente prevista. Não se refere, portanto, a um caso concreto específico e já ocorrido. A norma geral é elemento indispensável ao direito enquanto ordenação normativa de condutas. Ela permite aos indivíduos formular juízos acerca da licitude das condutas que pretendem adotar e, por consequência, evitar a aplicação de sanções jurídicas decorrentes da prática de condutas ilícitas. A norma geral consubstancia requisito da segurança jurídica e pressuposto dos princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade da lei.

### 7.2.2 *A construção da norma do caso concreto*

O processo de concretização da norma jurídica não se completa com a construção da norma geral. A efetiva produção de efeitos concretos, no mundo fenomênico, depende ainda da construção da norma do caso concreto, igualmente designada de norma individual ou norma de decisão. Nesta etapa do processo de concretização, a norma jurídica perde a abstratividade e atinge seu máximo grau de normatividade. A norma do caso concreto regulamenta uma situação determinada, já ocorrida no mundo fenomênico, estabelecendo as consequências específicas que devem ser adotadas concretamente.

A norma do caso concreto não é algo que exista previamente ao caso a ser solucionado. Tampouco é produto de um mero silogismo que tem como premissa maior a norma geral e como premissa menor o fato concreto, como pretende o modelo da subsunção. A norma do caso concreto é resultado de um processo construtivo que tem como matéria-prima *normas gerais e elementos da realidade* extraídos do caso concreto a ser solucionado. Explica Müller:

A norma jurídica não está pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada. Ela funciona no caso particular determinado de um modo que poderia ser resumidamente qualificado como ‘aplicação’. Ela modifica o teor de sua formação com cada caso para o qual é conquistada por meio da atividade dos órgãos de decisão. A norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela.<sup>22</sup>

A norma geral é um dos elementos necessários à construção da norma do caso concreto. Entretanto, a construção da norma do caso concreto não resulta da interpretação de normas

<sup>21</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291 (Grifos originais)

<sup>22</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 147-148.

gerais isoladamente consideradas. A interpretação da norma geral é atividade indissociável de sua aplicação. Não é possível interpretar a norma geral senão em face de uma situação fática, diante da qual se indaga sobre sua aplicação. “*En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impusa al intérprete y marca la dirección. [...] la interpretación, si no está orientada o ligada a un caso, es un girar en el vacío carente de sentido*”.<sup>23</sup>

A definição do conteúdo da norma do caso concreto demanda, portanto, a formulação de juízos acerca dos fatos que envolvem o caso a ser solucionado. “Podemos dizer que a separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma [...] Toda norma jurídica incorpora em seu conteúdo de modo mais ou menos claro a realidade do âmbito normativo”.<sup>24</sup>

A realidade constitui, portanto, elemento indispensável ao processo de concretização da norma jurídica. Os elementos da realidade não apenas influem na interpretação da norma geral, como integram a própria estrutura da norma do caso concreto. Há “casos em que a alteração de sentido de uma disposição decorre diretamente de uma alteração dos fatos no âmbito normativo [...] uma alteração dos dados fáticos da realidade social deve poder alterar o teor de validade de uma norma”.<sup>25</sup>

Não é possível a definição do conteúdo da norma do caso concreto exclusivamente a partir da interpretação de normas gerais abstratamente consideradas. A construção da norma do caso concreto depende, necessariamente, da formulação de juízos acerca dos fatos que envolvem o caso a ser solucionado. Dessa forma, norma e realidade encontram-se em interação dialética no processo de interpretação/aplicação da norma jurídica, pelo qual ocorre a densificação normativa, resultando na construção da norma do caso concreto.

### 7.2.2.1 O fato e o enunciado acerca do fato

O fato não se confunde como o enunciado formulado acerca deste. O fato é o evento que se manifesta no mundo fenomênico. O fato produz uma ideia na mente dos indivíduos que o presenciaram. Essa ideia é fruto de seleções e generalizações feitas pelo sujeito

<sup>23</sup> “No processo de interpretação do direito, o caso é o motor que impulsiona o intérprete e indica a direção. [...] a interpretação, se não orientada ou ligada a um caso, é um girar no vazio carente de sentido” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 133; 145.

<sup>24</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 145; 170.

<sup>25</sup> Ibid., 2009, p. 169-170.

cognoscente pelas quais este busca apreender, mentalmente, o evento fenomênico. Posteriormente, o sujeito cognoscente poderá expressar seu pensamento acerca do fato ocorrido por meio de um enunciado.

Por evento real entende-se o acontecimento único e irrepitível que, aparentemente de maneira independente do sujeito cognoscente, coloca-se presente em sua experiência [...] Por pensamento ou idéia entende-se o estímulo que se completa no sujeito a partir de seu defrontar-se com eventos. Ocorre em uma espécie de síntese, uma generalização ideal a partir dos eventos reais. [...] Mesmo sendo a idéia geral ou generalizando, ela ainda é única em relação ao sujeito que a produz, pois cada um seleciona alguns aspectos em detrimento de outros dentre os infinitos aspectos que o evento apresenta. Em sua plenitude a idéia é incomunicável, pois o processo de conceituá-la e transmiti-la a outrem passa por sua vez pela realidade da linguagem e submete-a aos critérios relativos do receptor da mensagem, do ambiente e contexto da mensagem, etc. [...] Por conceito entende-se aqui a expressão simbólica que comunica a idéia, reintroduzindo-a no mundo real, sempre de maneira incompleta e ainda mais generalizada do que aquela, pois a idéia é ainda individual em relação ao sujeito, enquanto o conceito tem pretensões de comunicabilidade genérica para um determinado universo de receptores [...] Ao ser expressado o conceito, tentando comunicar idéias, ele penetra novamente no mundo sensível e constitui-se por sua vez em evento real. Então é reiniciado este processo de conhecimento do mundo.<sup>26</sup>

O enunciado acerca do fato, portanto, é a enunciação linguística formulada pelo sujeito cognoscente, acerca do fato ocorrido no mundo fenomênico. Na explicação de Deleuze:

É próprio aos acontecimentos o fato de serem expressos ou exprimíveis, enunciados ou enunciables por meio de proposições pelo menos possíveis. [...] O acontecimento subsiste na linguagem, mas acontece às coisas. As coisas e as proposições acham-se menos em uma dualidade radical do que de um lado e de outro de uma fronteira representada pelo sentido. Esta fronteira não os mistura, não os reúne (não há monismo tanto quanto não há dualismo), ela é, antes, a articulação de sua diferença: corpo/linguagem. Se compararmos o acontecimento a um vapor nos prados, este vapor se eleva precisamente na fronteira, na dobradiça das coisas e das proposições.<sup>27</sup>

O sentido atribuído ao fato depende de conceitos formulados por meio da linguagem. “Entre a carne demasiado viva do acontecimento literal e a pele fria do conceito ocorre o sentido”.<sup>28</sup> A linguagem não é apenas forma de expressão de ideias, mas o instrumento mediante o qual o ser humano atribui sentido ao mundo e a si próprio. Neste sentido, Chomsky define a “faculdade de linguagem” como “componente central da natureza humana”.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito: Stvdia Ivridica**, n. 68, Coimbra: Coimbra Editora, 1999/2000.

<sup>27</sup> DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 13; 26, p. 26.

<sup>28</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 21.

<sup>29</sup> CHOMSKY, Noam. **Sobre natureza e linguagem**. Trad. de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

A insuficiência da linguagem como forma de representação das coisas e das ideias consiste em um dos fatores que distancia o fato de sua enunciação. Esta insuficiência decorre de propriedade essencial da linguagem humana, enquanto “uso de meios finitos para expressar uma vastidão ilimitada de pensamentos”.<sup>30</sup> Nas palavras de Warat, “a linguagem não pode fazer outra coisa que produzir sentidos como sonhos, como ilusões significativas”.<sup>31</sup>

A distância entre o fato e sua enunciação é dilatada na comunicação escrita, na qual inexistente contato direto entre os interlocutores, que possibilite esclarecimentos acerca de pontos obscuros. Neste sentido, pondera Derrida: “Falar mete-me medo porque nunca dizendo o suficiente, sempre digo também demasiado. E se a necessidade de se tornar sopro ou palavra aperta o sentido – e a nossa responsabilidade do sentido – a escritura aperta e constringe ainda mais a palavra”.<sup>32</sup>

A enunciação acerca do fato distancia-se do fato não apenas pela insuficiência da linguagem, como forma de representação das coisas, mas também pelas inevitáveis distorções que resultam do fenômeno da percepção. A percepção não é uma atividade passiva de recepção de dados pré-existentes, tal como ocorre quando se inserem dados em um computador. Corresponde a uma atividade construtiva, na qual o sujeito cognoscente seleciona dados da realidade e os organiza criativamente em sua consciência, mediante o estabelecimento de relações entre estes. Explica Merleau-Ponty:

Prestar atenção não é apenas iluminar mais dados preexistentes, é realizar neles uma articulação nova considerando-os como *figuras*. Eles só estão pré-formados enquanto *horizontes*; verdadeiramente, eles constituem novas regiões no mundo total. É precisamente a estrutura original que eles trazem que manifesta a identidade do objeto antes e depois da atenção [...] a atenção não é nem uma associação de imagens, nem o retorno a si de um pensamento já senhor de seus objetos, mas a constituição ativa de um objeto novo que explicita e tematiza aquilo que até então só se oferecera como horizonte indeterminado.<sup>33</sup>

A percepção não ocorre mediante obtenção de dados fornecidos pelo objeto, como pretende o empirismo, ou pela revelação de um conhecimento inerente à consciência, como quer o racionalismo. A percepção consiste, na verdade, em uma atividade criativa correspondente à construção, pela consciência, de uma interpretação da realidade percebida

---

<sup>30</sup> CHOMSKY, Noam. **Sobre natureza e linguagem**. Trad. de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

<sup>31</sup> WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio: direito humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 64.

<sup>32</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 21.

<sup>33</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58-59 (Grifos originais).

pelos sentidos. “A percepção torna-se uma ‘interpretação’ dos signos que a sensibilidade fornece conforme os estímulos corporais, uma ‘hipótese’ que o espírito forma para ‘explicar-se suas impressões’”.<sup>34</sup>

As razões pelas quais o sujeito cognoscente seleciona determinados dados da realidade e não outros, bem como a natureza das relações construídas entre estes, estão fundadas em uma teia complexa e indecifrável de fatores, que abrangem elementos internos e externos ao sujeito cognoscente, naturais e culturais, individuais e sociais, físicos e psíquicos, conscientes e inconscientes. Neste sentido, explica Jung:

O homem, como podemos perceber ao refletirmos um instante, nunca percebe plenamente uma coisa ou a entende por completo. Ele pode ver, ouvir, tocar e provar. Mas a que distância pode ver, quão acuradamente consegue ouvir, o quanto lhe significa aquilo que toca e o que prova, tudo isso depende do número e da capacidade dos seus sentidos. Os sentidos do homem limitam a percepção que este tem do mundo à sua volta. [...] Além disso, há aspectos inconscientes na nossa percepção da realidade. O primeiro deles é o fato e que, mesmo quando os nossos sentidos reagem a fenômenos reais e a sensações visuais e auditivas, tudo isso, de certo modo, é transposto da esfera da realidade para a da mente. Dentro da mente esses fenômenos tornam-se acontecimentos psíquicos cuja natureza radical nos é desconhecida (pois a psique não pode conhecer sua própria substância). Assim, toda experiência contém um número indefinido de fatores desconhecidos, sem considerar o fato de que toda realidade concreta sempre tem alguns aspectos que ignoramos, uma vez que não conhecemos a natureza radical da matéria em si. Há ainda, certos acontecimentos de que não tomamos consciência. Permanecemos, por assim dizer, abaixo do seu limiar. Aconteceram, mas foram absorvidos subliminarmente, sem nosso conhecimento consciente. Só podemos percebê-los em algum momento de intuição ou por um processo de intensa reflexão que nos leve à subsequente compreensão de que *devem* ter acontecido.<sup>35</sup>

A literatura é repleta de exemplos nos quais percepções equivocadas de personagens conduzem a ações desastradas, resultando em comicidade ou tragédia. No conto *A esfinge*, de Edgar Allan Poe, o personagem principal, fugindo de uma epidemia de cólera, refugia-se em um chalé, no campo, onde vivencia uma experiência aterradora, ao avistar uma criatura gigantesca e monstruosa. Na descrição do personagem, a criatura era “maior que qualquer navio de guerra conhecido” e apresentava tromba, presas e dois pares de asas, sendo sua característica singular a “representação visual do Rosto da Morte, que cobria quase toda a superfície do seu tronco e estava claramente delineada num branco brilhante, de encontro ao fundo mais escuro do corpo, como se ali tivesse sido traçada pela mão de um artista”. Na conclusão do conto, um amigo do protagonista, ao se colocar na mesma posição em que este

<sup>34</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58-59, p. 61-62 (Grifo original).

<sup>35</sup> JUNG, Carl G. Chegando ao inconsciente. In: JUNG, Carl G. (Org.). **O homem e seus símbolos**. Trad. de Maria Lúcia Pinho. 2. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 21-22 (Grifo original).

se encontrava quando avistou o “monstro”, descobre que a criatura trata-se, na verdade, de um pequeno inseto preso na teia de uma aranha.<sup>36</sup>

Em diversos trechos, o conto indica o estado psíquico alterado do protagonista. “Não se passava um só dia sem que nos fosse comunicada a morte de um conhecido. [...] O próprio vento do Sul parecia trazer consigo a morte. Essa idéia paralisante apossou-se por inteiro do meu espírito”, afirma o personagem. O protagonista entretém-se com a leitura de “obras de natureza própria a fazer germinar quaisquer sementes de superstições hereditárias que eu pudesse trazer na minha alma”. Em determinado momento, afirma que “um assunto que me interessava muito era a crença popular em maus agouros ou presságios – uma crença que naquela época de minha vida eu defendia com ardor”.<sup>37</sup> O estado psíquico frágil do protagonista, resultado de uma predisposição associada ao ambiente fúnebre causado pela epidemia, foi terreno fértil para ideias fantásticas, despertadas pela visão de um inseto dotado de um sinal físico assemelhado a uma caveira e preso na teia de uma aranha.

Não obstante a narrativa referir-se a um caso extremo de falha na apreensão da realidade, assemelhado à alucinação, serve como ilustração das inevitáveis distorções que resultam do fenômeno da percepção. Conforme dito, as razões pelas quais o sujeito cognoscente seleciona determinados dados da realidade e estabelece determinadas relações entre estes estão fundadas em uma teia complexa e indecifrável de fatores construída na mente humana, esta, a verdadeira esfinge.

Um dos exemplos mais notáveis fornecidos pela arte, acerca do fenômeno da percepção dos fatos e de como este é influenciado por elementos conscientes e inconscientes presentes na psique do sujeito cognoscente, é encontrado no filme japonês *Rashomon*<sup>38</sup>. A narrativa envolve o relato de quatro pessoas acerca de um mesmo evento que envolve o homicídio de um *samurai*, quais sejam: o acusado, a esposa do morto, o próprio morto e uma testemunha. Segundo o acusado, este foi seduzido pela esposa do *samurai*, a qual teria lhe pedido para duelar com o marido, resultando na morte deste, após um feroz combate. A esposa do morto, por sua vez, afirma que, após ter sido estuprada pelo acusado, desmaiou e que, quando acordou, encontrou o marido assassinado. Através de um médium, o próprio *samurai* relata ter sido capturado pelo acusado e que sua esposa, após ter sido estuprada, aceitou fugir com o

<sup>36</sup> POE, Edgar Allan. A esfinge. Trad. de Bráulio Tavares. In: TAVARES, Bráulio (seleção e apresentação). **Contos obscuros de Edgar Allan Poe**. Rio de Janeiro: Casa das Palavras, 2010, p. 174-178.

<sup>37</sup> Ibid., 2010, p. 174-175.

<sup>38</sup> KUROSAWA, Akira. **Rashomon**. Japão: Daiei, 1969, 88m.

acusado, tendo-lhe pedido para matar o marido. Segundo o morto, o acusado ficou indignado com o pedido da mulher e libertou o *samurai*, o qual se suicidou. Já a testemunha, após afirmar ter encontrado o corpo do *samurai* na floresta, retrata-se e esclarece que presenciou o assassinato. Segundo a testemunha, o bandido, após estuprar a esposa, ter lhe-ia pedido para casar com ele. A testemunha prossegue seu relato, afirmando que a mulher incitou os dois homens a duelarem, resultando na morte do samurai. A narrativa fílmica torna-se ainda mais intrincada porque os relatos do acusado, da esposa e do morto não são ouvidos diretamente destes, mas são recontados por um monge a um ouvinte. Este ouvinte descobre, na conclusão do filme, que a testemunha furtou a espada que pertencia ao *samurai*, lançando dúvidas quanto à veracidade de seu relato.

Em nenhum momento, o filme indica qual dos relatos descreve com maior adequação os fatos ocorridos. A genialidade da obra reside justamente em demonstrar a subjetividade do fenômeno perceptivo, indicando que cada personagem pode ter traduzido mentalmente a realidade, de acordo com suas fobias, desejos, frustrações e vergonha.

O enunciado acerca do fato não apresenta identidade com o fato, por se tratarem de coisas ontologicamente distintas. O fato é evento fenomênico, enquanto o enunciado é produto da linguagem. Rigorosamente, o enunciado acerca do fato sequer pode ser compreendido como representação do fato em si, correspondendo, mais precisamente, à representação da ideia acerca do fato formada na mente do sujeito cognoscente. O enunciado acerca do fato, portanto, distancia-se, invariavelmente, do fato, em decorrência das inevitáveis distorções que resultam do processo de apreensão, interpretação e expressão do fato pelo sujeito cognoscente.

A impossibilidade de uma objetividade absoluta e definitiva, quanto à percepção e consequente enunciação dos eventos fenomênicos, torna a ciência uma atividade em permanente construção e cujas conclusões são necessariamente provisórias. Explica Merleau-Ponty:

O concreto e o sensível conferem à ciência a tarefa de uma elucidação interminável [...] Em ciência, não podemos nos vangloriar de chegar, pelo exercício de uma inteligência pura e não situada, a um objeto livre de qualquer vestígio humano e exatamente como Deus o veria. Isso em nada diminui a necessidade da pesquisa científica e combate apenas o dogmatismo de uma ciência que se considerasse o

saber absoluto e total. Isso simplesmente faz justiça a todos os elementos da experiência humana e, em particular, à nossa percepção sensível.<sup>39</sup>

A distinção entre o fato e a enunciação do fato faz surgir a questão da verdade da enunciação, ou seja, como saber o grau de aproximação entre a enunciação acerca do fato e a realidade. O consenso ou, pelo menos, a aceitabilidade da maioria, obtida por meio de argumentação racional exposta em debate travado segundo procedimento democrático, pode ser considerado como indício da verdade de uma proposição. “Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não-problemático”.<sup>40</sup> O consenso democrático, entretanto, não consubstancia critério absoluto da verdade de uma proposição. Esta a lição de Habermas:

Até há pouco tempo, eu procurava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. De lá para cá, percebi que essa assimilação não pode dar certo. Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção-discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade. Embora nossa mente falível não possa ir além disso, não devemos confundir as duas coisas. Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão sentem-se autorizados - e supostamente o são de fato - a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional dela.<sup>41</sup>

Embora a aceitabilidade obtida por meio de argumentação racional exposta em debate travado segundo procedimento democrático não consubstancie critério absoluto para aferição da verdade de uma proposição, sendo a história repleta de equívocos trágicos, permanece ainda, como a medida mais razoável, talvez a única possível, da correção dos juízos de realidade.

#### 7.2.2.2 A relação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral

Assim como a norma geral não se apresenta como algo dado, também o enunciado acerca do fato não se apresenta como um dado apriorístico, sendo tarefa do julgador, na atividade de aplicação do direito, a formulação do enunciado acerca do fato relativo ao caso concreto a ser decidido. Neste sentido, afirma Zagrebelsky:

*El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de como responder al mismo, de como*

<sup>39</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **Conversas – 1948**. Trad. de Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7-8.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 63.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 1982, p. 60-61.

*resolverlo em términos jurídicos. Para el derecho, por tanto, el caso no es algo que deba ser simplemente registrado, sino algo que debe ser resuelto.*<sup>42</sup>

O julgador constrói o enunciado acerca do fato a partir da interpretação do conjunto probatório constante nos autos. Via de regra, o julgador não tem apreensão direta do fato, mas apenas mediata, com base no conjunto probatório formado nos autos. Assim, o juiz age como um arqueólogo, procurando reconstruir mentalmente o fato ocorrido, por meio de provas documentais, periciais e testemunhais acerca deste. As provas, portanto, consistem em sombras projetadas pela realidade, em vestígios do fato que se busca reconstituir mentalmente.

O juiz, que se vê colocado perante a questão de se uma situação de facto que lhe é exposta se verificou efectivamente assim, não percebeu, via de regra, ele próprio os factos, mas é informado por percepções alheias. [...] os eventos pretéritos – e é deles que em regra se trata – já não são perceptíveis agora. É somente possível que aqueles que então os observaram os tornem de novo presentes por via da recordação e os testemunhem perante o tribunal. Contudo, qualquer jurista prático sabe quão inseguras são, as mas das vezes, as declarações das testemunhas: deficiências de percepção, de interpretação e de memória, imprecisão da expressão, e também, com frequência, a mais ou menos tomada de partido da testemunha – abstraindo das declarações conscientemente falsas – prejudicam o seu valor [...] A dificuldade em conhecer como é que aconteceram as coisas na realidade será ainda maior quando nenhuma testemunha puder informar com conhecimento directo sobre um determinado evento. O meio com ajuda do qual o juiz procurará então obter uma imagem apropriada dos eventos é a conclusão obtida a partir dos chamados indícios.<sup>43</sup>

Na construção do enunciado do fato, o julgador deve selecionar, dentre os dados da realidade aqueles considerados como juridicamente relevantes. “*Judicial opinions always create ‘the facts’ in the sense that judges always select out from the profusion of details before them selected particulars that seem plausible and give an account coherence*”.<sup>44</sup> Neste sentido, afirma Larenz:

A situação de fato como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fáctico; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não está assim ‘dada’ de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A actividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que

<sup>42</sup> “O caso, para o juiz e para a ciência jurídica, é essencialmente um acontecimento problemático que coloca a questão de como responder a ele, como resolvê-lo em termos jurídicos. Para o direito, portanto, o caso não é algo que deva ser simplesmente registrado, senão algo que deve ser resolvido” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 139.

<sup>43</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 429-430.

<sup>44</sup> “Decisões judiciais sempre criam ‘os fatos’ no sentido de que os juízes sempre selecionam, dentre uma profusão de detalhes postos diante deles, particularidades determinadas que parecem plausíveis e dão coerência a um relato” (Tradução do autor). GERWITZ, Paul. Narrative and rhetoric in the law. In: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law’s stories**. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 11.

se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica.<sup>45</sup>

A relevância jurídica de determinado elemento fático é constatada quando este pode ser relacionado com hipótese de incidência de norma geral potencialmente aplicável na solução do litígio. A construção do enunciado do fato, portanto, ocorre mediante um processo de ir e vir entre dados da realidade e normas gerais que resulta, simultaneamente, na seleção dos elementos fáticos juridicamente relevantes e na confirmação ou refutação da aplicabilidade de determinada norma geral ao caso concreto.

Para poder apreciar juridicamente a situação de fato, tal como se verificou, o julgador tem de a reconduzir à forma de um enunciado, em que recolha tudo aquilo (e só aquilo) que possa ser relevante para a apreciação jurídica. O que é relevante para a apreciação jurídica resulta das normas jurídicas potencialmente aplicáveis à situação de facto. O julgador, parte, portanto, da situação de facto que lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, complementa em seguida a situação de facto atendendo às previsões destas proposições jurídicas que ele, por seu turno, concretiza de novo – sempre que essas normas não permitam sem qualquer dificuldade uma subsunção -, atendendo a essas consequências, tais como aqui se deparam. A situação de facto como enunciado só obtém a sua formulação definitiva quando se tomam em atenção as normas jurídicas em conformidade com as quais haja de ser apreciada; mas estas, por sua vez, serão escolhidas e, sempre que tal seja exigido, concretizadas, atendendo à situação de facto em apreço.<sup>46</sup>

A compreensão é atingida por meio de um círculo hermenêutico que se desenvolve como um ir e vir entre hipóteses de sentido e o objeto que se busca compreender, resultando na confirmação ou refutação da hipótese formulada e, neste último caso, na formulação de nova hipótese. Esta a lição de Gadamer:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido [...] Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão.<sup>47</sup>

A formulação do enunciado acerca do fato, o qual manifesta a compreensão do julgador acerca do evento litigioso, resulta de um círculo hermenêutico estabelecido entre o enunciado

---

<sup>45</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 391.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 1997, p. 394-395.

<sup>47</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 402.

do fato formulado com base na hipótese de incidência da norma jurídica aplicável ao caso concreto e os elementos da realidade manifestados nas provas produzidas nos autos. O aplicador parte de uma pré-compreensão acerca do evento ocorrido, construída com base na hipótese de incidência da norma que entende ser potencialmente aplicável ao caso a ser decidido. Esta pré-compreensão trata-se de mera hipótese e não deve ser confundida com um juízo conclusivo. A correção do enunciado acerca do fato formulado, bem como a adequação da norma considerada como potencialmente aplicável, serão aferidas mediante análise da existência de relação de coordenação entre os elementos do caso concreto e a hipótese de incidência normativa. Desta análise, resultará a confirmação ou refutação do enunciado acerca do fato formulado e da aplicação da norma ao caso concreto. No caso de refutação pela constatação de inexistência de relação de coordenação entre os elementos da realidade e a hipótese de incidência normativa, o aplicador formulará novo enunciado do fato com base em norma geral distinta, sucessivamente. Neste sentido, afirma Zagrebelsky:

*Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado 'círculo interpretativo') de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas.<sup>48</sup>*

Não apenas a norma geral condiciona a elaboração do enunciado acerca do fato. Também o enunciado acerca do fato, confirmado pelos elementos de realidade consubstanciados na prova produzida nos autos, influencia a interpretação da norma geral a ser aplicada. A interpretação do modelo fático previsto abstratamente na norma geral recebe os influxos dos elementos fáticos do caso concreto a ser decidido.

*El caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos defectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple 'casuística', incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso;*

---

<sup>48</sup> “Partindo do caso, vai-se ao direito para lhe interrogar e obter dele uma resposta. A partir do caso, o intérprete segue na busca de regras e volta ao caso, em um procedimento circular (o chamado ‘círculo interpretativo’) com direção bipolar, que finaliza quando se compõem, de modo satisfatório, as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas” (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 133-134.

*exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la 'interpretación' misma.*<sup>49</sup>

Existe, portanto, uma relação dialética entre facticidade e normatividade, na qual a norma geral influencia a formulação do enunciado acerca do fato, enquanto os dados da realidade influenciam a interpretação da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto. Esta relação dialética entre facticidade e normatividade, a qual envolve juízos acerca da realidade e axiológicos, resulta na densificação da norma geral, culminando com a construção da norma do caso concreto.

A relação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral corresponde, não a uma relação de subsunção, mas a uma relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato formulado pelo julgador e a hipótese de incidência da norma jurídica aplicada. A relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral deve ser comprovada pelo julgador, mediante argumentação racional, construída com base em juízos acerca da realidade e axiológicos, que revele a existência de elementos relevantes de similaridade entre o enunciado acerca do fato e a hipótese de incidência prevista na norma geral que justifiquem a adoção, no caso concreto, de medidas que concretizem a consequência prevista na norma.

A coordenação de um fenômeno da vida a um tipo ou à esfera de uma pauta carecida de preenchimento não é subsunção, mas coordenação valorativa. Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de facto *sub judice* se equipara ou se aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo. Isto também é válido quando uma nota conceptual é uma pauta 'móvel'. Por isso, em vez de processo de subsunção, dever-se-ia falar da coordenação da situação de facto à previsão de uma norma jurídica.<sup>50</sup>

O estabelecimento de relação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral servirá como paradigma, no sentido de que esta norma deverá ser igualmente aplicada a casos futuros que apresentem os elementos similares ao caso decidido. Não obstante nenhum fato concreto ser igual a outro, caberá ao intérprete/aplicador identificar os elementos da situação concreta que foram considerados como relevantes para definição da norma jurídica aplicada, de forma

---

<sup>49</sup> “Não se pode compreender juridicamente o caso senão por referência à norma e esta por referência ao caso, pois não é apenas o caso que deve se orientar pela norma, mas também a norma deve se orientar pelo caso. A ignorância acerca de cada um destes elementos da interpretação produziria dois defeitos opostos. Levar em consideração exclusivamente os casos, daria lugar a uma pura e simples “casuística”, incompatível com a existência do direito como ordenamento; levar em consideração exclusivamente o ordenamento, conduziria a uma ciência teórica, inútil para a finalidade do direito. Excesso de concreção em um caso; excesso de abstração no outro. Em qualquer caso, incompreensão da natureza do direito e da própria ‘interpertação’ (Tradução do autor). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 132.

<sup>50</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 384.

que esta mesma norma seja aplicada a casos futuros em que tais elementos estejam igualmente presentes. Este procedimento permite caracterizar a norma geral como parâmetro para apreciação de casos futuros, resultando no estabelecimento de jurisprudência e na efetivação da segurança jurídica.

É decerto verdade que nenhum caso é igual a outro em todos os seus aspectos. Não obstante, se houver de ser utilizada a ‘mesma’ bitola, não pode, no entanto, qualquer variação da constelação do caso implicar por si uma nova e distinta interpretação da bitola, pois que, a ser assim, a idéia de ‘medida igual’, um elemento de base da ‘justiça’, seria pura ilusão. [...] Antes do mais, há que observar que toda a concretização (conseguida) de um critério rector estabelece uma medida para o julgamento de outros casos semelhantes, em face dos pontos de vista valorativos. É aqui que reside, entre outras coisas, o grande alcance dos ‘precedentes’.

A função da norma geral como “bitola” para apreciação de casos futuros, entretanto, não pode evitar o surgimento de novas interpretações da norma geral que se façam necessárias, diante do surgimento de situações fáticas imprevistas e de alterações nos valores sociais.

A par da interpretação invariada da norma (nos termos da interpretação que em algum momento lhe foi conferida pelos tribunais) existem de igual modo interpretações sempre novas, mediante as quais o seu conteúdo – com resultados paradigmáticos para decisões futuras – é ulteriormente concretizado, precisado, modificado. Ambas as coisas, a função de bitola da norma – que requer a sua aplicação uniforme – e a necessidade, que ocorre constantemente, de interpretação (ulterior), [...] têm de ser tomadas em conta, se se quiser que o processo – ‘dialéctico’, de acordo com a sua estrutura – de aplicação do Direito não venha a ser considerado unilateralmente, e nestes termos, de modo incorrecto.<sup>51</sup>

O sentido atribuído à norma geral pela jurisprudência funcionará, portanto, como paradigma para julgamento de casos futuros até que este sentido seja substituído por interpretação ulterior que consolide novo paradigma, sucessivamente, em um processo permanente de evolução da atividade interpretativa.

### 7.2.2.3 A concretização da consequência prevista na norma jurídica

A construção da norma do caso concreto não se esgota com o estabelecimento de relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato e a hipótese de incidência de norma geral. Uma vez estabelecida a existência desta relação, o intérprete/aplicador deverá definir as medidas a serem efetivadas no mundo fenomênico que concretizarão a consequência jurídica prevista abstratamente na norma geral.

---

<sup>51</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 297.

Da mesma forma que o enunciado acerca do fato e a norma geral não se apresentam como dados fornecidos *a priori*, também as medidas a serem adotadas para concretizar faticamente a consequência prevista *in abstracto* na norma geral deverão ser formuladas pelo intérprete/aplicador. O modelo silogístico, portanto, é equivocado ao igualar a consequência jurídica prevista abstratamente na norma geral com as medidas a serem efetivadas no caso concreto, como se houvesse identidade entre estas. A consequência prevista abstratamente na norma geral apenas estabelece os limites dentro dos quais o intérprete/aplicador deverá definir, de forma precisa, as medidas a serem efetivadas no mundo fenomênico.

A conclusão do silogismo de determinação da consequência jurídica tão-pouco é suficiente, muitas vezes, para a determinação da consequência jurídica no caso particular. Também aqui o esquema do silogismo simplifica de maneira inapropriada. ‘C’ na premissa maior significa a consequência jurídica abstracta, genericamente delimitada; em contrapartida, ‘C’ na conclusão significa a consequência jurídica concreta desta situação de facto. [...] Frequentemente, como quando a consequência jurídica diz que A está obrigado a indemnizar B pelo dano resultante de uma determinada ocorrência, requerem-se indagações muito minuciosas e complexas para a determinação da extensão do dano e, com isso, do conteúdo preciso da obrigação de indemnização por parte de A. Assim, o resultado do ‘silogismo de determinação da consequência jurídica’ (A é obrigado a indemnizar B do dano que lhe foi causado) é, nestes casos, um resultado apenas provisório; para a determinação definitiva e precisa da consequência jurídica requerem-se indagações ulteriores, frequentemente muito pormenorizadas [...] Assim, o ‘silogismo de determinação jurídica’ não acarreta em muitos casos uma determinação precisa da consequência jurídica, mas apenas uma moldura que precisa ser ulteriormente preenchida.<sup>52</sup>

Da mesma forma que o estabelecimento da relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral, também a adequação das medidas determinadas para concretização fática da consequência jurídica prevista normativamente deve ser justificada racionalmente pelo intérprete/aplicador, mediante argumentação. Esta argumentação envolve juízos acerca da realidade, de carácter pragmático, quanto ao meio mais eficaz, célere e econômico de concretização fática da consequência jurídica prevista normativamente, bem como juízos de valor, relativos à justiça das medidas determinadas, justificados pela existência de proporcionalidade entre tais medidas e elementos fáticos envolvendo o ilícito cometido, tais como a gravidade do ato, a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes e o grau de culpabilidade do infrator.

A apreciação da situação de facto, tal como a configura a pauta carecida de preenchimento, não pode separar-se da questão relativa a que consequência jurídica é aqui ‘adequada’, no sentido da lei. A questão da ‘adequação’ de uma consequência jurídica (a uma situação de facto de determinada espécie) é uma questão de

<sup>52</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 388-389.

valoração. Esta valoração tem que empreendê-la o julgador dentro do quadro que lhe é previamente dado pela norma.<sup>53</sup>

A construção da norma do caso concreto, portanto, resulta do estabelecimento de relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato e a hipótese de incidência de norma geral e da subsequente definição pelo julgador das medidas a serem efetivadas para concretização fática da consequência abstratamente prevista na norma geral. A construção da norma do caso concreto consiste na etapa final do processo de concretização da norma jurídica, momento em que resta atingido o grau máximo de densidade normativa.

### **7.3 A concretização da norma de direito fundamental**

O processo de concretização envolve a interpretação/aplicação de qualquer norma jurídica. Apresentará, entretanto, maior complexidade quanto à concretização de normas de direito fundamental. Esta complexidade decorre da baixa densidade normativa que, via de regra, ostentam as normas de direito fundamental, associada à aplicabilidade imediata destas. O desafio hermenêutico que envolve a concretização dos direitos fundamentais consiste, portanto, na densificação das normas de direito fundamental de forma a permitir sua aplicação ao caso concreto.

Tal como ocorre no processo de concretização de qualquer norma jurídica, a concretização da norma jurídica de direito fundamental tem início com a construção da norma geral, a partir da interpretação de dispositivos normativos. O *dispositivo de direito fundamental* corresponde ao texto normativo cuja interpretação resulta em norma de direito fundamental. A identificação dos dispositivos de direito fundamental, em cada ordenamento jurídico, depende do disposto no respectivo texto constitucional. É a constituição, portanto, que estabelece o critério para caracterização de determinado dispositivo jurídico como sendo dispositivo de direito fundamental.

A CF/88 intitulou seu Capítulo II de “Dos direitos e garantias fundamentais”, o que permite concluir que os dispositivos reunidos em tal capítulo, quais sejam os arts. 5º a 17, incluindo respectivos *caput*, incisos e parágrafos, correspondem, em princípio, a dispositivos de direitos fundamentais. Entretanto, os dispositivos de direito fundamental não se restringem àqueles contidos no referido capítulo. De fato, o §2º do art. 5º, da Constituição Federal, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

---

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 408.

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Este dispositivo, portanto, amplia de forma vasta a categoria dos dispositivos de direito fundamental, permitindo que possam ser incluídos, entre estes, todo e qualquer dispositivo constitucional, cuja interpretação resulte na construção de norma geral previsora de posição subjetiva de vantagem. Dessa forma, todos os dispositivos constitucionais são potencialmente dispositivos de direito fundamental, restando caracterizada tal condição quando utilizados, mediante argumentação racional, para construção de normas que estabeleçam posições subjetivas de vantagem.

Para caracterização de dispositivo integrante do texto constitucional como dispositivo de direito fundamental é irrelevante se aquele foi estabelecido pelo poder constituinte originário ou decorreu de emenda constitucional. O §2º, do art. 5º, da CF/88, possibilita ainda a previsão de direitos fundamentais em tratados internacionais, desde que atendidos os requisitos previstos no §3º do referido artigo, conforme interpretação sistemática dos referidos dispositivos. Dessa forma, serão ainda dispositivos de direito fundamental os dispositivos de tratado internacional que versem sobre direitos humanos, desde que o tratado tenha sido aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

As normas gerais de direito fundamental correspondem a enunciados deônticos resultantes da interpretação de dispositivos de direito fundamental, sendo que a identificação destes, em cada ordenamento jurídico estatal, depende do disposto na respectiva constituição. A construção da norma geral de direito fundamental representa o primeiro passo no processo de concretização dos direitos fundamentais.

Com base na teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy, é possível identificar duas espécies de norma geral de direito fundamental: *a)* norma de direito fundamental expressa e *b)* norma de direito fundamental atribuída ou decorrente.<sup>54</sup>

*A norma de direito fundamental expressa* é aquela diretamente expressa por dispositivo de direito fundamental. Esta norma pode ser construída, de forma dedutiva, a partir da análise de dispositivos de direito fundamental. Apresenta as seguintes características:

- (1) elas se apóiam da forma mais estreita possível na Constituição [...];
- (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral;
- (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e
- (4) elas abrangem, em

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65-76.

grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental.<sup>55</sup>

Uma mesma norma de direito fundamental expressa pode ser manifestada por meio de enunciados deônticos distintos. Por exemplo, a partir do dispositivo de direito fundamental “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (art. 5º, XIII, CF/88) pode ser construída norma de direito fundamental expressa, a qual pode ser manifestada através dos seguintes enunciados deônticos:

- a) É permitido o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer.
- b) É obrigatório que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão seja livre, podendo a lei estabelecer qualificações profissionais.
- c) É proibida a restrição ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com exceção de qualificações profissionais estabelecidas por lei.

Estes três enunciados deônticos expressam uma mesma norma de direito fundamental, que tem como núcleo a proteção do bem jurídico *liberdade de exercício profissional*, sendo esta norma geral expressa diretamente pelo art. 5º, XIII, da CF/88, enquanto dispositivo de direito fundamental.

Pode ocorrer de dispositivo de direito fundamental expressar diretamente modelo de conduta determinado a ser adotado diante de hipótese fática delimitada. Neste caso, a norma de direito fundamental expressa resultante deste dispositivo corresponderá a uma norma-regra. Exemplificativamente, é o que ocorre com vários dispositivos de direito fundamental manifestados em incisos do art. 7º, da CF/88, que estabelecem modelos de conduta determinados, consubstanciados em proibições ou obrigações atribuídas aos empregadores, a serem adotadas diante de uma hipótese fática delimitada, qual seja, a relação de emprego.

Entretanto, via de regra, a norma de direito fundamental expressa manifesta-se como uma norma-princípio, dotada, portanto, de baixa densidade normativa. A norma de direito fundamental de natureza principiológica é, portanto, caracterizada por uma indeterminação resultante de sua abertura semântica e estrutural.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 2008, p. 70.

A abertura semântica da norma de direito fundamental expressa decorre da indeterminação dos termos normalmente utilizados para descrição dos valores ou bens jurídicos protegidos. “Tratamento desumano ou degradante”, “manifestação do pensamento”, “meio ambiente” e “educação” são exemplos de termos utilizados em dispositivos de direito fundamental que carecem de preenchimento para que possam ser relacionados a situações da vida humana.

A abertura estrutural da norma de direito fundamental de natureza principiológica, por sua vez, resulta de que esta não apresenta modelo de conduta dotado de especificidade suficiente, ou seja, não discrimina quais condutas omissivas ou comissivas devem ser adotadas, por quem e diante de quais situações. A norma de direito fundamental de natureza principiológica estabelece a proteção de determinado bem ou valor jurídico, sem, entretanto, vincular esta proteção a hipóteses fáticas delimitadas *a priori* ou a consequências jurídicas previamente determinadas. Explica Zagrebelsky:

*Los principios, ya se há dicho - no imponen una acción conforme com supuesto normativo, como ocurre com las reglas, sino ‘toma de posición’ conforme com su ethos en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una ‘cuestión de principio’.*<sup>57</sup>

Em face de sua abertura, a estrutura da norma de direito fundamental de natureza principiológica pode ser descrita pelo modelo de enunciado deôntico: “*é obrigatória a adoção de conduta que resulte na proteção do valor ou bem jurídico X*”, o qual pode ser igualmente enunciado na forma: “*é vedada a adoção de conduta que resulte na violação da proteção do valor ou bem jurídico X*”.

Para garantir a aplicabilidade direta das normas de direito fundamental ao caso concreto como normas de conduta, o intérprete/aplicador deve proceder a uma densificação da norma de direito fundamental de natureza principiológica, mediante a redução de sua indeterminação semântica e estrutural. Este processo de densificação da norma de direito fundamental de natureza principiológica resulta na construção de norma-regra, a qual estabelecerá modelo de conduta a ser adotado diante de uma hipótese fática. A norma-regra construída a partir do

---

<sup>57</sup> “Os princípios, conforme dito, não impõem uma ação conforme uma hipótese normativa, como ocorre com as regras, senão uma “tomada de posição” conforme seu ethos, em todas as não especificadas e imprevisíveis eventualidades concretas da vida, diante das quais se pode levantar, precisamente, uma “questão de princípio”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 118.

refinamento da norma de direito fundamental de natureza principiológica é denominada de *norma de direito fundamental atribuída ou decorrente*.<sup>58</sup>

Dessa forma, a construção da norma geral de direito fundamental, via de regra, é realizada em duas etapas. Inicialmente, o intérprete/aplicador construirá a norma de direito fundamental expressa a partir de dispositivo de direito fundamental. Quando a norma de direito fundamental expressa possuir natureza principiológica, o intérprete/aplicador, mediante relação de refinamento, procederá a redução da abertura semântica e estrutural daquela norma e conseqüente aumento de sua densidade normativa, resultando na construção da norma de direito fundamental decorrente. A norma de direito fundamental decorrente manifesta-se estruturalmente como uma regra, no sentido de que apresenta um modelo de conduta a ser adotado diante de uma hipótese fática, embora possa ainda conter conceitos indeterminados e pautas cujo preenchimento carece de juízos de realidade e axiológicos.

A norma de direito fundamental decorrente, não obstante ser dotada de maior densidade normativa que a norma de direito fundamental expressa, permanece uma norma geral, ou seja, estabelece um modelo de conduta a ser adotado diante de uma hipótese fática. Portanto, quanto ao grau de densidade normativa, a norma de direito fundamental decorrente representa um passo adiante da norma de direito fundamental expressa em direção à construção da norma do caso concreto. A norma de direito fundamental decorrente, entretanto, diferencia-se da norma do caso concreto no sentido de que aquela permanece uma norma geral, enquanto esta estabelece a conduta específica a ser adotada diante do caso concreto.

A construção de norma geral de direito fundamental decorrente ocorre mediante o preenchimento da abertura semântica e estrutural de elementos da norma geral de direito fundamental expressa. Disto decorre que, a partir de uma mesma norma geral de direito fundamental expressa, podem ser construídas diversas normas de direito fundamental decorrentes, cada qual estabelecendo modelos de condutas variados relacionados com distintas hipóteses fáticas.

A norma de direito fundamental decorrente é, portanto, construída a partir de uma norma de direito fundamental expressa, mediante uma operação de redução de abertura semântica e estrutural, que resulta em maior densidade normativa desta. Enquanto que a norma de direito fundamental expressa é extraída de forma quase imediata de textos normativos mediante uma operação dedutiva, a construção da norma de direito fundamental

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72-73.

decorrente resulta de uma operação de refinamento de elementos da norma de direito fundamental expressa, cuja fundamentação deve ser demonstrada mediante argumentação racional. A validade da norma de direito fundamental decorrente, portanto, depende de argumentação racional apta a justificar sua construção como concretização normativa necessária à proteção de bem ou valor prevista em norma de direito fundamental expressa.

Uma norma atribuída é válida, e é norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*. [...] Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.<sup>59</sup>

A construção da norma de direito fundamental decorrente demanda esforço argumentativo por parte do intérprete/aplicador, já que o direito nela previsto não corresponde à situação subjetiva de vantagem expressamente prevista em dispositivo de direito fundamental. É certo que uma fundamentação com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera o risco de construções irracionais de conteúdos normativos concretos a partir de princípios abstratos. A neutralização deste risco reside na fundamentação racional a ser utilizada na construção de normas jurídicas a partir do conteúdo axiológico objetivo dos direitos fundamentais, com indicação precisa das premissas utilizadas e exposição adequada da justificação da construção formulada.<sup>60</sup>

Uma vez analisado o processo de construção de norma de direito fundamental, enquanto norma geral dotada de estrutura de regra, resta analisar qual a função desempenhada por esta norma na construção da norma decisória resultante do exercício da atividade jurisdicional.

### 7.3.1 *A função das normas de direito fundamental na construção da norma decisória*

A construção da norma decisória, resultante do exercício da atividade jurisdicional, deve estar voltada, primordialmente, à concretização dos direitos fundamentais, independentemente da natureza do litígio a ser solucionado.

Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais e, ainda, a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas idéias. Assim, a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75 (Grifo original).

<sup>60</sup> *Ibid.*, 2008, p. 527.

concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir – pois deve estar de acordo com os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas.<sup>61</sup>

As normas de direito fundamental desempenham função essencial na aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais, a qual se manifesta, sucessivamente, nas atividades de: *a)* interpretação das normas infraconstitucionais conforme a constituição; *b)* controle difuso de constitucionalidade, com a conseqüente inaplicabilidade de normas inconstitucionais; e *c)* aplicabilidade imediata de normas de direito fundamental, quando inexistente norma infraconstitucional válida aplicável ao caso concreto.

Em princípio, a construção da norma geral a ser utilizada na solução do litígio deve ser realizada a partir da interpretação de dispositivos legais. Em um regime democrático, deve prevalecer a opção feita pelo legislador e manifestada nas leis quanto à forma de concretização normativa dos direitos fundamentais. Desde que a opção de concretização normativa manifestada pela lei seja compatível com a “moldura” estabelecida pela norma de direito fundamental, não poderá o juiz substituir tal opção por outra que entenda mais adequada ou justa, sob pena de violação dos princípios democrático e da separação dos poderes. Neste sentido, a lição de Zagrebelsky:

*La legislación tiene un fundamento constitucional propio. Es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida. Pero esto no autoriza en absoluto a negar a la legislación su carácter originario y espontáneo, es decir, a ‘despolitizarla’ [...] El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo ‘holístico’ de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia.<sup>62</sup>*

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. II, p. 36.

<sup>62</sup> “A legislação tem um fundamento constitucional próprio. É expressão de direitos políticos que, em razão da Constituição, estão no mesmo plano dos outros direitos e princípios de justiça. Em caso de contradição, cede a lei, como exige a Constituição rígida. Mas isto não autoriza, em absoluto, negar o caráter originário e espontâneo da legislação, isto é, a lhe ‘despolitizar’ [...] O reconhecimento da legislação como função originária e não derivada depende necessariamente de que a Constituição seja concebida, não como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite, se deixa ao legislador. Somente assim, é possível que a existência de uma Constituição que contenha princípios substantivos não contradiga o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Entendimento contrário, não apenas

A observância das leis como forma originária e prevalente de concretização normativa dos direitos fundamentais não significa que o julgador deva ignorar a supremacia da constituição na atividade de interpretação dos dispositivos legais. Antes, o juiz deve proceder à interpretação das leis em conformidade com a constituição. A *intepretação conforme a constituição* significa que, entre os sentidos abarcados pela moldura da norma infraconstitucional devem ser eliminados aqueles que forem incompatíveis com as normas constitucionais e que, por outro lado, deve prevalecer o sentido que resulte no maior grau de concretização dos direitos fundamentais. A intepretação conforme a constituição envolve juízos de realidade e juízos axiológicos, que resultarão na atribuição à norma infraconstitucional do sentido que consubstancie, com maior eficácia, a proteção normativa de bens e valores consagrados em âmbito constitucional.

Em face dos princípios democrático e da separação dos poderes, a presunção a ser adotado pelo julgador é de que a norma legal é constitucional. Entretanto, em determinadas situações, o julgador depara-se com normas legais que são incompatíveis com as normas constitucionais, sendo tal incompatibilidade insuperável pela via da interpretação conforme a constituição. Dito de outra forma, a moldura desenhada pela norma infraconstitucional não permite a atribuição de qualquer sentido compatível com as normas constitucionais. Nesta situação, o julgador deve declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma legal que, em tese, seria aplicável ao caso concreto, mediante *controle difuso de constitucionalidade*.

A constitucionalidade da norma jurídica deve ser averiguada não apenas em abstrato, mas, igualmente, em face do caso concreto. De fato, pode ocorrer de a aplicação de uma norma geral considerada abstratamente como constitucional resultar na construção de norma decisória que viole bem ou valor jurídico protegido constitucionalmente em face das particularidades do caso concreto. O julgador, portanto, deve analisar tanto a constitucionalidade da norma geral abstratamente considerada, como da norma decisória resultante da aplicação daquela ao caso concreto.

De acordo com o princípio da legalidade, as condutas que não forem expressamente estabelecidas por lei como obrigatórias ou proibidas são consideradas como permitidas. Dessa forma, é possível concluir pela existência de uma norma geral implícita que qualifica como permitida todas as condutas que não forem objeto de regulamentação específica por

---

representa uma manifestação de soberba dos juristas, como também constitui um risco 'holístico' de asfixia política por saturação jurídica. A Constituição seria colocada contra a democracia". ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 151-152.

norma legal. Também esta norma geral implícita poderá ser considerada como inconstitucional quando a conduta tida como permitida resultar em violação a bem ou valor jurídico protegido constitucionalmente.

Em todos os casos em que o julgador verificar a inconstitucionalidade da norma geral infraconstitucional abstratamente considerada ou da norma decisória resultante da aplicação daquela, deve declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma geral em controle difuso e, por consequência, afastar sua aplicação ao caso concreto. Em tais situações, em decorrência da *aplicabilidade imediata* das normas de direito fundamental, o julgador não poderá se eximir de assegurar a fruição de direito fundamental por ausência de concretização normativa válida em âmbito infraconstitucional, e, por consequência, deverá construir a norma decisória diretamente a partir da norma de direito fundamental.

O art. §1º, do art. 5º, da CF/88, por se encontrar encartado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, incorpora direito fundamental, qual seja, o direito à aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental. Como consequência deste direito fundamental, surge o dever dos órgãos jurisdicionais de garantirem a efetividade dos direitos fundamentais no caso concreto. A efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto deve ser garantida em toda e qualquer espécie de ação judicial. Explica Cunha Júnior:

Em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *poder dever* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.<sup>63</sup>

Os órgãos jurisdicionais têm, portanto, o dever constitucional de efetivarem os direitos fundamentais no caso concreto mediante aplicação imediata da norma constitucional previsora, independentemente de mediação legislativa ou executiva. A decisão judicial que indeferir direito fundamental sob o argumento de que este se encontra previsto em norma constitucional de eficácia restrita, cuja produção de efeitos está a depender de ato normativo regulamentar, afronta o §1º, do art. 5º, da CF/88, e, por consequência, configura norma inválida por inconstitucionalidade.

---

<sup>63</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 278 (Grifo original).

### *7.3.2 A ponderação de valores como critério para solução de colisões entre normas de direito fundamental*

As normas de direito fundamental, quando abstratamente consideradas, encontram-se em permanente estado de tensão, no qual a proteção normativa conferida a determinado bem ou valor encontra-se limitada pela proteção normativa conferida a bens e valores distintos. Este estado de tensão não configura antinomia entre tais normas por não serem os bens ou valores protegidos por estas incompatíveis entre si. Entretanto, pode ocorrer que a aplicação ao caso concreto de determinada norma de direito fundamental implique em necessária exclusão ou restrição de direito fundamental previsto em norma constitucional diversa. Em tal situação, restará caracterizada a colisão entre normas de direito fundamental.

Os critérios utilizados para solução de conflitos entre regras jurídicas, quais sejam, o critério hierárquico, cronológico e da especialidade, são inaplicáveis às colisões entre normas de direito fundamental. O critério cronológico resulta da construção escalonada do ordenamento jurídico, de acordo com a qual a norma jurídica encontra fundamento de validade na norma jurídica de hierarquia superior, em um processo vertical que culmina na constituição. Segundo este critério hierárquico, em um conflito entre normas de hierarquia distinta, prevalece a norma de hierarquia superior, com a consequente invalidade da norma de hierarquia inferior. As normas de direito fundamental são todas normas constitucionais, dotadas, portanto, do mesmo grau hierárquico, pelo que inaplicável o critério hierárquico.

Segundo o critério cronológico, a antinomia entre regras jurídicas do mesmo grau hierárquico deve ser resolvida em favor da norma mais recente, sob o fundamento de que esta teria revogado tacitamente a norma mais antiga. O critério cronológico resta inservível para a solução de conflitos entre normas de direito fundamental já que tais normas, quando abstratamente consideradas, não se apresentam como antinômicas entre si, o que afasta a possibilidade de se considerar determinada norma constitucional como revogada tacitamente por incompatibilidade material com norma constitucional superveniente, mesmo porque as normas de direito fundamental, em sua grande maioria, foram criadas simultaneamente como obra do poder constituinte originário.

O critério da especialidade deve ser aplicado em antinomia que envolve normas do mesmo grau hierárquico, mas com diferentes graus de generalidade. A norma especial funciona como uma cláusula de exceção à regulamentação prevista na norma geral, retirando

do âmbito de regulamentação desta norma geral uma determinada situação hipotética que passa a ser regulamentada pela norma especial. Em havendo antinomia entre norma geral e norma especial, deverá ser aplicada esta última quando o caso concreto coordenar-se com a situação fática hipotética mais restrita por ela disciplinada. A norma geral permanecerá válida e vigente, aplicando-se às demais situações coordenadas com o modelo fático manifestado na norma geral. As normas de direito fundamental possuem alto grau de abstração, manifestando-se, via de regra, como princípios, pelo que não há como se estabelecer uma relação de graus distintos de generalidade entre estas, resultando na imprestabilidade do critério da especialidade como solução de colisão entre normas de direito fundamental.

Não é possível a solução de colisão entre normas de direito fundamental mediante o estabelecimento de uma hierarquia *a priori* de valores constitucionalmente protegidos. Todos os bens e valores consagrados em normas de direito fundamental gozam do mesmo grau de proteção jurídica, não havendo como identificar, *in abstracto*, valores que se sobreporiam a outros. Resta, portanto, afastada a possibilidade de fixação de relações de prevalência abstratas ou absolutas entre direitos fundamentais.

O critério a ser adotado como solução de colisões entre normas de direito fundamental deve ser a *ponderação de valores*. Somente diante do caso concreto, mediante ponderação de valores, poderá o julgador decidir pela precedência de determinada norma de direito fundamental sobre outra. A ponderação de valores permite ao julgador decidir, entre direitos fundamentais distintos, que abstratamente gozam do mesmo grau de proteção jurídica, qual deverá prevalecer diante das circunstâncias do caso concreto. Esta decisão deverá ser justificada racionalmente, mediante argumentação que envolva juízos acerca da realidade e axiológicos. Explica Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, em que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.<sup>64</sup>

A ponderação de valores consiste no “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Diante do

---

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

caso concreto, o julgador indicará as condições que justificam a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro. Condições distintas poderão resultar em relação de precedência contrária, em caso concreto diverso. A relação de precedência condicionada entre princípios de direito fundamental no caso concreto pode ser descrita mediante o seguinte enunciado: “Em um caso concreto, o princípio *P1* prevalece sobre *P2* se houver razões suficiente para que *P1* prevaleça sobre *P2* sob as condições *C*, presentes no caso concreto”.<sup>65</sup>

A ponderação de valores, manifestada como uma relação de precedência condicionada, resulta na criação da norma do caso concreto. Esta norma consiste em norma de direito fundamental decorrente, já que construída a partir de fundamentação referida a princípios de direito fundamental. A norma do caso concreto resultante de ponderação de valores manifesta-se como uma regra cujo suporte fático corresponde às condições que determinaram a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro e cuja consequência jurídica corresponde à medida que concretize faticamente o bem ou valor protegido no princípio considerado como prevalente.<sup>66</sup>

A ponderação de valores, manifestada como uma relação de precedência condicionada, resulta na criação da norma do caso concreto. Esta norma consiste em norma de direito fundamental decorrente, já que construída a partir de fundamentação referida a princípios de direito fundamental. A norma do caso concreto resultante de ponderação de valores manifesta-se como uma regra cujo suporte fático corresponde às condições que determinaram a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro e cuja consequência jurídica corresponde à medida que concretize faticamente o bem ou valor protegido no princípio considerado como prevalente.<sup>67</sup>

A decisão ponderativa deve ser fundamentada em um juízo de proporcionalidade justificado racionalmente. Este juízo de proporcionalidade deverá justificar a relação de precedência entre normas de direito fundamental estabelecida no caso concreto sob os aspectos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>68</sup> É necessário, portanto, que o julgador justifique, racionalmente, mediante argumentação: *a)* que a prevalência de um princípio constitucional em detrimento de outro, em face das

---

<sup>65</sup> Ibid., 2008, p. 96-98.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98-103.

<sup>67</sup> Ibid., 2008, p. 98-103.

<sup>68</sup> Ibid., 2008, p. 116-120.

circunstâncias do caso concreto, é *condição necessária* para solução do litígio; *b*) que a regra resultante da relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes constitui *solução adequada* ao litígio; e *c*) que tal regra atende à *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, que o princípio tido como de menor “peso” foi afetado o mínimo possível, na medida estritamente necessária à satisfação do princípio prevalente.

#### **7.4 Jurisdição e concretização dos direitos fundamentais**

Tal como ocorre com qualquer das funções estatais, também a jurisdição deve ser necessariamente orientada para a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de invalidade do ato jurisdicional. A concretização dos direitos fundamentais na solução dos litígios é, portanto, dever indeclinável, imposto constitucionalmente, ao juiz. A concretização dos direitos fundamentais decorrente da atuação jurisdicional manifesta-se tanto no plano normativo, enquanto norma decisória consubstanciada na decisão judicial, como no plano fático, enquanto medidas impostas para garantir a efetivação desta decisão no mundo fenomênico.

A ideologia do liberalismo gerou a noção de que a jurisdição consiste em atividade meramente declaratória do direito previamente criado pelo legislador e contido integralmente nas leis. Na ânsia de desconstruir o Estado absolutista, os movimentos revolucionários liberais adotaram a separação de poderes como dogma absoluto, traçando limites precisos e intransponíveis para a atuação de cada uma das funções estatais, cuja violação revelaria tendência ao autoritarismo e ameaça ao Estado de Direito. De acordo com o paradigma liberalista, ao Poder Judiciário era vedado qualquer iniciativa de construção criativa do direito, sendo o juiz reduzido à função de “bouche de la loi”, ou seja, o canal através do qual era veiculado o direito previamente criado por competência exclusiva do Poder Legislativo. A visão liberalista acerca da jurisdição teve como efeito o legiscentrismo, ou seja, a crença de que o direito encontra-se integralmente contido na lei, cabendo ao juiz, simplesmente, revelar a vontade desta mediante interpretação gramatical e lógico-sistemática dos dispositivos constantes nos códigos. O juiz, na concepção liberalista, foi transformado em escravo do legislador.

O poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’. [...] Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas

relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei.<sup>69</sup>

A noção da jurisdição como atividade meramente declaratória tem como pressuposto que o direito aplicável ao caso concreto encontra-se previamente dado e formulado de maneira completa, bastando ao julgador identificar a “vontade da lei” e aplicá-la ao caso concreto. Esta visão parece ter sido adotada por Chiovenda quando afirma que “pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente”.<sup>70</sup>

Outro pressuposto da compreensão da jurisdição como atividade declaratória refere-se à suposta neutralidade axiológica do juiz. Como ao juiz caberia apenas a descrição objetiva da “vontade da lei”, a interpretação da lei não poderia ser maculada por suas opiniões e valores individuais. A neutralidade axiológica do juiz consiste na importação para a atividade de interpretação/aplicação da norma jurídica do mito positivista da neutralidade axiológica do pesquisador.

A compreensão da jurisdição como atividade declaratória de direito é equivocada. A norma jurídica não é oferecida ao juiz pelo legislador como algo pronto e acabado. A interpretação/aplicação da norma jurídica, por sua vez, não ocorre mediante uma operação lógico-formal na qual o julgador descreve objetivamente o sentido da lei e aplica esta ao caso concreto por uma subsunção silogística.

A adoção da teoria objetivista, que atribui à lei poderes absolutos de previsibilidade e solução de conflitos supervenientes, ignora a multiplicidade das situações da vida humana e a evolução permanente dos fatos e dos valores sociais. Não existe uma “vontade concreta da lei” estabelecida previamente pelo legislador, passível de identificação objetiva, capaz de resolver a integralidade de conflitos surgidos no seio das relações sociais. Neste sentido, afirma Marinoni:

A finalidade da jurisdição não é mais a de atuar a vontade da lei, pois o juiz, para decidir, tem que aplicar a lei de acordo com o conteúdo do direito da sua época. [...] Não podemos mais aceitar a idéia de que o juiz atua a vontade da lei, como se a lei ainda fosse a expressão tranquila da vontade geral. O escopo de atuação da vontade da lei, como concebido, reflete a ideologia do Estado liberal que em determinado momento pretendeu até mesmo proibir o juiz de interpretar a lei.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I, p. 25, 30-31.

<sup>70</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. II, p. 8; 17.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 93.

O juiz, como ser humano, traz consigo uma série de noções e experiências prévias, das quais não pode se dissociar no momento da formulação dos juízos acerca da realidade e dos juízos axiológicos que envolvem, necessariamente, a interpretação/aplicação do direito. A objetividade científica não repousa em uma suposta neutralidade axiológica do pesquisador, mas no método crítico, ou seja, na possibilidade de crítica racional de toda e qualquer teoria. A pré-compreensão do julgador não se confunde com uma postura dogmática, já que será confirmada ou refutada ao longo do processo interpretativo. Por outro lado, uma postura axiologicamente neutra do juiz seria incompatível com o dever de concretização dos valores protegidos pelas normas de direito fundamental.

É importante, assim, que seja resgatado o conteúdo da lei e que esse conteúdo seja buscado nos valores expressos na Constituição da República, até mesmo para que possa ser apontada a substancial inconstitucionalidade da lei injusta. A lei, para ser atuada de modo a revelar os valores do Estado e da sociedade, deve concretizar a idéia de direito posta na Constituição. O juiz que não está consciente do conteúdo do direito que deve aplicar, ao afirmar o poder do Estado na sua decisão, não estará afirmando os valores do Estado e da sociedade, e a sua atividade será mais parecida com a de um escravo do poder do que com a de um agente do poder.<sup>72</sup>

A jurisdição não é uma atividade meramente declaratória de direito, mas uma atividade criadora de direito. “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito”.<sup>73</sup>

A aplicação de uma norma jurídica resulta na produção de uma norma jurídica de hierarquia inferior, cuja aplicação, por sua vez, resultará na produção de outra norma jurídica de hierarquia inferior à norma aplicada, sucessivamente. “Todo ato normativo apresenta-se, ao mesmo tempo, como aplicação de uma norma hierarquicamente superior e como criação de uma norma hierarquicamente inferior”.<sup>74</sup>

O processo de aplicação sucessiva das normas jurídicas culmina na criação de norma do caso concreto. A aplicação da norma do caso concreto, por sua vez, rompe o processo de produção normativa, já que tal aplicação não resulta na produção de outra norma jurídica, mas na adoção de medidas fáticas que concretizem a consequência jurídica prevista nesta norma.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 94.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 260-261.

<sup>74</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 217.

<sup>75</sup> KELSEN, Hans, op. cit., 2009, p. 261.

A norma jurídica não determina de forma absoluta o conteúdo da norma de hierarquia inferior a ser produzida como resultado da aplicação daquela. Em face da ambiguidade da linguagem, bem como da multiplicidade e imprevisibilidade das condutas humanas, seria impossível ao órgão criador da norma jurídica de hierarquia superior estabelecer, de forma absoluta e com precisão, o conteúdo da norma de hierarquia inferior a ser produzida em decorrência da aplicação daquela, notadamente quando a norma a produzir se tratar da norma do caso concreto, a qual precisa ter em conta as peculiaridades do caso a decidir.<sup>76</sup>

A indeterminação, em maior ou menor grau, do conteúdo da norma de hierarquia inferior a ser produzida como resultado da aplicação de norma de hierarquia superior resulta na necessidade inafastável de interpretação da norma que se aplica. A norma jurídica traça uma moldura que permite várias possibilidades de aplicação, ou seja, a aplicação de uma mesma norma jurídica pode dar surgimento a normas com conteúdos distintos, conforme diferentes sentidos resultantes da interpretação da norma que se aplica. A “moldura que é a norma superior combina vinculação e indeterminação do conteúdo da norma inferior, trazendo, como consequência, que o processo de criação do direito carregue, dentro de si, a imperiosa necessidade de interpretação”.<sup>77</sup>

O juiz, ao preferir a decisão, cria a norma decisória, cuja eficácia é limitada ao caso concreto que está sendo decidido. A criação da norma decisória resulta da aplicação de normas jurídicas. A prolação de decisão judicial, portanto, insere-se no processo de aplicação/produção do direito. Tanto o legislador como o juiz participam da atividade de produção jurídica, o primeiro, estabelecendo normas gerais, o segundo, normas individuais.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.<sup>78</sup>

A jurisdição, portanto, não se resume a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente dado. Consiste, sim, em uma atividade criadora de direito, que se realiza

---

<sup>76</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 272.

<sup>77</sup> MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 117.

<sup>78</sup> KELSEN, Hans, op. cit., 2009, p. 263.

na construção da norma do caso concreto consubstanciada na decisão judicial. Neste aspecto, precisa a lição de Kelsen:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou juris-'dição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. [...] A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.<sup>79</sup>

A norma decisória é, portanto, criada por meio da decisão judicial, não existindo anteriormente à prolação do julgado. Esta norma encontra-se consubstanciada no dispositivo da decisão judicial, consistindo no comando para que, diante do caso concreto, sejam adotadas as consequências jurídicas determinadas. Explica Didier Jr.:

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação de norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado Constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim, com os direitos fundamentais [...] Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).<sup>80</sup>

A norma decisória apresenta como notas características a definitividade e a executoriedade. É definitiva, porque não pode ser revista por órgão que não integre o próprio Poder Judiciário, sendo que, uma vez transitada em julgado, torna-se imutável até mesmo para os órgãos judiciários. É dotada de executoriedade, porque seu cumprimento pode ser imposto ao condenado, inclusive contra a vontade deste, por meio da adoção de medidas coercitivas concretas.

A validade da norma decisória tem como requisito a justificação racional de sua construção mediante argumentação exposta na fundamentação da decisão judicial. "O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma *argumentação*

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 264-265.

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2010, v. I, p. 87-88 (Grifos originais).

*racional*".<sup>81</sup> A fundamentação da decisão judicial, mediante argumentação racional, permite a avaliação da norma decisória como solução adequada ao litígio, servindo como forma de controle dos atos judiciais e remédio contra o arbítrio.

Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve ser apenas provado, mas *com*-provado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção de consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquistou a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).<sup>82</sup>

A fundamentação da decisão judicial deve se manifestar como argumentação, na qual o julgador justifica racionalmente a adequação dos juízos de realidade e juízos axiológicos que resultaram na norma decisória. É certo que a argumentação jurídica não se manifesta exclusivamente com base na lógica formal típica da demonstração, já que juízos axiológicos não podem ser justificados mediante raciocínio matemático. Isso não quer dizer, entretanto, que a argumentação jurídica esteja afastada do plano da lógica. O juiz deverá justificar racionalmente os motivos pelos quais a decisão proferida deve ser considerada como solução adequada para o litígio concreto.

[A] teoria da argumentação desenvolveu-se com base na idéia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu descortínio. A demonstração, nesse sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios persuasivos, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração.<sup>83</sup>

Quanto maior a abertura semântica ou estrutural da norma geral a ser concretizada, mais intensa será a obrigação do intérprete/aplicador de justificar racionalmente a adequação dos juízos acerca da realidade e axiológicos utilizados no processo de construção da norma decisória.

Pela teoria da argumentação, permite-se que, no processo judicial, sejam discutidos os limites hermenêuticos, contidos na própria Constituição, para atuação legítima da jurisdição constitucional, exigindo que as partes e o órgão judicial se desincumbam

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008, p. 53-54 (Grifo original).

<sup>82</sup> FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 299 (Grifos originais).

<sup>83</sup> *Ibid.*, 2008, p. 300.

de seus *ônus argumentativos*, os quais devem ser tanto mais intensos quanto mais forem vagas as normas a serem aplicadas.<sup>84</sup>

A justificação racional do processo construtivo da norma decisória mediante argumentação é materializada na fundamentação da decisão judicial. A fundamentação das decisões judiciais consubstancia inclusive direito fundamental dos litigantes, sendo exigência constitucional de validade do julgado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

#### 7.4.1 *Os poderes instrutórios do juiz*

A construção da norma do caso concreto envolve elementos normativos e elementos da realidade. Indispensável, portanto, para a construção da norma decisória, enquanto norma do caso concreto veiculada na decisão judicial, a coleta de elementos da realidade relativos ao caso concreto, os quais são trazidos ao processo na fase instrutória.

Em face do dever indeclinável do juiz de construção da norma decisória como solução adequada do litígio, não pode permanecer inerte quanto à produção de provas acerca dos fatos controversos que envolvem o conflito. Antes, deve o juiz exercer poderes instrutórios, sendo-lhe permitido determinar a produção de provas em busca da verdade acerca destes fatos. Tal entendimento encontra respaldo legal no art. 130, do CPC, o qual permite a produção de provas de ofício pelo juiz.

O modelo processual brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado que a Constituição da República estabeleceu para o Brasil. E nesse modelo de Estado ativo a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo-se que esse agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.<sup>85</sup>

O exercício de poderes instrutórios pelo juiz deve se limitar a fatos essenciais ao deslinde do litígio sobre os quais paire controvérsia decorrente de provas contraditórias produzidas pelas partes. Dessa forma, a produção de provas constitui, *a priori*, ônus processual das partes, manifestando-se o exercício de poderes instrutórios pelo juiz como atividade complementar justificada quando o conjunto probatório formado nos autos apresentar-se como contraditório e inconclusivo.

---

<sup>84</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111 (Grifo original).

<sup>85</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* (Coord.). **Processo civil** - Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 43.

Em nosso sistema, que, a um só tempo, concentra nas partes o ônus da prova, mas não retira do juiz a tarefa de produzi-la de ofício sempre que entender necessário, o que precisa existir, como única forma de interpretação harmônica dessas regras, é a *colaboração* entre partes e juiz, dentro do processo, na apuração dos fatos. As partes trazem aos autos os fatos e o juiz, *eventualmente, complementar*á essa atividade, com intuito de recomposição mais fidedigna possível do quadro fático. Ele o fará sempre que perceber alguma incongruência *objetiva* nessa reconstituição. Isto é, quando do próprio material trazido aos autos pelas partes seja aferível alguma deficiência de demonstração em relação a fatos cujo esclarecimento se mostra essencial, porque passível de influir decisivamente no julgamento.<sup>86</sup>

O reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz não resulta em qualquer ofensa ao princípio da isonomia. Ao contrário, a atuação do juiz na produção de provas resulta em efetiva concretização da isonomia material nos casos de manifesta dificuldade de produção probatória pela parte, como é comum ocorrer em litígios que envolvem direito do trabalho ou direito do consumidor.

[As] apontadas ofensas a este princípio [da isonomia] fundam-se na plena disponibilidade das provas pelas partes, o que é um reflexo do ideal liberal-individualista, que não pode ser encarado de modo absoluto, porquanto dissonante da visão social que vem marcando a evolução do ordenamento jurídico. Ademais, a invocação da plena disponibilidade das provas pelas partes pode ser, ao revés do que pretende, um maio, aí sim, de ofensa ao princípio da igualdade substancial, na medida em que, como é cediço, nem sempre as partes têm, na prática, as mesmas condições de produzir prova dos fatos que alegam em seu favor; assim, longe de representar uma ofensa à isonomia, a atuação positiva do magistrado na investigação probatória pode representar uma atuação da igualdade substancial no processo, com o equilíbrio, in concreto, da situação jurídica das partes.<sup>87</sup>

O exercício de poderes instrutórios pelo juiz tampouco viola o princípio da imparcialidade, já que as provas resultantes são voltadas à busca da verdade, não sendo destinadas aprioristicamente à defesa da pretensão de qualquer das partes. O juiz, ao determinar de ofício a produção de prova, “não tem como saber, de antemão, qual das partes será beneficiada por essa diligência. Por isso, aliás, não há parcialidade (nem mesmo psicológica) ao determinar a produção de prova cuja apuração do fato poderá beneficiar uma das partes”.<sup>88</sup> No mesmo sentido, afirma Câmara:

Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatório do juiz. E digo isso com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do

<sup>86</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 157-158 (Grifos originais).

<sup>87</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, p. 53.

<sup>88</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão, op. cit., 2008, p. 156.

juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isso mostra o equívoco do entendimento oposto.<sup>89</sup>

A imparcialidade do juiz, no caso de exercício de poderes instrutórios por este, restará preservada pela concessão às partes de oportunidade para manifestação acerca das provas produzidas nos autos, como consequência necessária do princípio do contraditório, bem como pelo dever imposto ao magistrado de fundamentar suas decisões, inclusive quanto às razões que justificaram a produção de prova de ofício como elemento necessário à busca da verdade real.

A melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vieram aos autos, por iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, a motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de foro íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.<sup>90</sup>

O entendimento de que as partes possuem plena disponibilidade sobre as provas é reflexo de uma visão privatística do processo, a qual não é compatível com a concepção publicista do processo atualmente prevalente. De acordo com a concepção publicista do processo, para além do interesse das partes, existe um interesse público na solução célere e justa dos litígios. Desta forma, o exercício de poderes instrutórios pelo juiz não só é possível, como constitui um dever imposto ao magistrado sempre que o grau de controvérsia entre as provas produzidas pelas partes resultar em efetivo obstáculo à busca da verdade real e, por consequência, em ameaça ao interesse público de solução justa dos conflitos.

#### 7.4.2 *O ativismo judicial*

*O ativismo judicial* defende uma postura ativa do juiz na solução dos litígios judiciais e na condução do processo, entendendo a jurisdição como atividade criadora de direito, voltada, primordialmente, para a concretização das normas constitucionais.

Defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que, em última análise, valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que na haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação.

<sup>89</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* (Coord.). **Processo civil** - Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 33.

<sup>90</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, p. 54.

[...] Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para sua atuação.<sup>91</sup>

Ao ativismo judicial opõe-se o *garantismo processual*, para o qual o papel do juiz deve se limitar a aplicação da norma jurídica estabelecida pelo legislador, com a redução, ao grau máximo possível, de sua discricionariedade na condução do processo.

[O] *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo* e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. [...] Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade.<sup>92</sup>

Os institutos da jurisdição e do processo têm peso distinto para ativistas e garantistas. Para os ativistas, a *jurisdição* assume maior relevância, posto que nela se manifesta a criação da norma decisória pelo juiz. Já para os garantistas, o *processo* é a categoria fundamental, posto que entendem as normas processuais como regras para o controle e contenção da discricionariedade na atividade judicial

Para o *ativismo judicial*, o exercício do poder – da *jurisdição*, portanto – habilita o juiz a buscar, a qualquer custo, fazer ‘justiça’ nos casos que lhe são submetidos. [...] para os *ativistas*, essa busca por ‘justiça’ não encontra obstáculo nem mesmo na eventual falta de autorização do legislador para que o juiz aja em determinadas situações. Para os ativistas, é normal que o sistema dote o juiz de maiores poderes de atuação na relação processual e mesmo na condução do processo. E, mesmo quando a legislação – muitas vezes porque ultrapassada – ainda não se tenha aperfeiçoado para permitir o manejo mais contundente de seus poderes, mesmo assim teria o magistrado de atuar com coragem e fazer tudo que estivesse ao seu alcance para, com criatividade, potencializar sua atuação no processo para fazer com que seu resultado seja ‘justo’. [...] Nesta perspectiva fica fácil concluir que a categoria fundamental *jurisdição* ganha importante relevo na dinâmica de atuação do *ativismo judicial*. A tutela jurisdicional – expressão de poder – deve ser operada para atingir o resultado ‘justo’ como produto de sua atuação.<sup>93</sup>

A postura ativa do juiz na condução do processo, defendida pelo *ativismo judicial*, decorre da ideia de que o processo não interessa apenas às partes do litígio, mas de que existe um interesse público na solução célere e justa do processo, como forma de assegurar à sociedade a integridade e efetividade do ordenamento jurídico, sob pena de se instaurar a descrença generalizada no direito como forma de garantia da paz social.

<sup>91</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. In: **MP/MG Jurídico**, 2009, n. 18, p. 9 (Grifos originais).

<sup>92</sup> *Ibid.*, 2009, n. 18, p. 9 (Grifos originais).

<sup>93</sup> *Ibid.*, 2009, n. 18, p. 13 (Grifos originais).

*Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión 'publicista' o 'social' del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.<sup>94</sup>*

O garantismo processual enfatiza o valor jurídico da *segurança*, ressaltando a importância do *proceso* como mecanismo de controle da atividade judicial. Já o ativismo judicial está voltado ao valor jurídico da *justiça*, enfatizando a *jurisdicción* como forma de concretização dos valores protegidos constitucionalmente no caso concreto.

É certo que o processo deve se desenvolver de acordo com normas jurídicas previamente fixadas, as quais, inclusive, fixam limitações ao exercício da atividade judicial, sob pena de irracionalidade e conseqüente inviabilidade do processo como método de solução dos litígios. Entretanto, não se pode esquecer que o processo é instrumento para efetivação do direito material no caso concreto. O processo, em face de sua natureza instrumental, não pode se sobrepor à concretização dos valores protegidos juridicamente, notadamente daqueles consagrados em âmbito constitucional. A razão, portanto, parece estar com Pico i Junoy quando propõe o abandono de posturas extremadas por parte de ativistas ou garantistas em favor de uma posição de equilíbrio:

*[...] una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibile desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la 'Justicia' también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.<sup>95</sup>*

<sup>94</sup> “Certamente, as concepções privatísticas do processo como negócio particular ou relação jurídica privada encontram-se, desde muito, superadas em favor de uma visão ‘publicista’ ou ‘social’ do processo, que o concebe como instrumento necessário para o exercício da função jurisdiccional do Estado. Não obstante o que se discute no processo tenha, em regra, caráter disponível ou privado, isto não implica que tais características possam igualmente ser atribuídas ao processo, pois o modo de desenvolvimento deste não pertence aos litigantes, mas ao Estado, único titular da função jurisdiccional, o qual se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função” (Tradução do autor). PICO I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan M. (Org.). **Proceso e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 121-122.

<sup>95</sup> “uma solução ou postura intermediária entre ambas as posições doutrinárias, alcançando, assim, um equilíbrio, pois a eficácia do processo sem garantismo é inadmissível sob um ponto de vista constitucional, enquanto que o garantismo sem eficácia tampouco é aceitável se o que se pretende é atingir a tutela judicial mais justa

A concretização dos direitos fundamentais na solução dos litígios é dever indeclinável do juiz, o qual não pode ser obstaculado pela ausência de normas legais de natureza material ou processual. Neste sentido, o ativismo judicial se impõe como dever constitucional do juiz. Por outro lado, a concretização dos direitos fundamentais não é incompatível com o processo. Ao contrário, o devido processo, com suas garantias iminentes do contraditório e da ampla defesa, consiste, ele próprio, em direito fundamental, consubstanciando meio ideal para concretização dos direitos fundamentais na solução dos litígios.

## 7.5 O resgate dos valores para o âmbito da ciência do direito

A aplicação das normas de direito fundamental, entendidas como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, exige a formulação, não apenas de juízos de realidade, mas, igualmente, de juízos de valor. O método da concretização dos direitos fundamentais defende a possibilidade de justificação racional, mediante argumentação, dos juízos axiológicos formulados na atividade de interpretação/aplicação das normas jurídicas. Em face desse pressuposto metodológico, necessário enfrentar a questão acerca da pretensa neutralidade axiológica do método científico.

Segundo o modelo cartesiano, o conhecimento científico deve ser construído sobre o rigor da lógica formal, típica das ciências matemáticas. O papel do pesquisador, de acordo com este modelo, seria revelar as leis naturais que regem o universo. Segundo Descartes, “os que buscam o reto caminho da verdade não se devem ocupar de nenhum objeto acerca do qual não possam ter uma certeza igual à das demonstrações da aritmética e da geometria”.<sup>96</sup> A concepção racionalista cartesiana resulta no paradigma da neutralidade axiológica do pesquisador, segundo o qual, os valores estariam situados fora do âmbito da ciência, já que sua correção não é passível de demonstração por meio da lógica formal.

A concepção racionalista, própria do método cartesiano, quando aplicada ao direito, resulta no positivismo formalista. Conforme esta corrente doutrinária, a Ciência do direito teria como tarefa exclusiva a descrição dos sentidos possíveis das normas de direito positivo consideradas em si mesmas e em sua relação recíproca. Não caberia ao jurista qualquer

---

possível, e não se pode esquecer que a ‘Justiça’ também é um valor supremo na maioria dos textos constitucionais, seja por previsão expressa, seja na forma implícita. Por isso, devemos nos esforçar na busca de uma postura intermediária que, sem violar qualquer garantia constitucional das partes, alcance a máxima eficácia do processo” (Tradução do autor). PICO I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan M. (Org.). **Processo e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 112.

<sup>96</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método** - Regras para direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 77.

tentativa de justificar a correção de um destes sentidos mediante juízos axiológicos, já que estes seriam insuscetíveis de justificação racional e, portanto, incompatíveis com o conhecimento científico. “O positivismo científico recomenda à ciência jurídica assumir, diante do direito positivo, uma postura de neutralidade, não de valoração. É tarefa da ciência jurídica apenas descrever o direito existente, não valorá-lo”.<sup>97</sup>

O positivismo formalista recusa qualquer critério ou método hermenêutico como apto a explicar racionalmente a prevalência de um determinado sentido atribuído à norma jurídica em detrimento de outros sentidos igualmente abarcados pela moldura normativa. Para esta corrente, a interpretação da norma jurídica pelo aplicador, designada como interpretação autêntica, consistiria em um ato de vontade. Por esta razão, o estudo da interpretação autêntica estaria situado fora do âmbito de estudo da ciência do direito. Neste sentido, afirma Kelsen:

A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito pré-existente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.<sup>98</sup>

Entende-se que o paradigma da neutralidade axiológica do pesquisador, tal como defendida pelo positivismo, seja no âmbito das ciências naturais ou normativas, trata-se de uma pré-concepção distanciada da realidade. A objetividade da ciência não está relacionada a uma postura do pesquisador desprovida de valores ou interesses. Explica Popper:

É um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. E é um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social. O cientista natural é tão partidário quanto as outras pessoas, e a não ser que pertença aos poucos que estão, constantemente, produzindo novas idéias, ele está, infelizmente muito inclinado, em geral a favorecer suas idéias preferidas de um modo parcial e unilateral. [...] O cientista ‘objetivo’ ou ‘isento de valores’ é, dificilmente, o cientista ideal. Sem paixão não se consegue nada – certamente não em ciência pura. A frase ‘a paixão pela verdade’ não é uma mera metáfora.<sup>99</sup>

A objetividade científica repousa, não em uma suposta neutralidade axiológica do pesquisador, mas no *método crítico*, ou seja, na possibilidade de crítica racional de toda e qualquer teoria. Novamente, invoca-se a lição de Popper:

<sup>97</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 353.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392-393.

<sup>99</sup> POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 22; 25.

A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo. [...] A razão crítica é a única alternativa, descoberta até hoje, para a violência. Parece-me claro ser a tarefa óbvia de todos os intelectuais contribuir para ‘esta’ revolução – pela substituição da função eliminatória da violência pela função eliminatória da razão crítica.<sup>100</sup>

A Ciência do direito é uma *ciência cultural*. As ciências culturais são aquelas que estudam objeto pertencente ao mundo da cultura. Por cultura, pode-se entender o conjunto de “bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos”<sup>101</sup>, englobando as ideias exteriorizadas e as obras resultantes da transformação da natureza pela ação humana. Diferem das ciências naturais, entendidas como aquelas que têm por objeto fenômenos pertencentes ao mundo da natureza, os quais se manifestam independentemente do pensamento ou da ação humana.

As ciências naturais têm natureza descritiva, no sentido de que sua finalidade é descrição dos fenômenos observados. As ciências culturais, por outro lado, não se limitam a explicar descritivamente os bens culturais, buscando, igualmente, compreendê-los sob uma perspectiva axiológica. “Nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de *compreender*, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o *sentido* dos fenômenos, valorando-os”.<sup>102</sup> As ciências culturais, portanto, envolvem não apenas juízos de realidade, que permitirão a *descrição* do fenômeno observado, mas também juízos axiológicos, que permitirão sua *compreensão*. Neste sentido, afirma Reale:

Os bens de cultura compreendem-se, não se explicam apenas. O explicar é condição do compreender, porque em todo objeto cultural existe um elemento que é o ‘suporte’. A compreensão marca, ao contrário, o íntimo contacto (vivência) com o elemento valorativo ou axiológico, que nos dá o sentido ou significado de um fato humano. Sem ‘compreensão, entendido o termo na acepção especial que lhe estamos dando, não existe ciência cultural. [...] No fundo, cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os’.<sup>103</sup>

A ciência do Direito, além de ciência cultural, é uma *ciência normativa*, no que difere das ciências causais. Estas estudam objetos regidos pelo princípio da causalidade, segundo o qual a ocorrência de determinada causa acarretará, necessariamente, na produção de um determinado efeito. Dessa forma, as ciências causais têm como finalidade a observação do fenômeno com o intuito de descrição das leis de causalidade que o regem. As ciências

<sup>100</sup> POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16; 39.

<sup>101</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. I, p. 216.

<sup>102</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

<sup>103</sup> REALE, Miguel, op. cit., 1978, v. I, p. 251-252; 255.

normativas, por sua vez, caracterizam-se por terem normas como objeto de seu estudo. As normas não estão submetidas a relações de causalidade, mas, antes, estabelecem relações de imputação, ou seja, prescrevem consequências que devem ser adotadas em face de determinados pressupostos fáticos.

A Ciência do direito tem por objeto as normas jurídicas, as quais prescrevem modelos de condutas humanas que devem ser adotadas diante de determinadas hipóteses fáticas. A determinação destes modelos de conduta é feita com base em valores cuja concretização é visada pelas normas jurídicas. “A medida do valor, que se atribui ao fato, transporta-se para a norma. A base da norma é o fato, sem dúvida, mas o fato axiologicamente dimensionado.”<sup>104</sup>. Neste sentido, afirma Larenz:

O legislador que estatui uma norma, ou, mais precisamente, que intenta regular um determinado sector da vida por meio de normas, deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça e de oportunidade, às quais subjazem em última instância determinadas valorações. [...] Nestes termos, ‘compreender’ uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o ‘caso’.<sup>105</sup>

O direito, portanto, manifesta-se por meio de normas, as quais prescrevem modelos de conduta que devem ser adotados em decorrência de pressupostos fáticos, com a finalidade de realização de determinados valores. Sendo assim, fato, valor e norma correspondem às dimensões do direito, coexistindo em uma relação dialética e compondo o fenômeno jurídico em uma unidade concreta. Esta a lição de Reale:

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.<sup>106</sup>

Em face da tridimensionalidade do direito, sua compreensão envolve, necessariamente, juízos de realidade e juízos de valor. Os *juízos de realidade* consistem no ato mental de atribuição de determinada qualidade a um ente com base na *explicação* deste, mediante descrição de suas propriedades manifestadas no mundo fenomênico. Os *juízos de valor*, por sua vez, consistem no ato mental de atribuição de um determinado valor a um ente com base

<sup>104</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18.

<sup>105</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 297-298.

<sup>106</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65 (Grifos originais).

na *compreensão* deste, mediante valoração pelo sujeito cognoscente. Nos juízos de realidade, a atribuição da qualidade ao ente resulta da “apresentação mesma do objeto, impondo-se ao sujeito cognoscente, cuja consciência não pode senão verificar o enlace, sem possibilidade de opção e de preferência”. Já nos juízes de valor, a atribuição de valor ao ente resulta da “participação da consciência de quem valora no ato de constituir-se o liame”.<sup>107</sup>

A interpretação das normas jurídicas, portanto, transcende a mera explicação descritiva de textos normativos mediante juízos de realidade. Depende, em igual medida, da formulação de juízos axiológicos aptos a revelarem os valores contidos em tais normas e utilizados como parâmetro para definição dos modelos de conduta por elas prescritos. “*La valoración es el momento vivo de la interpretación [...] es un elemento primario de la experiencia jurídica*”.<sup>108</sup> Reale adverte sobre o fracasso inerente à interpretação da norma jurídica efetuada exclusivamente por meio de juízos de realidade:

Interpretar uma lei não é explicar a lei, mas é compreendê-la. Não basta ter o espírito lógico, procurando penetrar nas *nuances*, nos matizes dos textos legais, porque, muitas vezes, esse trabalho de mera análise formal leva à deturpação do Direito. Dante já dizia ser Mefistófeles um grande lógico: não raro mata-se a verdade, reduzindo-a à sua forma lógica pura. Não há maior inimigo dos bens culturais do que a preocupação de transformá-los em logicidade pura. É o que acontece quando se quer esvaziar o Direito de seu Conteúdo, para que pareça com uma forma geométrica, sem correspondência perfeita na realidade concreta da vida.<sup>109</sup>

A Ciência jurídica consiste, tanto sob o aspecto teórico, como sob o aspecto prático, conforme expressão utilizada por Larenz, em um “pensamento orientado a valores”. Explica o jurista:

Quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da ‘interpretação’ de uma norma, juízos ‘correctos’, ‘deita a criança fora com a água do banho’. Sem dúvida que a decisão judicial constitui sempre um acto de vontade, enquanto se propõe conduzir a uma situação jurídica que seja inatacável pelas partes. Sem dúvida ainda que tanto a interpretação como a aplicação de uma norma a um caso concreto requerem mais do que uma dedução e uma subsunção logicamente não controvertíveis. Requerem, antes de tudo, actos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão de valores e em uma concepção correcta dos nexos significativos. Nos casos-limite, o decisivo pode ser mesmo a concepção pessoal de quem julga. De todo modo, trata-se aí de pensamentos objectiváveis e comprováveis por outrem, não de simples ‘actos de vontade’, ou ‘estatuições’.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. I, p. 248.

<sup>108</sup> “A valoração é o momento vivo da interpretação [...] é um elemento primário da experiência jurídica” (Tradução do autor). COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayu, 1954, p. 96; 100.

<sup>109</sup> REALE, Miguel, op. cit., 1978. v. I, p. 255-256.

<sup>110</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 107.

Diferentemente da crença do positivismo formalista, os juízos de valor formulados no ato de interpretação e aplicação do Direito são passíveis de justificação racional. É tarefa do intérprete/aplicador do Direito demonstrar que a valoração efetuada encontra-se em consonância com as pautas valorativas estabelecidas nas normas jurídicas.

É errado pensar que o ‘valorar’ é somente uma conduta que não é proporcionada por meio de ponderações racionais e, neste sentido, ‘irracional’ e emocionalmente condicionada em ampla escala. [...] a tarefa do jurista é precisamente a ‘materialização’ das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento ‘orientado a valores’ [...] Frente ao filósofo da moral, que busca algo semelhante, o jurista tem neste ponto a vantagem de que *a ele* as pautas de valoração por que há-de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos por ela aceites, mesmo quando necessitem para a sua ‘aplicação’ de outros actos, como uma concretização. Para ele, ‘justificar’ uma decisão quer dizer mostrar que ela está em consonância com essas pautas fundamentais e com a sua posterior configuração no ordenamento jurídico global – com inclusão dos critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos tribunais. Este é com frequência um processo complicado e difícil de entrever no caso singular.<sup>111</sup>

É certo que a justificação dos juízos de valor não é construída com base na lógica formal própria da *demonstração*, não podendo tais juízos serem provados por raciocínio empírico. Isso não quer dizer, entretanto, que a justificação dos juízos axiológicos esteja afastada do plano da lógica. Incumbe ao intérprete/aplicador expor, através de *argumentação* racional, os motivos que o conduziram a determinada decisão e, em razão dos quais, tal decisão deve ser considerada como a solução adequada para o caso a decidir, tanto com relação aos juízos de realidade, como relativamente aos juízos de fato. Acerca da diferença entre demonstração e argumentação, como formas de justificação racional de juízos de valor, explica Ferraz Jr.:

A teoria da demonstração funda-se na idéia de *evidência*, concebida como a força diante da qual todo pensamento do homem normal tem de ceder. Em consequência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência, sendo que o evidente não teria necessidade de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se com base na idéia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu descortínio. A demonstração, nesse sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios persuasivos, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 410 (Grifo original).

<sup>112</sup> FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 300 (Grifo original).

A justificação de um juízo axiológico, portanto, não se dá mediante demonstração construída com base em lógica formal, mas por meio de argumentação, na qual o intérprete/aplicador expõe as razões que o conduziram à decisão proferida e pelas quais, esta decisão encontra-se em consonância com a pauta valorativa estabelecida pelas normas jurídicas, e constitui solução adequada ao caso concreto.

Não se deve exigir de uma fundamentação jurídica, pelo menos quando se trate de juízos de valor, o rigor lógico de um raciocínio matemático ou físico. ‘Fundamentar’ quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda correctamente a sua função, há-de esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões.<sup>113</sup>

O resgate dos valores para o âmbito da Ciência do direito, com o reconhecimento da possibilidade de justificação de juízos axiológicos mediante argumentação racional, estabelece novo paradigma para a hermenêutica jurídica. De acordo com este paradigma, interpretar a norma jurídica não significa apenas explicar descritivamente os sentidos possíveis desta, mas compreendê-la em seu aspecto valorativo.

A chamada ‘virada hermenêutica’ da Ciência Jurídica, ocorrida a partir dos anos 1960, despontou como uma via de superação dos limites do formalismo jurídico que caracterizou a teoria jurídica dos séculos XIX e XX. Neste sentido, a perspectiva hermenêutica no campo da Jurisprudência apresentou-se como a porta pela qual ‘reentraram’ no discurso jurídico todos aqueles fatores que, do ponto de vista do positivismo normativista, haviam sido indicados como metajurídicos e, portanto, excluídos da observação científica do direito.<sup>114</sup>

Da mesma forma que o direito não pode ser dissociado de sua dimensão axiológica, a Ciência do direito, enquanto ciência cultural e normativa, não pode ser uma ciência axiologicamente neutra. A Ciência do direito não se limita a explicar descritivamente o fenómeno jurídico, envolvendo ainda a compreensão deste sob o aspecto valorativo. Por consequência, a interpretação/aplicação das normas jurídicas exige a formulação, não apenas de juízos de realidade, mas também juízos de valor, sendo ambos passíveis de justificação racional.

<sup>113</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 413.

<sup>114</sup> MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

## 8 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FATO

A relação entre norma e fato, sob a perspectiva do direito, é compreendida de forma diametralmente oposta pelo normativismo e pelo sociologismo jurídico. Para a o *normativismo*, o direito é reduzido ao conjunto de normas jurídicas positivadas. De acordo com esta concepção, o direito deve ser compreendido exclusivamente como ordenação normativa abstratamente considerada, dissociada das condutas humanas efetivamente adotadas no mundo fenomênico. Guastini define o normativismo como sendo a concepção segundo a qual:

- (a) o direito é um conjunto de normas, de sorte que...
- (b) [...] a ciência jurídica é uma ciência de normas; mas por outro lado [...]
- (c) as normas são distintas dos fatos; são entidades do *Sollen* (dever-ser), não do *Sein* (ser), e, portanto...
- (d) a ciência jurídica não pode ser expressa em linguagem factual: deve ser expressa em linguagem normativa, ou seja, deontica (em termos de ‘dever’, ‘obrigatório’, etc.).<sup>1</sup>

Sob o aspecto do conhecimento jurídico, o normativismo defende uma Ciência do direito puramente normativa, cuja tarefa exclusiva seria a descrição dos possíveis sentidos dos enunciados normativos integrantes do ordenamento jurídico. A conduta humana materializada no mundo fenomênico não integraria o objeto do conhecimento especificamente jurídico. Neste sentido, afirma Kelsen, como expoente máximo do positivismo normativista, que “são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.<sup>2</sup>

No extremo oposto do normativismo, encontra-se o *sociologismo jurídico*, segundo o qual, o direito deve ser compreendido, essencialmente, como fato social correspondente às condutas externadas pelos membros integrantes do grupo social. Esta corrente reúne “as teorias que consideram o Direito sob o prisma predominante, quando não exclusivo, do *fato*

---

<sup>1</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.87.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 79.

*social*, apresentando-o como simples componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade”.<sup>3</sup> Segundo o sociologismo jurídico, às normas jurídicas caberia, simplesmente, descrever as regras sociais manifestadas pela prática reiterada de determinadas condutas consideradas como obrigatórias pelos membros da sociedade. Na medida em que as normas jurídicas se afastassem dessas regras sociais perderiam seu valor como ordenação normativa das condutas. Portanto, de acordo com esta concepção, a normatividade sucumbe perante o fato social.

O sociologismo jurídico defende a aplicação ao estudo do fenômeno jurídico do método sociológico. Segundo Durkheim, a regra fundamental deste método consiste em “*considerar os fatos sociais como coisas*”. De acordo com este sociólogo, “tratar os fenômenos como coisas é tratá-los na qualidade de *data* que constituem o ponto de partida da ciência”. Entender os fenômenos sociais como coisas significa considerá-los em si, “desligados dos sujeitos conscientes que deles têm representações” e, por consequência, “estudá-los de fora, como coisas exteriores, porque é deste modo que se nos apresentam”.<sup>4</sup> Nesta concepção, o fato social corresponderia a uma maneira de agir adotada de forma coletiva capaz de exercer uma coerção sobre os integrantes de um determinado grupo social. O fato social, enquanto conduta coletiva, tem existência própria e independente, relativamente às manifestações individuais isoladamente consideradas.

Para o sociologismo jurídico, portanto, o estudo do fenômeno jurídico consiste no estudo das práticas coletivas de determinado grupo social, objetivamente consideradas, capazes de resultar em uma normação coercitiva. Nesta concepção, a Ciência jurídica perde sua autonomia e objeto próprio, passando o estudo do direito a ser um mero capítulo da Sociologia.

Tanto o normativismo como o sociologismo jurídico adotam posições extremadas que resultam em tentativas fracassadas de explicar a relação entre direito e fato. O direito não pode ser compreendido como um conjunto de normas dissociadas da realidade. O fenômeno jurídico encontra-se, necessariamente, inserido na realidade histórico-social. O fato interessa ao direito não apenas enquanto situações hipotéticas previstas normativamente, mas também como fatos materializados no mundo fenomênico passíveis de qualificação jurídica. Por outro lado, a norma jurídica não consiste em simples descrição da realidade, tal como esta se

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. I, p. 430.

<sup>4</sup> DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 40; 42, 52-51.

apresenta em determinado momento histórico. A norma jurídica tem a pretensão de conformação e ordenação da realidade, inclusive mediante a transformação das circunstâncias fáticas presentes. Dessa forma, não é possível entender o fenômeno jurídico mediante uma postura de dualismo abstrato entre normatividade e facticidade.

Direito e realidade não promovem cada um por si e de modo independente uma relação entre entidades existentes, que pode ser formulada de maneira geral, mas apresentam, numa mistura que vai se alternando, fatores atuantes na concretização do direito, dotados de uma autonomia apenas relativa.<sup>5</sup>

O homem e, por consequência, as obras culturais, entre as quais o direito, encontram-se inseridos na realidade. A experiência humana é, portanto, condicionada pela realidade. Entretanto, esta mesma realidade condicionadora, funciona como força propulsora do projeto humano de superação da situação presente em um movimento permanente de transformação da realidade que caracteriza a história. Na lição de Sartre:

Os homens fazem a sua história sobre a base de condições reais anteriores (entre as quais devem-se contar os caracteres adquiridos, as deformações impostas pelo modo de trabalho e de vida, a alienação, etc), mas são eles que a fazem e não as condições anteriores: caso contrário, eles seriam os simples veículos de forças inumanas que regeriam, através deles, o mundo social. Certamente, estas condições existem e são elas, apenas elas, que podem fornecer uma direção e uma realidade material às mudanças que se preparam; mas o movimento da *práxis* humana supera-as conservando-as. [...] [A história] se faz cada dia por nossas mãos diferente do que acreditamos fazê-la e, por um imprevisto movimento de retorno, nos faz diversos daquilo que acreditamos ser ou tornar-nos. [...] o homem caracteriza-se antes de tudo pela superação de uma situação, pelo que ele chega a fazer daquilo que se fez dele, mesmo que ele não se reconheça jamais em sua objetivação. Esta superação, encontramos-la na raiz do humano e de início na carência [...] a conduta mais rudimentar deve ser determinada ao mesmo tempo em relação aos fatores reais e presentes que a condicionam e em relação a certo objeto a vir que ela tenta fazer nascer. É o que denominamos *o projeto*. [...] É superando o dado em direção ao campo dos possíveis e realizando uma possibilidade entre todas que o indivíduo se objetiva e contribui para fazer a História: seu projeto toma, então, uma realidade que o agente talvez ignore e que, pelos conflitos que ela manifesta e que engendra, influencia o curso dos acontecimentos.<sup>6</sup>

Norma e fato são indissociáveis no fenômeno jurídico. A realidade interfere na criação e interpretação das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que as normas jurídicas pretendem a ordenação de fatos segundo determinados valores. Segundo a lição de Reale, o direito apresenta como dimensões fato, valor e norma, as quais coexistem em relação dialética,

---

<sup>5</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 147-148.

<sup>6</sup> SARTRE, Jean Paul. O método progressivo-regressivo. In: OS PENSADORES: Sartre. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 150-153 (Grifos originais).

compondo o fenômeno jurídico em uma unidade concreta. “O direito nasce do fato e ao fato se destina, obedecendo sempre a certas medidas de valor consubstanciadas na norma”.<sup>7</sup>

As situações fáticas hipotéticas previstas nas normas jurídicas não se confundem com os fatos efetivamente ocorridos. Aquelas constituem um *dever ser*, enquanto estes se materializam como um *ser*. Explica Reale:

O *fato*, em suma, figura, primeiro, como *espécie de fato prevista em norma* (*Fattispecie, Tatbestand*) e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato* concreto, no momento de sua aplicação. O *fato*, por conseguinte, pode ser visto como *elemento de mediação* entre os dois elementos que compõem a regra de direito: entre a previsão que há nesta de um *fato-tipo*, e o *efeito* que ela atribui à ocorrência ou não do fato genericamente previsto.<sup>8</sup>

Dessa forma, a relação entre direito e fato manifesta-se tanto no plano normativo, enquanto situações fáticas hipoteticamente previstas em normas jurídicas, como também no plano da realidade, enquanto fatos manifestados no mundo fenomênico passíveis de qualificação jurídica.

## 8.1 A tensão entre a força normativa da constituição e a realidade fática

Existe uma tensão entre o direito, enquanto ordenação cujas normas consubstanciam um dever ser, e a realidade, enquanto conjunto de fatos integrantes do mundo do ser cuja ordenação se pretende. Esta tensão se manifesta com máxima intensidade no âmbito da constituição, já que esta tem como pretensão estabelecer os elementos essenciais da ordenação jurídica do Estado e da sociedade.

Para Lassale, a constituição está subordinada aos “fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade”. A constituição escrita, em sua visão, é “boa e duradoura” quando “tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país”. Distanciada desses fatores, de natureza nitidamente política e econômica, a constituição jurídica não passaria de uma “folha de papel”. Conclui referido autor:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são

---

<sup>7</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 201.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 2005, p. 201. (Grifos originais).

duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.<sup>9</sup>

Esta concepção, calcada no sociologismo, resulta no esvaziamento da força normativa da constituição jurídica perante os interesses econômicos e políticos, sendo incompatível com a noção de direitos fundamentais. A constituição jurídica estabelece princípios, objetivos e competências que devem conformar a atuação estatal, bem como direitos fundamentais que devem funcionar como critério de validade dos atos praticados no âmbito das relações mantidas com o Estado e entre particulares, servindo, inclusive, como proteção contra interesses de determinados grupos sociais ou mesmo da maioria circunstancial.

Constituição jurídica e realidade político-social, apesar de independentes, mantêm uma relação de coordenação fundada em um condicionamento recíproco. A constituição jurídica não pode ser isolada da realidade concreta de seu tempo, sob pena de carecer do germe de força vital indispensável à concretização de sua pretensão normativa. Uma constituição divorciada da realidade fática não passa de teoria ou utopia. Por outro lado, a constituição não configura uma mera expressão da realidade fática, mas antes, pretende ordenar e conformar esta realidade. A realidade não deve permanecer imune à força normativa da constituição. Esta a lição de Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.<sup>10</sup>

A força normativa da constituição é realizada na medida em que as normas constitucionais logram realizar sua pretensão de eficácia. A constituição converte-se em força ativa quando as tarefas por ela impostas são efetivamente concretizadas. A transformação da pretensão de eficácia constitucional em força ativa depende da presença na consciência geral, notadamente na consciência dos agentes públicos, da “vontade de constituição”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Trad. de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, versão eBooksBrasil.com. p. 11; 29; 34. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.Org/eLibris/constituicao1.html>> Acesso em: 27 abr. 2010.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 13; 15.

<sup>11</sup> Ibid., 1991, p. 18-19.

Conforme Hesse, a *vontade de constituição* fundamenta-se em três alicerces: a) “na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; b) “na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada de fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação”; e c) “na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o curo da vontade humana”, ou seja, “essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”.<sup>12</sup>

A força normativa da constituição não depende apenas do conteúdo das normas constitucionais abstratamente consideradas, mas, principalmente, de uma *práxis* fundada em uma vontade de constituição sedimentada na consciência geral. Essa prática constitucional deve permear, não apenas a atuação estatal, mas, igualmente, as condutas adotadas por cada cidadão. A vontade de constituição, manifestada em uma prática constitucional, funciona, portanto, como pressuposto e garantia da força normativa da constituição. Explica Hesse:

A vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. [...] De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.<sup>13</sup>

A força normativa da constituição jurídica não é garantida pela simples promulgação desta, não consistindo em atributo da norma constitucional abstratamente considerada. Antes, é construída e fortalecida, diuturnamente, por cada cidadão, mediante a adoção de condutas que concretizem os valores e bens protegidos constitucionalmente. Somente por uma prática constitucional fundamentada na vontade de constituição, sedimentada na consciência geral, poderá a constituição jurídica deixar de ser uma “folha de papel” e tornar-se uma realidade concreta.

## 8.2 Eficácia das normas jurídicas

A eficácia ou efetividade das normas jurídicas constitui o ponto de encontro entre a pretensão ordenadora apresentada pela norma e a realidade. A eficácia da norma jurídica

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19-20.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 1991, p. 20-22.

poder se entendida como a produção, no mundo fenomênico, dos efeitos pretendidos por esta. “Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos”.<sup>14</sup>

Eficácia não se confunde com validade da norma jurídica. A validade consiste na relação de conformidade da norma jurídica com as normas jurídicas de hierarquia superior, sob os aspectos formal e material. Norma jurídica válida, portanto, é aquela editada por órgão competente e segundo procedimento adequado, conforme determinado pelas normas jurídicas de hierarquia superior (validade formal), e cuja consequência por ela prevista não conflite com condutas prescritas por normas de hierarquia superior ou com a proteção conferida a determinados bens e valores por estas normas (validade material).

Tampouco se confundem eficácia e vigência da norma jurídica. A vigência consiste na aptidão da norma para incidir sobre fatos, com referência ao espaço e ao tempo. “A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular as normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais.”<sup>15</sup> A norma jurídica somente poderá incidir sobre fatos que ocorram no âmbito de sua vigência temporal e espacial, ou seja, fatos que ocorram no espaço geográfico e durante o período de tempo nos quais a norma encontra-se disponível à produção dos efeitos por ela pretendidos. A vigência das normas jurídicas, tanto em sua dimensão espacial como temporal, encontra-se regulamentada, de forma geral, por disposições integrantes do próprio ordenamento jurídico, podendo ainda, a própria norma jurídica apresentar disposições específicas acerca de sua vigência.

Vigência e validade são atributos da norma jurídica que decorrem do ordenamento jurídico, independentemente dos efeitos concretos produzidos pela norma no mundo fenomênico. Já a eficácia é “efeito da norma no mundo dos fatos, situando-se, portanto, no plano da concreção jurídica”.<sup>16</sup> Por se tratarem de atributos situados no plano normativo, a validade e a vigência da norma jurídica são apuráveis mediante análise do ordenamento jurídico abstratamente considerado. Por outro lado, somente a análise dos fatos materializados em determinado grupo social, relativos ao cumprimento da prescrição normativa, permitirá avaliar o grau de eficácia da norma jurídica.

---

<sup>14</sup> FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 166-167.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 13.

<sup>16</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 98.

Da norma que é realmente observada pelo grupo comunitário, diz-se que tem eficácia. Isso significa afirmar que, de fato, a norma desempenha satisfatoriamente sua função social, qual seja manter a ordem e distribuir justiça. O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada. [...] Convém assinalar o caráter sociológico da eficácia. Enquanto o conceito de vigência se esgota no âmbito da norma legal, o de eficácia tem sua projeção dirigida para o fato social, no qual se concretiza.<sup>17</sup>

Validade e vigência consistem em atributos da norma jurídica de caráter absoluto. A norma jurídica é válida ou inválida. Está vigente ou foi revogada. Não existe norma jurídica mais ou menos válida, da mesma forma que não existe norma mais ou menos vigente. A eficácia, por outro lado, corresponde a atributo da norma jurídica de caráter relativo, no sentido de que não existe lei absolutamente desprovida de eficácia ou totalmente eficaz. Saber porque normas jurídicas apresentam diferentes graus de efetividade em um determinado grupo social ou porque o grau de efetividade de uma mesma norma jurídica apresenta variações no tempo e no espaço são questões pertinentes à Sociologia do direito, já que seu esclarecimento depende da observação dos efeitos da norma enquanto fatos concretos.<sup>18</sup>

A dimensão fática da concretização dos direitos fundamentais está relacionada à eficácia das normas de direito fundamental. A concretização dos direitos fundamentais tem como objetivo a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, a prática de condutas que traduzam, no mundo fenomênico, o “dever ser” prescrito nas normas de direito fundamental. A concretização dos direitos fundamentais, portanto, não expressa apenas a atividade de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, mas também o resultado final pretendido por esta atividade, qual seja, o direito fundamental materializado como conduta humana. A dimensão fática da concretização dos direitos fundamentais corresponde, justamente, ao direito fundamental concretizado enquanto conduta humana manifestada no mundo fenomênico. Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais como fato consiste nas *condutas humanas efetivamente praticadas que materializem posições subjetivas de vantagem abstratamente previstas nas normas de direito fundamental*.

### 8.3 Fato jurídico

O fato jurídico pode ser compreendido como “todo acontecimento, natural ou humano, que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e

<sup>17</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 228-229.

<sup>18</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 98-99.

obrigações, na órbita do direito”.<sup>19</sup> Existe, portanto, uma conexão estreita entre fatos jurídicos e direitos subjetivos, já que a gênese e extinção destes decorre daqueles.

O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas. Realmente, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma ‘força’ de propulsão ou causa que se denomina ‘fato jurídico’.<sup>20</sup>

O fato, enquanto evento fenomênico, não é sinônimo de fato jurídico. O *fato* corresponde à situação materializada no tempo e espaço, perceptível pelos sentidos. Abrange fatos naturais, compreendidos como manifestações de forças da natureza que independem da ação humana, e atos, compreendidos como condutas humanas. O *fato jurídico*, por sua vez, corresponde ao fato qualificado juridicamente, ou seja, ao fato compreendido com o sentido específico que lhe é atribuído pelo direito enquanto ordenação normativa.

A significação jurídica do fato não resulta do fato em si, não podendo ser percebida por meio dos sentidos. Tal significação resulta da coordenação entre o fato e situação fática hipotética prevista em norma jurídica. Enquanto o fato é cognoscível mediante percepção sensorial, o fato jurídico pressupõe conhecimento jurídico, ou seja, conhecimento técnico específico acerca das normas jurídicas. Nas palavras de Kelsen:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.<sup>21</sup>

Os fatos jurídicos em sentido amplo abrangem os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos. Os *fatos jurídicos em sentido estrito* correspondem a fatos naturais dotados de significação específica atribuída por normas jurídicas. Nem todo fato natural corresponde a um fato jurídico. Somente os fatos naturais que resultem em efeitos relevantes na vida das pessoas e

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.I, p. 293.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 532.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 2-4.

que, por tal razão, recebam significação específica atribuída por norma jurídica consubstanciarão fatos jurídicos em sentido estrito. São exemplos de fatos jurídicos em sentido estrito, entre outros, o nascimento, a morte, a força maior, o parentesco e a maioridade.

Os *atos jurídicos*, por sua vez, correspondem às condutas humanas com a significação que lhes é atribuída pelas normas jurídicas. Ao contrário do que ocorre com os fatos naturais, todo e qualquer conduta humana, comissiva ou omissiva, é referível ao direito, no sentido de que todos os atos podem ser qualificados juridicamente. Dessa forma, a toda conduta humana corresponde um ato jurídico. Este consiste, justamente, na conduta qualificada juridicamente como obrigatória, proibida ou permitida. “Não existe conduta ajurídica, isto é, sem referibilidade a Direito. Toda conduta, a jurídica, como a antijurídica, tem significação para o Direito. [...] Pode-se dizer assim, que o mundo do Direito coincide plenamente com o mundo da sociabilidade”.<sup>22</sup>

Mesmo o ato que não possa ser coordenado com regulamentação expressamente prevista em dispositivo normativo recebe qualificação jurídica. Como decorrência do princípio da legalidade, é possível inferir a existência de norma jurídica implícita que qualifica como permitidas todas as condutas não prescritas expressamente em dispositivo legal como obrigatórias ou proibidas, desde que não violem proteção a bem ou valor garantida em âmbito constitucional.

Os atos jurídicos englobam duas espécies: o ato lícito e o ato ilícito. O *ato lícito* corresponde à conduta humana qualificada juridicamente como permitida ou obrigatória. Consiste na conduta praticada em conformidade com o direito enquanto ordenação normativa. Já o *ato ilícito* corresponde à conduta qualificada juridicamente como proibida. Trata-se de conduta praticada com violação ao direito enquanto ordenação normativa. O ato ilícito não é categoria à parte do ato jurídico, configurando aquele espécie deste. De fato, somente é possível qualificar um ato como ilícito em face do direito, daí porque a ilicitude é uma categoria jurídica.

Os atos lícitos abrangem os atos meramente lícitos e os negócios jurídicos. Os *atos meramente lícitos* correspondem às condutas humanas cujas consequências jurídicas encontram-se previstas em norma jurídica, inexistindo margem para atuação da autonomia privada da vontade. Já os *negócios jurídicos* correspondem às condutas humanas lícitas cujas consequências jurídicas podem ser estabelecidas pelo agente ou pelas partes da relação, de

---

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29.

acordo com os pressupostos e limites estabelecidos pelas normas jurídicas. Decorrem, portanto, do exercício da autonomia privada, compreendida como a competência jurídica atribuída aos sujeitos de direito para estabelecimento das consequências jurídicas, desejadas diante de determinadas situações de fato, em conformidade com tipos estabelecidos por normas jurídicas.

Os negócios jurídicos podem decorrer da manifestação de vontade de um único sujeito de direito, consubstanciando as declarações unilaterais de vontade, ou de manifestações de vontade de dois ou mais sujeitos reunidas em consenso, configurando os negócios contratuais ou, simplesmente, contratos. Caracterizam-se, portanto, os contratos, por serem negócios jurídicos resultantes de um acordo de vontades. Explica Larenz:

As partes, no caso de um contrato obrigacional juridicamente válido, estão obrigadas às prestações contratuais principais, porque a isso se obrigaram pelo próprio contrato. A sua obrigação não resulta, portanto, de que a lei a ligue a uma determinada previsão, como consequência jurídica, mas – sob o pressuposto de que o ordenamento jurídico em causa reconhece em geral contratos desse gênero, portanto sob o pressuposto e adentro dos limites em cada caso da ‘autonomia privada’ – do próprio tipo legal ‘contrato obrigacional juridicamente válido’.<sup>23</sup>

Parte da doutrina reconhece, ao lado dos fatos jurídicos em sentido estrito e dos atos jurídicos, uma terceira espécie de fato jurídico, qual seja, o *ato-fato*. Para estes autores, os atos jurídicos têm como elemento essencial a manifestação da vontade do agente, ou seja, as consequências jurídicas dos atos jurídicos seriam desejadas pelo agente ou partes envolvidas na relação jurídica. Os atos-fatos corresponderiam às condutas humanas às quais o direito atribui determinadas consequências jurídicas, independentemente da vontade do agente. São “atos reconhecidos pelo Direito como *fatos*, sendo absolutamente irrelevante a discussão sobre a existência de vontade e sobre o seu conteúdo”.<sup>24</sup> O ato meramente lícito e o ato-fato assemelham-se, porque, em ambos, as consequências jurídicas do ato são determinadas especificamente pela norma jurídica, distinguindo-se porque, naquele o agente pratica o ato visando à produção destas consequências jurídicas previstas na norma jurídica, enquanto neste o elemento psíquico é irrelevante.<sup>25</sup>

A qualificação jurídica das condutas não decorre de uma relação de subsunção entre a conduta praticada e o modelo de conduta previsto em norma jurídica, mas de uma relação de coordenação entre estes. A compreensão acerca da existência de relação de coordenação entre

---

<sup>23</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 420.

<sup>24</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v.I, p. 261.

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.I, p. 301-303.

a conduta praticada e modelo de conduta previsto em determinada norma jurídica envolve juízos acerca da realidade e axiológicos, a serem justificados racionalmente mediante argumentação. Trata-se de atividade complexa e, não raro, surgem controvérsias acerca da licitude de determinadas condutas ou de quais seriam as condutas obrigatórias a serem adotadas em face de determinadas situações fáticas. Estas controvérsias, muitas vezes, somente são dirimidas mediante atividade jurisdicional, e, eventualmente, por decisão proferida no âmbito dos tribunais superiores.

#### 8.4 Sanção jurídica

O ato ilícito configura pressuposto da sanção jurídica. Esta consiste, portanto, na consequência gravosa que deve ser imposta àquele que adota conduta qualificada juridicamente como proibida.<sup>26</sup> “O ato ilícito ou delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mais corretamente, à sua verificação num processo juridicamente regulado se ligar um ato de coerção”.<sup>27</sup> Este ato de coerção, enquanto consequência jurídica do ato ilícito, corresponde justamente à sanção.

A sanção é característica da norma jurídica e tem por finalidade garantir o cumprimento da conduta por ela prescrita. Trata-se de garantia apenas relativa, já que não pode evitar, de forma absoluta, a violação fática do comando normativo. A possibilidade fática de violação de determinada prescrição é o que caracteriza sua natureza normativa, diferenciando-a da lei de causalidade, o que justifica a necessidade de previsão normativa da sanção. Explica Reale:

As leis naturais não são sancionadas, nem sancionáveis, porque as consequências por elas previstas resultam necessariamente do fato em seus nexos causais. As leis morais ou jurídicas não se podem, porém, compreender desprovidas de sanção. [...] É exatamente no momento da violação da lei jurídica que ela resplende com mais intensidade, provocando a tutela, a garantia, a salvaguarda daquilo que estima valioso.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Sobre a possibilidade de uma sanção premial, entende-se que a razão está com Machado quando afirma que “o prêmio, na verdade, não é sanção, mas simplesmente uma prestação integrante da estrutura de outra norma”, a qual apresentaria a seguinte estrutura: “dado o fato temporal (pagamento antecipado), deve ser a prestação (o prêmio), dada a não-prestação (não entrega do prêmio), deve ser a sanção (execução forçada da prestação)”. MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 107-108. Em sentido contrário, aceitando a possibilidade de sanção premial, afirma Vasconcelos: “A sanção é puramente uma consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito”. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 155.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 45.

<sup>28</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. I, p. 257.

A sanção é, portanto, o elemento que garante a coercibilidade do direito, ou seja, a possibilidade de imposição forçada das condutas previstas normativamente como obrigatórias. O cumprimento das normas jurídicas, usualmente, ocorre pela observância espontânea das normas jurídicas, fundada na adesão da consciência dos indivíduos ao conteúdo destas normas. Entretanto, na hipótese de prática de ato ilícito, torna-se necessária a utilização da força, pelo direito, para imposição coercitiva das condutas prescritas como obrigatórias. “A coação no Direito *não é efetiva, mas potencial*, representando como que uma segunda linha de garantia da execução da norma, quando se revelam insuficientes os motivos que, comumente, levam os interessados a cumpri-la”.<sup>29</sup>

A aplicação da sanção, cujo pressuposto é a prática de ato ilícito, configura a efetivação da coação que reside latente no direito. “Na medida em que o mal que funciona como sanção – a pena no sentido mais amplo da palavra – deve ser aplicada contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação”.<sup>30</sup>

A sanção jurídica, além de sua função punitiva, desempenha importante função didática, no sentido de que deve inspirar o infrator ao cumprimento do ordenamento jurídico em sua conduta futura. “O direito deve castigar; mas não como o carrasco, que goza vendo sofrer o condenado, mas sim como o pai que toca, procurando a dor do filho, o cume do amor.”<sup>31</sup>

A sanção jurídica tem como características sua predeterminação em norma jurídica e o monopólio de sua aplicação por órgãos estatais, ressalvadas, quanto a este, as exceções previstas em lei. A predeterminação da sanção em norma jurídica concretiza o princípio da segurança jurídica, permitindo ao indivíduo formular juízos acerca da licitude das condutas que pretende praticar e ter conhecimento prévio das consequências gravosas resultantes da adoção de conduta ilícita. O monopólio da aplicação da sanção jurídica por órgãos estatais, por sua vez, garante a eficácia da sanção, notadamente nas hipóteses de hipossuficiência física ou econômica da vítima em face do infrator, bem como evita a eternização do conflito, que poderia resultar como consequência da vingança privada.

Tudo no Direito obedece a esse princípio da sanção organizada de forma predeterminada. A existência mesmo do Poder Judiciário, como um dos três poderes fundamentais do Estado, dá-se em razão da predeterminação da sanção jurídica. Um

---

<sup>29</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 201.

<sup>30</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 2-5.

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007, p. 106.

homem lesado em seus direitos sabe de antemão que pode recorrer à Justiça, a fim de que as relações sejam objetivamente apreciadas e o equilíbrio restabelecido. [...] o progresso da cultura, que anda *pari passu* com o da vida jurídica, obedece a esta lei fundamental: verifica-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica. [...] O Poder Público coloca-se no lugar no indivíduo, chamando a si a distribuição da justiça, o que assinala um momento crucial na história da civilização.<sup>32</sup>

A sanção jurídica manifesta-se sob as seguintes modalidades, as quais podem ser cominadas isolada ou conjuntamente, conforme previsto pela respectiva norma jurídica: *a*) imposição forçada da conduta que concretize o dever jurídico; *b*) pagamento de indenização substitutiva pelos danos decorrentes do inadimplemento do dever jurídico; e *c*) imposição de pena pecuniária ou restritiva de direitos.

A sanção jurídica manifesta-se, em princípio, como imposição ao infrator da conduta prescrita juridicamente como obrigatória. Em algumas situações, diante da irreversibilidade fática ou jurídica dos danos causados à vítima, a sanção jurídica corresponderá à indenização por tais danos, que podem ser de natureza material ou moral. Com o objetivo de reforçar sua função garantidora do cumprimento das condutas qualificadas juridicamente como obrigatórias, é comum que a sanção abranja, além da imposição forçada destas condutas ou de indenização substitutiva, o pagamento de pena pecuniária. Nos casos de condutas ilícitas decorrentes da violação de normas penais, a sanção poderá envolver a imposição de penas restritivas de direito, inclusive de liberdade.

A sanção jurídica, enquanto consequência hipotética prescrita na norma jurídica não se confunde com a sanção enquanto fato concretizado no mundo fenomênico. A sanção abstratamente prevista em norma jurídica deve ser materializada mediante adoção de medidas concretas, impostas coativamente àquele que praticou o ato ilícito. Portanto, a sanção prevista normativamente configura um dever ser, o qual, por razões variadas de natureza fática e jurídica, pode ou não se concretizar faticamente como medida efetivamente imposta ao infrator.

## 8.5 Direito subjetivo

Por direito subjetivo, pode-se entender a posição subjetiva de vantagem atribuída e garantida por normas jurídicas. Enquanto o direito objetivo corresponde ao conjunto de normas jurídicas abstratamente consideradas (*norma agendi*), o direito subjetivo consiste em faculdade de agir reconhecida a um sujeito jurídico em decorrência dos efeitos do direito

---

<sup>32</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 201.

objetivo (*facultas agendi*). Neste último sentido, diz-se que o direito é subjetivo, por ser referível a um sujeito, mesmo quando este sujeito encontra-se indeterminado.

O direito subjetivo consiste em efeito da incidência da norma jurídica sobre os fatos, do qual resulta posição de vantagem atribuída a um determinado sujeito jurídico.<sup>33</sup> Pode-se dizer que a razão de ser da norma jurídica, enquanto direito objetivo, é a concretização de direitos subjetivos no mundo fenomênico. Na lição de Reale:

Direito não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de Direito. Norma de direito que enuncia uma *possibilidade de fazer ou pretender algo*, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida os indivíduos e dos grupos como *ação ou pretensão* concretas, é uma contradição em termos.<sup>34</sup>

Conforme seu conteúdo, os direitos subjetivos podem ser classificados em: direitos a algo, liberdades e competências. Os *direitos a algo* têm por objeto uma ação do destinatário em benefício do titular. Os direitos a algo compreendem direitos a ações negativas, os quais têm por objeto um ato omissivo por parte do destinatário, e direitos a ações positivas, os quais têm por objeto uma prestação por parte do destinatário. As *liberdades*, por sua vez, correspondem às permissões jurídicas, no sentido do direito a não imposição de exigências ou proibições com relação a determinadas condutas do titular. Já as *competências* podem ser entendidas como a capacidade jurídica de praticar ações institucionais, previstas em normas constitutivas, com a finalidade de alterar situações jurídicas.<sup>35</sup>

Conforme a necessidade de participação de outrem, além do próprio titular, para concretização fática do direito subjetivo, este pode ser classificado como direito a uma prestação ou como direito potestativo. Os *direitos a uma prestação* são aqueles cuja satisfação exige a adoção de uma determinada conduta por outrem em favor do titular do direito. Já os *direitos potestativos* são aqueles cujo exercício depende exclusivamente da atuação de seu titular, da qual resulta um estado de sujeição por parte dos demais sujeitos de direito.<sup>36</sup>

Em face da segurança jurídica, não podem os direitos a uma prestação perdurarem indefinidamente ao longo do tempo, deixando o terceiro permanentemente sujeito à exigibilidade da prestação pelo titular do direito. Por tal motivo, a lei estipula prazos para exigibilidade de tais direitos mediante exercício do direito de ação por parte do seu titular.

---

<sup>33</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 27-28.

<sup>34</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 258 (Grifos originais).

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-248.

<sup>36</sup> MACHADO, Hugo de Brito, op. cit., 2004, p. 31.

Decorrido tal prazo, o direito perderá sua exigibilidade, restando caracterizada sua *prescrição*. A lei estabelece, ainda, prazos para exercício de determinados direitos potestativos, tendo em vista os efeitos relevantes produzidos por estes na ordem social. Nesta hipótese, o próprio direito restará extinto por seu não exercício no prazo legal, restando caracterizada sua *decadência*. Portanto, a prescrição aplica-se aos direitos a uma prestação, resultando na perda de sua exigibilidade judicial, enquanto que a decadência é aplicada a alguns direitos potestativos, resultando na extinção do próprio direito.<sup>37</sup>

Os direitos subjetivos encontram sempre fundamento constitucional. Este fundamento será direto, no caso dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão subjetiva, ou seja, enquanto direitos subjetivos previstos diretamente em normas constitucionais. Os direitos subjetivos previstos em lei, por sua vez, apresentam fundamento constitucional indireto, já que a produção legislativa tem por finalidade última a concretização normativa dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão objetiva, ou seja, como o conjunto de bens e valores consagrados em âmbito constitucional, cuja proteção funciona como parâmetro e critério de validade material relativamente à atuação estatal, inclusive de ordem legislativa.

## 8.6 Relação jurídica

Os direitos subjetivos concretizam-se no âmbito das relações jurídicas. Somente é possível a compreensão de um direito subjetivo no contexto de uma relação interpessoal. O direito subjetivo é sempre direito de um sujeito em face de outro. É, portanto, necessariamente dotado de intersubjetividade. “A conduta jurídica [...] não pertence exclusivamente ao indivíduo como sujeito universal, pois somente é jurídica porque e na medida em que se proporciona a outrem. A *exigibilidade* do credor só tem significado em confronto com a posição do devedor”.<sup>38</sup>

A *relação jurídica* pode ser compreendida como a relação estabelecida entre sujeitos jurídicos em torno de direito subjetivo. A relação jurídica corresponde à relação intersubjetiva qualificada juridicamente, ou seja, com a significação que lhe é atribuída pela norma jurídica. “Há uma relação jurídica de natureza especial quando a obrigação de um indivíduo em face

---

<sup>37</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 49, nº. 3000, out. 1960, passim.

<sup>38</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. II, p. 681.

do outro está numa interconexão, determinada pela ordem jurídica, com a obrigação deste outro em face do primeiro”.<sup>39</sup>

A relação jurídica é composta de três elementos fundamentais: *a)* sujeitos, *b)* objeto e *c)* vínculo de atributividade. Os *sujeitos da relação jurídica* abrangem o sujeito ativo e o sujeito passivo. O sujeito ativo da relação jurídica corresponde àquele a quem foi atribuída juridicamente posição de vantagem e a consequente prerrogativa de exigir judicialmente o adimplemento de determinada conduta por parte do sujeito passivo. Este, por sua vez, corresponde ao sujeito a quem foi atribuído dever jurídico e em face de quem pode ser exigido judicialmente a adimplemento da conduta correspondente.

Nos direitos potestativos, a relação jurídica é formada entre o titular do direito e todos os demais sujeitos de direitos, os quais ficam em posição de sujeição com relação ao exercício do direito por seu titular. Já nos direitos a uma prestação, a relação jurídica é formada entre o titular do direito e sujeito passivo específico, a quem é atribuído o dever jurídico de adimplir a prestação em favor do sujeito ativo.

O *objeto da relação jurídica* corresponde ao direito subjetivo, ou mais especificamente, à conduta que materializa a posição subjetiva de vantagem atribuída juridicamente ao sujeito ativo. Esta conduta, denominada de prestação, consubstancia um dever jurídico atribuído ao sujeito passivo. Portanto, direito e dever, enquanto objeto da relação jurídica, referem-se a uma mesma conduta, vista, respectivamente, sob a perspectiva do sujeito ativo e do sujeito passivo desta relação. Neste sentido, explica Kelsen:

Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão do indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. [...] um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico.<sup>40</sup>

O objeto da relação jurídica compreende o objeto imediato e o objeto mediato. O objeto imediato da relação jurídica consiste na prestação, ou seja, na conduta cujo adimplemento representa dever jurídico do sujeito passivo e direito do sujeito ativo. A prestação pode ser positiva ou negativa, no sentido de que pode corresponder a conduta comissiva ou omissiva a

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 2009, p. 142; 145.

ser adimplida pelo sujeito passivo. O objeto mediato da relação jurídica, por sua vez, corresponde ao bem, material ou imaterial, sobre o qual recai a prestação.

A validade jurídica da prestação e, conseqüentemente, da própria relação jurídica que a tem como objeto, depende de que aquela seja lícita, possível e determinada ou determinável. A prestação será ilícita, quando corresponder a conduta qualificada como proibida pelo ordenamento jurídico. Será impossível, quando irrealizável segundo as leis da natureza, podendo tal impossibilidade ser originária, quando manifestada desde a formação da relação jurídica, ou superveniente, quando caracterizada em momento posterior à gênese desta relação. A prestação será indeterminável, quando não apresentar elementos suficientes para identificação de seu conteúdo e individualização do respectivo sujeito passivo.<sup>41</sup>

As prestações positivas abrangem obrigações de dar e de fazer, caracterizando deveres de prestação. A obrigação de dar consiste na entrega de coisa, certa ou incerta, pelo sujeito passivo ao sujeito ativo. Quando a obrigação de dar tem por objeto dinheiro, fala-se em obrigação de pagar. A obrigação de fazer, por sua vez, consiste na prática de determinado ato positivo em benefício do sujeito ativo, abrangendo prestações das mais variadas espécies.

As prestações negativas, por sua vez, correspondem às obrigações de não fazer. Estas obrigações abrangem tanto deveres de abstenção relativos à prática de conduta específica por parte de um sujeito passivo determinado, quando restará caracterizado um dever de prestação, bem como deveres de abstenção impostos *erga omnes* relativos à prática de condutas gerais que obstaculem o exercício de direito potestativo, quando restará caracterizado dever de tolerância.

Conforme seu objeto, as relações jurídicas podem ser classificadas como simples ou complexas. A *relação jurídica simples* tem por objeto um único direito subjetivo, sendo que cada um dos sujeitos da relação ocupa, exclusivamente, a posição de sujeito ativo ou sujeito passivo. Já a *relação jurídica complexa* tem por objeto um feixe de direitos subjetivos, sendo que ambos os sujeitos da relação ocupam, simultaneamente, as posições ativa e passiva, conforme a prestação considerada.

O *vínculo de atributividade* consiste no liame, fundamentado em norma jurídica, que une os sujeitos da relação jurídica em torno de direito subjetivo. Resulta deste liame jurídico a atribuição ao sujeito ativo do poder de exigir o adimplemento da prestação por parte do

---

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. II, p. 31-33.

sujeito passivo, inclusive, caso necessário, mediante proteção judicial. “O *vínculo de atributividade* é, por assim, dizer, a concreção da norma jurídica no âmbito do relacionamento estabelecido entre duas pessoas”.<sup>42</sup>

O vínculo de atributividade decorre de norma jurídica legal ou contratual, dando origem respectivamente às obrigações involuntárias e obrigações voluntárias. As *obrigações involuntárias* ou *ex lege* são aquelas em que o vínculo de atributividade decorre diretamente da lei, independentemente da manifestação de vontade dos sujeitos da relação. As obrigações involuntárias têm a lei como causa necessária e suficiente. As *obrigações voluntárias* ou *ex voluntate*, por outro lado, são aquelas cujo vínculo de atributividade decorre de norma contratual estabelecida mediante exercício da autonomia privada pelos sujeitos da relação. Enquanto nas obrigações involuntárias é irrelevante a manifestação da vontade dos sujeitos, o surgimento das obrigações voluntárias depende, necessariamente, da manifestação volitiva dos sujeitos no sentido de que desejam estabelecer a relação jurídica. Nas relações voluntárias, a norma legal funciona apenas como fundamento mediato da relação jurídica, no sentido de que a lei estabelece os limites para exercício da autonomia privada da vontade pelos sujeitos da relação jurídica.

## 8.7 A concretização fática dos direitos subjetivos

A concretização fática dos direitos subjetivos, incluindo direitos fundamentais, ocorre quando são adotadas no mundo fenomênico condutas que materializam a posição de vantagem subjetiva garantida por norma jurídica. Esta concretização pode ocorrer mediante duas modalidades: *a)* observância das normas jurídicas e *b)* tutela jurisdicional.

A observância das normas jurídicas consiste em modalidade de concretização dos direitos subjetivos efetivada pelos próprios sujeitos da relação jurídica, sem interveniência de força externa. Em algumas situações, entretanto, os sujeitos da relação jurídica divergem acerca da definição dos direitos subjetivos e deveres jurídicos envolvidos. Nestes casos, a concretização fática do direito subjetivo lesionado ou ameaçado dependerá de tutela jurisdicional obtida mediante o exercício do direito de ação.

---

<sup>42</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219.

### 8.7.1 *A concretização fática dos direitos subjetivos pela observância da norma jurídica*

A *observância da norma jurídica* é a forma regular e prevalente de concretização fática dos direitos subjetivos. Ocorre quando o sujeito passivo da relação jurídica, de forma espontânea e independentemente de interveniência do poder estatal, adota conduta que materializa, no caso concreto, o direito subjetivo previsto abstratamente na norma jurídica. “Observância, portanto, é o cumprimento espontâneo do dever que a norma atribui àquele que se encontra em sua hipótese definido como sujeito passivo da relação jurídica correspondente”.<sup>43</sup>

Os particulares estão, a cada instante, envolvidos na atividade de interpretação e observância das normas jurídicas no âmbito de suas relações sociais.

O direito deve ser compreendido como *circulação de sentido*, sendo que ninguém, nem o legislador nem o juiz, tem o *privilegio* de estabelecer o *seu* único sentido. Esta *circulação de sentido* opera no espaço público e ninguém pode pretender exercer o seu monopólio, porque há direito mesmo sem os juristas, que, embora sejam os intérpretes mais autorizados, não são os únicos.<sup>44</sup>

A observância das normas jurídicas resulta na construção da norma do caso concreto pelos próprios sujeitos da relação jurídica. Trata-se de atividade espontânea, por vezes inconsciente, tendo em vista que, via de regra, a conduta prescrita pela norma jurídica coincide com aquela considerada pelo indivíduo como adequada, com base em juízo moral individual.

### 8.7.2 *A concretização fática de direitos subjetivos mediante tutela jurisdicional*

Não obstante a observância das normas jurídicas consista na modalidade regular de concretização fática dos direitos subjetivos, esta concretização não pode ficar na dependência exclusiva do cumprimento espontâneo do dever jurídico por parte do sujeito passivo. Não raro, especialmente quando há disputa por bens da vida limitados, ocorrem divergências quanto à interpretação de normas jurídicas, o que impossibilita a construção da norma do caso concreto pelos próprios sujeitos da relação e, por consequência, a definição dos direitos subjetivos e deveres jurídicos titularizados por estes. Em outros casos, embora convergente a compreensão dos sujeitos da relação jurídica acerca da norma do caso concreto e, portanto, dos direitos subjetivos e consequentes deveres jurídicos titularizados por estes, ocorre

<sup>43</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 103.

<sup>44</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 110 (Grifos originais).

resistência do sujeito passivo quanto ao adimplemento de seu dever jurídico. Em tais situações, em face da pretensão resistida de um dos sujeitos da relação jurídica em face do outro, restará caracterizado o litígio.

Diante do litígio, o ordenamento jurídico confere proteção jurídica ao titular do direito subjetivo lesionado ou ameaçado. Esta proteção consiste na prerrogativa atribuída ao sujeito ativo de exigir a constituição de situação jurídica que consubstancie direito potestativo ou a efetivação de conduta que concretize a prestação atribuída como dever jurídico ao sujeito passivo. Considerando que a autotutela é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico, a proteção jurídica dos direitos subjetivos manifesta-se como tutela jurisdicional obtida mediante o exercício do direito de ação.

A tutela jurisdicional que consubstancia proteção jurídica a direito subjetivo resulta em decisões e atos judiciais de natureza distinta, conforme o direito cuja proteção é buscada corresponda a direito potestativo ou direito a uma prestação. A tutela jurisdicional destinada à proteção de direitos potestativos manifesta-se na prolação de decisão constitutiva, enquanto que tutela jurisdicional destinada à proteção de direitos a uma prestação manifesta-se na efetivação da sanção imposta em decisão condenatória.

#### 8.7.2.1 A prolação de decisão judicial constitutiva

A *prolação de decisão judicial constitutiva* consiste na forma de concretização fática de direitos potestativos mediante tutela jurisdicional. Os direitos potestativos são aqueles cujo exercício depende exclusivamente da atuação de seu titular, da qual resulta um estado de sujeição por parte dos demais sujeitos de direito. A decisão judicial que consubstancia tutela jurisdicional destinada à proteção desta espécie de direito possui natureza constitutiva, no sentido de que ela tem por efeito a constituição de situação jurídica que efetiva o direito potestativo titularizado pelo autor da ação. A decisão constitutiva, por não se destinar à proteção de direitos a uma prestação, não tem como efeito a condenação do réu na prática de qualquer ato, mas, simplesmente, sua sujeição à situação jurídica constituída pela decisão.

Ao formular um pedido constitutivo, o bem jurídico almejado pelo demandante é a situação jurídica nova decorrente do reconhecimento do direito potestativo de que se afirma titular (ou seja, a que surge após a alteração, a criação ou a extinção da relação jurídica). A decisão, portanto, que acolhe um pedido constitutivo é uma decisão constitutiva. Ela tem por *conteúdo* a certificação e efetivação de um direito potestativo; seu *efeito* é a situação jurídica nova, que resulta do reconhecimento do direito

potestativo. Apenas para exemplificar, a decisão que decreta a rescisão de um contrato (conteúdo) faz cessar todos os direitos e obrigações dele decorrentes (efeito).<sup>45</sup>

Os efeitos da sentença constitutiva são concretizados e esgotados com a prolação da decisão ou, mais especificamente, com seu trânsito em julgado. A sentença constitutiva, portanto, não comporta execução, já que seu efeito não envolve a condenação do réu na prática de qualquer ato. Uma vez transitada em julgado a decisão, restará constituída a situação jurídica que concretiza faticamente o direito potestativo titularizado pelo autor.

### 8.7.2.2 A efetivação da sanção imposta por decisão condenatória

A *efetivação da sanção imposta por decisão condenatória* consiste na forma de concretização fática de direitos a uma prestação mediante tutela jurisdicional. Os direitos a uma prestação são aqueles cuja satisfação exige a adoção de uma determinada conduta por parte do sujeito passivo em favor do sujeito ativo. A tutela jurisdicional destinada à proteção destes direitos manifesta-se na efetivação de conduta imposta ao réu em decisão condenatória, enquanto sanção pela não observância da prestação a que estava obrigado.

A conduta a ser imposta ao réu pela decisão condenatória dependerá da sanção prevista na norma jurídica que serve como fundamento do direito subjetivo tido por violado ou ameaçado. Idealmente, a conduta imposta pela decisão condenatória corresponderá à própria prestação cujo adimplemento não foi observado espontaneamente. Entretanto, conforme a sanção prevista abstratamente na norma jurídica aplicada, pode ocorrer de a conduta imposta pela decisão condenatória corresponder, de forma cumulativa ou substitutiva com relação à imposição forçada da prestação, ao pagamento de indenização pelos danos causados em decorrência do inadimplemento do dever jurídico e/ou à imposição de pena pecuniária ou restritiva de direitos.

Diferentemente do que ocorre com a decisão constitutiva, a decisão condenatória não esgota seus efeitos com sua prolação. Tendo em vista que a decisão condenatória impõe uma determinada sanção ao réu, os efeitos desta decisão somente se exaurem com a efetivação da sanção no mundo fenomênico.

O direito a uma prestação, quando certificado pelo juiz, precisa ser concretizado no mundo físico, o que somente vai acontecer se o demandado cumprir a ordem que lhe é dirigida. Isto se dá porque o bem da vida buscado, quando se lança mão de uma

---

<sup>45</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, p. 292 (Grifos originais).

ação de prestação, é a própria prestação, ou seja, o resultado do fazer ou do não-fazer, a própria coisa ou a quantia cuja entrega ou pagamento se pretende. De nada adianta, por exemplo, àquele que foi reconhecido como credor de uma quantia ver certificado esse seu direito subjetivo por uma sentença, se o réu, a quem se dirigiu a ordem judicial, não efetuar o pagamento. É por isso que se diz que o direito certificado precisa ser concretizado no mundo físico. [...] Assim, a atividade jurisdicional não se exaure com a *certificação* do direito subjetivo; ela somente se exaure com a *efetivação* desse direito.<sup>46</sup>

Dessa forma, a concretização fática de direito à prestação mediante tutela jurisdicional não ocorre com a prolação ou trânsito em julgado da sentença condenatória. Somente quando efetivada, no mundo fenomênico, a conduta imposta ao réu pela decisão condenatória, restará concretizado faticamente o direito à prestação, mediante tutela jurisdicional.

---

<sup>46</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, p. 290-291 (Grifos originais).

## 9 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ARTE

A interpretação/aplicação das normas de direito fundamental não consiste em uma operação lógico-dedutiva, mas, antes, manifesta-se como um ato expressivo, capaz de gerar uma experiência estética. A concretização dos direitos fundamentais, em sua dimensão estética, consiste, justamente, na experiência estética produzida pela norma jurídica resultante da aplicação de norma de direito fundamental.

A compreensão desta dimensão pressupõe uma análise, ainda que de caráter panorâmico, de noções relacionadas com a arte. Sendo assim, inicia-se este capítulo, com a abordagem de questões relacionadas à delimitação conceitual de arte, às fontes da experiência estética e às forças que impulsionam a criação artística. Em seguida, trata-se das distintas modalidades de relação entre direito e arte, quais sejam: a) direito na arte, ou seja, o direito como tema de obras de arte; b) arte como direito, ou seja, o direito à criação e fruição da obra artística; e c) direito como arte, ou seja, a aplicação da norma jurídica como manifestação artística. Encerra-se este capítulo, com a análise específica da concretização dos direitos fundamentais como arte.

### 9.1 Delimitação conceitual de arte

O ser humano, de forma geral, independentemente de limites temporais ou fronteiras geográficas, é afetado pela arte. A arte remonta aos primórdios da existência do homem, como demonstram pinturas rupestres datadas entre 15.000 a 10.000 anos a.C., e permanece como frequente manifestação cultural<sup>1</sup>. Experimentamos, rotineiramente, emoções e ideias diversas suscitadas por obras de arte diversas, tais como filmes, música, pinturas, esculturas, peças teatrais e livros.

A arte está presente em toda vida do homem, assim toda a vida do homem penetra nela, constituindo-lhe o íntimo conteúdo e, justamente por isso, ela pode tornar-se

---

<sup>1</sup> GOMBRICH, Ernst Hans. **A história da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 16. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 39.

razão de vida para quem a faz e para quem a goza [...] como a *vida* penetra na *arte*, assim a *arte* age na *vida*.<sup>2</sup>

Se a experiência da arte é, desde tempos imemoriais, vivenciada com frequência pelas pessoas, isto não se traduz em facilidade para traçar uma delimitação conceitual do fenômeno artístico. Em face da diversidade de sensações despertadas pela arte e da aparente infinidade de suas formas de manifestação, parece quase irrealizável a elaboração de um conceito de arte.

A compreensão do que seja arte envolve três dimensões do fenômeno: *a*) arte como experiência estética; *b*) arte como objeto cultural e *c*) arte como ato expressivo. Cada uma destas dimensões corresponde a uma perspectiva parcial do fenômeno artístico, relacionada, respectivamente, com o espectador, com a obra de arte e com o criador. A arte somente pode ser plenamente compreendida quando consideradas tais dimensões conjuntamente como partes de uma unidade.

### 9.1.1 Arte como experiência estética

O termo “estética” deriva da palavra grega *aisthesis*, que significa “percepção sensível” ou “compreensão pelos sentidos”.<sup>3</sup> Neste sentido, pode-se compreender a experiência estética como o *conjunto de emoções e ideias satisfatórias, produzidas na mente de um indivíduo, pela contemplação de um objeto*.

A experiência estética está, portanto, estritamente relacionada com o *ato contemplativo* direcionado a determinado objeto. Explica Carroll:

Quando contemplamos um objeto, não nos limitamos a receber passivamente os seus estímulos. Não se trata de um olhar bovino e vago, nem é um estado de distração ou desatenção. Não é um devaneio indolente. Contemplar um objeto é estar muito ciente de seus pormenores e das suas inter-relações. A contemplação, neste sentido, exige uma observação aguçada. Também implica exercitar activamente as capacidades construtivas da mente, ser-se desafiado por uma diversidade de estímulos, por vezes contraditórios à primeira vista, e procurar dar-lhes coerência. Contemplação, aqui, é estar centrado no objeto da atenção, é examinar cuidadosamente os seus elementos discretos e procurar encontrar conexões entre eles.<sup>4</sup>

A arte, enquanto experiência estética, corresponde a uma necessidade espiritual do ser humano. Esta experiência não está limitada à contemplação de obras de arte em museus e galerias, mas, antes, encontra-se disseminada nas mais diversas atividades desempenhadas

<sup>2</sup> PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 40-41 (Grifos originais).

<sup>3</sup> CARROLL, Noël. **Filosofia da arte**. Trad. de Rita Canas Mendes. Lisboa: Texto e Grafia, 2010, p. 177.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 2010, p. 193.

pelo ser humano em seu cotidiano. Conforme Dewey, a compreensão da experiência estética deve se afastar de uma “concepção museológica” em favor de uma “continuidade da experiência estética com os processos normais do viver”. Afirma este filósofo:

As origens da arte na experiência humana serão aprendidas por quem vir como a graça tensa do jogador de bola contagia a multidão de espectadores; por quem notar o deleite da dona de casa que cuida de suas plantas e o interesse atento com que seu marido cuida do pedaço de jardim em frente à casa; por quem perceber o prazer do espetador ao remexer a lenha que arde na lareira e ao observar as chamas dardejantes e as brasas que se desfazem.<sup>5</sup>

Não apenas o espectador vivencia a experiência estética, mas também o artista no momento da criação. “O artista não é apenas o criador, é também o primeiro público das suas obras. Tipicamente, o poeta dá um passo atrás, contemplando a sua criação, para se poder aperceber do seu efeito e, ao fazê-lo, torna-se a sua primeira assistência.”<sup>6</sup>

A experiência estética possui natureza emotiva e cognitiva. Trata-se de experiência *emotiva*, no sentido de que a contemplação da obra de arte é capaz de produzir nos indivíduos uma variada gama de emoções, que incluem a alegria, a tranquilidade, a tristeza, o horror e a repulsa. “O poder da arte é o poder da surpresa perturbadora”.<sup>7</sup>

Horácio já destacava a capacidade de produzir emoções como característica essencial da arte: “Não basta serem belos os poemas, têm de ser emocionantes, de conduzir os sentimentos do ouvinte aonde quiserem. O rosto da gente, como ri com quem ri, assim se condói de quem chora; se me queres ver chorar, tens de sentir a dor primeiro tu”.<sup>8</sup>

Para Aristóteles, a arte proporcionaria um efeito catártico, que permitiria ao indivíduo, ao sentir as emoções inspiradas pela obra artística, purificar seu espírito: “É a tragédia a representação duma ação grave, de alguma extensão e completa, em linguagem exornada, cada parte com o seu atavio adequado, com atores agindo, não narrando, a qual, inspirando temor, opera a catarse dessas próprias emoções”.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> DEWEY, John. **A arte como experiência**. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 62; 63; 70.

<sup>6</sup> CARROLL, Noël. **Filosofia da arte**. Trad. de Rita Canas Mendes. Lisboa: Texto e Grafia, 2010, 2010, p. 85.

<sup>7</sup> SCHAMA, Simon. **O poder da arte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 10-11.

<sup>8</sup> HORÁCIO. Arte poética. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 58.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. Poética. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 24.

A experiência estética possui, além de natureza emotiva, igualmente natureza *cognitiva*, no sentido que inspira ideias acerca da condição humana, da natureza que nos cerca e do metafísico. “Ela [a arte] revela, frequentemente, um sentido das coisas e faz com que um particular fale de modo novo e inesperado, ensina uma nova maneira de olhar e ver a realidade”.<sup>10</sup> Neste sentido, afirma Botton:

Sub-repticiamente e de modo atrativo, com humor ou gravidade, as obras de arte – romances, poemas, peças, pinturas ou filmes – podem funcionar como veículos para nos explicar nossa condição. Podem agir como guias para uma compreensão mais verdadeira, mais judiciosa e mais inteligente do mundo.<sup>11</sup>

A arte consiste, portanto, em forma de conhecimento acerca do homem e da natureza. As obras de arte “nos dizem alguma coisa sobre o mundo, sobre estar na própria pele, que não encontramos em nenhuma fonte mais prosaica de sabedoria”.<sup>12</sup> Neste sentido, afirma Cauquelin:

Arte é, pois, conhecimento, mas conhecimento de outro tipo, muito mais antigo do que o saber do qual a arte se desvia. Muito mais amplo também, e que envolve antecipadamente o esclarecimento metafísico; o ser (muito embora esse vocábulo não convenha verdadeiramente aqui) só pode ser captado pela *atividade metafísica da arte*. Por uma *metafísica do artista*. É ela que ilumina a realidade do mundo, de modo que o mundo não é o ponto de partida de uma representação pela arte, que o imitaria ou o copiaria (como era o caso para Platão), mas sim o ponto de chegada, o que se tornou possível, o que aparece por intermédio da arte.<sup>13</sup>

Não existe qualquer incompatibilidade ontológica entre a experiência estética e a experiência intelectual. A separação promovida entre conhecimento e arte é resultado trágico do mito positivista da neutralidade metodológica e objetividade absoluta do pesquisador. O pesquisador vivencia experiências estéticas diante das revelações proporcionadas por seu objeto de seu estudo. Por outro lado, a contemplação da obra de arte é capaz de proporcionar conhecimento acerca da natureza e do metafísico.

A estranha ideia de que o artista não pensa e de que o investigador científico não faz outra coisa resulta da conversão de uma divergência de ritmo e ênfase em uma diferença de qualidade. O pensador tem seu momento estético quando suas ideias deixam de ser meras ideias e se transformam nos significados coletivos dos objetos. O artista tem seus problemas e pensa enquanto trabalha. Mas seu pensamento se incorpora de maneira mais imediata ao objeto.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

<sup>11</sup> BOTTON, Alain. **Desejo de status**. Trad. de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 135.

<sup>12</sup> SCHAMA, Simon. **O poder da arte**. Trad. de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 17.

<sup>13</sup> CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 49 (Grifos originais).

<sup>14</sup> DEWEY, John. **A arte como experiência**. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78.

A experiência estética é *subjetiva*. Pessoas diferentes podem ou não ser afetadas esteticamente por um mesmo objeto. Determinado objeto pode provocar emoções e ideias de natureza e intensidade diversas em pessoas distintas. Os mais diferentes e inusitados objetos são capazes de produzir experiências estéticas, conforme os fatores emotivos e cognitivos que despertem na psique do espectador. Dessa forma, a compreensão acerca da natureza ou do valor artístico de determinado objeto varia de pessoa para pessoa.

O juízo de gosto não é um juízo de conhecimento, um juízo lógico, mas sim estético, ou seja, um juízo cujo motivo determinante só pode ser subjetivo. [...] todos os juízos de gosto são juízos individuais, já que, ante a necessidade de subordinar diretamente meu juízo ao meu sentimento de agrado e desagrado, e não por conceitos, não podem ter aqueles a quantidade de juízos objetivos de validade comum.<sup>15</sup>

A natureza artística de um objeto, portanto, não é uma característica intrínseca deste, mas resulta de um ato de valoração do espectador. A arte não é exterior ao espectador, antes, reside na mente de quem contempla a obra.

### 9.1.2 *Arte como objeto cultural*

A experiência estética pode ser despertada tanto pela contemplação de objetos naturais como de objetos culturais. A grandiosidade de determinadas paisagens naturais ou a graciosidade ou estranheza de determinados seres podem produzir uma experiência estética. Uma das experiências estéticas mais intensas, tal como comumente narrada pelas pessoas, é a percepção da pessoa amada (especialmente no início das relações amorosas). Embora a contemplação de objetos e seres naturais possa resultar em experiência estética, somente pode-se considerar como arte a experiência estética produzida por objetos culturais.

A arte consiste em um *objeto* no sentido de que demanda exteriorização, enquanto obra perceptível pelos sentidos. A idéia situada na mente do artista e não exteriorizada, enquanto obra sensível, não pode ser considerada como arte.

A arte é necessariamente extrinsecação, porque só e precisamente por este seu caráter físico e sensível ela se especifica, distinguindo-se da artisticidade genérica que é inerente a toda a vida espiritual. [...] o artista não se limita a almejar e sonhar, mas pretende dar vida a uma forma que viva de per si, destacada dele, objeto entre objetos; e ele, que se encontra às voltas com a obra a fazer, bem sabe o quanto lhe

---

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Trad. de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 47; 59.

pesa, o quanto demora e o quanto o empenha a execução concreta dela, e frequentemente aí se macera, numa penosa vicissitude de fadiga e trabalho.<sup>16</sup>

A arte corresponde a uma manifestação *cultural* no sentido de que é resultado do pensamento e da ação do homem. “A arte extrai essencialmente seu valor de sua origem humana, pelo fato de ser um produto do espírito”.<sup>17</sup> Para Dewey:

A existência da arte [...] é a prova de que o homem usa os materiais e as energias da natureza com a intenção de ampliar sua própria vida, e de que o faz de acordo com a estrutura de seu organismo – cérebro, órgãos sensoriais e sistema muscular. A arte é prova viva e concreta de que o homem é capaz de restabelecer, conscientemente e, portanto, no plano do significado, a união entre sentido, necessidade, impulso e ação que é característica do ser vivo. A intervenção da consciência acrescenta a regulação, a capacidade de seleção e a reordenação. Por isso, diversifica as artes de maneiras infindáveis. Mas sua intervenção também leva, à *ideia* da arte como ideia consciente – a maior realização intelectual na história da humanidade.<sup>18</sup>

A arte, enquanto objeto cultural, pode se apresentar sob uma infinidade de formas perceptíveis pelos sentidos, as quais vão desde manifestações clássicas, como a pintura, a escultura, a literatura e a música, até manifestações modernas e de caráter artístico controverso como instalações, *ready mades*, eventos performáticos e mesmo intervenções no próprio corpo do artista.

### 9.1.3 Arte como ato expressivo

A experiência estética produzida por um objeto cultural ainda não apresenta a totalidade dos elementos necessários para caracterização da arte. De fato, a contemplação de objetos culturais mais diversos, em face da engenhosidade de sua confecção ou por despertarem associações mentais particulares em um determinado observador, podem produzir uma experiência estética sem que, necessariamente, possam ser caracterizados como arte. Para que reste caracterizado o fenômeno artístico, o objeto cultural, além de sua aptidão para produzir a experiência estética, deverá ainda, consubstanciar um *ato expressivo*.

A relação da arte com a expressão é crucial. A arte apresenta-nos o mundo repleto de propriedades expressivas. São-nos mostrados acontecimentos como mortes, relações amorosas e vitórias, embrulhados em sentimento humano. A arte torna o mundo emocionalmente acessível, muitas vezes de um modo imensamente perspicaz, mostrando-nos coisas com as suas características humanas manifestas ou

<sup>16</sup> PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. 3 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 153-154.

<sup>17</sup> LACOSTE, Jean. **A filosofia da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 50-51.

<sup>18</sup> DEWEY, John. **A arte como experiência**. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 93 (Grifo original).

em primeiro plano. Metaforicamente falando, a arte humaniza o mundo – apresenta-nos coisas de um modo humanamente acessível.<sup>19</sup>

A arte, enquanto ato expressivo, corresponde a uma manifestação da subjetividade de seu criador. A obra de arte consubstancia um discurso pelo qual o artista expressa sua compreensão pessoal e única sobre o homem e a natureza.

[A obra de arte] exprime, então, a personalidade do seu autor, não tanto no sentido de que a trai, ou a denuncia, ou a declara, mas, antes, no sentido de que a *é*, e nela até a mínima partícula é mais reveladora acerca da pessoa de seu autor do que qualquer confissão direta, e a espiritualidade que nela se exprime está completamente identificada com o estilo.<sup>20</sup>

A arte nunca é simples *mimesis*, mas sempre e necessariamente *poesis*. A obra de arte não é uma representação objetiva da realidade, mas uma criação imantada pela subjetividade do artista, resultante de sua visão pessoal acerca do mundo. “Mesmo quando parece imitativa, a arte não reproduz o que há de conhecido no mundo visível, mas o substitui por uma realidade que é toda dela”.<sup>21</sup> A escolha do tema da obra de arte, por si só, já é uma manifestação da subjetividade do artista. “O verdadeiro motivo, com efeito, é o próprio pintor e suas emoções”.<sup>22</sup>

A arte, enquanto ato expressivo, muitas vezes, transcende a intenção do artista, podendo ganhar novos sentidos, os quais variam no tempo e no espaço, bem como de acordo com a compreensão subjetiva de cada espectador. Este, portanto, não vivencia a experiência estética como receptor passivo da mensagem transmitida pelo artista, mas, antes, ao interpretar a obra de arte, participa de forma ativa na construção de seu sentido.

Somos levados a crer que o primeiro [o espectador] simplesmente absorve o que existe sob forma acabada, sem se dar conta de que essa absorção envolve atividades comparáveis à do criador. Mas receptividade não é passividade. Também ela é um processo composto por uma série de atos reativos que se acumulam em direção à realização objetiva. [...] Para perceber, o espectador ou observador tem de *criar* sua experiência.<sup>23</sup>

A compreensão da arte deve considerar a experiência estética, o ato expressivo e o objeto cultural, como dimensões imbricadas e indissociáveis. Dessa forma, pode-se definir arte como *a experiência estética produzida pela contemplação de um objeto cultural, o qual consubstancia um ato expressivo de seu criador*.

<sup>19</sup> CARROLL, Noël. **Filosofia da arte**. Trad. de Rita Canas Mendes. Lisboa: Texto e Grafia, 2010, p. 122.

<sup>20</sup> PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23 (Grifo original).

<sup>21</sup> SCHAMA, Simon. **O poder da arte**. Trad. de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 11.

<sup>22</sup> LACOSTE, Jean. **A filosofia da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 50-67.

<sup>23</sup> DEWEY, John. **A arte como experiência**. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134-137 (Grifo original).

## 9.2 As fontes da experiência estética

Questão filosófica, tão tormentosa quanto o conceito de arte, é saber quais as fontes da experiência estética. É possível afirmar que a fonte imediata da experiência estética são os objetos, naturais e culturais, capazes de propiciarem tal experiência. Entretanto, esta resposta nada dirá acerca dos elementos apresentados por estes objetos que os tornam aptos a produzir a experiência estética. Dessa forma, quando se indaga acerca das fontes da experiência estética, busca-se identificar, em última análise, os *valores estéticos*, ou seja, quais os atributos do objeto cuja contemplação é capaz de produzir a experiência estética.

De forma geral, diz-se que as obras de arte são dotadas de *beleza*. Afirmar que a beleza é a fonte da experiência estética, resulta em outra questão de difícil solução, qual seja, o que é a beleza, ou, mais especificamente, quais as características atribuídos a um objeto considerado como dotado de beleza. Trata-se de questão filosófica de difícil solução, especialmente, quando considerada a subjetividade da experiência estética e a diversidade de formas que podem assumir as obras de arte. Considerado o objeto deste estudo, não se tem a pretensão de apresentar uma resposta conclusiva sobre o que vem a ser a beleza, mesmo porque, esta resposta vem sendo perseguida, há séculos, no âmbito da filosofia, sem que se tenha chegado a um consenso. Limita-se, esse estudo, a apresentar algumas reflexões sobre o tema.

A beleza, em sentido amplo, pode ser compreendida como o atributo ostentado por determinados objetos, consistente na capacidade de produzir sensações e ideias satisfatórias a partir de sua contemplação. “A *beleza não é lei mas resultado da arte*: não seu objeto ou fim, mas seu efeito e êxito [...] o artista deve preocupar-se não com seguir a beleza, mas com fazer a obra, e se esta lhe sai com êxito, terá conseguido o belo”.<sup>24</sup>

A atribuição de beleza a um objeto é um ato de valoração e, enquanto tal, impregnado de subjetividade. Explica Kant: “Quando os objetos são julgados apenas por conceitos, perde-se toda representação da beleza. Portanto, tampouco pode haver regras em virtude das quais alguém pudesse ser obrigado a reconhecer como bela uma coisa”.<sup>25</sup>

A beleza, enquanto valoração subjetiva, não reside objetivamente na obra, mas no espírito daquele que a contempla. “Dizer que uma coisa é bela é um juízo; a coisa não é bela

<sup>24</sup> PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 182.

<sup>25</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Trad. de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 60.

em si, mas no juízo que a define como tal”.<sup>26</sup> Embora existam obras que adquirem determinado consenso acerca de sua beleza, é possível que uma mesma obra pareça dotada de beleza para um e seja considerada feia para outro. Horácio, em sua *Arte Poética*, datada de aproximadamente 14 a 13 a.C., indaga:

Suponhamos que um pintor entendesse de ligar a uma cabeça humana um pescoço de cavalo, ajuntar membros de toda procedência e cobri-los de penas variegadas, de sorte que a figura, de mulher formosa em cima, acabasse num hediondo peixe preto; entrados para ver o quadro, meus amigos, vocês conteriam o riso?”<sup>27</sup>

A descrição fornecida pelo filósofo poderia se encaixar, com perfeição, em algumas obras de arte moderna. O que lhe pareceu horrendo, poderia ser tomado como manifestação da beleza em escolas artísticas vanguardistas, como o surrealismo e o cubismo. A noção de beleza, portanto, varia no tempo e no espaço, bem como subjetivamente, de pessoa para pessoa.

As características apresentadas por objetos capazes de produzirem experiências estéticas, bem como as distintas emoções e ideias geradas por esta experiência, permitem identificar duas espécies de manifestação da beleza: o belo e o sublime.

### 9.2.1 *O belo*

O *belo* é o valor estético ostentado por objetos cuja contemplação desperta a sensação de que estes objetos ou os temas por eles representados são desejáveis. Considera-se belo “aquilo cuja apreensão agrada em si e por si mesma”, pelo que “a experiência do belo engendra o desejo e se cora de prazer”.<sup>28</sup> O belo está associado a características tais como harmonia, simetria, proporção e equilíbrio. Segundo Aristóteles, “o belo reside na extensão e na ordem.”<sup>29</sup>

Objetos considerados como belos resultam em emoções associadas com alegria, tranquilidade, atração, afeto, amor e outras sensações positivas. Na arte de caráter narrativo, o belo costuma ser associado com a comédia, entendida como a narrativa na qual o protagonista logra seu intento no desfecho.

<sup>26</sup> ARGAN, Giulio Carlo. **Arte moderna: do iluminismo aos movimentos contemporâneos**. Trad. de Denise Bottmann e Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 17.

<sup>27</sup> HORÁCIO. *Arte poética*. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 55.

<sup>28</sup> GILSON, Étienne. **Introdução às artes do belo: o que é filosofar sobre a arte?**. Trad. de Érico Nogueira. São Paulo: É Realizações, 2010, p. 33.

<sup>29</sup> ARISTÓTELES. *Poética*. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 27.

O ser humano possui uma propensão natural pelo belo, como reflexo do desejo por um mundo ideal. Nas palavras de Gombrich: “Muitas pessoas apreciam ver em quadros o que também lhes agradaria ver na realidade. Está aí uma preferência muito natural. Todos gostamos do belo exibido pela natureza e somos gratos aos artistas que o preservam em suas obras.”<sup>30</sup>

Exemplo da arte tradicionalmente considerada como bela é a estatutária grega produzida entre os séculos IV a.C. a I d.C. “Muitas das obras da arte clássica que foram admiradas em épocas recentes como representativas de criaturas humanas perfeitas são cópias ou variantes de estátuas produzidas em meados do século IV a. C.”<sup>31</sup> Obras representativas deste período são o *Apolo de Belvedere* e a *Vênus de Milo*. Na pintura, pode-se mencionar como exemplos de obras usualmente consideradas como belas, *O nascimento de Vênus* (1486), de Botticelli, e a *Mona Lisa* (1503), de Leonardo da Vinci.

### 9.2.2 *O sublime*

Existem objetos que, embora não sejam propriamente belos, são igualmente capazes de produzirem intensa impressão na mente de quem os contempla. Estes objetos apresentam características opostas àquelas associadas ao belo, tais como distorção, desequilíbrio e dissonância. Algumas destes objetos apresentam-se como discursos sobre a morte, o trágico, o escatológico e o grotesco, provocando espanto e horror no espectador.

Aristóteles já havia chamado a atenção para o fascínio exercido pela contemplação do abjeto: “Das coisas cuja visão é penosa temos prazer em contemplar a imagem quanto mais perfeita; por exemplo, as formas dos bichos mais desprezíveis e dos cadáveres”.<sup>32</sup> Estes objetos, caracterizados por sua estranheza e capazes de produzirem intensa experiência estética, permitem concluir pela existência de manifestação da beleza distinta do belo, a qual se pode denominar de sublime.

O *sublime* é o valor estético apresentado pelos objetos cuja contemplação resulta na sensação de que tais objetos, por sua magnitude, potência ou estranheza, desafiam a capacidade de compreensão do espectador ou configuram representação de ameaça à sua existência. Nas palavras de Schiller, o objeto sublime traz consigo “a representação da

<sup>30</sup> GOMBRICH, Ernst Hans. **A história da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 16. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 15.

<sup>31</sup> Ibid., 2009, p. 105.

<sup>32</sup> ARISTÓTELES. Poética. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 22.

infinitude, para cuja apresentação a faculdade da imaginação não se sente à altura” (“sublime teórico”) ou “a representação de um perigo que nossa força física não se sente capaz de vencer” (“sublime prático”).<sup>33</sup> Na definição de Kant, “sublime é o que, por ser só capaz de concebê-lo, revela uma faculdade do espírito que vai além de toda medida dos sentidos”.<sup>34</sup>

A experiência estética produzida pelo objeto sublime desperta sensações imediatas como horror, espanto, tristeza ou repulsa, as quais permanecem associadas ao fascínio hipnotizante que o objeto exerce sobre o espectador. Conforme Kant, o sublime faz com que “a sensibilidade se sinta atemorizada e, ao mesmo tempo cativada”. Para o filósofo, este aparente paradoxo é explicado pela circunstância de que o “sentimento de um impedimento momentâneo das energias vitais” produzido pelo sublime é sucedido por um “transbordamento mais intenso” dessas energias. Dito de outra forma, “o sentimento de inadaptabilidade de sua imaginação às ideias de um todo, para expô-las, é o ponto em que a imaginação alcança seu máximo, e em seu esforço para ampliá-lo volta a cair em si mesma, embora com isso se submerja num prazer emocionante”.<sup>35</sup>

A obra de arte sublime produz, simultaneamente, fascínio e horror no espectador. Na arte de caráter narrativo, o sublime pode ser associado com a tragédia, entendida como o estilo narrativo no qual o protagonista é frustrado em sua pretensão. Nas artes plásticas, o sublime manifesta-se por temas de caráter trágico, ameaçador ou grotesco, bem como pelo contraste intenso e caótico de formas, padrões e cores. “O ‘sublime’ é visionário, angustiado: cores às vezes foscas, às vezes pálidas; desenho de traços fortemente marcados; gestos excessivos, bocas gritantes, olhos arregalados”.<sup>36</sup>

Como exemplo de obra de arte sublime, pode-se mencionar *A cabeça de medusa* (1598), de Caravaggio. Pintada sobre um escudo, a obra representa o reflexo da cabeça da górgona logo após sua decapitação por Perseu. A força da experiência estética produzida por esta obra é comentada por Schama:

Um olhar pode matar, o retrato nos diz. Esse matou, com certeza. O gênio teatral de Caravaggio, o virtuose ímpar do choque-horror, trata de *nos* fazer sentir a surpresa letal, pois, quando olhamos para o quadro, vemos exatamente o que Medusa viu: a

<sup>33</sup> SCHILLER, Friedrich. **Do sublime ao trágico**. Trad. e ensaios de Pedro Sússekind e Valdimir Vieria. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 25.

<sup>34</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Trad. de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 98.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 2009, p. 91-92; 99-100; 113.

<sup>36</sup> ARGAN, Giulio Carlo. **Arte moderna: do iluminismo aos movimentos contemporâneos**. Trad. de Denise Bottmann e Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 19.

autoimagem como sentença de morte. Temos o primeiro calafrio. Mas conseguimos sobreviver para admirar os artifícios ópticos do artista. Pois, embora tivesse usado como suporte um escudo de madeira convexo e circular, Caravaggio utilizou sombras profundas para fazê-lo parecer o contrário: um recipiente côncavo e fundo do qual a cabeça fantasmagórica da Medusa emerge com maior violência. O resto está inchado quase a ponto de explodir, a testa franzida numa expressão de incredulidade, os olhos saltando das órbitas (como os nossos se sentem ao vê-lo), as faces distendidas e o orifício de dentes cortantes como navalha (cenário previsível de pesadelos masculinos) escancarado, a língua encostada nos dentes brilhantes, a boca imobilizada para sempre em seu grito silencioso.<sup>37</sup>

Ainda como obras de arte representativas da estética sublime, pode-se citar as pinturas *O pesadelo* (1781), de Fuseli, no qual um pequeno demônio senta sobre o peito de uma mulher adormecida; *O viajante sobre o mar de névoa* (1818), de Caspar David Friedrich, a qual evoca o sublime da natureza, ao mostrar um homem sobre o topo de uma cadeia de montanhas imersas na névoa; *A balsa da medusa* (1819), de Géricault, retratando uma jangada repleta de náufragos desesperados; *Saturno* (1823), de Goya, no qual o deus grego devora um de seus filhos, cujo corpo sem cabeça é segurado pelas mãos daquele; e *O Grito* (1893), de Munch, obra expressionista que, talvez, melhor represente simbolicamente a angústia humana. O cinema de horror é outra manifestação artística que atesta o fascínio exercido pelo sublime.

A experiência estética é subjetiva, razão pela qual o mesmo objeto pode se apresentar distintamente como belo ou sublime a pessoas diferentes, bem como pode não produzir qualquer sensação em um terceiro. Não existe uma hierarquia apriorística entre o belo e o sublime, enquanto medida do valor artístico de uma obra. Objetos sublimes são capazes de produzirem experiências estéticas tão intensas quanto objetos belos. A preferência pelo belo ou pelo sublime é, portanto, uma questão de gosto individual.

O belo e o sublime, enquanto manifestações da beleza, não constituem categorias rigorosamente delimitadas ou excludentes entre si. “Entre o belo e o sublime existe apenas uma diferença de grau. O objeto sublime ameaça com efeito, a vontade individual que a beleza reduz ao silêncio”.<sup>38</sup> Algumas obras de arte são capazes de produzirem uma experiência estética na qual residem, simultaneamente e em igual intensidade, sedução e horror. Diante delas, é-se atraído pelo belo, ao mesmo tempo em que se permanece estupefato pela grandiosidade e estranheza daquilo que se contempla. Com estas obras, a criação artística atinge seu ápice e a experiência estética, sua plenitude.

<sup>37</sup> SCHAMA, Simon. **O poder da arte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 40 (Grifo original).

<sup>38</sup> LACOSTE, Jean. **A filosofia da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 44.

### 9.3 As forças apolínea e dionisiaca como impulsos da criação artística

As manifestações artísticas remontam ao surgimento do próprio homem. A criação e contemplação da arte manifestam-se como necessidades espirituais do ser humano. “Só como ‘fenômeno estético’ nos é possível ‘justificar’ que o mundo exista eternamente”.<sup>39</sup> Os impulsos que movem o ser humano à criação artística traduzem um desejo de compreensão da condição humana, da natureza que o cerca e do metafísico. Entender estes impulsos, ou seja, as razões pelas quais o ser humano produz arte, é um dos temas mais instigantes da Filosofia da arte.

Segundo Nietzsche, a arte é resultado da interação de duas forças: o espírito apolíneo e o espírito dionisiaco. “A evolução progressiva da arte resulta do duplo caráter do ‘espírito apolíneo’ e do ‘espírito dionisiaco’, tal como a dualidade dos sexos gera a vida no meio de lutas que são perpétuas e por aproximações que são periódicas”.<sup>40</sup>

A força apolínea é associada ao belo, ao equilíbrio, à harmonia e à ordem. “A visão, o belo, a aparência delimitam o domínio da arte apolínea: esse domínio é o mundo transfigurado dos olhos que no sonho, com as pálpebras fechadas, criam artisticamente”.<sup>41</sup>

A força dionisiaca, por sua vez, está relacionada com a criatividade e o caos. “O espírito dionisiaco apresentava o desmedido excesso da natureza em prazer, sofrimento e conhecimento”.<sup>42</sup>

Estas duas forças, não obstante opostas, encontram-se em uma relação de complementaridade, relacionando-se em um movimento permanente de atração e repulsão. “A figura de Dionísio, seu delírio, sua loucura mística, é própria irrupção da vida, o nascimento do mundo como tragédia. A essa sombria violência, a esse sol negro, cruel, a figura de Apolo traz a outra vertente mística: o sonho, que tingem de doçura a paisagem dionisiaca”.<sup>43</sup>

O impulso artístico necessita da força apolínea para se concretizar em obras que possam ser percebidas e compreendidas pelo ser humano. Sem a força apolínea, o impulso artístico corre o risco de se perder em um caos de ideias difusas. A força apolínea é necessária para guiar o artista no trabalho, por vezes rigoroso e fatigante, de transformar a ideia em obra de

<sup>39</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 42.

<sup>40</sup> Ibid., 2004, p. 19.

<sup>41</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A visão dionisiaca do mundo**. Trad. de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Sousa. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 20.

<sup>42</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, op. cit., 2004, p. 35.

<sup>43</sup> CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.46-47.

arte. “Ele [Apolo] põe em música o que é grito e furor, torna audíveis as palavras proféticas e visível o que não se pode olhar”.<sup>44</sup> Por outro lado, a força apolínea não passará de simulacro medíocre de arte sem o sopro de criatividade e imprevisibilidade da força dionisíaca.

Estes dois instintos impulsivos andam lado a lado e na maior parte do tempo em guerra aberta, mutuamente se desafiando e excitando para darem origem a criações novas, cada vez mais robustas, para com elas perpetuarem o conflito deste antagonismo que a palavra ‘arte’, comum dos dois, consegue mascarar.<sup>45</sup>

Cortejado por Apolo e Dionísio no processo de criação, o artista não pode desprezar qualquer deles. Sem Apolo, perder-se-á em *furor poeticus*, incapaz de dar cabo à tarefa árdua de exteriorizar a ideia artística em obra. Sem Dionísio, produzirá apenas formas insípidas, nas quais faltará o sopro capaz de insuflar a beleza na obra. Quando ignorados, Apolo e Dionísio lançam sua maldição sobre o artista incauto, condenando-lhe à frustração, exaustão e mediocridade.

As forças apolínea e dionisíaca travam uma batalha no espírito humano. A força apolínea manifesta-se como um desejo por ordem e segurança, enquanto que a força dionisíaca nos causa uma urgência por aquilo que é novo, arriscado e perigoso. Apolo é razão, enquanto Dionísio é desejo. Não apenas a arte, mas todas as obras culturais são produtos da interação destas forças. A própria história é movimentada pela ação destas forças manifestada na tensão constante entre permanência e superação das condições da vida.

O bem estar do indivíduo e da coletividade depende do equilíbrio das forças apolínea e dionisíaca. A ordem e o equilíbrio trazidos por Apolo transmitem o sentimento de segurança e permitem ao ser humano o planejamento de suas ações. Dionísio, por sua vez, inspira a audácia que impele o homem à criação. A força dionisíaca, ao lembrar ao homem a imprevisibilidade e o caos que circundam sua existência, possibilita uma postura de serenidade diante de eventuais vicissitudes da vida.

A consolação metafísica – que nos é dada, como já disse, pela verdadeira tragédia -, o pensamento de que a vida no fundo das coisas, a despeito da variabilidade das aparências, permanece imperturbavelmente poderosa e cheia de alegria – esta consolação aparece com uma evidência material na figura do coro dos sátiros do coro de entidades naturais, cuja vida subsiste de maneira quase indelével atrás de toda a civilização, e que, apesar das metamorfoses das gerações e vicissitudes da história dos povos, permanecem imutáveis.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47.

<sup>45</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 19.

<sup>46</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 51.

A arte surge com interação das forças dionisíaca e apolínea em um bailado imprevisível. “Fusão da dupla embriaguez da vida e da vida como sonho: a arte”.<sup>47</sup> De certa forma, nas criações artísticas marcadas pela estética do belo, é possível identificar o protagonismo de Apolo, enquanto que na arte representativa da estética sublime, é Dionísio quem domina. Em algumas manifestações artísticas, Apolo e Dionísio, amantes-inimigos eternos, entregam-se um ao outro sem disputas, o belo e o sublime unificam-se, consubstanciando a beleza em estado puro. A experiência estética manifesta-se, então, como a revelação de que o ser humano e o próprio universo são, ao mesmo tempo, ordem e caos, harmonia e fúria. Por um instante único e fugaz, impossível de ser resgatado ou traduzido objetivamente, é-se capaz de absorver o sentido da existência e do universo.

#### 9.4 O direito na arte

Para Douzinas e Nead, a relação entre direito e arte abrangeria dois componentes: “*law’s art*”, o qual se refere ao tratamento dado à arte pelo direito, e “*art’s law*”, o qual se refere à representação do direito, da justiça e de temas jurídicos na arte.<sup>48</sup> Entende-se que, às referidas modalidades relacionais, faz-se necessário acrescentar uma terceira modalidade, qual seja, “direito como arte”, a qual se refere à aplicação da norma jurídica como forma de manifestação artística. Dessa forma, pode-se identificar as seguintes modalidades de relação entre direito e arte: *a) o direito na arte*, ou seja, o direito como tema de obras de arte; *b) a arte como direito*, ou seja, arte como objeto de normas jurídicas; e *c) o direito como arte*, ou seja, a construção da norma jurídica como manifestação artística. Passa-se a analisar cada uma destas modalidades relacionais, em separado.

O *direito na arte* consiste em modalidade de relação entre direito e arte manifestada em obras artísticas cujo tema permita uma associação com o direito. Os temas artísticos que permitem tal associação podem ser reunidos em três grupos: *a) representação simbólica da justiça*; *b) representação de atos ou personagens relacionados diretamente com a aplicação do direito*; *c) representação de situações da vida humana que inspiram uma reflexão sobre direitos subjetivos*.

Inúmeras são as obras de artes plásticas que adotam como tema a *representação simbólica da justiça*, entendida esta como valor abstrato ou como a função jurisdicional. Tão

<sup>47</sup> CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47.

<sup>48</sup> DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda. Introduction. In: DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda (Org.). **Law and image: the authority of art and the aesthetics of law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 11.

significativa e ressonante é a representação imagética da Justiça, nas artes visuais, que resultou na construção simbólica, disseminada no imaginário ocidental, da dama vendada que ostenta em uma das mãos uma balança e, na outra, uma espada. Curiosamente, a representação simbólica da Justiça como dama vendada somente se popularizou a partir de meados do século XVI. Até então, a Justiça costumava ser representada com olhos abertos, como sinal de permanente vigilância, sendo a venda utilizada somente com fins satíricos.

*Allegorical images of Justice, historians of iconography tell us, did not always cover the eyes of the goddess Justitia. [...] But suddenly at the end of the fifteenth century, a blindfold began to be placed over the goddess's eyes [...] Perhaps the earliest image showing the change is a 1494 wood engraving of a Fool covering the eyes of Justice, illustrating Sebastian Brant's Narrenschiff ('Ship of Fools'), which was rapidly reproduced in translations throughout Europe. Initially, as this engraving suggests, the blindfold implies that Justice has been robbed of her ability to get things straight, wield her sword effectively, or see what is balanced on her scales [...] By 1530, however, this image seems to have lost its satirical implication and the blindfold was transformed into a positive emblem of impartiality and equality before the law.<sup>49</sup>*

Outras obras de arte permitem uma associação com o direito por apresentarem como tema a *representação de atos ou personagens relacionados diretamente com a aplicação do direito*. Diversas são as pinturas, obras literárias e filmes que apresentam cenas de julgamentos, ficcionais ou baseados em fatos reais. Estas obras de arte resultam em enorme apelo junto ao público, conforme demonstra o sucesso de vendagem e de bilheteria de livros e filmes dedicados ao tema.

Existem ainda obras de arte cuja associação com o direito decorre da adoção de tema relacionado à *representação de situações da vida humana que inspiram uma reflexão sobre direitos subjetivos*. Nestas obras, as alegrias ou tragédias vividas pelos personagens envolvem questões associadas à vida, liberdade, igualdade, dignidade, honra, liberdade de exercício religioso, saúde, educação, maternidade, proteção à infância, assistência aos desamparados, entre tantos outros bens e valores significativos para a pessoa humana. Não obstante o tema representado não esteja relacionado diretamente à aplicação do direito, tais obras fazem

---

<sup>49</sup> “Imagens alegóricas da Justiça, dizem-nos os historiadores da iconografia, nem sempre cobriram os olhos da deusa Justitia. [...] Mas, de repente, no final do século XV, uma venda começou a ser colocada sobre os olhos da deusa [...] Talvez a imagem mais antiga a mostrar a mudança seja uma xilogravura de 1494, representando um Bufão cobrindo os olhos da Justiça, que ilustra a Narrenschiff (“Nau dos insensatos”) de Sebastian Brant, a qual foi rapidamente reproduzida em traduções por toda a Europa. Inicialmente, como sugere esta xilogravura, a venda implica que a Justiça foi roubada de sua capacidade de corrigir as coisas, empunhar sua espada com eficácia, ou ver o que está sendo pesado em sua balança. [...] Por volta de 1530, entretanto, essa imagem parece ter perdido sua conotação satírica e a venda foi transformada em emblema positivo de imparcialidade e igualdade perante a lei.” JAY, Martin. Must justice be blind?: the challenge of images to the law. In: DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda (Org). **Law and image**: the authority of art and the aesthetics of law. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 19-20.

refletir sobre bens e valores tradicionalmente qualificados juridicamente como direitos e, em diversos ordenamentos jurídicos, alçados à categoria de direitos fundamentais.

A diversidade das obras de arte com temática relacionada com o direito, bem como sua disseminação no tempo e no espaço, comprova a importância que o direito apresenta na vida das pessoas. A análise crítica de obras de arte com temática relacionada ao direito, com a profundidade necessária, merece um estudo específico. Esta empreitada refoge ao escopo deste trabalho, que se limita a apresentar exemplos de obras com temática jurídica, cuja seleção, como não poderia deixar de ser no campo da experiência estética, é assumidamente subjetiva.

#### 9.4.1 *Direito na literatura*

Diversas obras literárias, desde clássicos até recentes sucessos de venda, apresentam narrativas que envolvem, direta ou indiretamente, a aplicação do direito. “*Few social practices are so readily transferable to a literary setting, and so well suited to the literary depiction of conflict, as the trial is*”.<sup>50</sup> Dão-se como exemplos dois clássicos da literatura universal.

Em *Crime e castigo*, de Dostoiévski, o personagem Raskólnikov comete duplo homicídio e se vê devorado pela culpa e pelo medo para, ao final, encontrar a redenção no amor de uma prostituta e na descoberta da fé cristã. No epílogo, é relatado o julgamento do protagonista, com a indicação dos principais elementos da instrução processual, bem como das razões que levaram à condenação do réu e à dosimetria da pena:

A instrução de seu processo não encontrou grandes dificuldades. O culpado manteve sua declaração firme e claramente, sem omitir nenhuma circunstância, sem lhes suavizar o horror em proveito próprio, sem esquecer as menores particularidades. [...] Todas as particularidades singulares do caso foram levadas em consideração. O estado patológico e de pobreza em que se encontrava o acusado antes de praticar o crime era inquestionável. Como não se aproveitou dos objetos roubados, supôs-se que em parte o arrependimento o tivesse impedido disso, e que em parte as suas faculdades mentais não estavam em boas condições quando cometera o crime [...] Em suma, o julgamento terminou com a condenação do réu a trabalhos forçados de segunda classe, por somente oito anos, tendo-se levado em conta a confissão de culpa e algumas circunstâncias atenuantes da sua culpa.<sup>51</sup>

*O processo*, obra-prima de Kafka, narra o calvário sofrido pelo personagem Josef K, o qual responde a processo por um suposto crime, sem que jamais lhe seja comunicado o crime

<sup>50</sup> “Poucas práticas sociais são tão prontamente transferíveis para um cenário literário e tão adequadas à descrição literária de conflito, como é o julgamento” (Tradução do autor). POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 33.

<sup>51</sup> DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Trad. de Ivan Petrovich e Irina Wisnik Ribeiro. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 537-539.

imputado ou lhe seja dada oportunidade de defesa. Em sua primeira audiência, o protagonista, frustrado e à beira do desespero, procura explicar ao juiz de instrução e aos presentes à audiência que o processo movido contra ele trata-se de uma arbitrariedade:

O que eu pretendo é simplesmente tornar pública uma evidente situação de injustiça. Escutem vocês: há cerca de dez dias fui detido [...] perguntei ao Inspetor com a maior calma (se aqui estivesse teria de confirmar o que eu digo) qual era o motivo de minha detenção. [...] Pois, senhores, de essencial nada me respondeu; talvez verdadeiramente não soubesse de nada; havia me indiciado: com isso se dava por contente.<sup>52</sup>

O juiz de instrução, adotando uma postura entre indiferença e irritação, como se a manifestação do acusado não tivesse qualquer importância e, antes, constituísse um óbice à marcha inexorável do processo, limita-se a dizer: “Apenas queria chamar-lhe atenção para o fato [...] de que hoje (é evidente que você ainda não tomou consciência disso) você mesmo frustrou a vantagem que um interrogatório sempre representa para o detido”.<sup>53</sup> O “processo” segue sua marcha insensata até a execução de Joseph K, o qual morre sem saber do crime pelo qual foi condenado.

A obra margeia o surreal e funciona como uma parábola poderosa que pode ser compreendida em diversos níveis de significado, que vão desde a denúncia contra o Estado burocrático e a aplicação dogmática da lei até a metáfora da própria condição humana em face das limitações impostas pela realidade.

#### 9.4.2 *Direito no teatro*

A aplicação do direito também pode ser identificada como tema adotado pelo teatro. Dois exemplos de peças que apresentam julgamentos como elemento central de suas narrativas são a tragédia grega *Antígona*, de Sófocles, e a comédia shakespeariana *Medida por medida*.

Antígona, após realizar o funeral de seu irmão Polinice, é acusada de violar a lei que proíbe o sepultamento daqueles que atentaram contra a cidade de Tebas. Em julgamento sumário, Creonte, governante de Tebas, insensível às motivações nobres da acusada, que agiu no intuito de trazer a paz ao falecido insepulto, profere sua decisão:

Será levada a um lugar ermo; e ali será encerrada viva, em um túmulo subterrâneo, revestido de pedra, com alimento o bastante para que a cidade não seja maculada pelo sacrilégio. Lá não lhe chegará som de humana voz, ela poderá conversar em paz com seus mortos queridos e invocar a Hades, o único deus por ela venerado.

<sup>52</sup> KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. de Torrieri Guimarães. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 77-78.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 2010, p. 82.

Talvez a salve da morte...Talvez assim ela se convenção de quão inútil é prestar culto aos mortos!<sup>54</sup>

A tragédia é disseminada pela decisão injusta. Antígona enforca-se no túmulo em que foi enclausurada. Hérmon, filho de Creonte, tira sua própria vida para seguir Antígona. Eurídice, mãe de Hérmon, ao saber da morte do filho, comete igualmente o suicídio.

Em *Medida por medida*, Angelo, que governa Viena, temporariamente, na ausência do Duque, determina a prisão de Claudio, sob a acusação de que este, apesar de viver conjugalmente com Julieta, não realizou os proclamas do casamento, invocando uma lei antiga e jamais aplicada. Angelo condena Claudio à pena de morte, sanção evidentemente desproporcional ao suposto ilícito: “*See that Claudio be executed by nine tomorrow morning: bring him his confessor; let him prepared; for that’s the utmost of his pilgrimage*”.<sup>55</sup> Como é comum àqueles que ostentam publicamente um rigor moral excessivo, Angelo não possui qualquer traço de virtude e propõe a Isabella, irmã de Claudio e noviça em um convento, que, caso esta ceda aos seus desejos carnis, libertará o condenado. Como se trata de uma comédia, no final da trama, Claudio mantém sua cabeça no lugar e reúne-se novamente com Julieta.

#### 9.4.3 *Direito na música*

Também a música pode adotar temas que podem ser associados ao direito. Tomem-se duas obras musicais para exemplificar esta constatação, uma pertinente à música clássica e outra, à música popular.

A ópera *Aida*, de Verdi, em seu quarto e último ato, apresenta cena na qual o general egípcio Radamés é julgado pelos sacerdotes por crime de traição contra a pátria, sob a alegação de que deu conhecimento do plano de ação do exército egípcio ao rei etíope, pai de sua amada Aida. Sua condenação ao enterramento vivo é cantada pelo coro: “*Radamès, è deciso il tuo fato; degli infami la morte tu avrai; sotto l’ara del Nume sdegnato a te vivo fia schiuso l’avel*”.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> SÓFOCLES. Antígona. In: SÓFOCLES. *Antígona/Édipo Rei*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 107-108.

<sup>55</sup> “Providencie para que Claudio seja executado às nove horas de amanhã; deixe-o preparado; pois este será o apogeu de sua peregrinação” (Tradução do autor). SHAKESPEARE, William. *Measure for measure*. In: SHAKESPEARE, William. *The complete works of William Shakespeare*. Nova Iorque: Random House, 1975, p. 103.

<sup>56</sup> “Radamès, teu destino está decidido; terás a morte dos infames; debaixo do altar do Deus que desprezastes, encontrarás, vivo, um sepulcro aberto” (Tradução do autor). VERDI, Giuseppe (música) e GHISLANZONI, Antonio (libretto). *Aida*. Primeira execução: Cairo, 24.12.1871. Libretto. Disponível em: <<http://www.librettidopera.it/aida/aida.html>>. Acesso em: 04 maio 2012.

A canção *Hurricane*, lançada por Dylan, em 1975, é um protesto contra o julgamento do boxeador profissional Rubin “Hurricane” Carter, acusado de triplo homicídio e condenado à prisão perpétua, em 1967. A letra da canção defende a inocência de Carter e afirma que seu julgamento e condenação resultaram de discriminação racial:

*Here comes the story of the Hurricane,/ The man the authorities came to blame/ For somethin' that he never done./ Put in a prison cell, but one time he could-a been/ The champion of the world [...] And though they could not produce the gun,/ The D.A. said he was the one who did the deed/ And the all-white jury agreed.*<sup>57</sup>

O julgamento de Carter foi anulado em recurso, tendo sido promovido novo julgamento, em 1976, no qual foi igualmente condenado à pena de prisão perpétua. Em 1985, após quase dez anos de prisão, Carter teve sua condenação novamente anulada e ganhou a liberdade.

#### 9.4.4 *Direito nas artes visuais*

Nas *artes visuais*, é possível identificar diversas obras que adotam como tema a representação simbólica do valor da justiça. No campo da pintura, destaca-se dois exemplos, ambos produzidos por artistas italianos. Por volta de 1306, Giotto produziu um afresco na *Cappella degli Scrovegni*, na cidade de Pádua, representando alegorias das virtudes da *Caridade*, *Fé*, *Fortaleza*, *Esperança*, *Justiça*, *Prudência* e *Temperança*, às quais contrapôs alegorias dos vícios do *Desespero*, *Inveja*, *Infidelidade*, *Injustiça*, *Ira*, *Inconstância* e *Estupidez*. Sua *Justiça* é uma dama coroadada, sem venda nos olhos. Nas mãos segura, não a espada e a balança, mas duas estatuetas simbolizando a condenação e a clemência. Curiosamente, a espada é portada, não pela *Justiça*, mas pela *Injustiça*, como símbolo da violência que esta é capaz de perpetrar.

No teto da *Stanza della Segnatura*, no Palácio Pontífice, no Vaticano, decorada de 1509 a 1511, o pintor italiano Raffaello Sanzio representou, em quatro medalhões, a *Justiça*, a *Filosofia*, a *Teologia* e a *Poesia*, cada qual simbolizada por uma dama. A *Justiça* não está vendada e segura, em cada uma das mãos, a balança e a espada. Sua espada não repousa, mas

<sup>57</sup> “Esta é a estória do Furação,/ O homem a quem as autoridades culpavam/ Por algo que nunca fez./ Foi colocado na prisão, mas há um tempo poderia ter sido/ O campeão do mundo [...] E apesar de não ter apresentado a arma, / A Promotoria disse que foi ele quem praticou o feito/ E o júri, todo formado por brancos, concordou. (Tradução do autor). DYLAN, Bob; LEVY, Jaques. Hurricane. **Ram’s Horn Music**. Letra Disponível em: <<http://www.bobdylan.com/us/songs/hurricane>>. Acesso em: 04 maio 2012.

se encontra erguida no ar. Em ambos os lados da *Justiça*, querubins seguram placas, nas quais se lê “*Ius suum unicuique tribuit*”.<sup>58</sup>

Não apenas pinturas, mas também diversas esculturas apresentam como tema a representação simbólica do valor da justiça. Tome-se um exemplo, localizado em solo brasileiro, *A Justiça*, esculpida por Alfredo Ceschiatti, em 1961, que permanece vigilante diante do prédio do Supremo Tribunal Federal, em Brasília. A arquitetura de muitos prédios públicos relacionados com a atividade jurisdicional, por sua vez, pode ser associada a uma representação simbólica desta atividade estatal.

A interpretação estética da cultura jurídica há de considerar, também, o modo pelo qual foram historicamente empregados elementos estéticos de grandeza, como vastidão e tamanho, como sendo sinônimos de poder, desde a Antiguidade, especialmente na Grécia e no Egito, verificando como a história é capaz de fazer intimidação, transcendência, medo e amor, por meio da estética, inclusive no Direito.<sup>59</sup>

Existem obras de arte visuais cujo tema pode ser associado com o direito por consistirem em representação de atos ou personagens relacionados diretamente com a aplicação do direito. Exemplo irônico desta temática é *O jurista*, de Giuseppe Arcimboldo, pintado em 1556. Este pintor italiano é conhecido por seu estilo criativo, caracterizado pela construção de “retratos” temáticos a partir da representação de elementos naturais e objetos combinados das formas mais diversas e inusitadas, utilizados como comentário simbólico acerca do personagem retratado. O pintor revela, nesta obra, seu sentimento de desconfiança e falta de apreço pelos profissionais da área jurídica. Seu “jurista” é retratado usando um casaco de pele, sua cabeça é construída a partir de animais mortos e de sua barriga e pescoço brotam livros e documentos.

Várias obras de arte visuais apresentam como tema a representação de situações da vida humana capazes de inspirarem uma reflexão sobre direitos subjetivos, inclusive por envolverem bens e valores tradicionalmente considerados como direitos fundamentais por diversos ordenamentos jurídicos. Na pintura cubista *Guernica* (1937), Picasso retratou os horrores provocados pelo bombardeio daquela cidade espanhola. Na tela, em preto e branco, vê-se uma mulher segurando o corpo de uma criança nos braços; a figura humana pisoteada pelo cavalo; pessoas que vagueiam assustadas na escuridão e; o homem que lança os braços ao alto, em súplica e desespero. No centro do quadro, uma pequena flor simboliza a esperança

---

<sup>58</sup> “O Direito dá a cada um o que é seu” (Tradução do autor).

<sup>59</sup> CARNEIRO, Maria Francisca. **Direito, estética e arte de julgar**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 43.

de que a vida renascerá dos escombros. A cena dantesca tornou-se um símbolo da violência da guerra e faz pensar na importância para o indivíduo e para a coletividade do direito à vida, à liberdade e à paz.

#### 9.4.5 *Direito nas artes audiovisuais*

Nas *artes audiovisuais*, os efeitos do direito na vida das pessoas tem sido tema, principal ou secundário, de incontáveis filmes e obras televisivas dos mais diversos gêneros, do drama à comédia.

O cinema, particularmente, demonstra notável interesse por temas que envolvem a aplicação do direito. Este interesse resultou na criação de subgênero conhecido por “filme de tribunal”, cuja trama envolve, especificamente, com variados graus de realismo, os meandros processuais de um julgamento. *O martírio de Joana d’Arc*, narra, mediante algumas das cenas mais comoventes já mostradas no cinema, a tortura, “julgamento” e execução da jovem francesa.<sup>60</sup> Em *Doze homens e uma sentença*, a argumentação de um único jurado, com base na presunção de inocência, levanta dúvidas sobre a autoria do crime e reverte o voto dos demais jurados, resultando na absolvição do acusado.<sup>61</sup> *Quero viver*, baseado em fatos reais, trata do julgamento e condenação à morte, na câmara de gás, de mulher injustamente acusada de homicídio.<sup>62</sup> *Anatomia de um crime* versa sobre o julgamento de um homem acusado de matar o alegado estuprador de sua esposa.<sup>63</sup> *A sangue frio*, baseado em fatos reais, trata do assassinato dos membros de uma família, por dois homens, e o consequente julgamento e condenação à pena de morte destes.<sup>64</sup>

Em *Kramer vs. Kramer*, os pais de uma criança travam uma batalha legal, entre si, pela sua guarda, resultando em um drama comovente sobre os efeitos do divórcio nos filhos menores.<sup>65</sup> *Muito mais que um crime*, envolve o drama sofrido por uma advogada de sucesso que precisa enfrentar terríveis verdades envolvendo o passado de seu pai, imigrante húngaro nos EUA, ao defendê-lo em processo no qual é acusado de crimes cometidos durante a II

<sup>60</sup> DREYER, Carl Theodor. **O martírio de Joana d’Arc** (La passion de Jeanne d’Arc). França: Société Générale des Films, 1928, 110m.

<sup>61</sup> LUMET, Sidney. **Doze homens e uma sentença** (12 Angry men). EUA: Orion-Nova Productions, 1957, 96m.

<sup>62</sup> WISE, Robert. **Quero viver** (I want to live!). EUA: Figaro, 1958, 120m.

<sup>63</sup> PREMINGER, Otto. **Anatomia de um crime** (Anatomy of a murder). EUA: Carlyle, Columbia, 1959, 160m.

<sup>64</sup> BROOKS, Richard. **A sangue frio** (In cold blood). EUA: Columbia Pictures Corporation, Pax Enterprises, 1967, 134m.

<sup>65</sup> BENTON, Robert. **Kramer vs. Kramer**. EUA: Columbia Pictures, 1979, 105m.

Guerra Mundial.<sup>66</sup> *Reverso da fortuna*, baseado em fatos reais, narra, sob a ótica do advogado de defesa, o julgamento de um homem acusado de tentativa de assassinato de sua esposa milionária.<sup>67</sup> Em *Filadélfia*, um advogado processa empresa em razão de sua dispensa discriminatória.<sup>68</sup> A lista poderia continuar indefinidamente, para abranger muitos outros filmes cuja temática central é a aplicação do direito.

Existem filmes que, apesar de não adotarem temas relacionados diretamente com a aplicação do direito, retratam situações da vida humana capazes de inspirarem uma reflexão acerca de direitos subjetivos. Tomem-se alguns exemplos de filmes cujo tema pode ser associado a bens consagrados, em diversos ordenamentos jurídicos, como direitos sociais. *Ladrões de bicicletas*, clássico do cinema italiano neo-realista, mostra a peregrinação de um trabalhador, acompanhado do filho, pelas ruas de Roma em busca da bicicleta roubada, sem a qual não poderá manter o emprego do qual depende a subsistência de sua família<sup>69</sup>. *A terra treme*, outro comovedor filme italiano, narra a luta de uma família de pescadores sicilianos contra a exploração pelos revendedores do pescado<sup>70</sup>. *Deus e o diabo na terra do sol* narra o drama de um trabalhador rural submetido à exploração pelos donos de terra, à alienação religiosa e à violência do cangaço<sup>71</sup>. *Vidas secas*, baseado na obra homônima de Graciliano Ramos, mostra a trajetória trágica de uma família de nordestinos tentando escapar da fome e da pobreza<sup>72</sup>. Estes filmes, ao narrarem os dramas vividos por pessoas desamparadas economicamente, são capazes de promoverem uma reflexão profunda acerca de direitos como o direito ao emprego, à moradia, à saúde, à educação e à assistência social.

Ao lado de obras ficcionais, existem ainda, filmes documentários que abordam crimes e julgamentos controversos. Entre estes, por seu impacto e repercussão, destaca-se *A tênue linha da morte*.<sup>73</sup> O filme versa sobre o julgamento de Randall Adams, condenado à pena de morte em 1976, sob a acusação de ter matado um policial, durante abordagem de veículo no qual o acusado se encontrava. Na ocasião, encontrava-se igualmente, no veículo, David Harris, jovem de apenas dezesseis anos e já acusado de uma série de delitos, cujo depoimento, em juízo, serviu como principal prova para a condenação de Adams. O filme apresenta uma minuciosa

<sup>66</sup> COSTA-GAVRAS. **Muito mais que um crime** (The music box). EUA: Carolco Pictures, 1989, 124m.

<sup>67</sup> SCHROEDER, Barbet. **Reverso da fortuna** (Reversal of fortune). EUA/Japão: Reversal, Shochiku-Fuji, Sovereign, 1990, 111m.

<sup>68</sup> DEMME, Jonathan. **Filadélfia** (Philadelphia). EUA: Clinica Estetico, 1993, 125m.

<sup>69</sup> SICA, Vittorio de. **Ladrões de bicicleta** (Ladri di bicicletta). Itália: De Sica, 1948, 93m.

<sup>70</sup> VISCONTI, Luchino. **A terra treme** (La terra trema: episodio del mare). Itália: Salvo D'Angelo, 1948, 160m.

<sup>71</sup> ROCHA, Glauber. **Deus e o diabo na terra do sol**. Brasil: Luiz Augusto Mendes, 1964, 115m.

<sup>72</sup> SANTOS, Nelson Pereira dos. **Vidas secas**. Brasil: Sino, 1963, 103m.

<sup>73</sup> MORRIS, Erroll. **A tênue linha da morte** (The thin blue line). EUA: American Playhouse, 1988, 103m.

análise do crime e do julgamento, construída a partir de depoimentos, documentos e da reconstituição do crime. Ao longo do documentário, as provas nas quais se basearam a condenação de Adams vão se revelando cada vez mais frágeis. O grande mérito do filme é fazer transparecer, nos diversos depoimentos de pessoas envolvidas no julgamento, seus próprios preconceitos contra o acusado e a fragilidade de seus depoimentos com relação àquilo que acreditam ter presenciado. No final estarrecedor, Harris lança dúvidas quanto à veracidade de seu depoimento, prestado em juízo, no qual imputou a autoria do crime à Adams.

Quando o filme foi lançado, em 1988, Adams se encontrava preso, tendo sido sua condenação à morte comutada à prisão perpétua pela Suprema Corte Americana, em 1980. A repercussão causada pelo filme trouxe o julgamento de volta à discussão. O julgamento de Adams foi anulado, tendo a promotoria se recusado a ajuizar nova ação contra ele. Em 1989, um ano após o lançamento do documentário, Adams foi liberado por *habeas corpus*. Harris, por sua vez, foi executado por injeção letal em 2004, após ser condenado à pena de morte, por homicídio ocorrido em 1985, durante uma tentativa de sequestro, o qual não guardava qualquer relação com o crime pelo qual Adams havia sido condenado.

## 9.5 A arte como direito

A relação entre direito e arte manifesta-se, igualmente, no plano da *arte como direito*, ou seja, a arte como objeto de normas jurídicas. Esta modalidade relacional abrange tanto o *direito objetivo da arte*, entendido como o conjunto de normas que regulamenta a atividade de criação e fruição de obras de arte, como o *direito subjetivo à arte*, tendo em vista que este decorre daquele.

Diversas normas jurídicas, inclusive de âmbito constitucional, regulamentam atos relacionados com a criação e fruição de obras de arte. A CF/88 apresenta vários dispositivos que protegem a liberdade de criação artística. O art. 5º, IV, estabelece a liberdade de manifestação do pensamento. Esta liberdade manifesta-se, materialmente, na criação de obras culturais, entre as quais se incluem as obras de arte. A liberdade de criação artística resta explicitada pelo inciso IX deste artigo, o qual faz menção expressa à liberdade de expressão da atividade artística, independente de censura e licença. No mesmo sentido, dispõe o art. 220, *caput*, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado ao disposto nesta Constituição”.

A arte é, essencialmente, uma situação comunicacional. O artista visa à comunicação de ideias e emoções a outras pessoas, por meio de sua criação. A obra de arte destina-se, ainda que eventualmente de forma apenas potencial, à sua fruição por um público. Dessa forma, a limitação à fruição da obra de arte consiste, igualmente, em limitação à criação artística, já que impede que a obra de arte realize sua finalidade comunicacional. Por tal razão, as mesmas normas constitucionais que asseguram a liberdade de criação artística garantem, em igual medida, a proteção à fruição das obras de arte criadas.

Como que para espancar quaisquer dúvidas, cautela provavelmente decorrente dos atos de censura a criações artísticas praticados durante o governo militar, a CF/88 apresenta dispositivos que consubstanciam fundamento específico do direito à fruição da arte. O mencionado art. 220, *caput*, além de vedar qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação e à expressão, proíbe, igualmente, restrições à informação, observada a regulamentação constitucional. A informação abrange o acesso aos mais diversos bens culturais, incluindo obras de arte. O §2º, deste artigo, por sua vez, estabelece, expressamente, ser “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

A censura de obras artísticas é incompatível com a noção de democracia, consubstanciando manifestação arbitrária do poder estatal contra a liberdade individual. Ao praticar atos de censura, o Estado, sob pretexto de proteger o cidadão, trata-o como ser incapaz de julgamento próprio acerca da realidade, geralmente com o intuito velado de aliená-lo com relação a ideias que possam colocar em cheque a autoridade do poder estatal ou a ideologia moral imposta por determinados segmentos sociais. O julgamento acerca do valor artístico ou da moralidade das obras de arte compete, exclusivamente, ao indivíduo.

O conteúdo de algumas obras de arte tornam inadequada sua exposição a crianças ou adolescentes pelo risco de danos à sua formação psicológica. Neste sentido, o art. 220, §3º, I, da CF/88, estabelece como dever do poder público, informar ao público sobre a natureza das diversões e espetáculos públicos, faixas etárias a que não se recomendem, bem como locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada, conforme diretrizes estabelecidas em lei federal. A imposição de limitações à fruição de determinadas obras de arte, em razão de seu conteúdo, por menores de idade, justifica-se, em face do dever estatal de proteção à criança e ao adolescente, estabelecido no art. 227, *caput*, da CF/88. Tais limitações não se confundem com censura em sentido estrito, entendida como vedação à fruição de obra de arte por pessoas dotadas de capacidade jurídica plena.

A CF/88 assegura, igualmente, os direitos autorais sobre criações artísticas. Neste sentido, dispõe o art. 5º, XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Os direitos autorais encontram-se regulamentados, em nível infraconstitucional, pela Lei nº. 9.610/98. O art. 22, desta lei, estabelece que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Conforme o art. 24, são direitos morais do autor: “reivindicar, a qualquer tempo a autoria da obra” (inc. I); “ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra” (inc. II); “conservar a obra inédita” (inc. III); “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra” (inc. IV); “modificar a obra, antes ou depois de utilizada” (inc. V); “retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (inc. VI); e “ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível ao seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado” (inc. VII). O art. 28, por sua vez, assegura os direitos patrimoniais do autor, dispondo que, “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Conforme o art. 41, “os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”.

Os deveres impostos constitucionalmente ao Estado não se esgotam em deveres de abstenção relacionados à liberdade de manifestação artística, incluindo, igualmente, a obrigação de adoção de medidas normativas e fáticas destinadas a promoverem a criação e fruição de obras de arte. O art. 215 da CF/88 dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais”. O §3º, do art. 216, prevê, expressamente, a obrigação de medidas normativas que estabeleçam “incentivos para a produção e o conhecimento de valores culturais”. O §6º, deste artigo, permite, inclusive, aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais.

O §2º, do art. 215, da CF/88, por sua vez, obriga a criação, mediante lei, de Plano Nacional da Cultura, com duração plurianual, com a finalidade de promoção do desenvolvimento cultural do País e integração das ações do poder público que conduzam à defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro (inc. I); produção, promoção e difusão de bens culturais (inc. II); formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões (inc. III); democratização do acesso aos bens de cultura (inc. IV); e valorização da diversidade étnica e regional (inc. V).

A CF/88 estabelece, ainda, ao Estado, a obrigação de proteção do patrimônio cultural brasileiro, o qual inclui manifestações artísticas. Conforme o §1º, do art. 216, compete ao poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. O §4º, por sua vez, dispõe que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”. O conceito de patrimônio cultural brasileiro, para efeitos da regulamentação constitucional, encontra-se estabelecido no art. 216, como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, entre os quais foram, expressamente, incluídas as criações artísticas, conforme prevê o inciso III deste artigo.

Os dispositivos constitucionais analisados permitem concluir pela existência de um *direito fundamental à arte*, compreendido, como direito à criação e fruição de obras de arte. Este direito fundamental manifesta-se tanto como um direito de defesa, no sentido de que estabelece deveres de abstenção do Estado com relação à adoção de condutas que possam caracterizar restrições à liberdade de criação e fruição de obras de arte, como também como um direito a prestações, normativas e fáticas, destinadas à promoção da criação artística, disseminação do acesso às manifestações artísticas e proteção das obras de arte integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

No que se refere à sua titularidade, o direito fundamental à arte manifesta-se não apenas como um direito individual, mas também como um direito coletivo. É obrigação constitucional do Estado democratizar a experiência estética proporcionada pela arte, promovendo seu gozo por indivíduos e grupos sociais que, por razões de hipossuficiência econômica ou por falta de oportunidade, encontram-se privados desta experiência.

Tal como qualquer outro direito fundamental, o direito fundamental à arte pode, diante do caso concreto, entrar em colisão com outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade (art. 5º, *caput*), à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X). Nestes casos, a colisão entre direitos fundamentais deverá ser resolvida mediante ponderação dos valores envolvidos no caso concreto.

A CF/88, portanto, reconhece a experiência estética proporcionada pela arte como direito fundamental, impondo ao Estado, não apenas a obrigação de se abster de vedar ou restringir a criação ou fruição das manifestações artísticas, mas também o dever de estender e democratizar o gozo da experiência estética a todos os membros da sociedade.

Prevalece ainda, em determinados círculos, a ideia de que a arte é um segredo a ser guardado em templos cujo acesso deveria ser restrito a uns poucos iniciados. É tarefa do Estado e da sociedade, imposta pela constituição, desconstruir esta pré-concepção elitista e proporcionar o acesso à arte, de forma indiscriminada, a todos os membros da sociedade.

## **9.6 O direito como arte**

O positivismo normativista impôs a redução do direito às normas jurídicas, rejeitando suas dimensões fática e axiológica. Em nome de uma suposta pureza metodológica, foram expurgados da Ciência do direito quaisquer outros elementos culturais, bem como os valores, estes considerados como insuscetíveis de justificação racional. A tarefa da Ciência jurídica foi limitada à atividade de descrição dos sentidos possíveis dos textos normativos, desvinculada tal descrição da formulação de juízos axiológicos. Nesse contexto, a aplicação do direito foi explicada como uma operação lógico-dedutiva, efetuada mediante subsunção silogística pela qual seria revelada a solução jurídica correta. A cisão operada pelo positivismo normativista entre direito e outras manifestações culturais resultou na noção de que direito e arte não possuem qualquer relação e que, qualquer tentativa de estabelecimento de relação desta natureza corresponderia a uma contaminação irracional da pureza metodológica da Ciência jurídica.

Diferentemente do que apregoa o positivismo normativista, interpretar a norma jurídica não significa apenas explicar descritivamente os sentidos possíveis desta, mas compreendê-la em seu aspecto valorativo. A interpretação/aplicação das normas jurídicas, além da formulação de juízos de realidade, depende, igualmente, de juízos de valor aptos a revelarem os valores contidos nas normas jurídicas. Estes juízos axiológicos formulados no ato de interpretação/aplicação do direito são passíveis de justificação mediante argumentação

racional. O resgate dos valores para o âmbito da ciência jurídica, o qual configura ruptura com o positivismo normativista e constitui fundamento do neopositivismo, permitiu a reaproximação do direito com outras formas de manifestação cultural, entre as quais a arte.

A construção de norma jurídica, resultante da interpretação/aplicação de normas jurídicas de hierarquia superior, consiste em manifestação artística, o que, implica dizer que a norma jurídica é obra de arte. Esta já era a lição de Ulpiano, baseado em Celso, ao definir o direito como “*ars boni et aequi*”.<sup>74</sup> Não surpreende, pois, que, na mitologia grega, as Musas, entidades divinas que inspiram as artes, sejam irmãs da deusa Diké, que simboliza o direito, todas filhas de Zeus. As musas são filhas da deusa Mnemosine, personificação da memória, razão pela qual as artes são capazes de eternizar seus criadores. Já Diké é filha de Têmis, divindade que personifica a Justiça, o sendo incessante o desejo da filha de realizar os anseios maternos.

Anteriormente, delimitou-se conceitualmente arte, como sendo a experiência estética produzida pela contemplação de um objeto cultural, o qual consubstancia um ato expressivo de seu criador. Dessa forma, afirmar que a norma jurídica é obra de arte significa compreender a norma jurídica como sendo, simultaneamente, objeto cultural, ato expressivo e fonte potencial de experiência estética.

### 9.6.1 *A norma jurídica como objeto cultural*

A aplicação de norma jurídica resulta na produção de outra norma jurídica de hierarquia inferior, cuja aplicação, por sua vez, resultará na produção de nova norma jurídica, sucessivamente. Este processo de aplicação sucessiva das normas jurídicas culmina na criação da norma do caso concreto.

Tanto o legislador como o juiz participam da atividade de produção jurídica. O legislador cria normas gerais, enquanto o juiz constrói a norma do caso concreto. O juiz, ao preferir o julgamento, cria a norma decisória, cuja eficácia é limitada ao caso concreto que está sendo decidido. A norma decisória corresponde à norma do caso concreto consubstanciada no dispositivo do julgado, consistindo no comando para que, diante do caso julgado, sejam adotadas as consequências jurídicas por ela determinadas.

---

<sup>74</sup> “arte do bom e do justo” (Tradução do autor). DIGESTO, 1.1. In: **Corpus Iuris Civilis**. Lyon: Jean Ausoult, 1560. Disponível em: <<http://ams.historia.unibo.it/176>>. Acesso em: 05 set. 2012. CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007, p. 66.

A prolação de decisão judicial, portanto, insere-se no processo de aplicação/produção do direito. A aplicação da norma decisória, por sua vez, rompe o processo de produção normativa, já que tal aplicação não resulta na produção de outra norma jurídica, mas na adoção de medidas fáticas que concretizem a consequência jurídica prevista em tal norma.

A norma jurídica, enquanto produto do pensamento e da ação do homem, corresponde a um *objeto cultural*. Os objetos culturais podem ser entendidos como os bens produzidos pelo espírito humano, englobando ideias exteriorizadas e obras resultantes da transformação da natureza pela ação humana. Diferem, pois, dos objetos naturais, entendidos como aqueles pertencentes ao mundo da natureza, os quais se manifestam independentemente do pensamento ou da ação humana.

### 9.6.2 *A norma jurídica como ato expressivo*

A interpretação/aplicação das normas jurídicas, da qual decorre a criação de normas jurídicas de hierarquia inferior, não consiste em uma operação lógico-dedutiva operada mediante subsunção silogística, da qual resulta uma única solução correta. Trata-se, na verdade, de atividade que envolve, necessariamente, juízos de realidade e juízos axiológicos, que resultam na construção de norma jurídica considerada como adequada enquanto ordenação de condutas. A norma jurídica de hierarquia superior não estabelece um conteúdo certo e preciso para a norma de hierarquia inferior que resultará da aplicação daquela, mas, antes, estabelece uma moldura, dentro da qual é possível a construção de normas com diferentes conteúdos, mas igualmente válidas, enquanto concretização da norma de hierarquia superior que se aplica. Dessa forma, a criação de norma jurídica, seja pela edição de normas gerais mediante atividade legislativa, seja pela construção da norma decisória mediante atividade jurisdicional, não se resume a atividade meramente declaratória de um direito previamente dado. Consiste, sim, em atividade criadora de direito.

A construção da norma jurídica consiste em atividade impregnada de subjetividade. A formulação de juízos de realidade não corresponde a uma atividade estritamente objetiva. A construção de enunciados acerca dos fatos é profundamente afetada por elementos psíquicos, conscientes e inconscientes, daqueles que presenciaram o evento fenomênico e do próprio intérprete/aplicador. Também a formulação de juízos de valor, entendida como a atribuição de valores às coisas, situações e pessoas, é atividade influenciada pelas experiências de vida e pela compreensão acerca da realidade por parte do intérprete/aplicador.

A compreensão de que a formulação dos juízos de realidade e axiológicos, utilizados na construção da norma jurídica envolvem elementos subjetivos do intérprete/aplicador, não significa que este possa formular tais juízos de forma arbitrária. É tarefa do intérprete/aplicador justificar racionalmente, mediante argumentação, os juízos de realidade e axiológicos que resultaram na construção da norma jurídica. A justificação dos juízos de realidade se dá pela comprovação de sua adequação enquanto enunciados descritivos de eventos fenomênicos. A justificação dos juízos de valor, por sua vez, ocorre pela comprovação da adequação dos valores atribuídos aos fatos, bem como da adequação do valor protegido no caso concreto com relação aos valores consagrados no texto normativo e, especialmente, em dispositivo constitucional.

Mesmo quando julgadores distintos concordam com o conteúdo da norma decisória a ser construída, não haverá duas sentenças idênticas. Os julgadores podem utilizar diferentes razões na argumentação racional acerca da adequação dos juízos de realidade e de valor formulados. Ainda que haja coincidência quanto às razões de decidir, as sentenças serão diferentes por conta do estilo adotado por cada julgador. Pessoas diferentes, mesmo quando queiram dizer a mesma coisa, não se manifestarão com as mesmas palavras e expressões, por conta das peculiaridades que cada indivíduo adota quando se utiliza da linguagem.

A construção da norma jurídica, tal qual a criação da obra de arte, é atividade criativa. O intérprete/aplicador da norma jurídica, tal qual o artista, busca ordenar a realidade segundo determinados valores. “A arte, assim como o direito, serve para ordenar o mundo. O direito, bem como a arte, estende uma ponte do passado para o futuro”.<sup>75</sup>

O texto normativo é a matéria-prima, fria e inerte, a ser utilizada pelo intérprete/aplicador na criação artística da norma jurídica. “Diferentes intérpretes – qual diferentes escultores *produzem* distintas *Vênus de Milo* – *produzem*, a partir do mesmo *texto*, *enunciado* ou *preceito*, distintas *normas jurídicas*”.<sup>76</sup> Dessa forma, o texto normativo representa para o intérprete/aplicador aquilo que significa, por exemplo, a partitura para o músico, o texto dramático para o ator, ou o roteiro para o diretor. Explica Franca Filho:

O legislador não pretende que as normas que produz permaneçam presas ao papel, mas antes que se transformem em vivos fatos jurídicos pelas mãos de um hábil leitor/intérprete/aplicador. [...] a letra fria da lei, a pincelada colorida na tela ou

<sup>75</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007, p. 17.

<sup>76</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação** - aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

mesmo a nota inscrita entre as linhas do pentagrama musical guardam entre si esse apelo para serem compreendidas/interpretadas/sentidas continuamente – quer pelo maestro, quer pelo crítico, quer pelo público, pelo juiz, pelo advogado, pela parte, pelo professor.<sup>77</sup>

Afirmar que o texto normativo é matéria-prima para a criação da norma jurídica, não significa, entretanto, o reconhecimento de liberdade ilimitada ao intérprete/aplicador no processo criativo. O texto normativo impõe limites à liberdade criativa do intérprete/aplicador na tarefa de construção da norma jurídica. Ultrapassados tais limites, a criação deixa de ser norma jurídica e transforma-se em expressão pura de arbítrio.

A norma jurídica, enquanto manifestação subjetiva, configura um discurso e, por tal razão, sua compreensão, como a de qualquer outra manifestação artística, demanda interpretação. “A interpretação jurídica e a interpretação artística não são duas coisas diversas, mas uma coisa só. Se o direito não fosse arte, a interpretação não teria nada a fazer”.<sup>78</sup> Da mesma forma que o espectador diante da obra de arte, o intérprete da norma jurídica não permanece como receptor passivo de uma mensagem acabada contida na norma, mas, antes, participa de forma ativa na construção de seu sentido.

O momento preciso em que arte e direito se entrecruzam é o complexo momento da compreensão/interpretação: como objetos culturais que são, arte e direito reinventam, recriam, revêem e reinterpretam o mundo constantemente e só fazem algum sentido se são interpretados/compreendidos pelos seus destinatários. Arte e direito são inventores e invenções do mundo, expondo continuamente o diálogo com a realidade. Assim, tanto a obra de arte como a norma jurídica nascem para ser interpretadas/compreendidas e como um modo de interpretar e compreender o mundo em redor. Direito e arte demandam essa diuturna dimensão hermenêutica de compreensão e interpretação.<sup>79</sup>

A norma jurídica consubstancia um ato criativo marcado pela subjetividade do intérprete/aplicador manifestada nos juízos de realidade e de valor formulados na construção da norma, bem como no estilo adotado na exposição da argumentação que justifica a adequação destes juízos. Deste modo, pode-se concluir que a norma jurídica é um *ato expressivo*.

### 9.6.3 A norma jurídica como fonte potencial de experiência estética

Para que a norma jurídica possa ser considerada como uma manifestação artística é preciso, além de sua caracterização como objeto cultural e ato expressivo, que esta

<sup>77</sup> FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça**: diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 83.

<sup>78</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. cit., 2007, p. 66.

<sup>79</sup> FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça**: diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 83.

corresponda à fonte potencial de experiência estética. Por experiência estética, compreende-se o conjunto de emoções e ideias produzidas na mente de um indivíduo pela contemplação de determinado objeto. A experiência estética é, essencialmente, uma experiência subjetiva, no sentido de que um mesmo objeto pode ou não despertar experiência estética em pessoas diferentes. Por tal razão, diz-se que a obra de arte é fonte potencial da experiência estética, já que a efetiva concretização desta experiência dependerá de elementos psíquicos presentes na mente daquele que a contempla.

A norma jurídica, seja a norma geral ou a norma do caso concreto, é fonte potencial da experiência estética. A percepção da norma jurídica pelo indivíduo é capaz de produzir, em sua mente, impressões, por vezes intensas, de natureza emotivo-cognitiva.

O plano estético inicia-se com a feitura das leis, passando pela aplicação do Direito, finalizando na transformação do mundo social. Todos esses aspectos constituem elementos da experiência sensível do Direito, portanto, da sua estética. Da mesma maneira que uma pedra de mármore reclama um artista com sensibilidade e competência, para que dela ilumine, através do esculpir, uma forma que comungue com os ideais de beleza em vigência, o Direito reclama uma jurisdição que o ilumine, na sua aplicação concreta, solucionando as questões que lhes são encaminhadas, revelando, assim, a cidadania em toda a sua plenitude, comungando com o ideal de justiça. A experiência jurídica, torna-se, assim, reveladora da dimensão estética do Direito.<sup>80</sup>

A norma geral, consubstanciada nas normas constitucionais e legais, é capaz de promover reações diversas, ao frustrar ou responder a anseios latentes na sociedade. Por sua vez, a norma do caso concreto, consubstanciada na decisão judicial, pode resultar em intensa experiência estética, produzindo, nas partes, sentimentos diversos, que vão da alegria, alívio e paz espiritual à raiva, frustração e medo. Não apenas as partes diretamente envolvidas no litígio, mas também terceiros são capazes de se emocionarem com normas decisórias. Julgamentos controversos mobilizam a sociedade e dividem opiniões sobre a solução justa a ser adotada.

Na vivência ou *práxis* do Direito, o espaço da manifestação sensível do fenômeno jurídico oferece-se justamente na aplicação da regra legal ao caso concreto. O espaço estético estende-se da compreensão do fato à aplicação da norma, que se manifesta na relação processual, colocando em perspectiva a síntese da composição da lide, vinculando-se o fato à regra.<sup>81</sup>

Dentre os valores consagrados nas normas jurídicas, destaca-se a justiça. O justo e o belo, enquanto valores respectivamente ético e estético, estão associados com as ideias de equilíbrio, simetria, harmonia e proporcionalidade. Direito e arte encontram-se no justo,

---

<sup>80</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 130.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 1999, p. 140.

podendo a justiça ser compreendida como manifestação do belo quanto à distribuição de bens, materiais e imateriais, e obrigações entre os membros da sociedade.<sup>82</sup> Neste sentido, afirma Fabriz que “a beleza e a harmonia do Direito encontra-se no ideal de justiça, devendo materializar-se na experiência jurídica cotidiana”.<sup>83</sup>

Da análise apresentada, conclui-se que a norma jurídica, seja a norma geral ou a norma do caso concreto, consiste em manifestação artística, no sentido de que corresponde a um objeto cultural, resultante de um ato expressivo, capaz de produzir uma experiência estética.

## 9.7 As formas de manifestação artística do direito

A aplicação do direito, enquanto manifestação artística, pode assumir diferentes formas. Por formas de manifestação artística designa-se as diferentes modalidades de materialização da obra de arte, tais como a literatura, o teatro, a música, as artes visuais e as artes audiovisuais. Em face da criatividade humana, seria impossível delimitar as formas pelas quais a criação artística pode se manifestar, pelo que as formas artísticas mencionadas possuem caráter apenas exemplificativo.

Ressalte-se que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, não há vedação para que os atos processuais exteriorizem-se sob formas variadas. Neste sentido, dispõe o art. 154, do CPC, que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

### 9.7.1 *Direito como literatura*

De todas as formas de manifestação artística, aquela que mais se aproxima do direito é a *literatura*. Direito e literatura confluem sob dois aspectos primordiais, quais sejam, manifestação como *narrativa* e uso da *retórica*. “*Narrative and rhetoric pervade all of law and, in a sense, constitute law*”.<sup>84</sup>

A *narrativa* pode ser entendida como o relato, verídico ou ficcional, de um acontecimento ou de uma série de acontecimentos conectados. A narrativa, considerada em

<sup>82</sup> CARNEIRO, Maria Francisca. **Direito, estética e arte de julgar**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 46-60.

<sup>83</sup> FABRIZ, Daury Cesar, op. cit., 1999, p.132.

<sup>84</sup> “Narrativa e retórica permeiam todo o direito e, em certo sentido, constituem o direito” (Tradução do autor). GERWITZ, Paul. *Narrative and rhetoric in the law*. In: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law’s stories**. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 4.

sua dimensão temporal, apresenta uma determinada situação inicial, a qual é afetada por forças internas e externas que promovem um desequilíbrio, acarretando em uma série de ações e consequências que conduzem a um novo estado.<sup>85</sup>

A narrativa, dito de forma simples, conta uma estória. As formas clássicas de narrativa correspondem à tragédia e à comédia, as quais se caracterizam, respectivamente, pela circunstância de o protagonista, no desfecho da narrativa, atingir ou não sua pretensão.

A elaboração de narrativas é atividade universal, desenvolvida cotidianamente pelas pessoas, no âmbito das relações mais diversas. Explica Barthes:

Inumeráveis são as narrativas do mundo. [...] a narrativa começa com a própria história da humanidade; não há em parte alguma povo algum sem narrativa; todas as classes, todos os grupos humanos têm suas narrativas, e frequentemente essas narrativas são apreciadas em comum por homens de culturas diferentes.<sup>86</sup>

A aplicação judicial do direito desenvolve-se por meio de uma série de narrativas inter-relacionadas. Neste sentido, afirma Fabriz:

Por meio das narrativas por oposição, alinhado a uma compreensão das diferenciações de sentido de cada atitude ou ato, que ocorrem nos variados discursos atinentes a determinado fenômeno jurídico, flui a harmonia da aplicação do Direito aos casos concretos, seguindo uma lógica processual, culminando com a síntese-sentença, que é o estrato da interpretação do fenômeno jurídico em sua totalidade, que nasce justamente dos discursos opostos, em equilíbrio.<sup>87</sup>

As narrativas formuladas ao longo do processo judicial funcionam como argumentos, apresentados com a finalidade de persuadir o ouvinte acerca de sua veracidade e adequação. “*Storytelling in law is narrative within a culture of argument*”.<sup>88</sup>

Na fase postulatória, a peça inicial e a contestação apresentam-se como narrativas dirigidas ao julgador, nas quais as partes relatam os fatos litigiosos. A importância das narrativas apresentadas pelas partes é ressaltada por Gerwitz:

*Telling stories (rather than simply making arguments), it is said, has a distinctive power to challenge and unsettle the legal status quo, because stories give uniquely vivid representation to particular voices, perspectives, and experiences of victimization traditionally left out of legal scholarship and ignored when shaping*

<sup>85</sup> GREIMAS, A.J. Elementos para uma teoria da interpretação da narrativa mítica. In: BARTHES, Roland *et al.* **Análise estrutural da narrativa**. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 65-66.

<sup>86</sup> BARTHES, Roland. Introdução à análise estrutural da narrativa. In: *Ibid.*, 2011, p. 19.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 2011, p. 19.

<sup>88</sup> “A formulação de histórias no direito é narrativa em uma cultura de argumentação (Tradução do autor). GERWITZ, Paul. Narrative and rhetoric in the law. In: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law’s stories**. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 5.

*legal rules. [...] It seems clear that stories, and the empathy they often prompt, can increase the range of understandings among listeners. Moreover, when the listeners are judges or other decisionmakers who are from insider groups or have an insider's perspective, outsider stories can add fresh and valuable knowledge.*<sup>89</sup>

Em decorrência do princípio do contraditório, as narrativas apresentadas pelas partes são contrapostas entre si, funcionando como argumentos expostos em um debate racional.

*One side's narrative is constantly being met by the other side's counternarrative (or sidestepping narrative), so that 'reality' is always disassembled into multiple, conflicting and partly overlapping versions, each version presented as true, each fighting to be declared 'what really happened' – with very high stakes riding on that ultimate declaration. It is the fragmentation and contending multiplicities of narrative, regulated by special rules of narrative form and shaping, that mark the central distinctiveness of narratives at trial – along with, obviously, the high stakes in how the narrative combat is resolved.*<sup>90</sup>

Na fase instrutória, as provas, notadamente os depoimentos testemunhais, consubstanciam narrativas fragmentárias acerca dos fatos litigiosos. *“Witnesses [...] do not usually tell their stories as uninterrupted narratives. [...] Rather, a witness's story furnishes discrete pieces in a mosaic whose overall shape emerges only as the trial progresses”*.<sup>91</sup>

Por fim, a decisão judicial manifesta-se, igualmente, como uma narrativa. A narrativa decisória, enquanto argumentação acerca da adequação da decisão como solução do litígio, é dirigida, não apenas às partes, mas, também, a eventuais instâncias recursais e à sociedade de forma geral.<sup>92</sup>

A narrativa decisória não apenas relata os eventos que desencadearam o desequilíbrio entre as partes, como também estabelece o estado final em que estas devem ser colocadas, como forma de solução do desequilíbrio caracterizado pelo litígio. A decisão judicial

<sup>89</sup> “Contar estórias (ao invés de simplesmente apresentar argumentos), diz-se, tem um nítido poder de desafiar e perturbar o status quo jurídico, porque as estórias fornecem uma representação notadamente vívida de vozes particulares, perspectivas e experiências de vitimização tradicionalmente esquecidas pela doutrina jurídica e ignoradas quando da formulação das leis. [...] Parece claro que as estórias e a simpatia imediata que frequentemente despertam, podem aumentar a amplitude de entendimento entre os ouvintes. Ademais, quando os ouvintes são juízes ou outros tomadores de decisão que integram ou possuem a perspectiva de grupos privilegiados, estórias de grupos excluídos podem propiciar um conhecimento novo e valioso.” (Tradução do autor). GERWITZ, Paul. Narrative and rhetoric in the law. In: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law's stories**. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 5-6.

<sup>90</sup> “A narrativa de um lado é constantemente contestada pela contra-narrativa (ou narrativa evasiva) do outro lado, de forma que a ‘realidade’ é sempre desmontada em múltiplas versões, conflitantes e parcialmente sobrepostas, cada uma apresentada como verdadeira, cada uma lutando para ser declarada ‘como aquilo que realmente aconteceu’ – com altos riscos envolvendo esta declaração final. A fragmentação e multiplicidade concorrente da narrativa, regulada por regras especiais acerca da forma e construção da narrativa, constituem a marca distintiva das narrativas em julgamento, junto, obviamente, com os altos riscos envolvidos na forma com que o combate narrativo será resolvido” (Tradução do autor). Ibid., 1996, p. 8.

<sup>91</sup> “Testemunhas [...] não costumam contar suas estórias como narrativas ininterruptas. [...] Ao invés, a estória de uma testemunha fornece peças discretas em um mosaico cuja forma geral somente emerge ao longo do julgamento” (Tradução do autor). Ibid., 1996, p. 7.

<sup>92</sup> Ibid., 1996, p. 10.

funciona, ao mesmo tempo, como síntese e conclusão última das narrativas desenvolvidas ao longo do processo. Ao julgador cabe, portanto, a tarefa essencial de escrever o capítulo final da narrativa processual.

O relato dos fatos contidos na narrativa decisória vivifica a norma, conferindo-lhe sentido. “Quando se dá essa dimensão de uso, a norma se transforma em narrativa, um lugar carregado de sentidos vitais, vivenciais. Não conheço narrativas sem dimensões sensíveis. Não existe narrativa sem sensibilidade.”<sup>93</sup>

A associação entre direito e narrativa está relacionada com a constatação da insuficiência da lógica formal como meio exclusivo para obtenção do conhecimento, bem como da compreensão de que o conhecimento não corresponde à descrição da realidade, mas à construção dessa realidade. “*The turn to narrative is a clear offshoot of the further loss of faith in the idea of objective truth and the widespread embrace of ideas about the social construction of reality. Narrative, in other words, is seen as the social construction of reality*”.<sup>94</sup>

Outro elemento que aproxima o direito e a literatura é o uso da *retórica*. Neste sentido, afirma Posner:

*Rhetoric counts for a lot in law because many legal questions cannot be resolved by logical or empirical demonstration. [...] Between the extremes of logical and scientific persuasion on the one hand and emotive persuasion on the other are a variety of methods for inducing belief that are rational though not rigorous.*<sup>95</sup>

O termo “retórica” não deve ser entendido em um sentido pejorativo, como ornamento desnecessário que mascara a falta de conteúdo do discurso, mas, sim, como o uso de recursos de linguagem como forma de persuasão do ouvinte, acerca da adequação do discurso. Longino, em texto datado, aproximadamente, do século I d. C., já ressaltava a força persuasiva das palavras bem escolhidas:

<sup>93</sup> WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio**: direito humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.

<sup>94</sup> “A virada para a narrativa é uma consequência clara de crescente perda de fé na ideia da verdade objetiva e da adoção ampla de ideias acerca da construção social da realidade. A narrativa, em outras palavras, é vista *como* a construção social da realidade” (Tradução do autor). GERWITZ, Paul. Narrative and rhetoric in the law. In: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law’s stories**. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 13.

<sup>95</sup> “A retórica importa, em muito, para o Direito porque muitas questões jurídicas não podem ser solucionadas por meio de demonstração lógica ou empírica. [...] Entre os extremos da persuasão lógica e científica, de um lado, e da persuasão emotiva, do outro, existe uma variedade de métodos de convencimento que são racionais, apesar de não serem rigorosos” (Tradução do autor). POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 33.

Discorrer sobre como a escolha dos vocábulos próprios e magníficos maravilha e fascina os ouvintes constitui a máxima preocupação de todo orador e todo escritor, porque, florindo de per si, depara aos discursos, como a esculturas belíssimas, a um tempo grandiosidade e beleza, verniz clássico, peso, força, vigor e ainda certo brilho, como se comunicasse aos fatos uma alma dotada de voz, receio seja um supérfluo esclarecimento a quem já o sabe. Realmente, a beleza das palavras é luz própria do pensamento.<sup>96</sup>

Figuras retóricas, tais como metáfora, metonímia, ironia, alegoria, imagens poéticas e questões retóricas, são comumente utilizadas em discursos jurídicos, para intensificar o poder de convencimento da argumentação utilizada para justificar a adequação dos juízos de realidade e de valor formulados. “Os discursos jurídicos contêm dimensões poéticas que são por si mesmas persuasivas, o mesmo poderia dizer-se das construções metafóricas que guardam, por elegância de seu próprio estilo, uma forma persuasiva emanada de sua própria carga emotiva”.<sup>97</sup> A retórica, portanto, não se opõe à argumentação racional, mas, antes, agrega-lhe sentido e força persuasiva, ao trazer para o discurso jurídico uma dimensão poético-emotiva.

### 9.7.2 *Direito como teatro*

É possível identificar manifestações da aplicação do direito relacionadas com o *teatro*. Nesta comparação, o termo “teatro” deve ser entendido, não como encenação de algo que é falso, mas no sentido de manifestação artística que utiliza a fala e o gesto para provocar emoção no espectador e convencê-lo acerca da adequação de determinadas ideias.

As partes, no processo, desenvolvem funções de acordo com modelos pré-determinados, que podem ser relacionadas com as funções dramáticas do protagonista e do antagonista, personificados, respectivamente, pelo autor e pelo réu. Diversos atos processuais, notadamente naqueles marcados pela oralidade, tais como a acusação e defesa perante o tribunal do júri ou manifestações orais das partes e do juiz assemelham-se a representações dramáticas, no sentido de serem praticadas com a intenção de provocar sensações e convencer acerca da adequação de determinadas ideias.

A audiência é repleta de representações simbólicas, tais como a indumentária utilizada pelo juiz e advogados, bem como determinadas fórmulas orais, que, igualmente, podem ser associadas com o teatro. A própria disposição das salas de julgamento remete à ideia de

<sup>96</sup> LONGINO. Do sublime. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 99.

<sup>97</sup> WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio**: direito humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63.

proscênio, no sentido de que a disposição dos julgadores é feita para permitir sejam assistidos pelos presentes.

### 9.7.3 *Direito como música*

Tal como ocorre com imagens, também a música pode ser utilizada para reforçar argumentos utilizados em decisões judiciais para justificação de juízos de realidade e axiológicos. A força da música para evocar determinados estados de espírito pode ser utilizada como elemento de convencimento acerca da adequação da argumentação do julgado.

A utilização da música, na aplicação do direito, pode ocorrer pela inserção de letras de determinadas canções na argumentação expendida pelo julgador. Neste caso, o julgador não está apenas aproveitando a força literária da letra musical, mas, antes, evocando a canção, inclusive em sua dimensão musical, como forma de despertar determinado estado emocional no leitor.

Outra possibilidade de manifestação da música na aplicação do direito é a prolação de decisões judiciais em forma cantada ou como letra para ser cantada acompanhada de uma determinada peça musical. A sentença, neste caso, não deverá ser lida, mas ouvida ou cantada.

Pode-se ainda imaginar, como possibilidade de utilização da música na aplicação do direito, a indicação, na decisão judicial, de peças musicais que devem acompanhar a leitura da decisão ou de determinados trechos desta. Em decisões registradas, sob a forma escrita ou oral, em arquivos digitais, a peça musical pode vir, de logo, igualmente registrada em tais arquivos. Nestes casos, a música funcionaria como espécie de trilha sonora da decisão judicial, com a finalidade de evocar determinados estados de espírito no leitor com a pretensão de reforçar o poder de convencimento da argumentação expendida no texto escrito.

### 9.7.4 *O direito como arte visual*

As *artes visuais* podem, igualmente, desempenhar uma função na aplicação do direito. O processo está habituado à utilização de imagens com função meramente probatória de fatos controversos, tais como fotografias e desenhos. Neste caso, dado o caráter puramente informativo da imagem, não restará caracterizada uma utilização propriamente artística desta. Entretanto, para além desta função probatória, as imagens podem ser utilizadas, no processo, com função artística, ou seja, com a intenção de produzir determinadas sensações e ideias no espectador, buscando

intensificar o poder de convencimento dos argumentos apresentados, na decisão judicial, para justificar a adequação dos juízos de realidade e axiológicos formulados pelo julgador.

Exemplos de utilização de imagens em decisões judiciais, com finalidade argumentativa, podem ser encontrados em votos recentes proferidos por William Posner, juiz integrante da *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*. Em determinado voto, o juiz americano compara a atitude adotada por uma das partes, ao ignorar os precedentes da corte, com o comportamento da avestruz, e ilustra sua tese com duas fotografias. Uma delas retrata um destes animais com a cabeça enterrada no solo e a outra apresenta um homem vestido com terno, adotando a mesma posição.<sup>98</sup> Em outro voto, cujo litígio versava sobre alegada violação de direito à liberdade religiosa, pelo corte coercitivo dos *dreadlocks* de um preso, o julgador insere, em seu voto, foto do cantor de *reggae* Bob Marley, com sua vasta cabelereira, para ilustrar o que é referido estilo de penteado.<sup>99</sup>

A imagem, utilizada sozinha ou acompanhada de textos, tem um poder argumentativo incalculável. Este poder tem sido subestimado pelos profissionais do direito e poderia ser melhor aproveitado como elemento de argumentação em decisões judiciais e outras peças processuais.

#### 9.7.5 *O direito como arte audiovisual*

As artes audiovisuais correspondem a uma das mais poderosas formas de manifestação artística. A comprovação desta afirmação pode ser avaliada pela capacidade que o cinema tem de emocionar, profundamente, as pessoas, arrancando-lhes lágrimas ou risos. A capacidade das artes audiovisuais de promover experiências estéticas intensas resulta do realismo produzido pela imagem em movimento, acompanhada de som. O direito apenas ensaia na utilização do potencial da arte audiovisual como elemento da argumentação apresentada para justificar a adequação dos juízos formulados no âmbito do processo judicial.

A gravação audiovisual de uma audiência não consiste apenas em um registro documental desta, mas, antes, consubstancia um símbolo próprio, formado por uma infinidade de elementos imagéticos e sonoros, cujo significado transcende o próprio ato registrado. No símbolo audiovisual, elementos diversos, tais como o enquadramento da imagem, a entonação das palavras, os mínimos gestos praticados, a organização de cores, formas e sons, reúnem-se

---

<sup>98</sup> Appeal n. 11-1665 (Monica Del Carmen Gonzalez-Servin, et al. vs. Ford Motor Company, et al). Julg. em 23.11.11.

<sup>99</sup> Appeal n. 10-3256 (Omar Grayson vs. Harold Schuler). Julg. em 13.01.12.

para gerar, consciente e inconscientemente, uma experiência emotivo-cognitiva. Uma demonstração da força do símbolo audiovisual é a captação de um depoimento testemunhal. Cada olhar, gesto, hesitação, entonação se reúne para produzir um significado específico, impossível de ser produzido pela leitura da transcrição escrita do que é dito.

O registro audiovisual de audiências ou julgamentos, entretanto, revela apenas uma centelha ínfima do poder da arte visual. O poder da arte audiovisual somente emergirá no direito quando o julgador se der conta de que pode proferir decisão mediante utilização de imagens e sons diversos, tais como registro audiovisual de depoimentos e de situações, imagens de documentos, reconstituições de eventos, gravação de sons, utilização de música e de imagens simbólicas, tudo organizado de forma eficiente e harmônica, de sorte a produzir um discurso argumentativo capaz de gerar o convencimento do espectador. Esta sentença não seria lida, mas assistida.

O potencial argumentativo da arte audiovisual, ainda inexplorado na atividade jurisdicional, pode ser sentido no anteriormente mencionado documentário *A tênue linha da morte*. Embora não se trate de uma peça processual, o filme funcionou, efetivamente, como um recurso de defesa eficaz e foi capaz de dar liberdade a um homem condenado à morte.

## **9.8 A concretização dos direitos fundamentais como arte**

A concretização dos direitos fundamentais, em sua dimensão estética, consiste na *experiência estética produzida pela norma jurídica resultante da aplicação de norma de direito fundamental*. Os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, corporificam os bens e valores considerados como essenciais à sociedade, servindo como critério de validade para atuação dos poderes públicos e particulares. Dessa forma, a atuação estatal, seja legislativa, administrativa ou jurisdicional, tem como finalidade última a concretização dos direitos fundamentais. A prática constitucional, fundada em uma vontade de constituição sedimentada na consciência geral, deve permear, não apenas a atuação estatal, mas, igualmente, as condutas adotadas por cada cidadão. Dessa forma, a norma jurídica, seja a norma geral produzida mediante atividade legislativa, seja a norma do caso concreto construída pelos particulares ou mediante atividade jurisdicional, devem estar voltadas, em último grau, para a concretização dos direitos fundamentais.

A norma jurídica pode ser compreendida como uma manifestação artística, no sentido de que corresponde a um objeto cultural, resultante de um ato expressivo, capaz de produzir

uma experiência estética. Considerando que a finalidade última da norma jurídica é a concretização dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que, sob uma perspectiva estética, a concretização de direitos fundamentais consiste na *magnus opus* do direito enquanto arte.

A concretização de direitos, enquanto manifestação artística, envolve uma tensão permanente das forças apolínea e dionisíaca. A força apolínea relaciona-se com os valores jurídicos da segurança e da igualdade em sentido formal, bem como com a manutenção da ordem posta, manifestando-se, especialmente, na dimensão normativa do direito, ou, mais especificamente, na intenção de construção de uma ordenação normativa totalizante das condutas humanas. A força dionisíaca, por sua vez, pode ser relacionada com o valor jurídico da liberdade, manifestando-se, sobretudo, na dimensão fática do direito e no desejo de transformação da ordem posta, em busca da justiça social. Nas palavras de Warat:

*El orden, esa elegante esperanza apolínea. La esperanza en el orden combina con la idea de la existencia de las normas jurídicas, que por su vez depende de la esperanza en los sentidos organizados jerárquicamente en sistemas. Lo dionisiaco no tiene otra estrategia que la de los fragmentos. En su mundo no hay sino detalles, sutileza, o bruscas delicadezas que no se olvidan de las diferencias, los detalles individuales que las generalizaciones y abstracciones en nombre del orden borran.*<sup>100</sup>

A aplicação do direito conduzida somente pela força apolínea resulta na redução do direito à sua dimensão normativa, tornando-o dissociado das necessidades sociais decorrentes da realidade. Por outro lado, a aplicação do direito efetuada, exclusivamente, sob eflúvios dionisíacos é incompatível com a ordenação normativa necessária para desenvolvimento da vida social. Em ambos os casos, respectivamente, em nome da segurança e da liberdade plenas, restará sacrificada a justiça.

A concretização dos direitos fundamentais depende, sob uma perspectiva estética, do equilíbrio entre os espíritos apolíneo e dionisíaco, o que somente pode ser alcançado pela atividade hermenêutica. Não é coincidência, portanto, que Dionísio e Apolo sejam irmãos de Hérmes, deus da interpretação, todos filhos de Zeus, embora de mães diferentes. Curiosamente, destes deuses, Dionísio é o único filho de uma mortal, o que explica sua especial ligação com os seres humanos.

<sup>100</sup> “A ordem, essa elegante esperança apolínea. A esperança na ordem combina com a ideia da existência das normas jurídicas que, por sua vez, depende da esperança de sentidos organizados hierarquicamente em sistemas. O dionisíaco não tem outra estratégia que a dos fragmentos. Em seu mundo, não existem senão detalhes, sutilezas, ou súbitas delicadezas que não se esquecem das diferenças, dos detalhes individuais que as generalizações e abstrações suprimem em nome da ordem (Tradução do autor). WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio: direito humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.

Dionísio e Apolo, juntos e harmonizados pelas habilidades de Hérmes, deverão inspirar o aplicador da norma jurídica e guiar-lhe o pensamento na construção da norma do caso concreto. A norma, enquanto manifestação do espírito apolíneo, influencia o sentido a ser dado aos fatos vividos. Por outro lado, os acontecimentos da vida, em sua diversidade inesgotável produzida pela inspiração dionisíaca, influenciam o sentido a ser dado à norma. Somente com o equilíbrio entre norma e vida, segurança e liberdade, Apolo e Dionísio, é possível a concretização dos direitos fundamentais. Alcançado este intento, o direito torna-se arte e a justiça, realidade.

## CONCLUSÃO

Das observações expostas, pode-se apresentar a seguinte síntese conclusiva:

1. A concretização de direito fundamental consiste na transposição do direito fundamental enquanto “dever ser”, contido na norma, para a condição de “ser”, manifestado como conduta efetivamente praticada. Concretizar direito fundamental significa, portanto, transformá-lo em realidade. Dessa forma, pode-se definir a concretização dos direitos fundamentais como o conjunto de ideias e práticas orientadas à atribuição de máxima eficácia às normas de direito fundamental, com a finalidade de efetivação destes direitos.
2. É possível identificar quatro dimensões distintas pertinentes à concretização dos direitos fundamentais, quais sejam: a) dimensão teórica, b) dimensão metódica, c) dimensão fática e d) dimensão estética. A compreensão da concretização dos direitos fundamentais depende, portanto, da análise destas dimensões, consideradas, não como elementos isolados, mas como partes indissociáveis de um mesmo fenômeno.
3. Em sua dimensão teórica, a concretização dos direitos fundamentais pode ser definida como a teoria que compreende as normas de direito fundamental como normas de conduta, dotadas de aplicabilidade imediata, incidentes sobre as relações mantidas com a Administração Pública e entre particulares.
4. Compreender as normas de direito fundamental como normas de conduta significa que, tais normas não apenas atribuem competência ao Estado para emitir normas jurídicas que concretizem normativamente os direitos nela previstos, mas que são, em si mesmas, suficientes para regulamentar a conduta dos órgãos da Administração Pública e dos particulares.
5. Entender as normas de direito fundamental como normas dotadas de aplicabilidade imediata significa que a fruição, no caso concreto, de posição de vantagem subjetiva nelas prevista, independe da edição de norma infraconstitucional regulamentar.

Frustrar a aplicação de norma de direito fundamental sob o pretexto de que esta não é dotada de aplicabilidade imediata configura ato de covardia sob a perspectiva da atividade científica, e ato ilícito sob a perspectiva da atividade jurisdicional.

6. As normas de direito fundamental são dotadas de eficácia vertical e horizontal, no sentido de que são aptas a incidir tanto sobre as relações mantidas entre o indivíduo e o Estado, como sobre relações mantidas entre particulares. A colisão entre normas de direito fundamental não configura óbice à eficácia horizontal destas normas, devendo ser resolvida, diante do caso concreto, mediante ponderação de valores.
7. A teoria da concretização dos direitos fundamentais, enquanto teoria acerca da eficácia das normas de direito fundamental, é compatível com o neopositivismo, enquanto teoria acerca do fundamento do direito. Em uma concepção neopositivista, a validade das normas jurídicas deve ser aferida, não apenas sob uma perspectiva formal, mas também sob uma perspectiva material, envolvendo juízos de realidade e juízos de valor. Os valores que servirão de fundamento para os juízos axiológicos, desenvolvidos pelo aplicador da norma jurídica, não são buscados fora do direito positivo, mas são aqueles protegidos pelo ordenamento jurídico estatal, notadamente aqueles consagrados em âmbito constitucional.
8. Em sua dimensão metódica, a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como o método para interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, compreendidas como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, que possibilita a construção da norma do caso concreto com fundamento naquelas.
9. A inadequação da subsunção como método para aplicação da norma jurídica pode ser resumida nos seguintes argumentos: a) as normas jurídicas não se apresentam como um dado prévio contendo conceitos capazes de albergarem a totalidade das condutas humanas; b) o enunciado acerca do fato não se apresenta como um dado prévio, sendo tarefa do julgador a formulação deste mediante seleção dos elementos fáticos juridicamente relevantes; e c) a consequência abstratamente prevista na norma jurídica não é idêntica à consequência a ser adotada, no mundo fenomênico, em decorrência da aplicação desta norma.

10. A concretização como método para aplicação das normas jurídicas consiste em um processo de densificação gradual da norma, por meio do qual vão sendo refinados conceitos semânticos e estruturais, mediante juízos de realidade e axiológicos justificáveis mediante argumentação racional. O processo de concretização da norma jurídica inicia com o texto normativo, a partir do qual é construída a norma geral, findando com a construção da norma do caso concreto. No percurso que parte do dispositivo normativo em direção à norma do caso concreto, a abstratividade vai sendo reduzida de forma inversamente proporcional ao ganho de normatividade.
11. O texto normativo, igualmente denominado de enunciado normativo ou disposição normativa, é uma expressão linguística, é o conjunto de palavras escritas que compõem um dispositivo jurídico. A norma geral, por sua vez, é um enunciado deôntico construído a partir da interpretação do texto normativo. A norma geral é dotada de abstratividade, ou seja, expressa um modelo de conduta a ser adotado diante de situação fática hipoteticamente prevista.
12. O processo de concretização da norma jurídica não se completa com a construção da norma geral. A efetiva produção de efeitos concretos no mundo fenomênico depende ainda da construção da norma do caso concreto. A norma do caso concreto regulamenta uma situação determinada, já ocorrida no mundo fenomênico, estabelecendo as consequências específicas que devem ser adotadas concretamente.
13. A norma do caso concreto é resultado de um processo construtivo que tem como matéria-prima normas gerais e elementos da realidade. Não é possível a definição do conteúdo da norma do caso concreto, exclusivamente, a partir da interpretação de normas gerais abstratamente consideradas. A construção da norma do caso concreto depende, necessariamente, da formulação de juízos acerca dos fatos que envolvem o caso a ser solucionado.
14. O fato não se confunde com o enunciado acerca do fato. O fato é o evento que se manifesta no mundo fenomênico. O enunciado acerca do fato, por sua vez, é a enunciação linguística formulada pelo sujeito cognoscente acerca do fato ocorrido no mundo fenomênico. O enunciado acerca do fato distancia-se, invariavelmente, do fato em decorrência das inevitáveis distorções que resultam do processo de apreensão, interpretação e expressão do fato pelo sujeito cognoscente.

15. Na atividade de aplicação do direito, caberá ao julgador formular o enunciado do fato relativo ao caso concreto a ser decidido. A construção do enunciado do fato, portanto, ocorre mediante um processo de ir e vir entre dados da realidade e normas gerais que resulta, simultaneamente, na seleção dos elementos fáticos juridicamente relevantes e na confirmação ou refutação da aplicabilidade de determinada norma geral ao caso concreto.
16. Existe uma relação dialética entre facticidade e normatividade, na qual a norma geral influencia a formulação do enunciado acerca do fato, enquanto os dados da realidade influenciam a interpretação da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto. Esta relação dialética, a qual envolve juízos acerca da realidade e axiológicos, resulta na densificação da norma geral, culminando com a construção da norma do caso concreto.
17. A relação entre o enunciado acerca do fato e a norma geral corresponde, não a uma relação de subsunção, mas a uma relação de coordenação, a qual deve ser justificada racionalmente pelo julgador, mediante argumentação construída com base em juízos acerca da realidade e axiológicos. Esta justificação deverá comprovar a existência de elementos relevantes de similaridade entre o enunciado acerca do fato e a hipótese de incidência prevista na norma geral que justifiquem a adoção, no caso concreto, de medidas que concretizem a consequência prevista na norma.
18. Uma vez estabelecida a relação de coordenação entre o enunciado acerca do fato e a hipótese de incidência de norma geral, o intérprete/aplicador deverá definir, com base em juízos acerca da realidade e juízos axiológicos, justificados mediante argumentação racional, as medidas a serem efetivadas no mundo fenomênico que concretizarão a consequência jurídica prevista abstratamente na norma geral.
19. O processo de concretização das normas jurídicas apresenta maior complexidade quando aplicado às normas de direito fundamental. Esta complexidade decorre da baixa densidade normativa que, via de regra, ostentam as normas de direito fundamental, em face de seu caráter principiológico, associada à aplicabilidade imediata destas. O desafio hermenêutico que envolve a concretização dos direitos fundamentais consiste, portanto, na densificação das normas de direito fundamental, de forma a permitir sua aplicação ao caso concreto.

20. A norma geral de direito fundamental corresponde a enunciado deôntico resultante da interpretação de dispositivo(s) de direito fundamental. A identificação destes dispositivos, em cada ordenamento jurídico estatal, depende do disposto na respectiva constituição.
21. A norma de direito fundamental expressa é aquela diretamente expressa por dispositivo de direito fundamental. Esta norma pode ser construída, de forma dedutiva, a partir da análise de dispositivos de direito fundamental. Via de regra, a norma de direito fundamental expressa manifesta-se como uma norma-princípio, dotada, portanto, de baixa densidade normativa resultante de sua abertura semântica e estrutural.
22. Quando a norma de direito fundamental expressa apresentar-se como norma-princípio, o intérprete/aplicador deverá proceder à redução de sua abertura semântica e estrutural e conseqüente aumento de sua densidade normativa em um processo que resulta na construção da norma de direito fundamental decorrente. Esta norma manifesta-se, estruturalmente, como uma regra, no sentido de que apresenta um modelo de conduta a ser adotado diante de uma hipótese fática, embora possa ainda conter conceitos indeterminados e pautas cujo preenchimento carece de juízos de realidade e axiológicos. A validade da norma de direito fundamental decorrente depende de argumentação apta a justificar sua construção como concretização normativa necessária à proteção de bem ou valor prevista em norma de direito fundamental expressa.
23. As normas de direito fundamental desempenham função essencial na aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais, a qual se manifesta, sucessivamente, nas atividades de: a) interpretação das normas infraconstitucionais conforme a constituição; b) controle difuso de constitucionalidade, com a conseqüente inaplicabilidade de normas inconstitucionais; e c) aplicabilidade imediata de normas de direito fundamental quando inexistente norma infraconstitucional válida aplicável ao caso concreto.
24. Em princípio, a construção da norma geral a ser utilizada na solução do litígio deve ser realizada a partir da interpretação de dispositivos legais. Desde que a opção de concretização normativa manifestada pela lei seja compatível com a “moldura”

estabelecida pela norma de direito fundamental, não poderá o juiz substituir tal opção por outra que entenda mais adequada ou justa, sob pena de violação dos princípios democrático e da separação dos poderes.

25. A interpretação conforme a constituição significa que, dentre os sentidos abarcados pela moldura da norma infraconstitucional, devem ser eliminados aqueles que forem incompatíveis com as normas constitucionais e que, por outro lado, deve prevalecer o sentido que resulte no maior grau de concretização dos direitos fundamentais.
26. Pode ocorrer de julgador se deparar com normas legais que são incompatíveis com as normas constitucionais, sendo tal incompatibilidade insuperável pela via da interpretação conforme a constituição. Neste caso, o julgador deve declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma legal que, em tese, seria aplicável ao caso concreto, mediante controle difuso de constitucionalidade.
27. A constitucionalidade da norma jurídica deve ser averiguada não apenas em abstrato, mas, igualmente, em face do caso concreto. De fato, pode ocorrer de a aplicação de uma norma geral, considerada abstratamente como constitucional, resultar na construção de norma decisória que viole bem ou valor jurídico protegido constitucionalmente em face das particularidades do caso concreto. O julgador, portanto, deve analisar tanto a constitucionalidade da norma geral abstratamente considerada, como de eventual norma decisória resultante da aplicação daquela ao caso concreto.
28. Em todos os casos em que o julgador verificar a inconstitucionalidade da norma geral infraconstitucional abstratamente considerada ou da norma decisória resultante da aplicação daquela, deve declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma geral em controle difuso e, por consequência, afastar sua aplicação ao caso concreto. Em tais situações, em decorrência da aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, o julgador não poderá se eximir de assegurar a fruição de direito fundamental por ausência de concretização normativa válida em âmbito infraconstitucional, e, por consequência, deverá construir a norma decisória, diretamente, a partir da norma de direito fundamental.
29. Pode ocorrer que a aplicação ao caso concreto de determinada norma de direito fundamental implique em necessária exclusão ou restrição de direito fundamental

previsto em norma constitucional diversa. Em tal situação, restará caracterizada a colisão entre normas de direito fundamental.

30. O critério a ser adotado como solução de colisões entre normas de direito fundamental deve ser a ponderação de valores. Esta permite ao julgador decidir, entre direitos fundamentais distintos que, abstratamente, gozam do mesmo grau de proteção jurídica, qual deverá prevalecer diante das circunstâncias do caso concreto. A decisão ponderativa deve ser fundamentada em um juízo de proporcionalidade, o qual deverá justificar a relação de precedência estabelecida entre as normas de direito fundamental colidentes, diante do caso concreto, sob os aspectos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.
31. A jurisdição não se resume a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente dado. Consiste, sim, em uma atividade criadora de direito, que se realiza na construção da norma decisória, entendida como a norma do caso concreto consubstanciada na decisão judicial.
32. O ativismo judicial defende uma postura ativa do juiz na solução dos litígios judiciais e na condução do processo, entendendo a jurisdição como atividade criadora de direito, voltada, primordialmente, para a concretização das normas constitucionais. A postura ativa do juiz, na condução do processo, decorre da ideia de que o processo não interessa apenas às partes do litígio, mas de que existe um interesse público na solução célere e justa do processo, como forma de assegurar à sociedade a integridade e efetividade do ordenamento jurídico.
33. Da mesma forma que o direito não pode ser dissociado de sua dimensão axiológica, a Ciência do direito, enquanto ciência cultural e normativa, não pode ser uma ciência axiologicamente neutra. A Ciência do direito não se limita a explicar descritivamente o fenômeno jurídico, envolvendo ainda a compreensão deste sob o aspecto valorativo. Por consequência, a interpretação/aplicação das normas jurídicas exige a formulação, não apenas de juízos de realidade, mas também de juízos de valor, sendo ambos passíveis de justificação racional mediante argumentação.
34. A dimensão fática da concretização dos direitos fundamentais está relacionada à eficácia das normas de direito fundamental. A concretização dos direitos fundamentais como fato consiste nas condutas humanas efetivamente praticadas que

materializem posições subjetivas de vantagem abstratamente previstas nas normas de direito fundamental.

35. Norma e fato são indissociáveis no fenômeno jurídico. A realidade interfere na criação e interpretação das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que as normas jurídicas pretendem a ordenação de fatos segundo determinados valores.
36. Constituição jurídica e realidade político-social, apesar de independentes, mantêm uma relação de coordenação fundada em um condicionamento recíproco. Conforme a lição de Hesse, a força normativa da constituição é realizada na medida em que as normas constitucionais logram realizar sua pretensão de eficácia. A força normativa da constituição não depende apenas do conteúdo das normas constitucionais abstratamente consideradas, mas, principalmente, de uma práxis fundada em uma vontade de constituição sedimentada na consciência geral.
37. A concretização fática dos direitos subjetivos, incluindo direitos fundamentais, ocorre quando são adotadas, no mundo fenomênico, condutas que materializam a posição de vantagem subjetiva garantida por norma jurídica. Esta concretização pode ocorrer mediante duas modalidades: a) observância das normas jurídicas e b) tutela jurisdicional.
38. A observância da norma jurídica é a forma regular e prevalente de concretização fática dos direitos subjetivos. Ocorre quando o sujeito passivo da relação jurídica, de forma espontânea e independentemente de interveniência do poder estatal, adota conduta que materializa, no caso concreto, o direito subjetivo previsto abstratamente na norma jurídica.
39. Não obstante a observância das normas jurídicas consista na modalidade regular de concretização fática dos direitos subjetivos, esta concretização não pode ficar na dependência exclusiva do cumprimento espontâneo do dever jurídico por parte do sujeito passivo. Considerando que a autotutela é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico, a proteção jurídica conferida ao titular de direito subjetivo lesionado ou ameaçado manifesta-se como tutela jurisdicional, obtida mediante o exercício do direito de ação.

40. A prolação de decisão judicial constitutiva consiste na forma de concretização fática de direitos potestativos mediante tutela jurisdicional. Uma vez transitada em julgado a decisão, restará constituída a situação jurídica que concretiza faticamente o direito potestativo titularizado pelo autor.
41. A efetivação da sanção imposta por decisão condenatória consiste na forma de concretização fática de direitos a uma prestação mediante tutela jurisdicional. Somente quando efetivada, no mundo fenomênico, a conduta imposta ao réu pela decisão condenatória, restará concretizado faticamente o direito à prestação pela via da tutela jurisdicional.
42. Pode-se definir arte como a experiência estética produzida pela contemplação de um objeto cultural, o qual consubstancia um ato expressivo de seu criador. A compreensão do que seja arte envolve três dimensões do fenômeno: a) arte como experiência estética; b) arte como objeto cultural e c) arte como ato expressivo. A arte somente pode ser plenamente compreendida quando consideradas tais dimensões, conjuntamente, como partes de uma unidade.
43. A experiência estética pode ser entendida como o conjunto de emoções e ideias satisfatórias, produzidas na mente de um indivíduo, pela contemplação de um objeto. A experiência estética é subjetiva. A natureza artística de um objeto não é uma característica intrínseca deste, mas resulta de um ato de valoração do espectador.
44. A arte corresponde a um objeto cultural, no sentido de que é resultado do pensamento e da ação do homem. Embora a contemplação de objetos e seres naturais possa resultar em experiência estética, somente se pode considerar como arte, a experiência estética produzida por objetos culturais.
45. A arte é um ato expressivo. A obra de arte, portanto, nunca é simples mimesis, mas sempre e, necessariamente, poesis, ou seja, é sempre uma criação imantada pela subjetividade do artista. A criação artística manifesta um discurso pelo qual o artista expressa sua compreensão pessoal e única sobre o homem e a natureza.
46. O espectador não vivencia a experiência estética como receptor passivo da mensagem transmitida pelo artista, mas, antes, ao interpretar a obra de arte, participa de forma ativa na construção de seu sentido.

47. A beleza é a fonte da experiência estética. Em sentido amplo, pode ser compreendida como o atributo ostentado por determinados objetos, consistente na capacidade de produzir sensações e ideias satisfatórias, a partir de sua contemplação. A atribuição de beleza a um objeto é um ato de valoração e, enquanto tal, impregnado de subjetividade. As características apresentadas por objetos capazes de produzirem experiências estéticas, bem como as distintas emoções e ideias geradas por esta experiência, permitem identificar duas espécies de manifestação da beleza: o belo e o sublime.
48. O belo corresponde à ideia de beleza em sentido estrito, estando relacionada com características tais como, harmonia, simetria, proporção e equilíbrio. O belo é o valor estético ostentado por objetos cuja contemplação desperta a sensação de que estes objetos ou os temas por eles representados são desejáveis.
49. O sublime é o valor estético apresentado pelos objetos cuja contemplação resulta na sensação de que tais objetos, por sua magnitude, potência ou estranheza, desafiam a capacidade de compreensão do espectador ou configuram representação de ameaça à sua existência. A obra de arte sublime produz, simultaneamente, fascínio e horror no espectador.
50. O belo e o sublime, enquanto manifestações da beleza, não constituem categorias, rigorosamente, delimitadas ou excludentes entre si. Algumas obras de arte são capazes de produzir uma experiência estética na qual residem, simultaneamente e em igual intensidade, sedução e horror. Diante delas, é-se atraído pelo belo, ao mesmo tempo em que se permanece estupefato pela grandiosidade e estranheza daquilo que se contempla. Com estas obras, a criação artística atinge seu ápice e a experiência estética, sua plenitude.
51. Segundo Nietzsche, a arte é resultado da interação de duas forças: o espírito apolíneo e o espírito dionisíaco. A força apolínea é associada com o belo, o equilíbrio, a harmonia e a ordem. Já a força dionisíaca está relacionada com a criatividade e o caos. Estas duas forças, não obstante opostas, encontram-se em uma relação de complementaridade, relacionando-se em um movimento permanente de atração e repulsão. Não apenas a arte, mas todas as obras culturais são produtos da interação destas forças. A própria história é movimentada pela ação das forças apolínea e

dionisíaca, manifestada na tensão constante entre permanência e superação das condições da vida.

52. Em algumas manifestações artísticas, Apolo e Dionísio, amantes-inimigos eternos, entregam-se um ao outro sem disputas, o belo e o sublime unificam-se consubstanciando a beleza em estado puro. A experiência estética manifesta-se, então, como a revelação de que o ser humano e o próprio universo são, ao mesmo tempo, ordem e caos, harmonia e fúria. Por um instante único e fugaz, impossível de ser resgatado ou traduzido objetivamente, é-se capaz de absorver o sentido da existência e do universo.
53. Pode-se identificar as seguintes modalidades de relação entre direito e arte: a) o direito na arte, ou seja, o direito como tema de obras de arte; b) a arte como direito, ou seja, arte como objeto de normas jurídicas; e c) o direito como arte, ou seja, a construção da norma jurídica como manifestação artística.
54. O direito na arte manifesta-se em obras artísticas cujo tema permite uma associação com o direito. Os temas artísticos que permitem tal associação podem ser reunidos em três grupos: a) representação simbólica da justiça; b) representação de atos ou personagens relacionados diretamente com a aplicação do direito; c) representação de situações da vida humana que inspiram uma reflexão sobre direitos subjetivos. O direito pode ser associado com o tema, principal ou secundário, de obras inseridas nas mais diversas formas de manifestação artística, tais como a literatura, o teatro, a música, as artes visuais e as artes audiovisuais.
55. A relação entre direito e arte manifesta-se, igualmente, no plano da arte como direito. Esta modalidade relacional abrange tanto o direito objetivo da arte, entendido como o conjunto de normas que regulamenta a atividade de criação e fruição de obras de arte, como o direito subjetivo à arte, tendo em vista que este decorre daquele.
56. A interpretação de dispositivos constantes na CF/88 permite concluir pela existência de um direito fundamental à arte, compreendido, como direito à criação e fruição de obras de arte. Este direito fundamental manifesta-se tanto como um direito de defesa, no sentido de que estabelece deveres de abstenção do Estado com relação à adoção de condutas que possam caracterizar restrições à liberdade de criação e

fruição de obras de arte, como também como um direito a prestações, normativas e fáticas, destinadas à promoção da criação artística, disseminação do acesso às manifestações artísticas e proteção das obras de arte integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

57. O direito como arte consiste na compreensão de que a construção da norma jurídica é uma manifestação artística. O resgate dos valores para o âmbito da ciência jurídica, o qual configura ruptura com o positivismo normativista e constitui fundamento do neopositivismo, permitiu a reaproximação do direito com outras formas de manifestação cultural, entre as quais a arte.
58. A norma jurídica, seja a norma geral ou a norma do caso concreto, consiste em manifestação artística, no sentido de que corresponde a um objeto cultural, resultante de um ato expressivo, capaz de produzir uma experiência estética.
59. A norma jurídica, enquanto produto do pensamento e da ação do homem, corresponde a um objeto cultural. Os objetos culturais podem ser entendidos como bens produzidos pelo espírito humano, englobando ideias exteriorizadas e obras resultantes da transformação da natureza pela ação humana.
60. A norma jurídica é um ato expressivo. Consubstancia um ato criativo, marcado pela subjetividade do intérprete/aplicador manifestada nos juízos de realidade e de valor formulados na construção da norma, bem como no estilo adotado na exposição da argumentação que justifica a adequação destes juízos.
61. A norma jurídica é fonte potencial de experiência estética. A percepção da norma jurídica pelo indivíduo é capaz de produzir em sua mente impressões, por vezes intensas, de natureza emotivo-cognitiva. A norma geral, consubstanciada nas normas constitucionais e legais, é capaz de promover reações diversas, ao frustrar ou responder a anseios latentes na sociedade. Por sua vez, a norma do caso concreto, consubstanciada na decisão judicial, pode resultar em intensa experiência estética, produzindo sentimentos diversos, que vão da alegria, alívio e paz espiritual à raiva, frustração e medo. Não apenas as partes diretamente envolvidas no litígio, mas também terceiros são capazes de se emocionarem com normas decisórias. Julgamentos controversos mobilizam a sociedade e dividem opiniões sobre a solução justa a ser adotada.

62. O justo e o belo, enquanto valores respectivamente ético e estético, estão associados com as ideias de equilíbrio, simetria, harmonia e proporcionalidade. Direito e arte encontram-se no justo, podendo a justiça ser compreendida como manifestação do belo quanto à distribuição de bens e obrigações entre os membros da sociedade.
63. A concretização de direitos, em sua dimensão estética, pode assumir diferentes formas de manifestação artística. De todas as formas de manifestação artística, aquela que mais se aproxima do direito é a literatura. Direito e literatura confluem sob dois aspectos primordiais, quais sejam, manifestação como narrativa e uso da retórica.
64. A concretização dos direitos fundamentais, em sua dimensão estética, consiste na experiência estética produzida pela norma jurídica resultante da aplicação de norma de direito fundamental. Considerando que a finalidade última da norma jurídica é a concretização dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que, sob uma perspectiva estética, a concretização de direitos fundamentais consiste na *magnus opus* do direito enquanto arte.
65. A concretização de direitos, enquanto manifestação artística, envolve uma tensão permanente das forças apolínea e dionisíaca. A força apolínea relaciona-se com os valores jurídicos da segurança e da igualdade em sentido formal, bem como com a manutenção da ordem posta, manifestando-se, especialmente, na dimensão normativa do direito, ou, mais especificamente, na intenção de construção de uma ordenação normativa totalizante das condutas humanas. A força dionisíaca, por sua vez, pode ser relacionada com o valor jurídico da liberdade, manifestando-se, sobretudo, na dimensão fática do direito e no desejo de transformação da ordem posta, em busca da justiça social.
66. A concretização dos direitos fundamentais depende, sob uma perspectiva estética, do equilíbrio entre os espíritos apolíneo e dionisíaco, o que somente pode ser alcançado pela atividade hermenêutica. Dionísio e Apolo, juntos e harmonizados pelas habilidades de Hérmes, deverão inspirar o aplicador da norma jurídica e guiar-lhe o pensamento na construção da norma do caso concreto. Somente com o equilíbrio entre norma e vida, segurança e liberdade, Apolo e Dionísio, é possível a

concretização dos direitos fundamentais. Alcançado este intento, o direito torna-se arte e a justiça, realidade.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito: Stvdia Ivridica**. n. 68, Coimbra: Coimbra Editora, 1999/2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 49, nº. 3000, p. 7-37, out. 1960.

ARGAN, Giulio Carlo. **Arte moderna: do iluminismo aos movimentos contemporâneos**. Trad. de Denise Bottmann e Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 19.

ARISTÓTELES. Poética. *In*: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARTHES, Roland. Introdução à análise estrutural da narrativa. *In*: BARTHES, Roland *et al.* **Análise estrutural da narrativa**. Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 19-62.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. *In*: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 211-238.

BENTON, Robert. **Kramer vs. Kramer**. EUA: Columbia Pictures, 1979, 105m.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

\_\_\_\_\_. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63-83.

BOTTON, Alain. **Desejo de status**. Trad. de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

BROOKS, Richard. **A sangue frio (In cold blood)**. EUA: Columbia Pictures Corporation, Pax Enterprises, 1967, 134m.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Coord.). **Processo civil** - Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29-43.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 75-98.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: um problema de hermenêutica. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RORIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 369-390.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Direito, estética e arte de julgar**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007.

CARROLL, Noël. **Filosofia da arte**. Trad. de Rita Canas Mendes. Lisboa: Texto e Grafia, 2010.

CAUQUELIN, Anne. **Teorias da arte**. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. II.

CHOMSKY, Noam. **Sobre natureza e linguagem**. Trad. de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayu, 1954.

COSTA-GAVRAS. **Muito mais que um crime (The music box)**. EUA: Carolco Pictures, 1989, 124m.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

DEMME, Jonathan. **Filadélfia (Philadelphia)**. EUA: Clinica Estetico, 1993, 125m.

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

DEWEY, John. **A arte como experiência**. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do método - Regras para direção do espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. I.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. II.

DIGESTO. In: **Corpus Iuris Civilis**. Lyon: Jean Ausoult, 1560. Disponível em: <<http://ams.historia.unibo.it/176>>. Acesso em: 05 set. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Trad. de Ivan Petrovich e Irina Wisnik Ribeiro. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda. Introduction. In: DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda (Org.). **Law and image: the authority of art and the aesthetics of law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 1-15.

DREYER, Carl Theodor. **O martírio de Joana d'Arc (La passion de Jeanne d'Arc)**. França: Societé Générale des Films, 1928, 110m.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DYLAN, Bob; LEVY, Jaques. **Hurricane**. Ram's Horn Music. Letra. Disponível em: <<http://www.bobdylan.com/us/songs/hurricane>>. Acesso em: 04 maio 2012.

ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. São Paulo: Global, [s./d.].

ESPÍN, Eduardo. La constitución como norma. *In*: GUERRA, Luís López *et al.* **Derecho constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. v. I. p. 39-59.

FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GILSON, Étienne. **Introdução às artes do belo**: o que é filosofar sobre a arte?. Trad. de Érico Nogueira. São Paulo: É Realizações, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. *In*: VITALE, Ermano (Coord.). **Diritti fondamentali**: un dibattito teórico. 3. ed. Roma: Laterza, 2008. p. 5-40.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça**: diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. II.

GERWITZ, Paul. Narrative and rhetoric in the law. *In*: BROOKS, Peter; GERWITZ, Paul. **Law's stories**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 2-13.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMBRICH, Ernst Hans. **A história da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 16. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação** - aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREIMAS, A.J. Elementos para uma teoria da interpretação da narrativa mítica. *In*: BARTHES, Roland *et al.* **Análise estrutural da narrativa**. Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 63-113.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 49-73.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

HABERMAS, Jurgen. **Conhecimento e interesse**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Trad. de Luciana Caplan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5-24.

HORÁCIO. Arte poética. *In*: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

JAY, Martin. Must justice be blind?: the challenge of images to the law. *In*: DOUZINAS, Costa; NEAD, Lynda (Org.). **Law and image: the authority of art and the aesthetics of law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 19-35.

JUNG, Carl G. Chegando ao inconsciente. *In*: JUNG, Carl G. (Org.). **O homem e seus símbolos**. Trad. de Maria Lúcia Pinho. 2. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. P. 15-131.

KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. de Torrieri Guimarães. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Trad. de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Trad. de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KUROSAWA, Akira. **Rashomon**. Japão: Daiei, 1969, 88m.

LACOSTE, Jean. **A filosofia da arte**. Trad. de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LASSALE, Jean-Pierre. **Introdução à política**. 4. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1974.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.Org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

LONGINO. Do sublime. In: ARISTÓTELES, HORÁCIO e LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

LUMET, Sidney. **Doze homens e uma sentença (12 Angry men)**. EUA: Orion-Nova Productions, 1957, 96m.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **O conceito de tributo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-157.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. II.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

MCBAIN, Howard Lee. **The living constitution**. New York: Workers Education Bureau, 1927.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Conversas – 1948**. Trad. de Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Fenomenologia da percepção**. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do direito constitucional**. Trad. de Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORRIS, Eroll. **A tênue linha da morte (The thin blue line)**. EUA: American Playhouse, 1988.
- MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. I.
- MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 103-125.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. Trad. de Joaquim José de Faria. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- \_\_\_\_\_. **A visão dionisíaca do mundo**. Trad. de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Sousa. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PAREYSON, Luigi. **Os problemas da estética**. Trad. de Maria Helena Nery Garcez. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- PICO I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. AROCA, Juan M. (Org.). **Processo e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 121-122.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A validade da norma jurídica. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005. p. 63-86.
- POE, Edgar Allan. A esfinge. Trad. de Bráulio Tavares. In: TAVARES, Bráulio (seleção e apresentação). **Contos obscuros de Edgar Allan Poe**. Rio de Janeiro: Casa das Palavras, 2010. p. 174-178.
- POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- PREMINGER, Otto. **Anatomia de um crime (Anatomy of a murder)**. EUA: Carlyle, Columbia, 1959, 160m.
- QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. In: **MP/MG Jurídico**, n. 18, p. 8-15, 2009.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. I e II.
- \_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- REZEK, J. F. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, Glauber. **Deus e o diabo na terra do sol**. Brasil: Luiz Augusto Mendes, 1964, 115m.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 1987.
- SANTOS, Nelson Pereira dos. **Vidas secas**. Brasil: Sino, 1963, 103m.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SARTRE, Jean Paul. O método progressivo-regressivo. In: OS PENSADORES: **Sartre**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SCHAMA, Simon. **O poder da arte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SCHILLER, Friedrich. **Do sublime ao trágico**. Trad. e ensaios de Pedro Sússekind e Vladimir Vieira. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
- SCHROEDER, Barbet. **Reverso da fortuna (Reversal of fortune)**. EUA/Japão: Reversal, Shochiku-Fuji, Sovereign, 1990, 111m.
- SHAKESPEARE, William. Measure for measure. In: SHAKESPEARE, William. **The complete works of William Shakespeare**. Nova Iorque: Random House, 1975. p. 99-125.
- SICA, Vittorio de. **Ladrões de bicicleta (Ladri di biciclette)**. Itália: De Sica, 1948, 93m.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
- SÓFOCLES. Antígona. In: SÓFOCLES. **Antígona/Édipo Rei**. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 81-121.
- SPÍN, Eduardo. La constitución como norma. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constituicional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. v. I. p. 39-59.
- TREMPS, Pablo Pérez. Las fuentes internacionales y supranacionales. In: GUERRA, Luís López et al. **Derecho constituicional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. v. I. p. 113-138.
- ULPIANO. *Digesto*, 1.1.1. In: **Corpus Iuris Civilis**. Lyon: Jean Ausoult, 1560. Disponível em: <<http://ams.historia.unibo.it/176>>. Acesso em: 05 set. 2012.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VISCONTI, Luchino. **A terra treme (La terra trema: episodio del mare)**. Itália: Salvo D'Angelo, 1948, 160m.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória e o ônus da parte de provar. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** - Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 157-158.

WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio**: direito humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WISE, Robert. **Quero viver (I want to live!)**. EUA: Figaro, 1958, 120m.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.