

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Jonas Scain Farenzena

**PANORAMA DE APLICAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS  
VISÃO DE UMA PROPOSTA ANALÍTICA**

**Volume único**

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, Mestrado  
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, menção em  
Direito Constitucional, orientada pelo Professor Doutor Mario  
Alberto Pedrosa dos Reis Marques e apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020



Jonas Scain Farenzena

**PANORAMA DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

VISÃO DE UMA PROPOSTA ANALÍTICA

***OVERVIEW OF THE APPLICATION OF  
FUNDAMENTAL RIGHTS***

*VISION OF AN ANALYTICAL PROPOSAL*

**Volume único**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, orientada pelo Professor Doutor Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques**

Coimbra, 2020

*(...) todo conhecimento humano inicia com intuições, parte delas para os conceitos e termina com ideias.*  
**Immanuel Kant**<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> KANT, 2000, p.423.

## AGRADECIMENTOS

Houve oportunidade em que o general francês Charles de Gaulle, em seus estudos, referiu que, por trás de cada vitória de Alexandre, encontra-se Aristóteles<sup>2</sup>. Da mesma forma, todas as vitórias que, no campo do Direito, alcancei e que ainda estão por ser alcançadas estão e estarão sempre ligadas aos professores que tive. Por isso, são os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra a quem devo, por primeiro, externar minha profunda gratidão neste curso de mestrado. Entre eles, há de se destacar o professor doutor Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques, que, além de haver muito bem orientado esta dissertação, permitiu-me assistir às suas inspiradas aulas - mesmo sem estar formalmente inscrito na disciplina.

Ainda no âmbito universitário, é preciso agradecer aos meus colegas, pelos agradáveis momentos e por todos os gestos de companheirismo. Também devem ser lembrados os bibliotecários, que, em compasso com os indispensáveis serviços usualmente prestados, foram imprescindíveis à consecução deste e de outros trabalhos acadêmicos, em um contexto de pandemia que as gerações presentes ainda não haviam experimentado.

Fora do círculo da universidade, mas na vida que levei em Portugal, não posso esquecer da Mónica, do David e da Sarinha. A eles manifesto gratidão pela sincera amizade e por nunca me haverem permitido sentir só em um país onde eu ninguém conhecia quando cheguei.

Já do outro lado do Atlântico são aos meus pais a quem devo agradecer, principalmente, à minha mãe, que tão zelosamente cuidou de tudo o que deixei, no Brasil, quando parti. De todo o modo, muito valioso foi o exemplo de ambos em relação ao gosto pelos estudos (na área deles, a da saúde), o que, dentro da minha vocação ao Direito, impeliu-me a dissecar conceitos jurídicos, como procurei empreender nesta dissertação.

É também de se fazer menção, entre os agradecimentos, à instituição da Defensoria Pública. Em retribuição, valorizei todos os dias da licença que me foi concedida com muito esforço.

Por fim, agradeço à Luna pela longa espera: está pronto! E agora, vamos passear?

---

<sup>2</sup> REBOUL, 2004, p.21.

## DEDICATÓRIA

*Coimbra é uma lição  
De sonho e tradição  
O lente é uma canção  
E a lua a faculdade  
O livro é uma mulher  
Só passa quem souber  
E aprende-se a dizer saudade<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> Coimbra (ou Coimbra é uma lição de amor), de José Galhardo, Raul Ferrão e José dos Santos.

## RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

**Resumo:** em razão de sua origem ligada a declarações de natureza política, os direitos fundamentais relacionam-se normalmente a normas de baixa densidade, o que gera dificuldades em sua aplicação. Pode contribuir à superação dessa espécie de problema o uso de adequados métodos, conceitos e procedimentos de interpretação. De acordo com essa visão metodológica, os direitos fundamentais usualmente assumem a forma de princípios, embora seu texto eventualmente possa se estruturar como uma regra (categoria de mais fácil operacionalização). É também tradicional, no Direito, a bipartição da norma jurídica em suporte fático e consequência jurídica (o primeiro seriam as condições para ocorrer o segundo componente). Teoria de grande aceitação divide o suporte fático (dos direitos fundamentais) em dois elementos: o que se protege (âmbito de proteção) e aquilo contra que se protege (intervenção), porque, se ocorresse o evento contrário ao que se tutela, estaria satisfeito o suporte fático e, logo, deflagrar-se-ia a consequência jurídica (eficácia). Assim, o direito fundamental geraria o efeito de tornar inconstitucional ato que lhe fosse contrário. Isso não explica, contudo, o efeito de o direito fundamental servir de baliza hermenêutica a todo o sistema jurídico. Igualmente, essa teoria confunde outra consequência dos direitos fundamentais: quando um direito é considerado como um direito fundamental, tal gera, desde logo, o efeito de esse direito se integrar aos parâmetros de validade do sistema, o que é verdadeiro mesmo se nada o contrariar - essa é a consequência jurídica. A inconstitucionalidade é outra consequência: a consequência de o ato inconstitucional infringir o parâmetro de validade constitucional do sistema (o que incluem os direitos fundamentais). São, em verdade, dois fenômenos, quando a teoria criticada vê apenas um. Em outras palavras, a inconstitucionalidade é característica do ato inconstitucional, não do direito fundamental. Portanto, o suporte fático dos direitos fundamentais é formado apenas por aquilo que é protegido. Outro aspecto é o de que favorece mais controle à atividade da interpretação quando o suporte fático é considerado em dimensões provisoriamente mais amplas. Ainda maior controle se verifica na hipótese de o texto estar estruturado como regra - o que, entretanto, passa a ser mais complexo se for caso de superação. Quando colidirem direitos fundamentais, devem ser usados critérios como a proporcionalidade e a razoabilidade. Igualmente, considera-se haver, dentro do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, um núcleo, que a interpretação não deveria condescender a violações.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional - direitos fundamentais - teoria analítica - argumentação jurídica - método - suporte fático.

## **ABSTRACT AND KEYWORDS**

**Abstract:** *due to its origin linked to political statements, fundamental rights are usually related to norms of great generalization, which creates difficulties in its application. The use of suitable methods, concepts and interpretation procedures can help overcome this kind of problem. According to this methodological view, fundamental rights usually take the form of principles, although its text may eventually be structured as a rule (a category of easiest operation). It is also traditional in law, the division of legal norms into two parts, the operative fact (also called protasis or factual predicate) and the legal consequence (operative facts are the conditions of what is to happen, the consequent). A widely accepted theory divides operative fact (of fundamental rights) into another two parts: what is protected and what can violate what is protected, because, if the opposite event had happened to what is protected, we would have the operative fact satisfied for the consequent to occur. Thus, a fundamental right would generate the effect of making unconstitutional an act that was contrary to it. This does not explain, nevertheless, the fundamental right's effect of inspiring the interpretation of all law system. This theory also presents confusion with another consequence of fundamental rights: when a right is considered as a fundamental right, this has the effect of making this (fundamental) right being integrated into the system's validity parameters, which is true even if nothing contradicts it - that is the legal consequence. Unconstitutionality is another consequence: the consequence of the unconstitutional act violates the system's constitutional validity parameter (which includes fundamental rights). They are, in fact, two phenomena, when the criticized theory sees only one. Therefore, the operative fact of fundamental rights is only formed by what is protected. There is another aspect: operative fact with provisional wider dimensions allows more control over interpretation. There is even greater control when the text of a fundamental right is structured as a rule, but it becomes more complex in case of overruling. When fundamental rights collide, criteria such as proportionality and reasonableness should be used. Furthermore, within what is protected in a fundamental right, it is considered to have a core, and the interpretation cannot admit its violation.*

**Keywords:** *Constitutional Law - fundamental rights - analytical theory - legal argumentation - method - operative fact.*

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Em cumprimento às exigências formais, apresenta-se esta lista das poucas siglas e abreviaturas que se podem encontrar no texto seguinte:

art. - artigo

ed. - edição

E.E. - Escola da Exegese

Inc. - *Incorporated* (sociedade anônima)

LTD. - Sociedade limitada

LTDA. - Sociedade limitada

N - número

Part. - parte

QQ - questões

S.A. - sociedade anônima

V - volume

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>11</b> |
| <b>PARTE I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO NO TEMPO:<br/>PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS .....</b>   | <b>16</b> |
| CAPÍTULO 1 - PRECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA<br>METODOLOGIA JURÍDICA NAS IDADES MÉDIA E MODERNA .....   | 18        |
| <b>1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais e da metodologia jurídica na<br/>        Idade Média .....</b>   | <b>19</b> |
| 1.1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais na Idade Média .....  | 21        |
| 1.2.A aplicação do Direito na Idade Média .....   | 24        |
| <b>2.Aspectos históricos dos direitos fundamentais e da metodologia jurídica na<br/>        Idade Moderna.....</b>  | <b>28</b> |
| 2.1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais na Idade Moderna .....  | 30        |
| 2.2.A aplicação do Direito na Idade Moderna .....   | 33        |
| CAPÍTULO 2 - O CONSTITUCIONALISMO E O ADVENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....  | 37        |
| <b>1.O constitucionalismo moderno .....</b>   | <b>37</b> |
| 1.1.As vertentes europeias do constitucionalismo e os direitos fundamentais .....   | 39        |
| 1.2.O constitucionalismo americano e o controle de constitucionalidade .....  | 42        |
| <b>2.Consequências básicas do constitucionalismo à disciplina dos direitos<br/>        fundamentais.....</b>  | <b>45</b> |
| 2.1.O despoite dos direitos fundamentais .....  | 47        |
| 2.2.Panorama geral sobre a disciplina dos direitos fundamentais .....   | 50        |
| CAPÍTULO 3 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO: DOS FULGORES DO<br>CONSTITUCIONALISMO ATÉ A ATUALIDADE.....  | 54        |
| <b>1.Do alvorecer do formalismo jurídico até os primeiros momentos posteriores às<br/>        grandes guerras mundiais.....</b>   | <b>55</b> |
| 1.1.Principais distinções conceituais dos direitos fundamentais tecidas das primícias<br>do constitucionalismo até a etapa imediatamente posterior às grandes guerras ..... | 57        |
| 1.2.A aplicação do Direito no período seguinte ao irrompimento do<br>constitucionalismo .....   | 59        |
| <b>2.Os direitos fundamentais e sua aplicação no contexto atual .....</b>   | <b>62</b> |

|   |            |
|---|------------|
| 2.1.Sobre os conceitos de direitos fundamentais .....   | 64         |
| 2.2.Sobre a visão metodológica contemporânea.....   | 68         |
| <b>PARTE II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO NA<br/>METÓDICA JURÍDICA: DIGRESSÕES NO ESPAÇO DA DOGMÁTICA E DA<br/>TEORIA DA NORMA .....</b> | <b>71</b>  |
| CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL .....  | 74         |
| <b>1.Os direitos fundamentais e as normas jurídicas de primeiro grau.....</b>   | <b>74</b>  |
| 1.1.Exame crítico sobre as distinções entre as normas jurídicas de primeiro grau... 77  |            |
| 1.2.Sobre a qualificação dos direitos fundamentais como regras ou como princípios<br>.....  | 81         |
| <b>2.Os direitos fundamentais e as normas jurídicas de segundo grau.....</b>  | <b>83</b>  |
| 2.1.Os direitos fundamentais e os postulados inespecíficos .....  | 84         |
| 2.2.Os direitos fundamentais e os postulados específicos .....  | 85         |
| CAPÍTULO 2 – O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....   | 89         |
| <b>1.O âmbito de proteção dos direitos fundamentais .....</b>   | <b>91</b>  |
| 1.1.As acepções restrita e ampla do suporte fático dos direitos fundamentais.....   | 92         |
| 1.2.As críticas sobre as teses antagônicas e o suporte fático intermediário.....  | 94         |
| <b>2.O conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....</b>  | <b>97</b>  |
| 2.1.As teorias subjetiva e objetiva .....   | 99         |
| 2.2.As teorias relativa e absoluta .....  | 101        |
| CAPÍTULO 3 – A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....   | 104        |
| <b>1.Os direitos fundamentais relacionalmente.....</b>  | <b>105</b> |
| 1.1.As teorias interna e externa.....   | 105        |
| 1.2.A eficácia dos direitos fundamentais .....  | 108        |
| <b>2.A eficácia dos direitos fundamentais e a validade .....</b>  | <b>112</b> |
| 2.1.A intervenção e o suporte fático dos direitos fundamentais .....  | 113        |
| 2.2.O suporte fático dos direitos fundamentais sem a intervenção.....   | 115        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>120</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>126</b> |
| <b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>  | <b>146</b> |

## INTRODUÇÃO

Uma dentre as muitas reflexões da vasta obra de Tomás de Aquino pondera que “os anjos precisam assumir um corpo não por eles mesmos, mas por nossa causa.”<sup>4</sup> Esse pensamento, à primeira vista de interesse unicamente teológico, oculta questão essencial quando transposta ao âmbito jurídico: assim como criaturas etéreas precisariam de suporte físico para cumprir sua serventia no plano material, de nada adianta se reconhecerem direitos se tal não se traduzir em realidade a seus destinatários. Impasse dessa natureza se manifesta pronunciadamente em relação aos direitos fundamentais, a despertar preocupação tanto pela centralidade desse conjunto ao sistema jurídico como pela complexidade do problema.

Nesse sentido, a própria nominação de direitos fundamentais denuncia sua relevância ao sistema jurídico, cujos fundamentos se assentam justamente nesse catálogo. Tal condição basilar à estrutura normativa do ordenamento se tributa aos sensíveis valores que escudam, acolhidos pelo Direito em reação a graves violações, através de gênese difusa e não imediata no tempo. Tomando-se de empréstimo a preleção de Norberto Bobbio, tais direitos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas<sup>5</sup>, do mesmo modo como, agora sob o escólio de Hannah Arendt, não existem por si, mas resultam de traumas, lutas e reivindicações<sup>6</sup>.

Essa origem, se confere posição central no sistema jurídico, engendra aos direitos fundamentais obstáculos à sua efetivação. Sucede que tal catálogo, em grande parte, carrega muito de sua primeva formulação moral e política, o que nem sempre se mostra compatível com as técnicas de aplicação consolidadas em outros ramos jurídicos.

---

4 Traduzi de AQUINO, 1922, p.21.

5 “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) Nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 2004, p.9).

6 “O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoralizou-se no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com pessoas que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – excepto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstracta nudez de ser unicamente humano. E, em vista das condições políticas objectivas, é difícil dizer como teriam ajudado a resolver o problema os conceitos do Homem sobre os quais se baseiam os direitos humanos – que é criado à imagem de Deus (na fórmula americana) ou que representa a Humanidade ou que traz em si as sagradas exigências da lei natural (na fórmula francesa).

“(…) Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais” (ARENDRT, 2008, pp.397-400).

Consequentemente, tal gera um paradoxo: o Direito, composto por normas destinadas a reger a sociedade, funda-se sobre conjunto normativo que se depara com dificuldades para ver aplicada sua ordenação.

Dessa forma, tão importante quanto enunciar direitos fundamentais é investigar como podem ser operacionalizados, uma vez que a falta de efetividade, logicamente, tolhe todo o sentido da enunciação, a legar uma promessa mendaz à sociedade - sobre valores, como se assinalou, substancialmente sensíveis. Tal demarca e, ao mesmo tempo, justifica o propósito deste trabalho, voltado à aplicação da universalidade jusfundamental. Explicita-se, desde logo, que não se intenciona incursionar sobre aspectos sociológicos - sobre como o que se poderia fazer para as instituições e a própria sociedade prestarem obediência a seu ordenamento -, mas unicamente normativos e metodológicos, respeitantes à técnica jurídica bastante à aplicação do conjunto jurídico em estudo.

É de se referir, a propósito, que eventual abordagem sociológica demandaria necessariamente o exame de realidades regionais, desejando-se, ao contrário, evitar tal sorte de particularismo. Pelo mesmo motivo, não será este um estudo de jurisprudência, embora, por vezes, sejam referidas algumas decisões. É certo, por outro lado, que a conformação normativa igualmente se sujeita a variações nacionais, ainda mais em se tratando de direitos fundamentais, cujo catálogo e disciplina são próprios do ordenamento de cada país. Entretanto, o enfoque que se almeja conferir pactua com uma visão de teoria geral e, então, passa a relevar a clarificação a respeito de o que se entende por teoria geral.

Partindo-se de entendimento etimológico, “teoria” deriva do termo grego *theoresis*, a designar contemplação, ato reflexivo, oposto à ação (*praxis*), assumindo, sob o espírito científico, a ideia de esforço intelectual disposto a explicar os fenômenos e as leis que os regem.<sup>7</sup> “Geral”, por sua vez, admite um sentido vulgar, ligado à vagueza e à imprecisão, mas, na percepção técnica ora em destaque, encerra a acepção sobre o que é comum à maior parte, a um grande número ou a uma totalidade.<sup>8</sup> Desse modo, teoria geral representa um conhecimento especulativo a englobar o que há de mais comum ao âmbito referido<sup>9</sup> e, tal como a Ciência do Direito dá mostras de uma diversidade de teorias gerais (dos contratos, dos títulos de crédito, do próprio Direito), aposta-se em viés condizente com uma teoria geral dos direitos fundamentais.

---

7 ARNOLDI, 1998, p.12.

8 FERREIRA, 1998, p.847.

9 ARNOLDI, ob. cit., p.15.

Não se dedicará, outrossim, a um ou alguns direitos fundamentais, mas à categoria jusfundamental como um todo. É viável a abordagem, eleita por muitos estudos, a versar particularmente sobre certo direito - como a liberdade religiosa, a propriedade, a liberdade de expressão. Na investigação seguinte, contudo, a preocupação volve-se ao gênero de que os citados direitos (e muitos outros) são espécies - corte metodológico esse a contribuir, aliás, com a decisão de não se cingir a algum sistema jurídico nacional.

Seria possível, ainda, especializar a análise em ponto único da dogmática ou da metódica - como somente a teoria objetiva do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou o postulado da razoabilidade. Não obstante o evento de que especialização desse talante não é suficiente para se esgotar qualquer assunto - devido à infinitude de possibilidades a que a abstração jurídica se abre -, tal abordagem parcial não ostentaria a completude que um guia aplicativo reclama. Exemplificativamente, a redução ao exame da eficácia jusfundamental deixa de fora as condições que permitem eclodir esses efeitos (o suporte fático) e importantes balizas hermenêuticas como a ponderação e a proporcionalidade. Sem embargo dos méritos de estudos parcelares dessa ordem, cede-se um tanto em profundidade para se estabelecer, em compensação, um panorama de aplicação, para que ao exegeta se apresente instrumental interpretativo bastante ao manejo dos direitos fundamentais do início ao fim.

Para tal empreendimento, iniciar-se-á pelos pressupostos da investigação, o que resta promovido com recurso ao tempo. Não se almeja prender a minúcias históricas, nem se objetivam as dimensões de estudo cronologicamente abrangente e linear - como a totalidade do processo formativo dos direitos fundamentais o seria -, porque não se trata de trabalho dedicado à História do Direito. Com as preocupações lastreadas no Direito Constitucional, pontuar-se-ão episódios e teorias nos limites de o que aproveitar às posteriores ilações e, além disso, ora se deterá e ora mais rapidamente se avançará conforme se afigurar conveniente a tal propósito.

Na metade seguinte deste panorama, serão apresentadas as principais teses respeitantes à operacionalização dos direitos fundamentais, tarefa a se arrimar na dogmática e na metódica constitucionalistas. Não se aterá, porém, a atividade apenas descritiva, eis que, quando pertinente, far-se-á a crítica das formulações examinadas.

Igualmente, é de se vincar o caráter analítico que há de nortear a abordagem<sup>10</sup>, em virtude da cientificidade que essa visão empresta aos conceitos. No concernente ao conteúdo, adianta-se que a temática da eficácia não alcançará a vastidão que obteria caso se dedicasse ao detalhamento de algum ordenamento jurídico em particular, mas, em compensação, o estudo de seu antecedente, o suporte fático, atingirá dimensões mais robustas em relação ao frequentemente verificado nos trabalhos sobre direitos fundamentais. Esse mais intenso aprofundamento foi favorecido pela elevada idade do trato doutrinário dessa acepção.<sup>11</sup>

Cumprido, oportunamente, mencionar não se ignorarem as acusações de esterilidade quanto aos estudos de metodologia jurídica, seja pela heterogeneidade de soluções com que, por vezes, depara-se diante de uma mesma situação<sup>12</sup>, seja pela constatação realista de o julgador adotar, publicamente, a técnica conducente à decisão produzida por suas preferências pessoais.<sup>13</sup> Todavia, se a legislação é o que a mais alta instância diz ser, também é certo que tribunal algum é dono da Constituição, podendo qualquer julgado restar avaliado pelo povo destinatário e ensejar correção às diretrizes interpretativas - como por meio da inovação da ordem jurídica inerente ao poder legiferante.

Desse modo, as formulações metódicas e dogmáticas são úteis não apenas ao julgador diligente, mas também a todos aqueles que pretenderem avaliar, com suporte

---

10 “Essa corrente de pensamento parte de dois pressupostos: o primeiro, metafísico; o segundo, ontológico-jurídico.

“(i) O pressuposto metafísico - comum à filosofia contemporânea de tendência empírica (inaugurada por Gottlob Frege e Bertand Russel) - é que a filosofia não é uma particular forma de conhecimento, provida de método e objeto específico próprios (os elementos últimos do mundo, a essência das coisas ou algo nesse estilo), senão, simplesmente, a análise lógica da linguagem. (...)

“(ii) O pressuposto ontológico-jurídico, enunciado com grande clareza por Bobbio, é o de que o Direito - ao menos, em uma primeira aproximação - não é mais que uma linguagem, ou melhor, um discurso: o discurso do <<legislador>> em sentido material, vale dizer, o conjunto de enunciados formulados pelas autoridades normativas. Em consequência, as normas jurídicas são entidades linguísticas.

“Da combinação dessas duas ideias resulta, evidentemente, que a filosofia (analítica) do Direito não é mais que a análise lógica da linguagem jurídica” (GUASTINI, 2017, pp.21-23, traduzi).

11 É de se observar também a conformidade com as regras ortográficas e gramáticas brasileiras, salvo em citações, em fidelidade ao original.

12 Na jurisprudência, eloquente situação é a do caso Lautsi e outros contra a Itália, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-104040%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-104040%22%7D)}), em que se debateu a liberdade religiosa na possibilidade de serem ostentados crucifíxos em salas de aula de escolas. Em tal manejo de direitos humanos e fundamentais, após a condenação do país em primeira instância, a mesma corte chegou a resultado diametralmente oposto em segundo grau.

13 Clássico é o ácido alerta de Holmes:

“A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas pelo tempo, a moral e as teorias políticas prevalentes, instituições de políticas públicas, consciente ou inconscientemente, e mesmo os preconceitos com os quais os juízes partilham com seus pares, tudo isso têm sido mais influente que o silogismo na determinação das normas que governam os homens. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação por meio de muitos séculos e não pode ser tratado como se integrado fosse apenas por axiomas e corolários de um livro de matemática” (HOMES, 1991, p.30, traduzi).

técnico, a retidão de uma decisão. Uma sólida estruturação teórica, como a que este panorama se propõe a realizar, permite aos direitos fundamentais cumprirem seu papel contra graves violações assim como o suporte físico franquearia aos anjos interagirem no mundo material em prol da humanidade.<sup>14</sup>

---

14 Essa utilidade se mostra translúcida quando se trata a complexidade de situações em que se discute a salvaguarda jusfundamental, tal como no seguinte debate retratado na doutrina da professora doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga:

“Perante o fenómeno (i)migratório para o mundo ocidental, alguns Estados têm adoptado medidas que, segundo cremos, põem em causa a comunidade cosmopolita e plural que esses Estados se auto-intitulam. Estamos a pensar em factos e/ou comportamentos muito distintos que, numa expressão muito sugestiva, vão desde os véus aos minaretes. Com efeito, as posturas perante os símbolos religiosos usados pelos estrangeiros não têm sido integradoras dessas pessoas. Apenas a título de exemplo, recordemos as proibições, em França, do uso do *hijab*, em 2004, e da *burqa*, em 2010, bem como a proibição de construção de minaretes na Suíça, em 2009” (VEIGA, 2014, pp.3372 e 3373).

## PARTE I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO NO TEMPO: PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

*Como o passado já não  
esclarece o futuro, o espírito  
marcha nas trevas.*  
Alexis de Tocqueville  
A democracia na América<sup>15</sup>

É comum a invocação de direitos fundamentais específicos para a resolução de questões práticas, sobretudo, quando se acredita perceber alguma intolerável violação. Porém, semelhante celeridade de pensamento não se encontra ao se indagar sobre o que faz fundamental o suposto direito e sobre por que haveria curso sua concreção no problema.

Tal intuição conceitual, de certa forma, aproxima-se da célebre justificação de Agostinho quanto ao caráter intransponível da dificuldade enfrentada no livro XI de suas Confissões: diferentemente de Deus, existente no plano eterno, o homem estaria imerso na temporalidade, inviabilizando-se compreender plenamente o tempo<sup>16</sup> por não se ver claramente o que apenas um distanciamento proporcionaria<sup>17</sup>. Versa-se sobre a mesma dissensão pela qual a humanidade tanto especulou quanto ao formato do planeta em que habita, ou seja, a estreita identificação do objeto com o meio que envolve o observador.

Nesse sentido, o contexto de cultura de quem invoca um direito fundamental permite a intuição sobre a necessidade de sua aplicação, mas não necessariamente o conhecimento do correspondente instrumental jurídico. De outro vértice, se a ciência escorrega sobre o tempo permanece ainda filosoficamente tormentosa, por não se superar, na visão agostiniana, a temporalidade, o mesmo não se pode dizer do mencionado catálogo

---

15TOCQUEVILLE, 1998, p.540.

16“Que é, pois, o tempo? (...) Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falamos. (...) Se ninguém me perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei. Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação, que, se nada sobreviesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existiria o tempo presente” (AGOSTINHO, 2000, p.322).

17“Esforça-se por saborear as coisas eternas, mas o seu pensamento ainda volita ao redor das ideias da sucessão dos tempos passados e futuros e, por isso, tudo o que excogita é vão.

“A esse, quem o poderá prender e fixar, para que pare um momento e arrebate um pouco do esplendor da eternidade perpetuamente imutável, para que veja como a eternidade é incomparável, se a confronta com o tempo, que nunca pára?” (*Id., ibid.*, p.319).

“Quando se canta uma melodia conhecida, o afeto varia e o sentimento espalha-se com a expectativa dos sons que estão para vir ou com a recordação dos que passaram. A Vós, que sois imutavelmente eterno, isto é, verdadeiramente eterno Criador das inteligências, não sucede o mesmo” (*Id. Ibid.*, pp.339 e 340).

de direitos e de suas operações de aplicação, porquanto a análise distanciada do meio cultural correlato resta franqueada através do exame de seus pressupostos formativos.

Dessa maneira, por afastar momentaneamente o observador do meio de que o objeto faz parte, a visão histórica - dimensão concreta do abstratamente inextrincável tempo - constitui aparato de grande utilidade à compreensão da adjetivação de um direito como fundamental e de sua aplicação. Para melhor sustentar as concepções basilares posteriormente instrumentalizadas, impõe-se percorrer as Idades Média e Moderna, deter-se mais longamente em um momento culminante do projeto moderno, o constitucionalismo, e depois retomar o curso até a atualidade, no cotejo entre aspectos do catálogo jusfundamental e de sua correspondente atividade aplicativa.

## Capítulo 1 - Precedentes históricos dos direitos fundamentais e da metodologia jurídica nas Idades Média e Moderna

Afora o alheamento<sup>18</sup>, outra reflexão que o tempo permite fazer é a da importância de compreender o presente pelo passado, ao invés de, contrariamente ao empreendido por muitos incautos, julgar o passado pelo presente.<sup>19</sup> A mitologia grega legou-nos tal admoestação no simbolismo de Cronos, que, além de procurar deter o futuro ao engolir sua descendência, negou o passado à maneira como sobrepujou seu pai, Urano, castrando-o e, portanto, suprimindo o órgão de sua origem. Ignorando o que se passou, imperou o mundo com a mesma tirania do ascendente e, tal como ele, foi destronado pelo filho mais jovem, Zeus.<sup>20</sup> Como a mesma utilidade de relevar o tempo repercute no conhecimento jurídico, a fecundidade das posteriores discussões dependem do entendimento sobre o contexto antecedente ao despoite dos direitos fundamentais - e, logicamente, de sua aplicação.

Nessa linha, encontra-se, na Idade Moderna, o momento histórico diretamente formativo dos direitos fundamentais e da respectiva metodologia jurídica. Contudo, a etapa imediatamente anterior, a Idade Média, delineou decisivamente as condições que

---

18“Alheamento” constitui neologismo para exprimir, em Português, o sentido da palavra italiana *terzità* (a qualidade de se colocar na posição de terceiro alheio ao que se examina), que Aury Lopes Júnior emprega ao tratar da imparcialidade do juiz:

“A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa (...).” Na mesma página, mas na nota de rodapé 224, arremata “Para Ferrajoli (*Derecho y Razón*, p.580), é a ‘*ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa*’” (LOPES JÚNIOR, 2006, p.88).

19Tal é o conselho, aliás, prelecionado por Fustel de Coulanges, logo nas primeiras ponderações de seu clássico “A cidade antiga”:

“Tudo o que de gregos e romanos conservamos e por estes nos foi legado faz-nos ver quanto a estes povos nos assemelhamos; pesa-nos, pois, ter de considerá-los como povos estrangeiros; e assim, a estes, quase sempre, os interpretamos como a nós mesmos. Deste modo de ver procedem inúmeros erros. Enganamo-nos redondamente quando só apreciamos estes povos antigos através de opiniões e à luz de fatos do nosso tempo” (COULANGES, 1987, p11).

20“A Teogonia, de Hesíodo, descreve que o céu não permitia que os filhos da Terra saíssem de dentro dela. Revoltada contra o céu, a Terra pediu a seu filho caçula, Kronos, que terminasse com essa situação de sofrimento. Ela lhe dá uma foice e o esconde. Quando ao cair da noite, o céu estrelado surge e se deita sobre a Terra, Kronos sai de seu esconderijo e, com a foice, corta os órgãos genitais de seu pai e os lança para longe. (...)

“Após ser destronado por seu filho, Kronos, Ouranos lhe disse que ele também, um dia, seria derrubado por um de seus filhos. Kronos, unindo-se a Reia, teve seis filhos, mas, logo que estes nasciam, eram por ele devorados, para que nenhum pudesse destroná-lo. Os seis filhos foram Héstitia, Hera, Deméter (divindades femininas) e Hades, Poseidon e Zeus (divindades masculinas). (...)

“Com a ajuda de seus irmãos e de outros deuses, Zeus luta contra Kronos, que, por sua vez, recebe o auxílio de seus irmãos, os Titãs. Depois de vencê-los, Zeus os prende abaixo da Terra, no Tártaros. A partir de então, Zeus passa a ser o soberano dos deuses gregos” (MARTINS, 1994, pp.24 e 25).

permitiram o mencionado surgimento.<sup>2122</sup> Assim sendo, começa-se a análise pelo período medievo para, somente então, chegar-se à modernidade<sup>23</sup>.

## 1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais e da metodologia jurídica na Idade Média

A Idade Média, usualmente bipartida em alta e baixa<sup>24</sup>, é apontada como a etapa histórica em que restaram edificados os alicerces da civilização ocidental<sup>25</sup>, corporificada pela união das ruínas de Roma com a civilização (dita) bárbara sucessora<sup>26</sup> e dotada de espírito pelo cristianismo. À situação embrionária dos direitos fundamentais é, conseqüentemente, relevante compreender a realidade do Direito medievo, ainda que em linhas gerais.

---

21“Na época da Renascença (séculos XIV, XV e XVI), tornou-se costume dividir a História em três grandes períodos: Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna. Acreditava-se que a humanidade havia presenciado duas fases de progresso (Idade Antiga e Idade Moderna), separadas por um período de ‘trevas’, a Idade Média” (MELLO; COSTA, 1995, p.185).

22“Posta entre dois cumes da civilização – a Antiguidade Clássica e o Renascimento – a transição medieval será doravante, por muitos séculos, considerada com desprezo, como um período de profunda decadência no domínio cultural, intelectual e artístico (a arte ‘gótica’ denegrida por Miguel Ângelo), e como uma interminável noite que os raios de sol do século XVI enfim dissiparam” (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p.538).

23Não se ignora, com isso, os antecedentes da Antiguidade. Apenas sublinha-se a Idade Média por ser a fase que imediatamente antecede e prepara a modernidade.

24Usual é a divisão da Idade Média em dois períodos:

“A primeira fase desse período, chamada Alta Idade Média (século V a X), foi marcada pela invasão da Europa por diversos povos, que contribuíram para a formação do feudalismo. (...)”

“A segunda fase, chamada Baixa Idade Média (séculos XI a XV), foi o período em que a Europa passou por uma série de modificações econômicas, políticas, sociais e culturais, com as quais se iniciou o processo de desintegração do sistema feudal, possibilitando o desenvolvimento do capitalismo comercial e da centralização política, fatores que caracterizam a Idade Moderna” (PAZZINATO; SENISE, 1993, p.7).

25LE GOFF; SCHMITT, ob. cit., p.7.

26Bárbaros são “os povos não pertencentes ao Império Romano, organizados em tribos e clãs, que o ocuparam a partir dos séculos IV e V” (REZENDE FILHO, 1995, p.6). Essa designação de cunho pejorativo utilizada pelos romanos em face dos povos não abarcados por seu império pode ter sua origem revelada na etimologia da palavra italiana *balbettare* (falar o idioma com dificuldade, tal como as crianças de tenra idade), da mesma origem do termo “bárbaro” (aquele, portanto, que não conseguia se expressar em Latim)(os grifos são nossos):

“*Balbettare*: (...) *l. intr. (aus. Avere). Articolare con incertezza, per difetto naturale di pronuncia; anche i bambini che cominciano appena a parlare. (...) [iterativo dal lat. tardo balbare, dal lat. balbus ‘balbuziente’]*” (OLI; DEVOTO, 1980, p.237).

“*Balbus*, -a, -um : *bègue. Attesté depuis Lucilius. M. L. 898 ; B. W. sous ébaubi ; irl. moderne balb. Fréquent comme cognomen, d’où Balbius, Balbinus, Balbillus, etc. (...)*”

“*Barbarus*, -a, -um ; (...) - *i dicebantur antiquitus omnes gentes exceptis Graecis. (...) S’est d’abord dit des peuples autres que les Grecs, puis de les peuples autres que les Romains. Chez les chrétiens équivalut à gentilis, paganus. (...) V. balbus*” (ERNOUT; MEILLET, 1959, pp.65 e 66).

Na Alta Idade Média, a partilha dos espólios do império romano ocidental entre os povos invasores, mais que mera troca de titularidade na relação de mando político, representou o fim de um poder que, bem ou mal, garantia uma ordem em vasta extensão territorial. Devido à carência de autoridade dotada de poder suficiente para garantir a segurança dos habitantes, seguiram-se tempos de violência, tanto frente a exércitos assaltantes como frente às ordinárias atitudes criminosas intracomunitárias. Sem outras alternativas, a população obrigou-se à autodefesa e organizou-se em corpos políticos menores, em meio a que brotou da comunidade um Direito (normalmente, iletrado) voltado à estabilização das relações, sem o intermédio de legislador ou de alguma figura de Estado, que praticamente não existia.<sup>27</sup>

Como obra espontânea dessas duras contingências, pulverizaram-se múltiplos regramentos dentro das inúmeras unidades em que os habitantes se congregaram, o que se denominou de Direitos próprios (*iura propria*), ou privilégios. Nesse fenômeno jurídico dito estamental<sup>28</sup>, as pessoas de per si não titularizavam direitos, merecendo a tutela jurídica conforme o estatuto (a ordem) a que se submetiam normalmente por nascimento<sup>29</sup>. Havia, exemplificativamente, os Direitos dos conselhos urbanos (heterogêneos de cidade para cidade), das comunidades rurais (variantes consoante o local), das ordens monásticas e de cavalaria, dos profissionais liberais (reunidos em corporações de ofício).<sup>3031</sup>

Na Baixa Idade Média, quando o poder político voltou a se articular com maior centralidade sob os primeiros Estados nacionais, a pluralidade de ordenamentos jurídicos era uma realidade que se impunha mesmo aos monarcas. Com a intenção centralizadora dos reis, representada juridicamente pelo Direito do reino, e com a retomada de uma mais

---

27HESPANHA, 2019, p.148.

28“A ordenação é, pois, na sua origem, uma inscrição. Este ato legal, público, este rito – este é um dos sentidos que a Igreja medieval atribuiu à palavra *ordo* – confere ao indivíduo um estatuto (...)” (DUBY, 1994, p.93).

29“Ordem. Com um termo e uma noção como esta, situamo-nos no coração da antropologia medieval” (GROSSI, 1996, p.96, traduzi).

30“Os próprios anjos, seres perfeitos, não escapavam à ordem, estando organizados em nove graus distintos. “No plano da teologia política, esta ideia de idêntica dignidade de todos os homens levava a uma explicação otimista dos laços de submissão. Estes não decorreriam do pecado original (como queria a teologia política alto-medieval) mas antes da própria natureza ordenada do mundo” (HESPANHA, ob. cit., p.104).

31“Seu conteúdo jurídico é muito modesto: e não porque frequentemente os estatutos sejam portadores de um saber jurídico vulgar e rudimentar (o que se enquadraria dentro de o que sempre procuramos evitar, isto é, os antolhos do culto), mas porque o Direito interessava ao legislador comunal em um plano puramente instrumental: importar-lhe-ia estabelecer as regras que hoje qualificaríamos de Direito <<Constitucional>> e <<Administrativo>> (ou melhor, as concernentes ao aparato organizador do poder) e de Direito <<Penal>>, dedicando ao Direito da vida cotidiana uma atenção dispersa e desorganizada” (GROSSI, ob. cit., pp.228 e 229, traduzi).

intensa atividade econômica sob o surto urbanista e comercial dos séculos XIII e XIV, foi o particularismo jurídico cedendo passo, mas paulatinamente, dentro de processo que reclamaria ainda algumas centúrias para se ultimar.<sup>32</sup>

Nesse cenário, cumpre analisar, ainda que em seus aspectos embrionários, as noções afiliadas aos direitos fundamentais, bem como o modo de aplicação do Direito.

### 1.1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais na Idade Média

Os direitos fundamentais não surgiram na Idade Média, diante de que cabe indagar a respeito dos motivos pelos quais não restaram concebidos em tal período. Porém, tal qual o clarão efêmero de um raio, houve iluminações, isto é, manifestações alinhadas ao ideário desse catálogo jurídico no ambiente de sua ausência, o que se verificou tanto filosófica como faticamente.

Sobre a não emergência dos direitos fundamentais na Idade Média, percebe-se, na sociedade desigual e holística da época, um contexto hostil à aparição de categoria jurídica desse talante. Dada a universalidade do catálogo jusfundamental, a aplicação generalizada de um conjunto de direitos a todos integrantes do gênero humano constituía ideia estranha ao particularismo medieval, cuja pluralidade estatutária já referida resultava em uma visão social condescendente à desigualdade jurídica.<sup>33</sup> Os direitos não pertenciam diretamente à pessoa, mas beneficiavam-na mediatemente, enquanto componente fosse de algum corpo político. Outra incompatibilidade, por sua vez, encontrava-se na característica holística, ou orgânica<sup>34</sup>, dessa sociedade, que significava a prevalência dos interesses coletivos sobre os

---

32HESPANHA, ob. cit., pp.232-234.

33“A criatura, a criatura particular, se resta isolada, não obtém a plenitude em si mesma; não pode ser pensada senão como inserida em um tecido imanente, o único que, enquanto tecido, recorrendo e albergando uma multiplicidade de entidades individuais, tem o valor da *pulchritudo*, da beleza; beleza que reside, totalmente, na ordem que harmoniza e que se compõe em unidade. O limite do discurso – é claro – não está na partícula do mosaico, mas em seu contexto, já que é somente do contexto que flui, com precisão, o fluxo ascendente das coisas ao Divino e o descendente do Divino às coisas” (GROSSI, ob. cit., p.93, traduzi).

34 A denominação orgânica rende homenagem à metáfora que Platão fez, em sua obra *A República*, para explicar essa característica da sociedade de seu tempo, comparável a um corpo humano, em que governantes filósofos a encimariam na cabeça, guerreiros a protegeriam na formação do tronco e do coração, mercadores, artesãos e agricultores a suportariam como pernas e, ainda mais abaixo, figurariam os escravos (WEIL; AUROUX, 1996, p.347).

dos integrantes da coletividade<sup>35</sup>, a contrastar com o atomismo da jusfundamentalidade, como ponto de resistência do indivíduo diante da sociedade, da parte frente ao todo.

A despeito de tal conjuntura, iluminações filosóficas são encontradas no pensamento medieval, que era dominado pela visão religiosa cristã. Influenciado pelo estoicismo, o cristianismo considerava como universalmente atrelado à condição humana o atributo da dignidade, característica essa que, por sua vez, constituiu a argamassa legitimadora de o que posteriormente viria a ser o catálogo jusfundamental.<sup>36</sup> Contudo, a sociedade orgânica mantinha essa concepção igualitária do medievo cativa no plano moral, não se impondo ao Direito.

Entre os pensadores, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino justificaram o Direito com base em uma categorização tricotômica da lei, que se seccionaria em positiva, natural e eterna: esta seria a fonte de legitimidade, por corresponder à vontade e à razão de Deus; essa, a forma como a normatividade divina se inscrevera no espírito do homem; aquela, o modo de a humanidade exprimir as leis da natureza em suas relações mundanas.<sup>37</sup> Tratava-se de concepção de Direito natural, contraposta a ideário de cunho positivista<sup>38</sup>, que se fez sentir, inclusive, diretamente na doutrina de notáveis juristas como o célebre comentador Bártolo.<sup>39</sup>

---

35Conquanto o faça ao descrever a sociedade grega antiga, Guy Haarscher bem explana a característica holística de algumas sociedades:

“(...) o pensamento grego do tempo da Cidade (antes da conquista macedônia) é, nas suas correntes principais (isto é, excetuando alguns sofistas e cínicos), não universalista: não se trata de defender os direitos dos indivíduos como tais, mas, pelo contrário, de traçar uma fronteira muito clara, primeiro entre gregos e bárbaros e depois, entre helenos, entre cidadãos e não-cidadãos (escravos, mulheres, metecos...). (...) Além disso, a noção de igualdade tem, no contexto grego, um significado completamente diferente do seu sentido no modelo das liberdades fundamentais: se o todo – particular, positivo – aparece primeiro que o indivíduo (problemática dita <<holística>>), o que definirá este último será o seu lugar – o seu <<estatuto>> - no interior de uma tal totalidade, ou também a função que aí personificar” (HAARSCHER, 1993, pp.60-62).

36Ínsita à ideia de dignidade está a crença de que cada individualidade participa, em essência, de um todo maior, a ligar tudo a uma grande unidade. Para os estoicos, “tudo está conectado. Como já dissemos, para eles, a realidade tem um caráter predominantemente unitário ou monístico (...). (...) Resta esclarecer que da <<alma universal>> são <<partes as almas dos seres vivos>>, entre elas, a nossa, a humana, graças à qual <<somos animados e nos movemos>>” (RODRIGUEZ PANIAGUA, 2013, p.86, traduzi).

37HESPAÑA, ob. cit., pp.301-303.

38“Como ficou no nosso espírito, o direito natural é uma noção carregada de indeterminações. Todavia, existe uma base comum a todas as concepções: a crença numa ordem universal, da qual a razão cognoscente pode deduzir preceitos universais para a regulação da convivência humana. (...)

“A expressão *ius positivum* é já usual nos decretalistas franceses do século XII (antítese *naturalis-positivum*). Muito provavelmente, os canonistas teriam entrado em contacto com a expressão através do comentário de Calcidio à tradução latina do *Timeo* de Platão. Ora, este termo nasce dentro da concepção de direito natural sem um conteúdo técnico muito preciso, pois abarca, em princípio, todas as regras que não pertencem ao direito natural” (MARQUES, 2007, p.146).

39“Era essa a condição duríssima do estrangeiro, que, fora de sua pátria, não gozava de proteção jurídica, porque a sua lei o abandonara no mesmo momento em que ultrapassara os confins da terra de origem. A

Séculos depois, a universalidade jusfundamental seria considerada como que a positivação dos direitos naturais, concretude essa que, todavia, a sociedade holística da Idade Média não permitiu eclodir. Sem o pretender, a filosofia franciscana medieval, no desenvolvimento que se faria de seus fundamentos, franqueou a superação desse organicismo impediendo com os alicerces lançados por Duns Scoto e William of Ockam, o primeiro a acentuar a vontade; o segundo, viés individualista decorrente de pressuposto nominalismo<sup>40</sup>, ambas características essenciais ao atomismo da modernidade.

De outro vértice, em alguns momentos, a história medieval pareceu testemunhar o aparecimento de arremedos de direitos fundamentais, como na garantia por alguns chamada de *habeas corpus* visigótico, do século VII.<sup>4142</sup> Conquanto esse instituto tutelasse o conteúdo de importantes direitos fundamentais da posteridade (a liberdade de ir e vir e a propriedade), não houve um encadeamento de continuidade que lhe credenciasse ancestralidade em relação à categoria jusfundamental. Outrossim, pode-se telar a Magna Carta inglesa de 1215<sup>43</sup>, que, embora, pelos caprichos da história, sua aplicação se tenha universalizado à generalidade dos súditos britânicos na modernidade, não passou

---

gravidade desumana dessa situação se pode mensurar quando se reflete que, na Itália comunal, as fronteiras poderiam ser os limites das muralhas da cidade!

“Bartolo (...) obteve, com a potência e, desejamos dizer, com sua lógica de gênio, o seguinte princípio: a pessoa humana tem seu próprio estatuto quanto a seu *status* jurídico e à sua capacidade (*statuto personale*), a ser observado onde quer que esteja; por outro lado, obedecerá ao estatuto do lugar a situação dos bens (*statuto reale*)” (CALASSO, 1954, pp.576 e 577, traduzi).

40“Enquanto a filosofia clássica dava existência real ao homem ‘situado’ em certas estruturas sociais (como ‘pai’, como ‘cidadão’, como ‘filho’), e, portanto, considerava como reais ou naturais os direitos e deveres decorrentes de tal situação, a filosofia social nominalista considera os indivíduos isolados, sem outros direitos ou deveres senão aqueles reclamados pela sua natureza individual, ou pela sua vontade (e eis aqui o pendor ‘voluntarista’ do nominalismo, que está na base do positivismo moderno)” (DAVID, 1986, p.314, nota de rodapé 583).

41“Para que se tenha ideia da transcendência das questões ali aventadas, oportuno lembrar o cânone II, do XIII Concílio de Toledo (683), que estabeleceu o chamado *habeas corpus* visigótico; dizia ele que nenhuma pessoa vinculada ao rei por juramento de fidelidade, exceto em caso de culpa evidente, poderia ser presa, acorrentada, desapossada de seus bens, torturada para que se arrancasse por força a confissão, antes de ser apresentada à assembleia, conservando, até o julgamento, seus direitos e prerrogativas; e às pessoas livres, posto que de condição inferior, guardava-se igual procedimento” (AZEVEDO, 2001, p.7).

42“Granjearam também especial prestígio enquanto auxiliares da administração central da monarquia visigótica os concílios que, geralmente, se celebraram em Toledo. (...) Só que os Concílios de Toledo, mantendo a sua índole religiosa, não deixaram de ter uma influência poderosa em certos assuntos político-administrativos. (...)

“Constituiu um pecúlio extremamente valioso a legislação secular emanada dos concílios que tocou aspectos, como hoje diríamos, constitucionais do Estado visigótico. Sobressaíam as questões que respeitavam à eleição e proteção do monarca, à condição dos juizes e aos direitos das pessoas em face do rei” (MARCOS, 2006, pp.694-697).

43“Etimologicamente, a palavra *habeas corpus* significa corpo livre, corpo solto, corpo aberto. Sob o ponto de vista jurídico, é um remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção, quando ameaçada ou coarctada por ilegalidade ou abuso de poder” (RANGEL, 2005, p.843).

originalmente de manifestação dos desiguais particularismos de direitos da Idade Média, ao consagrar privilégios ao estamento dos barões. Em Portugal, a legislação de Dom Afonso II demonstrou preocupação em conter os abusos dos senhores<sup>44</sup>, ao passo que as Ordenações Afonsinas prescreviam salvaguardas às populações minoritárias de judeus e muçulmanos<sup>45</sup>; porém, malgrado tutelassem a dignidade humana, essas positivamente eram carentes de universalidade, por escudar apenas certos grupos, em sintonia com a sociedade orgânica em que se estava.

Houve, enfim, iluminações na Idade Média, mas a feição holística da sociedade impossibilitou a irrupção de conjunto jurídico equivalente ao dos direitos fundamentais. Por outro lado, aspectos da aplicação do Direito desenvolvidos no período medieval mostraram-se relevantes, tanto na Idade Moderna como hoje, à metodologia empregada quanto à categoria jusfundamental, razão por que o tópico a seguir se ocupará desse tema.

### 1.2.A aplicação do Direito na Idade Média

A assinalada inexistência de direitos com vocação simultaneamente universal e individualista como os fundamentais, na Idade Média, evidentemente se fez acompanhar pela ausência de instrumental voltado ao manejo de catálogo jurídico do gênero. Porém, o desenvolvimento da aplicação do Direito medieval influenciou decisivamente a moderna metodologia jurídica, que, por sua vez, passou mais tarde a se preocupar com os direitos fundamentais. Tal influxo já é suficiente para justificar o interesse no modo como era aplicado o fenômeno jurídico medieval, devendo-se o estudo centrar, depois de elaborado panorama geral, na Escola dos Comentadores por sua decisiva contribuição.

---

44“Cabe assinalar que nesse conjunto de preceitos legislativos, ao lado da protecção da fazenda da Coroa e do combate aos abusos dos funcionários régios, assume relevo a garantia das liberdades individuais e a condenação expressa da vindicta privada, substituindo-a por decisões forenses. A defesa das classes populares contra as prepotências dos poderosos é manifesta em várias de tais normas. Assim a título exemplificativo: proíbe-se aos grandes adquirir géneros abaixo do valor justo, como segundo ‘mao costume dantigo soya seer’ no Reino; permite-se que todo o homem livre sirva a quem deseja e não se encontre submetido a casamentos forçados; veda-se aos cavaleiros tomar bens aos vilãos” (COSTA, 2018, p.213).

45“ Ao contrário das nossas actuais concepções de igualdade abstracta entre religiões e raças, partia-se, então, do princípio da desigualdade. Os Judeus eram considerados os ‘assassinos de Cristo’, e os Mouros os descendentes dos vencidos da Reconquista cristã. Ambos infieis. A igualdade não estava em causa, então” (CUNHA, 1995, p. 219).

Na Alta Idade Média, o diminuto corpo considerado versado no conhecimento jurídico obtinha sua formação na prática, que, também sendo chamada, na época, de “prudência”, fazia serem seus especialistas nominados como “prudentes”. De toda a forma, voltando-se à manutenção do existente, ao que “sempre foi”, o ofício dos operadores do Direito não era o de criar ou inovar a ordem jurídica, mas, como mediadores, ou intérpretes, extrair o fenômeno jurídico constante na natureza das coisas, a partir de cautelosa e detida observação, em busca do consenso comunitário e da manutenção dos equilíbrios sociais estabelecidos. O pluralismo jurídico antes telado era, então, articulado pelos prudentes sem um conjunto rígido de princípios para a solução de conflitos, prevalecendo a regra, enquanto sede de argumento, que melhor se adaptasse à contenda, através de uma ponderação caso a caso, guiada, quando muito, pelos usos do tribunal ao julgar situações semelhantes (*stylus curiae*).<sup>46</sup>

No antes mencionado particularismo dos privilégios, tocava a cada um o estatuto do corpo político de seu pertencimento.<sup>47</sup> Mesmo o rei, quando solicitado a aplicar a justiça enquanto instância recursal, deveria decidir com base no arcabouço normativo a que a parte estava especificamente submetida segundo sua condição particular. Com escassa frequência, mas a sublinhar o casuísmo e a despreocupação com a univocidade de tratamento jurídico, poderia o monarca excepcionar a aplicação da norma específica em algum litígio sob seu crivo, ato esse que ostentava, tamanha sua raridade, a natureza jurídica de milagre, ou de graça.<sup>48</sup>

Na Baixa Idade Média, classificação de lavra do célebre jurista Bártolo contrapôs a mencionada pluralidade estatutária, os *iura propria*, ao *ius commune*, fenômeno jurídico de acepção polissêmica<sup>49</sup>, erigido a partir da interpretação de coleções de soluções provenientes do Direito romano que, no século XVI, passaram a ser conhecidas como

---

46HESPANHA, ob. cit., pp.227-230.

47GROSSI, ob. cit., p.197.

48HESPANHA, ob. cit., pp.102-104.

49“Em suma, o conceito de *ius commune* é um conceito equívoco e pode assumir conteúdos diversos. O direito comum, *stricto sensu*, designa o direito romano; este é o seu núcleo fundamental. *Lato sensu*, refere-se ao *utrumque ius*, a um sistema único de normas universais constituído pelo direito romano e pelo direito canónico. *Sensu latissimo*, compreende, para além destes direitos, também a literatura jurídica e a jurisprudência que se foram acumulando à sua volta, assim como o direito feudal recebido do *Corpus Iuris (Libri feudorum)*. Fora deste contexto, recorre-se à expressão <<direito comum>> para designar o direito geral do reino em contraposição ao direito local” (MARQUES, 2002, p.16).

*corpus iuris civilis*<sup>50</sup>. Irnério, ou talvez antes Pepo<sup>51</sup>, foi quem iniciou os estudos de tais registros históricos junto a uma corporação de estudantes de Bolonha (o *Studium*), dando origem, por sua técnica de escrever nas entrelinhas do texto analisado (as glosas), à corrente jurídica dos glosadores. Dedicada a desvendar o sentido original da mencionada herança romanística, essa forma de pensamento jurídico frutificou e se disseminou pela Europa através da fundação de universidades e do fornecimento de corpo técnico especializado aos mais altos círculos de poder.<sup>52</sup>

As contribuições dos glosadores, entretantes, deixaram de atender às questões emergentes do surto comercial e urbanista dos séculos XIII e XIV, inspirando Cino de Pistoia a fundar, com preocupação mais pragmática, a tradição jurídica dos comentadores. Tais teóricos, pois, depararam-se com a dificuldade de não poderem recriar o fenômeno jurídico, cuja situação estática se devia à reputada perfeição do *corpus iuris civilis* (tido por verdadeira *ratio scripta*) e à crença em um Direito da Natureza inscrito por Deus nas coisas, incumbindo ao exegeta unicamente o extrair por acurada observação.<sup>53</sup>

Para contornar tais empecilhos, os comentadores, influenciados pela escolástica tomista, adaptaram o arcabouço normativo existente por meio da interpretação dialética (a *ars inveniendi*, ou tópica, de Aristóteles, o clássico mais prestigiado pelos escolásticos<sup>54</sup>),

---

50Originalmente, versava-se sobre uma compilação que, no século VI, o imperador romano do oriente, Justiniano, ordenou ser elaborada por uma comissão de dez membros (com destaque para Triboniano e Teófilo) e que se dividia em quatro partes: as instituições (*Institutiones Justiniani*), a servir como espécie de manual ao ensino do Direito; o Digesto (ou, em sua denominação grega, *Pandectas*), a reunir mais de 1500 escritos de jurisconsultos romanos; o código (*Codex Justiniani*), a contemplar leis imperiais; e as Novelas (*novellae*, ou leis novas), a incluir legislação imperial posterior à edição do *Codex*. Nesse sentido, GILISSEN, 2008, p.92.

51“Os inícios da Escola de Bolonha remetem-se para Irnério (1055? - 1130?); um *magister artium*, título indicativo da Escola a que pertencia.

“Todavia, a tradição bolonhesa refere-se a um jurista que terá ensinado, por sua livre iniciativa, antes do caput *scholae* dos glosadores. O seu nome é Pepo. Terá sido Irnério seu discípulo como já se sustentou? São escassas e contraditórias as notícias a seu respeito” (MARQUES, 2002, ob. cit., p.17).

52“O Papa Onório II (1216-1227) também reconheceu que ‘do Estudo bolonhês saíam os chefes que dirigem o povo do Senhor’” (HESPANHA, ob. cit., pp.192, *in fine*, e 194; a página 193 está integralmente preenchida por nota de rodapé).

53“De facto, enquanto os glosadores partem do Corpus Iuris para a realidade, os comentadores seguem o caminho inverso” (MARQUES, 2002, p.55).

54“O século precedente vivenciara um grande evento no mundo da cultura: a reaparição dos textos aristotélicos. (...)”

“Na realidade, até o século XII, somente um Aristóteles menor era conhecido (...). Mas, nas últimas décadas desse século e nas primeiras do seguinte, a personalidade científica de Aristóteles emergiu de obras fundamentais, que vieram ao Ocidente através de dois trâmites principais: da Espanha, de onde Aristóteles chegou por meio do filtro da cultura árabe e se expandiu rapidamente (centro máximo de irradiação: Toledo) para os maiores centros de estudos europeus através das traduções do Árabe que estudiosos judeus empreenderam; e depois ainda da Grécia, com a renovada aproximação entre Ocidente e Oriente operado nas

voltada a encontrar os consensos e os argumentos em torno da questão<sup>55</sup>. Nessa atividade, por sua vez, foram produzidos e recombinaados, como subprodutos no seio do *ius commune*, institutos e técnicas interpretativas que, ulteriormente, constituíram a base da teorização metodológica empreendida a partir da modernidade.

A ilustrar o refinamento dos expedientes dos comentadores, calha mencionar as interpretações extensivas ou restritivas com base na oposição da lei (*verba*) ao seu espírito (*mens*); a extração de ideias informadoras (*dogmata*) a partir de pretensa lógica ínsita ao texto (*ratio legis*); as comparações por paridade (*a pari*) ou por maioria de razão (*a fortiori*); as manipulações por analogias ou por exemplo (*argumentum ab exemplis*). Para a construção de institutos jurídicos, identificavam o cerne do problema (*substantia*), as figuras mais abrangentes que o abarcavam (*genera*), suas especificidades frente aos assemelhados (*differentiae*) e as possíveis relações com outras espécies<sup>56</sup>.

De forma próxima ao realizado com os institutos jurídicos, os comentadores sistematizavam conceitos (*locus deffinitione*) com a miríade de soluções romanísticas por *ex genere et differentia* (pelo enquadramento em categoria geral, o *genus*, e pelas distinções dentro do grupamento, a *differentia*, ou espécie). Também o faziam com o uso das quatro causas aristotélicas (*locus a causis*): a material (sobre do que seria feito), a formal (sobre por que é o que é e não outra coisa), a eficiente (ou elemento genético, quanto a onde haveria surgido) e a final (sobre a finalidade).<sup>57</sup> Outrossim, sobrelevavam a

---

primeiras cruzadas, em virtude de que frotas de estudiosos bizantinos acorreram aos centros culturais ocidentais, trazendo consigo os textos genuínos do filósofo” (CALASSO, ob. cit., pp.564 e 565, traduzi).

55“Com seu peculiar espírito científico, tão metódico e sistemático, Aristóteles empreendeu nos Tópicos a formulação da dialética. (...) Explica, por exemplo, como um exemplo deve relacionar-se com outro para ser *proprium*, seu *accidens*, seu *genus*, seu *definitium* ou definição (...). Aristóteles chama *topos*, *locus*, à exposição de cada uma de tais regras ou de cada uma das relações das classes de conceitos entre si e assinala 382 destes *topoi*, donde o nome Tópica” (SCHOPENHAUER, 1997, pp.104-106).

56Tratando-se de procedimentos racionais menos intuitivos, cumpre explanar que, por paridade de razão (*a pari*), entende-se o argumento de que, sendo assemelhados os institutos A e B, se de A decorre uma consequência jurídica, o mesmo se deve verificar em B. Por maioria de razão (*a fortiori*), de seu turno, pondera-se que, se a característica X viceja mais em A que em B e se uma consequência jurídica de B se liga a essa característica X, por mais razões, a consequência jurídica deve-se verificar em A (HESPANHA, ob. cit., p.223, notas de rodapé 359 e 360).

57“O professor toma, por premissa, uma série de noções e considerações introdutivas sobre o enquadramento sistemático do aparato normativo, suas relações com a parte que o compreende, com as outras partes, etc., delimitando, assim, o âmbito de o que se tratará (*praemitto*); divide logicamente o texto em tantas partes estruturais autônomas possíveis de serem analisadas separadamente (*scindo*); torna a recompor a unidade, a evitar o que se perderia de vista pela excessiva fragmentação (*summo*); exemplifica um ou mais suportes fáticos concretos (*casum figuro*); relê os passos integralmente (*perlego*); explica as razões e os objetivos da lei, fazendo apelo ao típico esquema dialético das quatro ‘causas’ aristotélicas: causas eficiente, material, formal, final (*do causas*); assinala todas as deduções notáveis resultantes, a incluir as *regulae iuris*, os passos paralelos e a formulação do princípio geral inspirador (*connoto*); com base em tais deduções, formula uma

opinião de juristas de renome (*opinio communis doctorum*) como argumentos de autoridade (*locus ab auctoritate*) formadores não de verdade inarredável, mas de diretriz para o intérprete não facilmente se afastar - porque *doctor peritus est*: reputava-se entendido no assunto o doutor.<sup>58</sup>

Para o manejo dessa verdadeira fábrica de conceitos dos comentadores, não havia um método específico, mas um modelo geral, que levava a uma verdade provisória, de plausibilidade dependente do confronto dos muitos pontos de vista. Tal aparato intelectual será o substrato utilizado pela sistematização promovida na modernidade, com a substituição, contudo, da fluidez do modelo argumentativo medieval pela rígida aspiração moderna à certeza jurídica de entendimentos.<sup>59</sup>

## 2.Aspectos históricos dos direitos fundamentais e da metodologia jurídica na Idade Moderna

O marco histórico de encerramento da Idade Média foi a queda do império romano do Oriente, em 1453, quando já estava em andamento um processo de centralização do poder político nas mãos dos reis, na chamada formação dos Estados nacionais. Desse momento inaugural em diante, mostraram-se de subida importância as transformações sociais, alterações na forma de pensar e modificações nas relações havidas entre o poder e as instâncias religiosas.

---

série de teses a que contrapõe tantas outras antíteses, isto é, as opiniões contrárias e as objeções (*obiicio*), levando à representação e à relativa discussão de um verdadeiro castelo de exceções, de distinções e de questões controversas (CAVANNA, 1982, p.143, traduzi).

58“Ex. ‘Doação (definido) é um contrato (género) pelo qual uma pessoa transfere para outrem gratuitamente uma parte de seus bens (diferença)’. Por sua vez, a entidade que era género nesta definição (contrato) pode ser também objeto de definição: ‘contrato (definido) é uma relação jurídica (género) em que cada uma das partes é simultaneamente titular de um direito e de um dever recíproco (diferença)’. Nestes exemplos se vê claramente que o género é a categoria geral de que o definido é espécie; a diferença, a característica que distingue o definido das outras espécies que, com ele, integram o género (no 1º exemplo, compra e venda, locação, mútuo, etc.; no 2º, relações jurídicas em que só há deveres ou direitos para uma das partes)” (HESPANHA, ob. cit., pp.221 e 222, nota de rodapé 354).

59“(…) pode dizer-se que se encontra na literatura jurídica desta época tudo aquilo que a ulterior teoria da norma irá utilizar. Princípios como: o da derrogação da lei inferior pela superior, da lei geral pela especial, da lei anterior pela posterior; expedientes como os da interpretação restritiva, extensiva, da interpretação racional (ou segundo o espírito da lei), da interpretação pela causa ou fim (interpretação teleológica; Decretais, 2, 24, 26: *cessante causa, cessant eius effectus*), da interpretação analógica (D.,1 3, 2: *plures sunt casus quam leges*), como ainda uma vastíssima cópia de argumentos que cumprem todas as funções que a teoria da interpretação mais tarde será chamada a atender (argumentos *a maiori, a minori, a contrario, a simile, a causis*, etc.)” (*id., ibid.*, p.230).

Com efeito, a superação da fragmentação territorial imperante na Idade Média em benefício do reforço à figura real restou substancialmente viabilizada pelo arrimo econômico da ascendente burguesia. De um lado, ao afã centralizador do monarca interessava estabelecer uma relação mais direta com seus súditos, o que se chocava com os *iura propria* intermediários da sociedade estamental; de outro, a retribuição ao apoio burguês passava pelo atendimento de pautas como a unificação de moedas, pesos e medidas, a maior liberdade de circulação e a segurança jurídica.<sup>60</sup>

Tais fatores, pois, promoveram uma paulatina transição da sociedade holística e desigual para outra de catadura universalista<sup>61</sup>, a assentar a titularização dos direitos imediatamente no indivíduo (ser despido de seus aspectos sociais relacionais, em abstração de cunho nominalista) e a indicar uma tendência de uniformização dos estatutos jurídicos. Essas transformações, como sói ocorrer, foram acompanhadas por teorizações que as legitimavam, merecendo destaque o espírito de racionalidade e cientismo do Renascimento e, mais tarde, do Iluminismo<sup>62,63</sup>.

Ao pensamento, igualmente, relevou a reforma protestante, que foi o aparecimento, na Europa Ocidental, de um cristianismo concorrente ao católico, ocasionando guerras e sangrentas perseguições entre grupos religiosos de parte a parte<sup>64</sup>.

---

60“(…) tornava-se urgente estabelecer um poder forte e centralizado, capaz de controlar a nobreza, suprimir o particularismo, reduzir e uniformizar os impostos, padronizar os pesos, medidas e a moeda, e oficializar uma língua única. O Estado Moderno, como expressão do monopólio do poder e da força, surgiu da necessidade de realizar tais tarefas. (...)”

“As monarquias nacionais resultaram da convergência dos interesses políticos e econômicos da realeza e da burguesia em um determinado momento histórico” (MELLO; COSTA, 1995, pp.286 e 287).

61“Os direitos do homem estão ligados a uma filosofia individualista: o poder, não o esqueçamos, será dito legítimo se respeitar um certo número de prerrogativas concedidas ao indivíduo como tal” (HAARSCHER, ob. cit., p.16).

62“O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais” (WIEACKER, ob. cit., pp.353 e 354).

63“(…) para o iluminismo, o direito transforma-se num produto da razão. A lei natural é tudo o que a razão aprova e reconhece como meio certo de alcançar a felicidade. A partir de um conjunto de princípios auto-evidentes, o direito é inserido em grandes quadros sistemáticos e tende a transformar-se numa lógica” (MARQUES, 2003, p.436).

64“O processo de transformações econômicas, políticas e sociais ocorridas na Europa, a partir do século XII, culminou no século XVI com a grande revolução espiritual da sociedade europeia, caracterizada por um amplo movimento de contestação à autoridade e ao poder material da Igreja de Roma. Este movimento,

Como termo a esses conflitos, a instituída Paz de Westphalia<sup>6566</sup> gerou um desprestígio à intromissão da Igreja nas questões temporais, levando à desnecessidade de bula papal para conferir oficialidade a novos Estados e mesmo a comezinhos atos do poder público.<sup>67</sup> Na mesma linha, as divergências de ordem religiosa levaram à progressiva laicização do Direito, o que se somou ao impulso racionalizador mencionado<sup>68</sup>.

Nessa ambiência, vivenciou-se uma modificação de cenário que se mostrou fértil ao surgimento dos direitos fundamentais. Simultaneamente, o aperfeiçoamento do raciocínio jurídico apurado pelos comentadores seguiu seu curso e, sob o espírito moderno, fez irromper a metodologia que se pretendeu aplicar a todo o Direito, incluindo, posteriormente, o catálogo jusfundamental.

## 2.1.Aspectos históricos dos direitos fundamentais na Idade Moderna

A teoria tricotômica da lei, como fundamento do fenômeno jurídico, assumiu novas roupagens na Idade Moderna. Enquanto que a laicização e o racionalismo fez a lei eterna ceder passo à reta razão como instrumento de dedução dos direitos naturais, experiências de graves violações, a exemplo das experimentadas nas guerras religiosas,

---

chamado de Reforma Protestante, foi precedido por várias manifestações nos séculos anteriores (heresias medievais, querela das investiduras, cisma do Ocidente e movimentos reformadores) (...)”(*Id., ibid.*, p.62).

65“Muito significativos, vão ser, na Idade Moderna, as reivindicações tendentes à superação do princípio *cuius regio, eius religio*, consagrado na Paz de Augsburg (1555). Procura-se com este princípio vincular os súbditos à religião do soberano, isto é, a uma religião oficial” (MARQUES, 2007, p.208).

66“Apesar de a Paz de Augsburg (1555) ter consolidado a separação religiosa entre católicos e protestantes alemães, os conflitos entre essas duas facções prosseguiram. (...)

“A situação se agravou quando, por influência da Contra-Reforma, os Habsburgo austríacos iniciaram um amplo movimento no sentido de expandir a fé romana dentro do Sacro Império, utilizando-a como instrumento de unificação política. (...)

“Com a participação direta da França, os exércitos imperiais foram derrotados e o Tratado de Westfália (1648), confirmando a Paz de Augsburg, assegurou a liberdade religiosa nos Estados imperiais e a supremacia das decisões da Dieta (Parlamento) sobre as determinações do imperador” (PAZZINATO; SENISE, ob. cit., p.78).

67A própria origem da Universidade de Coimbra exemplifica tal ascensão eclesiástica de outrora:

“A data exacta de sua criação situa-se, com certeza, entre 1288 e 1290. É tradicional, embora não isento de controvérsia, o ponto de vista que reconhece a instituição do *Studium Generale* na carta dionisiana de 1 de Março de 1290. De qualquer modo, a bula do Papa Nicolau IV que o confirmou, em 9 de Agosto de 1290, representa, sem dúvida, o momento decisivo da legitimação aos olhos da Europa culta” (MARCOS, 2016, p.9).

68“De prisioneiro da teologia escolástica, o direito natural, dessubstancializada a problemática da lei divina, trata agora da ciência dos direitos e deveres na perspectiva de um racionalismo subjectivo, na acentuação da liberdade individual” (MARQUES, 1987, p.21).

reclamaram juridicidade a essa categoria moral, a fim de tutelar todos os indivíduos frente a abusos intoleráveis. Sob esses influxos, o Direito antes aludido como natural passou a ser melhor definido como jusracional, caracterizado pelo cosmopolitismo, individualismo, voluntarismo e universalismo.

Nessa esfera, tamanha era a confiança nos resultados que a razão poderia ensejar que se acreditou poder atingir uma formatação do fenômeno jurídico quase perfeita. Dessa certeza se evidenciava a característica jusracionalista do cosmopolitismo: sendo a natureza humana abstrata, laica, eterna e imutável, o regramento que produzisse não se limitaria a climas ou latitudes, podendo ser a legislação produzida por não nacionais, utilizada (mesmo se estrangeira) como Direito subsidiário e exportada para outros países.<sup>69</sup>

De outro vértice, a ideia central da modernidade alicerçava-se sobre o indivíduo enquanto ser pressupostamente racional e livre. Tal abstração remontava ao nominalismo franciscano e, diante do obscurecimento do pluralismo estatutário ante o Direito do reino, melhor se adaptou à relação mais direta (porque menos dependente de corpos intermediários) entre o Estado e os súditos. Ao se prestigiar tal viés atomista, enfatizava-se, conseqüentemente, a vontade como manifestação do indivíduo, pelo que o individualismo da época se atrelou ao voluntarismo paradoxalmente à nota racionalista moderna.<sup>70</sup>

Apostando no voluntarismo guiado pela razão, o Direito teria sua gênese no hipotético contrato social: para superarem o dito estado de natureza, em que imperaria a lei do mais forte, os indivíduos haveriam decidido se autolimitar com a instituição de um corpo político que os defendessem.<sup>71</sup> A avença vestibular, aliás, seria pactuada por sujeitos

---

69“Os próprios códigos, pelo contrário, foram a maior parte estabelecidos sobre uma base de direito comparado, ou se procurou modelos para os diversos códigos em diversos países; esta dupla prática atesta o parentesco de todos os direitos que fazem parte da família romano-germânica; por outro lado, ela condena a doutrina que julga poder concentrar-se sobre o seu direito nacional, renunciando assim à função, que sempre foi sua, de fazer progredir a ciência jurídica e aperfeiçoar o direito” (DAVID, ob. cit., pp.54 e 55).

70“A teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas, que hoje estão em crise: (...) o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.) (...).

“Já no final do século XIX, na França, Fouillée podia resumir a concepção reinante dizendo, em expressão que ficou célebre, que toda justiça é contratual e que quem diz contratual, diz justo (*toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste*)” (NORONHA, 1994, pp.64 e 65).

71“Segundo von Gierke, a passagem da *universitas* para a *societas* constituiu, na história jurídico-política medieval, uma guinada capital. No nominalismo de Guilherme de Occam, que é sua transposição filosófica, a comunidade humana já não era pensada como um todo no qual os homens eram apenas partes indissociáveis; ela resultava, antes, de uma associação ou da soma de indivíduos e, em cada *societas* assim formada, as vontades individuais constituíam o ponto de partida e o princípio da ordem política que elas constroem. Hobbes adota manifestamente o esquema occamiano do individualismo como condição da instituição do Estado. (...)

livres, isto é, portadores de liberdades (ou direitos subjetivos, naturais ou inatos) reputadas fundamentais por se ligarem a impulsos como a conservação e a realização da personalidade<sup>72</sup>. Remetiam à lógica maior da dignidade humana, mas, por residir tal conceito no ideário cristão, não restou detidamente desenvolvida pelos jusracionalistas, em atendimento à laicização do pensamento.

Com menor timidez em relação à dignidade humana, calha indigitar a contribuição dos teólogos ibéricos, que a sustentaram em uma dimensão universal. Sucede que, através das grandes navegações, o Ocidente deparou-se com povos com que não mantinha contato e, legitimado por resquícios do espírito cruzadista e por um cristianismo proselitista, subjugou-os, dispensando-lhes violento tratamento. Em reação a tais violações, levantaram-se as vozes da Segunda Escolástica (1520-1600), que ebuliu, com mais força, nas universidades de Salamanca, Valladolid, Coimbra e Évora. Além de desenvolverem o conceito de guerra justa, propugnaram pela ilegitimidade da submissão a tratamento indigno dos povos indígenas, que seriam portadores da mesma natureza humana que os europeus (unidade do gênero humano). Dessa forma, a igualdade entre os homens, há séculos limitada ao plano sobrenatural no ideário cristão (a igual dignidade de todos em Cristo), foi proposta migrar para a seara jurídica.<sup>73</sup>

Nesses termos, o cosmopolitismo jusracionalista alimentaria, séculos depois, o movimento codificador, que seria a crença em compilações sistemáticas de Direito vocacionadas a resistir aos tempos, dado o manifesto acerto de suas soluções jurídicas. Além disso, graves violações, como as vivenciadas nas guerras religiosas e na dominação europeia dos povos indígenas americanos, impulsionaram o pensamento individualista e voluntarista sobre direitos inatos que, quando migrou do plano teórico para o Direito posto, originou os direitos fundamentais por ocasião do constitucionalismo, a ser telado

---

“A partir dessa premissa individualista, a existência do Poder no Estado apresenta portanto um único problema: o da passagem de uma multidão de átomos individuais associáveis e apolíticos, para a unidade ordenada da sociedade ‘civil’ ou ‘política’. Para resolver esse problema, Hobbes propõe uma teoria do contrato social – cuja ideia ele não inventa mas cujo perfil, antes de Rousseau, renova de modo profundo e cuja teoria elabora” (GOYARD-FABRE, 2002, p.79).

72“Partia-se do princípio, ensinado mais recentemente pela filosofia individualista e racionalista do século da Enciclopédia, de que o homem nasce já dotado de certos direitos pela natureza: direitos originários, individuais e naturais, que nenhum legislador pode desconhecer e que, pelo contrário, é única missão do Estado reconhecer e fazer respeitar. (...) Esses direitos naturais e imprescritíveis eram, afinal, as diferentes formas que pode revestir o direito de liberdade: a liberdade de consciência, a de pensamento e sua expressão (a liberdade de imprensa e de crenças), as de associação, a do trabalho e da propriedade, a inviolabilidade da pessoa e a resistência à opressão, etc.” (MONCADA, 1949, p.62).

73HESPAÑA, ob. cit., pp.288-292.

ulteriormente. Por ora, cumpre analisar como se articulou a aplicação do Direito nessas primícias da modernidade, que representou a fase póstica do raciocínio jurídico atual.

## 2.2.A aplicação do Direito na Idade Moderna

A forma de trabalho engendrada pelos comentadores transformou o saber jurídico em um conhecimento quase hermético, a exigir necessariamente instrução específica para poder ser compreendido. A figura dos prudentes medievais, versados em solucionar pelo bom senso, restou substituída por um corpo técnico de formação acadêmica, os juristas. Sem embargo, os ventos da modernidade repudiaram a dialética escolástica ao acusá-la de favorecedora de decisões caprichosas em sua porosidade argumentativa. Evidenciava-se o desejo por uma aplicação normativa com maior grau de certeza, como forma de ser menos maleável aos interesses em jogo, e com maior simplicidade, eis que a compreensão pelo povo importava maior sindicabilidade à interpretação jurídica<sup>74</sup>. Tais anseios, então, deflagraram novo impulso renovador, no que merecem destaque o racionalismo moderno e o cartesianismo<sup>75</sup>.

A veia racionalista, pois, promanou do Renascimento, quando uma visão de Direito Natural estoica fez com que as palavras de Cícero ressoassem com pujança.<sup>76</sup> Haveria, assim, uma lei imutável (inflexível à contingência dos tempos e dos lugares) e inscrita nas coisas pelo espírito criador (*logos*), passível de ser percebida por todos que seguissem a boa razão. Bem ilustrava a transição renascentista - do Direito dos comentadores para o fenômeno jurídico moderno - a Escola Culta, Humanista ou *mos galicus iura docendi* (maneira francesa de ensinar o Direito), de subida veia acadêmica, a

---

74“Mas o que vitima os Comentários é claramente, a par do anquilosamento da citação da citação, o vício sofisticado dos *cymini sectores* de que falava Bacon: os juristas transformaram-se em malabaristas dialéticos, muito mais interessados em urdir a sua teia em filigrana de distinções e argumentos subtis, que em alcançar soluções de verdade e de justiça” (CUNHA, ob. cit., pp.122 e 123).

75“Quando uma classe em ascensão é prejudicada pelas leis ou pelos costumes vigentes, apela dos costumes para a razão e das leis para a natureza – assim como desejos conflitantes no indivíduo lançam chispas que se transformam em raciocínio. Assim, a burguesia rica apoiou o racionalismo de Voltaire e o naturalismo de Rousseau” (DURANT, 2000, p.201).

76“O traço comum que cria um parentesco entre esses autores diversos é a pretensão de formar uma classe de juristas cultos (*cultior jurisprudentia*).

“(…) Presumo apenas que o que há de mais novo na contribuição da escola humanista à construção do pensamento jurídico moderno procede do neo-estoicismo; e realiza a conjunção, ainda ausente no direito romano, da filosofia estoica com a ciência jurídica” (VILLEY, 2019, pp.537 e 540).

opor-se à maneira dita italiana (*mos italicus iura docendi*).<sup>77</sup> Malgrado seus primeiros representantes hajam sido italianos, como Alciato, os maiores expoentes desse humanismo jurídico foram franceses, a exemplo *Cujacius*, o mais renomado jurista dessa vertente<sup>78</sup>.

A Escola Culta, traduzindo o enorme apreço da renascença pela Antiguidade, dedicou-se a procurar reconstruir o *ius commune* tal como seria na época clássica, mas sob os olhos da modernidade, marcados pela valorização ao método e pela crença na razão.<sup>79</sup> Com isso, em atenção ao Direito Natural de cunho racionalista, imaginava-se um Direito romano adequado às crenças modernas, redutível a poucos axiomas, ou princípios (como *neminem laedere* ou *pacta sunt servanda*), que haveriam sido supostamente corrompidos – notadamente, pelos comentadores. Essa sistematização axiomática, mais ao norte da Europa, reproduziu-se no *usus modernus pandectarum*, vertente que reconhecia vigentes as soluções romanas conforme fossem utilizadas pela jurisprudência imperial germânica<sup>80</sup>.

Seguindo-se tal linha, as preocupações de fazer do Direito um discurso simples geraram uma grande preocupação com o tema “método” nos séculos XVI e XVII. Tal termo, originário da Antiguidade, ligava-se à Medicina e se referia à forma de explicar a origem das doenças e os respectivos procedimentos de cura. Ainda no mundo antigo, a acepção do termo evoluiu e passou a designar a técnica de encontrar soluções aos problemas, o que, retomado no Direito moderno, foi empregado no sentido de meio de estruturação axiomática e organizada do saber jurídico, dispensando-se longas

---

77MARQUES, 2002, pp.95-98.

78“Um protagonista de primeiro escalão da doutrina jurídica europeia da estatura de Jacques Cujas [Tiago Cujácio] (1520-1590) faz parte, sobretudo, da história geral do pensamento e da civilização. Ele, como é conhecido, é considerado o príncipe dos jurisconsultos franceses do século XVI, com sua imensa produção literária, composta de *annotationes*, de *observationes* e de *comentarii* de teses jurídicas, bem como de uma notável variedade e multiplicidade de outros escritos” (MORTARI, 1990, p.358, traduzi).

79“(…) a reflexão metódica e a publicação de obras sobre *ars*, *methodus* e tópica legal visam ordenar e racionalizar o sistema jurídico sobre novas bases” (MARQUES, 2003, p.439).

80“Este período constituiu porventura o troço mais longo e mais importante da história do direito romano em muitos países europeus e, desde logo, na Alemanha. Ele deu à luz a dogmática do direito comum, da qual vive ainda a actual ciência jurídica alemã e dele promanaram as codificações alemãs desde a época do direito natural até à actualidade. (...)

“Costuma designar-se esta época da ciência do direito comum já consolidada do princípio da época moderna pelo título de uma das principais obras, embora mais tardia, desta orientação - <<*Usus modernus pandectarum*>>, ou seja, <<prática actualizada do direito romano>>; os contemporâneos falavam também de *mores hodiernae* (<<usos de hoje>>) ou *nova practica* (<<praxe moderna>>). Em todas as formas de caracterização exprime-se, de forma não constante como característica, uma nova relação com a tradição romana: a superação da chamada <<recepção teórica>> - entendendo por isto a convicção de que o direito romano teria uma vigência geral em virtude da *translatio imperii* para o império germânico medieval” (WIECKER, 2004, pp.226 e 227).

divagações.<sup>8182</sup> Tanto esse viés permaneceu na ordem do dia que o título de obra de grande relevo da época, sobre a compreensão do mundo com base em uma ou duas evidências racionais, empregou tal terminologia (*Discours de la méthode*, produção mais famosa de René Descartes)<sup>83</sup>.

A propósito do cartesianismo, o Iluminismo concebeu um Direito Natural nitidamente informado pelo pensamento científico, com ênfase à Matemática, à Geometria e à Astronomia.<sup>84</sup> O proeminente pensador René Descartes - que manifestamente expressava maior apreço ao raciocínio numérico, apesar de graduado em Direito - acreditava poder aplicar um método de cariz matemático ao saber jurídico, filosófico e político.<sup>85</sup>

Seja como for, a redução axiomática de uma complexidade de regras, soluções e conceitos foi o rudimento de uma tradição jurídica a enfatizar a utilização de raciocínios basilares de que foram herdeiros os princípios (compreendidos como espécie normativa). Na mesma toada, o método, no afã de certificar e simplificar o Direito, expressava notado

---

81HESPANHA, ob. cit., pp.244 e 245.

82“A lógica é o auxiliar indispensável para essa empresa. No século XVI, pulularam trabalhos de lógica jurídica – como as obras de Everardus, de Oldendorp, de Vigelius, de Claude Chansonnette etc. (...)

“Teríamos de conhecer sobretudo a obra do lógico Ramus – um fanático por Cícero, que se diz publicamente inimigo de Aristóteles (na verdade, ele nem sempre se afasta de seu ensinamento): sua ideia fixa é o ‘método’, isto é, uma via para ter acesso ao conhecimento, ou para expor os conhecimentos de forma ordenada, procedendo, por uma sequência de ‘dicotomias’ sucessivas, das verdades universais às verdades particulares: *Methodus est dispositio [...] qua [...] ab universalibus ad singularia perpetuo progreditur*.

“Veremos um bom número de juristas aplicar servilmente ao direito as receitas de lógica de Ramus (...). A palavra ciceroniana *ars* e o termo ramusiano *methodus* serão as palavras de ordem da escola (Até Leibniz, a quem devemos o livro *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1667). (...) E, para muitos, o ideal será proceder progressivamente dos axiomas universais que a razão humana possuiria até as consequências. (...) Assim se formam os sistemas (VILLEY, ob. cit., pp. 561 e 562) ...”

83“O *Discurso do método* é o compêndio da razão moderna” (MARQUES, 2003, p.382).

84“Época demolidora, de crítica exacerbada, de ruptura frontal e de reforma incansável, o Século das Luzes dirigiu, essencialmente, uma tremenda objurgatória ao Barroco seiscentista e ao seu perfil mental. (...)

“As sutilezas deviam ceder o seu lugar ao culto experimentalista. Só as ciências experimentais alcançavam a verdade, porque só elas explicavam a natureza das coisas racionalmente” (MARCOS; MATHIAS; NORONHA, 2015, pp.145 e 146).

85O procedimento consistia nos seguintes 4 passos (o segundo, conhecido por análise; o terceiro, por síntese; o quarto, por revisão metódica):

“(...) em vez desse grande número de preceitos de que se compõe a Lógica, julguei que me bastariam os quatro seguintes (...).

“O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal (...).

“O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las.

“O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros.

“E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir” (DESCARTES, 1996, pp.78 e 79).

interesse em conter arbítrios e, em um plano maior, modificar a realidade então tachada depreciativamente de Antigo Regime, aspirações essas que viriam a se precipitar com o movimento constitucionalista.

## Capítulo 2 - O constitucionalismo e o advento dos direitos fundamentais

O espírito metódico da modernidade manifestava-se também na linearidade com que se percebia o tempo<sup>86</sup>, em contraposição à desigual duração das horas do período medieval, fundadas nos fenômenos do nascer e do ocaso do sol<sup>87</sup>. Artefato já difundido em tal época, o relógio mecânico muito apropriadamente simbolizava o apreço moderno à previsibilidade, impondo mesmo à natureza um ritmo metrificado. Conseqüentemente, não é de se estranhar a pretensão dessa mentalidade a um Direito igualmente linear e científico, dotado de certeza quase que mecânica, em lugar da instabilidade de um fenômeno jurídico equilibrado essencialmente sobre argumentos.

Assinala-se, nos movimentos constitucionalistas, o ponto de triunfo dessa ideia moderna de Direito, quando as Constituições passaram a legitimar a ordem jurídica. Parte indispensável dessa lei maior, o fenômeno jurídico natural expressou-se positivamente nos direitos fundamentais, de modo que, para o exame do surgimento dessa universalidade e de sua aplicação, impõe-se o estudo do constitucionalismo e de suas conseqüências.

### 1.O constitucionalismo moderno

O constitucionalismo moderno é um ponto de transição, a divisar o liberalismo da sociedade estamental.<sup>88</sup> Construiu-se, pois, em oposição à realidade do

---

<sup>86</sup>Bastante ilustrativa dessa concepção linear de tempo e, indiretamente, de todo esse pensamento foi a formulação conferida por Isaac Newton:

“O tempo absoluto, verdadeiro e matemático flui sempre igual por si mesmo e por sua natureza, sem relação com nenhuma coisa externa (...)” (NEWTON, 2000, p.24).

<sup>87</sup>“Em quase todos os países da Europa, o dia estava dividido em 2 vezes 12 horas. As horas eram contadas a partir do nascer do sol até seu ocaso, e do ocaso até o nascer seguinte. Assim, sua duração variava de acordo com a localidade (por causa da latitude) e com as estações do ano. Estas horas de duração desigual chamavam-se horas temporárias” (PAZZINATO; SENISE, ob. cit., p.14).

<sup>88</sup>“O constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar, no horizonte da constituição dos modernos, o aspecto de limite e de garantia. (...)”

“A primeira consistia na divisão do poder do soberano, isto é, a individualização de uma pluralidade de poderes públicos contrapesados entre si e limitados reciprocamente. Como sabemos, a primeira característica do poder soberano era precisamente a de sua indivisibilidade. A segunda operação consistia na possibilidade de individualizar um limite legal à extensão de poderes do soberano, de poder opor a esses poderes uma norma fundamental, para garantia e tutela dos direitos dos indivíduos” (FIORAVANTI, 2001, pp.85 e 86, traduzi).

<sup>89</sup>“O próprio constitucionalismo moderno surgiu para dar feição jurídica ao liberalismo burguês, no acerto de contas com a monarquia absolutista, que naquela fase do desenvolvimento capitalista tornara-se um

constitucionalismo antigo, que, com o fito de o ver superado, foi chamado de Antigo Regime. Objetivava-se, com isso, promover o ideário liberal em sua contraposição ao gigantismo do Estado absolutista, cujo ímpeto intromissor na vida da população fomentava os anseios por um governo limitado<sup>90</sup>.

Afora tal contraste a seu homônimo antigo, o constitucionalismo moderno assumiu um sentido mais específico enquanto teoria político-jurídica da norma, na medida em que seu desiderato restaria instrumentalizado pela Constituição. Aproximar-se-ia ao que, na filosofia, designava-se por pacto social, mas, situando-se no plano jurídico, serviria de cimo hierárquico ao Direito<sup>91</sup>. Além de organizar o Estado, deveria essa lei fundamental, sob pena de ser desqualificada como Constituição, obedecer a certos ditames alinhados ao pensamento avesso ao Antigo Regime<sup>92</sup>, tal como o era a previsão de direitos considerados fundamentais enquanto expressão restritiva à intervenção estatal na vida privada<sup>93</sup>.

Entretanto, o constitucionalismo eclodiu não uniformemente nos diferentes países em que vicejou. Por isso, os modos como se manifestou didaticamente costumam ser reunidos em três modelos que sintetizam experiências históricas representativas – a inglesa, a norte-americana e a francesa – e que repercutem na forma como primeiramente os direitos fundamentais assomaram. Cada país vivenciou um constitucionalismo próprio, que, a depender do ponto de vista, apresentou maior ou menor aproximação aos referidos

---

empecilho ao casamento fiel e indissolúvel entre o poder econômico e o poder político, o que vale dizer, à conquista do Estado pela burguesia” (BARROSO, 1996, p.68).

90O filósofo iluminista François-Marie Arouet (celebrizado pelo pseudônimo Voltaire) bem expressou essa mentalidade, sobretudo, no incômodo da burguesa com o que se identificava como pertencente ao Antigo Regime:

“Significativa tomada de consciência da sua importância é a passagem de Voltaire, que, nas ‘Cartas da Inglaterra’, de 1734, diz: ‘... não sei o que é mais útil para o Estado: um senhor empoado que sabe a que horas o rei se levanta e se deita, com ares de grandeza fazendo o papel de escravo na antecâmara de um ministro, ou um negociante que enriquece o país, dá ordens à Surata e ao Cairo sem sair do seu gabinete, e contribui para a felicidade do mundo” (SCHILLING, 1998, p.79).

91“Com o constitucionalismo, a Constituição passa a ser considerada como a própria explicitação, renovação ou atualização do contrato social originário” (CARRION, ob. cit., p.36).

92“Mas a doutrina do absolutismo admitia a existência de certas leis fundamentais do Reino superiores à vontade do soberano, nas quais alguns têm querido ver o princípio das constituições escritas. (...)

“A característica das leis fundamentais era o não poderem ser modificadas sem acordo entre o rei e os povos reunidos em cortes” (CAETANO, 1994, pp.11 e 12).

93“O célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: ‘Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição’, indica o conteúdo básico das Constituições da época: a declaração de direitos e a estrutura de poder. A Constituição surge, portanto, como um estatuto da liberdade, de defesa do cidadão e da sociedade face às investidas do poder. Este seu profundo significado histórico” (CARRION, ob. cit., p.37).

exemplos clássicos, constituindo esses, por tal motivo, o objeto do estudo a seguir desenvolvido. Principia-se pelos casos europeus e encerra-se pelo americano.

### 1.1.As vertentes europeias do constitucionalismo e os direitos fundamentais

Assim como o constitucionalismo moderno, a prenciar o Direito liberal, moldou-se em oposição ao constitucionalismo antigo, também suas três vertentes clássicas se podem distinguir consoante a maneira como se deu a resistência ao absolutismo nas tradições inglesa, francesa e norte-americana, a justificar a forma como limitaram o Estado através da separação de poderes. Tais feições peculiares se estamparam em como essas experiências jurídicas testemunharam o despoite de seus direitos fundamentais, parte indissociavelmente integrante que já eram, no pensamento da época, das Constituições. Neste átimo, dedicar-se-á aos paradigmáticos casos inglês e francês.

No constitucionalismo inglês, houve uma evolução não abrupta da sociedade estamental, mas progressiva e paulatina, o que não significou haver sido pacífico tal processo, conforme os muitos episódios com derramamento de sangue o indicaram.<sup>94</sup> Por outro lado, importa ao entendimento da tradição constitucional da ilha o fato de haver sido forjada na disputa entre o rei absolutista e o parlamento, colegiado em que se alocavam politicamente os barões opositores ao ingente poder real. Como os juizes, também pertencentes à nobreza, somaram-se às forças que triunfaram sobre o monarca, não houve uma genuína preocupação, na posterior construção do liberalismo estatal britânico, de se proceder a uma estrita limitação ao poder judiciário.<sup>96</sup> Ao invés disso, eventualmente se

---

94“*A primeira revolução burguesa foi a inglesa, que deu início ao processo de derrubada do Estado absolutista, em 1642, e terminou com a Revolução Gloriosa, em 1688*” (TUTIKIAN, 2011, p.58).

95“*Esses conflitos decorreram da divergência entre as medidas autoritárias dos monarcas Stuart e a necessidade da sociedade inglesa de se livrar dos rígidos controles mercantilistas, para impulsionar seus negócios de maneira mais flexível.*

“*Assim, em movimentos sucessivos, o Parlamento foi se fortalecendo, passando a representar verdadeiramente as aspirações das classes proprietárias. Esse processo culminou com a Revolução Gloriosa de 1688, que marcou o fim do absolutismo na Inglaterra e o início de uma época de grande prosperidade*” (PAZZINATO; SENISE, ob. cit., p.82).

96“*O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, na realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário de o que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juizes se posicionaram em favor do rei ou do absolutismo*” (MARINONI, 2009, p.18).

encontrou, na atividade judicial, um meio de resistência ao despotismo real, como o denunciam os remédios constitucionais<sup>97</sup>.

O *Common Law*, em sua característica imprescindibilidade das garantias (*writs*) aos respectivos direitos, formou sua preferência pelo costume judiciário no bojo do esforço da independência inglesa frente aos poderosos reinos continentais, que, ao olhar dos juristas britânicos, seriam normativamente representados pelo *ius commune*. Tal aversão, com a conseqüente valorização consuetudinária dos tribunais, transpareceu também no cisma anglicano – pela distância que se desejou manter do Direito canônico. Posteriormente, reforçou-se essa tendência nas contendas entre o parlamento e o rei, por se associar as pretensões do monarca ao fenômeno jurídico praticado nos tribunais reais aplicadores da *equity*, inspirada no Direito comum em formulação centralizadora concorrente ao *Common Law*.<sup>98</sup> Como resultado, o constitucionalismo inglês legou aos direitos fundamentais uma abertura à interferência judicial sobre o executivo através de expedientes processuais, sendo exemplo o *habeas corpus* como primeiro remédio constitucional, a tornar visível, por meio de seu exercício, a existência de um direito jusfundamental à liberdade de locomoção. De se referir, ainda, a não codificação da Constituição, eis seus ditames serem percebidos como tão enraizados na cultura a ponto de não se sentir necessária sua compilação<sup>99</sup>.

A contrastar com a gradual experiência inglesa, deveras diverso foi o constitucionalismo francês, pontuado pela ruptura da revolução iniciada em 1789. Na estruturação de sua separação de poderes, teve-se em mente o evento de que o processo

---

97Se, sob um ponto de vista substancial, há os direitos, sob um viés adjetivo, constam as garantias, também chamadas de remédios, ou *writs*:

“Na verdade, as três expressões significam a mesma coisa: ‘garantia’, porque protege a fruição de um direito; ‘remédio’, porque é a solução para um mal que aflige a cidadania; e ‘*writ*’, na acepção anglo-saxônica, que significa ordem, lei, regulamento, denotando medidas judiciais para assegurar direitos e liberdades. Os remédios constitucionais ocupam papel relevante na teoria constitucionalista porque são mecanismos necessários para garantir os direitos constitucionais, velando para a sua concretização normativa” (AGRA, 2018, p.271).

98“*A Equity* foi um sistema jurídico gerado durante a dinastia Tudor (1485), para solucionar conflitos (litígios) surgidos entre os indivíduos bretões. (...)”

“Assim, explicando este conceito, podemos definir que a *Equity* é um instrumento para assegurar direitos na falta de norma regulamentadora; um sistema de jurisprudência suplementar, em alguns casos, independente da própria lei, na busca de uma justiça mais completa e abrangente. Na falta dos *statutes* (regulamentação), ou quando a *Common Law* não prevê o caso, o juízo discricionário da Chancelaria tem poderes para expedir o *writ of injunction*, regulamentando aquele caso específico” (QUARESMA, 1995, pp.33-38).

99“Constituição não escrita é o conjunto de regras não aglutinado em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: Constituição inglesa). (...)”

“(...) a constituição histórica é fruto da lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: Constituição inglesa)” (MORAES, 2005, p.4).

revolucionário se dirigiu não somente contra o rei absolutista, mas igualmente contra os juízes, considerados aristocratas aliados da monarquia e autores de decisões arbitrárias, porque tendenciosas suas interpretações jurídicas em prol da nobreza.<sup>100</sup> Logo, viu-se a necessidade de rigorosamente controlar a atividade judiciária, o que se conduziria por sua estrita subordinação à lei enquanto Direito produzido pelos representantes do povo revolucionário reunido no poder legislativo.<sup>101102</sup> De outro vértice, característica da experiência francesa foi sua intenção (não inicial) de se disseminar a outros países: vendo-se como um enclave republicano cercado por monarquias, ou o movimento revolucionário esparzia-se a outras nações, ou sucumbiria na reação contrarrevolucionária de reis estrangeiros, interessados em não disseminar as ideias que lhes alijariam do poder.

Por conta dessa gênese, os direitos fundamentais assumiram vocação universalista sob o constitucionalismo francês, no sentido de deverem ser reconhecidos independentemente do fenômeno estatal a que o indivíduo se submetesse. Ultrapassou-se, destarte, a transposição do organicismo estamental para atingir a generalidade de todo o gênero humano, independentemente da condição da nacionalidade.<sup>103</sup> Por outro lado, a severa postura de desconfiança para com o judiciário esvaeceu o emprego de seus préstimos na consolidação jusfundamental, quando se suspeitasse malferir o dogma da separação de poderes por suposta desobediência judicial à lei, produto do legislativo, o representante do povo revolucionário vitorioso.

Por esses motivos, diversamente em relação ao caso inglês, a adstrição judiciária à lei tornava impensável eventual ingerência judicial sobre a vontade legislativa na expressão constitucionalista francesa. Experiência dessemelhante, de seu turno, verificou-

---

100SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p.50.

101É, pois, o que se observou, por exemplo, na Constituição francesa de 1795 (a segunda da França e a primeira republicana de tal país, dita como a do ano III pelo calendário revolucionário), pois, “em matéria judiciária, todos os litígios deveriam poder ser submetidos a árbitros privados; os juízes de paz são chamados a intervir no sentido da conciliação; todos os juízes e árbitros públicos são eleitos por um ano” (GILISSEN, ob. cit., pp.433 e 434).

102Essa tendência também se verificou na inserção de órgão subordinado ao poder legislativo, a corte de cassação, no ápice hierárquico do poder judiciário:

“(…) a Constituição elevava à cúspide da ordem judiciária o Tribunal de Cassação, que, nas palavras de Maximilien Robespierre (1758-1794), líder do movimento jacobino, foi concebido como <<complemento da Assembleia Legislativa>>, estabelecido mais para a defesa da integridade da lei que para os direitos dos indivíduos, sendo, assim, verdadeiro e autêntico <<protetor da lei, órgão de vigilância e controle dos juízes>>, a evitar a ofuscação e traição da soberana vontade do legislador pelos magistrados, por meio do instrumento da interpretação” (FIORAVANTI, ob. cit., p.116, traduzi).

103Nesse sentido, MENEZES, 1998, p.121.

se na América, o que conferiu conteúdo eficaz e importante aos direitos fundamentais, de acordo com o doravante exposto.

## 1.2.O constitucionalismo americano e o controle de constitucionalidade

O constitucionalismo norte-americano plasmou-se em uma república e, conseqüentemente, não foi sem a ruptura de uma revolução que assumiu tal forma de governo diante da coroa britânica. À distância de um oceano das fronteiras das outras metrópoles europeias, que também eram monarquias, não houve uma preocupação universalista quanto à disseminação dos preceitos revolucionários no mesmo grau que, em seguida, tomou de assalto a França. De todo o modo, a experiência da ex-colônia permitiu conceber o controle judicial de constitucionalidade das leis, o que ocorreu não na formação estatal primeiramente resultante, mas em seus desdobramentos.

Na esteira do critério empregado para a avaliação das vertentes inglesa e francesa, lastreado em como houve a oposição ao regime absolutista, é de se enfatizar que a independência norte-americana foi deflagrada em reação a leis tributárias reputadas excessivamente onerosas pelos colonos. Dessa maneira, tal já prenunciava a tendência de, na separação de poderes que a América faria, impor limites ao legislativo enquanto autor da legislação pátria<sup>104</sup>, o que seria impensável no ambiente de proeminência adquirido pelo parlamento na Inglaterra e na França. A cultura jurídica criada nos Estados Unidos, por outro lado, compreendia os direitos fundamentais como uma possibilidade de resistência contra a maioria dominante dos colegiados parlamentares. A reforçar tal sentimento infenso à opressão, a noção cultural sobre a origem legitimadora desses direitos, diferente de se limitar ao plano teórico tal como acontecia na Europa, muito se aproximava à gênese da sociedade ianque regrada majoritariamente por pactos entre os colonos, que precisaram

---

104“A Revolução Americana nasce sob o lema da oposição da Constituição à lei do parlamento. Assim, nas deliberações da assembleia da Virgínia de 30 de maio de 1765, podemos ler que o ato impositivo de tributos por parte do parlamento inglês se deve considerar <<ilegal, inconstitucional e injusto>>. É a primeira vez que o termo-conceito de <<Constituição>> é adotado contra a lei em sentido plenamente normativo, com a explícita intenção de considerar essa lei inválida, não geradora de uma obrigação legítima” (FIORAVANTI, ob. cit., p.104, traduzi).

se organizar em um ambiente inóspito (parecido com as descrições do estado de natureza) e distante da metrópole.<sup>105</sup>

Outro aspecto a pontuar, por seu turno, foi a maneira como se desenvolveu o controle sobre o Legislativo, a partir de fiscalização judiciária com parâmetro na Constituição. Além da inexistência da ojeriza francesa aos juízes e da herança de resistência que a tradição inglesa depositava nos *writs*, o período colonial americano conviveu com a ideia de hierarquia normativa, na medida em que os regramentos definidos entre os colonos não podiam contrariar as leis da coroa e do *Common Law*.<sup>106</sup> Tal fator, aliás, era comum à disciplina forjada pelas metrópoles europeias, como bem ilustra o caso português nas Ordenações Filipinas (Livro I, Título 58, 17), que conferiam ao corregedor da comarca o poder de invalidar as leis municipais das colônias que infirmassem a legislação do reino<sup>107</sup>.

Por essas razões, o quanto retratado permite perceber que o célebre *case Marbury versus Madinson*, de 1803, como precedente paradigmático ao controle de constitucionalidade no sistema norte-americano, não foi obra do acaso, a despeito de seu relator, o *chief justice* John Marshal, não imaginar a repercussão que tal julgamento provocaria no curso da história.<sup>108</sup> A reforçar o caráter não acidental desse julgamento,

---

105“Na América, o governo não foi algo imposto de cima, mas algo que cresceu a partir de sementes plantadas em solo nacional. Não foi um ponto de partida teórico, mas sim muito prático. O autogoverno, poderíamos dizer, era uma necessidade antes de ser uma teoria, decorrente das necessidades práticas de um povo que partira do zero, que desde o início foram responsáveis por governar a si próprios. O que na Europa era uma questão de discussão teórica entre os defensores do governo popular foi na América uma questão de urgência prática. Os americanos estavam na dianteira da teoria política moderna porque eles estavam diante de florestas a cortar e a iniciar o plantio de culturas. (...)”

“Com nenhum governo nacional preestabelecido acima de nós, tivemos de ser animais políticos, desenvolvendo e aperfeiçoando nossa natureza política como indivíduos por meio do autogoverno” (WIKER, 2016, pp.111 e 112).

106“As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante Cartas, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes. Com a independência das colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do reino inglês, tornou-se praticamente ‘natural’ controlar as leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de adquirir independência” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., pp.878 e 879).

107 “E informar-se-ha *ex officio*, se ha nas Camaras algumas posturas prejudiciaes ao povo e ao bem commum, postoque sejam feitas com a solemnidade devida, e nos screverá sobre ellas com seu parecer. E achando que algumas não foram feitas, guardada a fôrma de nossas Ordenações, as declarará por nullas e mandará que se não guardem” (Ordenações Filipinas, p.105. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p105.htm>. Acesso em 06 de maio de 2020).

108“(...) depois da vitória do antifederalista Thomas Jefferson, em 1800, Adams aproveitou os últimos momentos de sua presidência para nomear como juízes, inamovíveis, homens conhecidos por suas convicções federalistas. A precipitação foi tal que a decisão de nomeação de William Marbury não foi a tempo de ser enviada a seu destinatário. Em face da recusa do novo Ministro da Justiça Madison a dar

podem ser assinalados outros feitos em que a magistratura americana precedentemente fiscalizara a validade de leis, como foi o *case Commonwealth versus Jennison*, de 1783: antes da fundação dos Estados Unidos, mas após a independência das treze colônias, o presidente da suprema corte de Massachusetts<sup>109</sup>, William Cushing, invocou a Constituição, na passagem em que afirmava livres e iguais todos os homens, para declarar a inconstitucionalidade de legislação provincial, abolindo, com isso, a escravidão em seu país (Massachusetts)<sup>110</sup>.

Depois do mencionado caso paradigma, ainda levou algum tempo para que o controle judicial de constitucionalidade de leis, nos Estados Unidos, amadurecesse, consoante o denuncia o tempo que levou para a suprema corte ianque voltar a declarar alguma legislação inconstitucional – no *case Dred Scott versus Standford* de 1857<sup>111</sup>. Contudo, tal ideia irradiou-se pelo mundo, senão diretamente sob a modalidade judicial, ao menos, na sua essência repressiva, como ocorreu com o modelo conhecido por austríaco,

---

seguimento àquela decisão, Marbury requereu à *Supreme Court* um *writ of mandamus*, de modo a obter uma ordem judicial para forçar Madison a atribuir-lhe o cargo para que tinha sido nomeado pelo anterior presidente, baseando-se para tal na competência que a Lei Judiciária de 1789 atribuía à *Supreme Court*.

“Perante uma situação de conflito direto entre o novo Presidente dos Estados Unidos e o Supremo Tribunal, John Marshall encontrou uma saída particularmente hábil e astuciosa. Na sua decisão, declarou que a Lei de 1789, que conferia ao Supremo Tribunal o direito de impor a nomeação a juizes federais, era contrária à Constituição (com o fundamento de que o Congresso tinha ultrapassado os seus poderes, ao alargar a competência daquela Alta Instância Judicial) e que o Tribunal não podia, conseqüentemente, examinar o pedido de Marbury. (...)”

“(...) a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*), pelo que o juiz, que exerce o poder de controlo, não anula, mas, meramente, declara uma (preexistente) nulidade da lei inconstitucional” (CORREIA, 2016, pp.115 e 116).

109“Foi preciso que se emancipassem as colônias britânicas da América do Norte para que, transformadas em Estados, entrassem no itinerário da constitucionalização. De fato, cada uma das antigas colônias adotou a respectiva constituição, reunindo-se todos eles em confederação, de existência efêmera, até que foi elaborada a Constituição dos Estados Unidos da América, ainda agora em vigor no texto originário e com apenas vinte e seis emendas, marchando para mais de dois séculos de adoção” (MENEZES, ob. cit., p.219).

110“A corte decidiu que direitos e costumes relativos à escravidão seriam repugnantes à Constituição de Massachusetts, declarando que ‘todos os homens nascem livres e iguais e têm (...) o direito de desfrutar e defender suas vidas e liberdades’. Apesar de a escravidão não ser proibida pela Constituição, em razão do princípio do *judicial review*, a decisão transcrita detinha eficácia vinculante. Nas palavras do juiz da Suprema Corte de Massachusetts, William Cushing, ‘a escravidão (...) não somente resta efetivamente abolida como o mesmo se sucede com direitos e privilégios incompatíveis e repugnantes ligados à sua existência’” (ERBENOVÁ, 2011, p.1, traduzi).

111Versa-se sobre decisão retrógrada em defesa do direito de propriedade (sobre seres humanos, pelo instituto da escravidão) que, inviabilizando solução jurídica aceitável, não deixou alternativas a sensível dissenso entre os Estados norte-americanos a não ser a guerra. Decidiu, pois, “a Suprema Corte que negros, ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos e, conseqüentemente, não poderiam ajuizar ações perante juízos ou tribunais federais. Afirmou, ainda, que o Congresso exorbitou de seus poderes e violou a propriedade privada ao proibir ou abolir a escravidão em determinadas áreas. A decisão trouxe imenso desprestígio para a Suprema Corte e somente foi superada após a Guerra Civil, com a aprovação das emendas 13 e 14 à Constituição” (BARROSO, 2006, p.10, nota de rodapé 19).

oriundo da intenção da Europa continental de adotar uma sindicabilidade sucessiva da validade de leis, mas sob a repulsa de se admitir a interferência do judiciário sobre o legislativo, como decorrência dos influxos da vertente constitucionalista francesa<sup>112</sup>.

Em suma, conquanto haja derivado a via concentrada como variante da difusa, a questão é que a vertente norte-americana legou ao mundo um controle de constitucionalidade jurídico sobre a produção legislativa<sup>113</sup>, mister esse que, sob uma separação de poderes estrita própria do influxo constitucionalista francês, tolerava-se antes apenas política e preventivamente. Havendo-se, através dessa sindicabilidade das leis, alocado a Constituição no pináculo hierárquico da ordem jurídica, tal realçou o *status* do catálogo de direitos que a modernidade entendia como fundamental, enquanto parte integrante do todo constitucional. Entrementes, a condição primitivamente política das codificações constitucionais, espelhadas na frequente vagueza semântica de suas disposições, dificultava sensivelmente a aplicação do conjunto jusfundamental, a indicar que ainda restava algum caminho a ser percorrido em busca de uma mais palpável efetivação prática.

## 2. Consequências básicas do constitucionalismo à disciplina dos direitos fundamentais

Outra faceta do constitucionalismo que se irmana, mais intimamente, com as vertentes de Constituição escrita, como a francesa e a norte-americana, é a codificação, a traduzir, na esteira da oposição iluminista ao Antigo Regime, cultura jurídica antagônica ao *ius commune*. Em substituição ao equilíbrio de Direitos concorrentes costurado pela interpretação dos juristas, apostou-se na certeza centralizadora da ordem jurídica do

---

112“(…) a decisão de inconstitucionalidade, no modelo austríaco, é constitutiva e reconhece a anulabilidade do ato normativo, com efeitos *erga omnes*, e vale apenas a partir da prolação da decisão, ou seja, tem apenas eficácia *ex nunc*. No modelo austríaco, o Tribunal Constitucional não declara propriamente uma nulidade, mas anula, cassa uma lei, que, até a publicação da decisão de inconstitucionalidade, era válida e eficaz (CORREIA, 2016, ob. cit., p.116).

113“Armado do direito de declarar inconstitucionais as leis, o magistrado americano penetra incessantemente nos negócios políticos; não pode forçar o povo a fazer leis, mas pelo menos constringe-o a nunca ser infiel às suas próprias leis e a permanecer de acordo consigo mesmo” (TOCQUEVILLE, ob. cit., p.207).

legislador, impondo-se a lei estatal diretamente aos súditos sem corpos políticos intermediários.<sup>114</sup>

Ao lado do voluntarismo fugaz da legislação de somenor importância, o pensamento da codificação acreditava ser a reta razão capaz de reunir, em códigos sistemáticos, textos normativos de maior estabilidade no tempo, que, de tão perfeitos, dispensariam grandemente a participação do intérprete (inquinada de arbitrária) e que poderiam servir, em seu cosmopolitismo, mesmo a países estrangeiros. Essa normatização pretensamente irreparável refletiria, em grande parte, no que se acreditava ser o Direito Natural, como um conjunto de soluções definitivas aos problemas da vida, extraídos por racionais procedimentos metodológicos.<sup>115</sup>

Sob esse espírito, surgiram as primeiras Constituições modernas, que seriam também uma espécie de codificação, muito embora fossem um código político, dependente, por sua carência de juridicidade, de lei infraconstitucional que o efetivasse em diversas de suas disposições.<sup>116</sup> A universalidade jusfundamental, como parte indispensável à reputação de um documento como constitucional, seria a própria positivação dos direitos inatos do homem. Nessa senda, cabe discutir sobre a possibilidade de se demarcar quando houve, historicamente, o desponte desses direitos, da mesma forma como pertine precisar, no tocante à sua aplicação, qual o papel que se cogitou ser exercido por sua disciplina característica.

---

114“Estamos, pois, perante dois sistemas de direito e dois modos de compreensão do fenómeno jurídico. Se o núcleo do *ius commune* assenta numa fonte <<situada>> historicamente (*Corpus Iuris Civilis*), o centro do sistema codificador, embora situado igualmente na história, depende da intervenção do Estado (lei). Se naquele sistema o carácter impositivo dos direitos eruditos depende de uma prévia indagação do seu sentido e da sua pertinência conduzida pelos doctores, no sistema codificador o *iter* tradicional dessa indagação é conscientemente bloqueado pela imposição de leis claras, simples e tendencialmente completas” (MARQUES, 2003, p.6).

115HESPAÑA, ob. cit., p.341.

116“(…) nos momentos iniciais do constitucionalismo revolucionário europeu as constituições eram vistas sobretudo como documentos políticos que se direcionavam primordialmente aos poderes do Estado, em particular ao legislador. Este estado de coisas haveria de permanecer praticamente inalterado ao longo do século XIX” (URBANO, 2016, p.65).

## 2.1.O desponse dos direitos fundamentais

A busca de um ponto a demarcar o surgimento dos direitos fundamentais não levaria a uma resposta unívoca. Além do fato de, consoante o quanto até então exposto, haver-se tratado do resultado de longa evolução, tal tarefa dependeria de uma multiplicidade de critérios que se poderiam adotar. Com efeito, se somente se pode encontrar quando se sabe o que se procura, o marco vestibular poderia tanto ser o primeiro direito fundamental percebido enquanto tal como, já a pressupor uma pluralidade identitária, o reconhecimento do gênero dos direitos fundamentais.

Dentro da ótica que valoriza a singularidade dos direitos, uma resposta conclusiva necessitaria da preferência do observador. Conforme a sensibilidade do investigador, poder-se-ia, por exemplo, extrair a reivindicação pelo reconhecimento do direito de propriedade, no Direito hebraico<sup>117</sup>, por meio da noção primitiva de usucapião tal como retratado no Antigo Testamento<sup>118</sup>. Todavia, essa percepção de fundamentalidade quiçá indicaria a existência de uma compreensão mais remota, que possivelmente deitaria raízes na pré-história e que, somente havendo encontrado, na Bíblia, seu primeiro registro (ou o mais vetusto registro que nos restou), sobejaria impossível precisar sua efetiva manifestação inaugural na história humana.

Nessa quadra, pode-se objetar que os direitos fundamentais se ligam umbilicalmente à sociedade ocidental atomística e, destarte, seu antecedente deveria ser encontrado já na aurora do Ocidente. Sob esse viés, extrair-se-ia a percepção da dignidade humana, cerne dos direitos fundamentais, na religião antiga, tal como, na dramaturgia grega, a peça *Antígona* evidenciava na pretensão da protagonista ao *ius sepulchri*.<sup>119120</sup>

---

117Uma das formas frequentemente reconhecidas, no Direito ocidental, de aquisição do domínio imobiliário dá-se pelo instituto da usucapião, cuja apropriação traduziria a origem da propriedade pela posse tradicional – a ocupação prolongada no tempo justificaria o sentimento de exclusividade. É discutível a gênese desse instituto, se romana, grega ou mesmo pré-histórica - pela falta de registros, vertente sustenta não ser viável precisar o marco inaugural, restando, na Bíblia, o registro mais antigo em manifestação do Direito hebraico (FREYESLEBEN, 1997, pp.19 e 20).

118A passagem do Antigo Testamento em que se observaria a noção de legitimidade dominial com base na posse prolongada no tempo e, portanto, apontaria vestígios para a origem da propriedade encontrar-se-ia no Livro dos Juízes, capítulo 11, versículo 26:

“Quando Israel se estabeleceu em Hesebon e nos seus arredores, em Aroer e nos seus arredores, e em todas as cidades que estão ao longo do Arnon – trezentos anos -, por que não as tomastes durante todo esse tempo?” (BÍBLIA DE JERUSALÉM, 2004, p.368).

119Em tal peça de Sófocles, o governante de Tebas, Creonte, decide punir Polínice (cidadão que feneceu tentando subjugar a referida cidade grega com forças estrangeiras) ao deixar seu cadáver insepulto, o que, na religião helênica, torná-lo-ia alma errante. O drama, então, desenvolve-se em torno da reivindicação da irmã

Essa ilação, entretanto, naufragaria frente à ponderação de que direitos pressupõem cogência jurídica e, portanto, a aludida lembrança dos helenos serviria mais como memória no plano ético e filosófico, semelhantemente à posterior contribuição do pensamento cristão.

Na esteira do corte da juridicidade, não se olvidaria das garantias à liberdade de locomoção e à propriedade do Direito visigótico<sup>121</sup>, mas tal mérito mais se assentaria pela precedência cronológica, porquanto os ulteriores direitos fundamentais de aproximado conteúdo não foram herdeiros dessa tradição. Sem solução de continuidade, quejanda proteção é encontrada na Magna Carta de 1215; porém, esse pacto surgiu no interesse estamental dos barões ingleses, adquirindo feições de fundamentalidade por meio de sua universalização com o *Habeas Corpus Act* (1679)<sup>122</sup>. Nesse sentido, nascido anteriormente e já com vezo individualista foi o direito à liberdade religiosa, consagrado para pôr cobro às violentas perseguições que se seguiram ao cisma protestante<sup>123124</sup>.

Por outro lado, poder-se-ia obtemperar ser a liberdade religiosa um direito natural que, como expressão do individualismo e do universalismo, juridicizou-se, mas não

---

do falecido, Antígona, que, pretendendo sepultar o irmão como dever religioso, faz opor a lei da pólis à lei divina, dentro da noção grega de Direito Natural e em nome da noção de dignidade humana. É o que se verifica na seguinte passagem, quando Antígona sustenta a Creonte a prevalência da lei natural sobre a positiva:

“Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram!” (SÓFOCLES, 1995, p.86).

120A peça Antígona também remete a uma intersecção histórica entre os direitos fundamentais à liberdade religiosa e ao direito de propriedade, na medida em que a protagonista, ao invocar o *ius sepulchri*, buscava exercer uma prática litúrgica da religião antiga (anterior à veneração mitológica helênica) ligada à justificativa indo-europeia da propriedade imobiliária (vinculada a onde a família enterrava seus mortos):

“A família apropriou-se desta terra, colocando nela os seus mortos, fixando-se lá para sempre. O descendente vivo desta família pode dizer legitimamente: esta terra é minha. (...)”

“(...) Destarte, as almas dos mortos estendiam a sua ação tutelar, e, com esta, o seu direito de propriedade, até os limites do domínio. Para os manes, a família era senhora única nesse campo. A sepultura estabelecia vínculo indissolúvel da família com a terra, isto é, a propriedade” (COULANGES, 1987, pp.68 e 69).

121Alude-se aqui àquilo que alguns se habituaram denominar de “*habeas corpus* visigótico”, segundo já explanado.

122SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., p.795.

123“Não é à toa que um autor do porte de Georg Jellinek, em famoso estudo sobre a origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), chegou a sustentar que a liberdade religiosa, especialmente tal como reconhecida nas declarações de direitos das ex-colônias inglesas na América do Norte, foi a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoal humana” (*Id., ibid.*, p.504).

124“O direito à liberdade religiosa teve a sua origem no processo de democratização da religião propiciado pelo advento da imprensa, que facilitou o acesso aos escritos religiosos, e pela crítica protestante ao cristianismo imperial, centralizado, autoritário e hierarquizado que caracterizava a *Respublica Christiana*” (MACHADO, 2006, p.65).

significaria o marco inicial do catálogo jusfundamental porque, quando de sua consagração, não existiria ainda a categoria dos direitos fundamentais. Logo, relevaria precisar a gênese desse conjunto de direitos, que, nessa senda, atrela-se à positivação havida nos fulgores do constitucionalismo.

Assim sendo, cabe assinalar o advento do gênero jusfundamental na declaração dos direitos do homem de 1789. Se, de outro vértice, objetar-se tal ilação pelo fato de que esse documento se revestiu de caráter primordialmente político e não integrou Constituição alguma, apenas lhe sendo reconhecida força constitucional pela jurisprudência francesa do século XX, deve-se optar por ver as primeiras emendas (de 1791) à Constituição norte-americana como ponto inicial, antecedidas, em seu conteúdo, pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776<sup>125</sup>. Porém, a juridicidade desses documentos, diriam alguns, dependeria do controle de constitucionalidade, incorporado definitivamente à cultura ianque com o amadurecimento do precedente paradigmático correlato ao longo do tempo, em átimo histórico posterior de difícil precisão<sup>126</sup>.

Dessa forma, a incumbência de demarcar a primícia pontual dos direitos fundamentais é tarefa controversa e, quando empreendida, um tanto quanto arbitrária, uma vez que, se pode a perspectiva ser justificada, a justificação depende de critério que constitui uma escolha do intérprete. Perspectivada no gênero jurídico, o princípio positivo situa-se nos momentos inaugurais do constitucionalismo.<sup>127</sup> De maior utilidade, por conseguinte, é o intento de colocar em evidência o âmago da lógica primeira, a permitir a

---

125Sobrelevando-se a precedência cronológica, poder-se-ia também objetar ao se suscitar o *Bill of Rights* da tradição inglesa, que, entretanto, enfrenta, para se arrogar a legitimação de precursor, as dificuldades próprias da historicidade de seu sistema jurídico:

“Tomemos como exemplo um texto fundador entre todos, o *Bill of Rights* de 13 de fevereiro de 1689 que, em toda a tradição ocidental, consagra solene e explicitamente, pela primeira vez, um catálogo de direitos fundamentais. Pela primeira vez? Então, por que é que os redactores desse texto sentem a necessidade de afirmar que os direitos que consagram, eles <<declaram-nos como os seus antepassados sempre o fizeram em casos semelhantes para assegurar os seus antigos direitos e liberdades>>?” (OST, 2001, p.70).

126“A afirmação plena, e conseqüente expansão, da *judicial review* só se daria já no século XX, mais concretamente por ocasião da aplicação da legislação do *New Deal* do Presidente Roosevelt” (URBANO, ob. cit., p.64).

127Deparar-se com tal discricionariedade, por outro lado, é frequente no esforço em se descortinar um momento fundador no Direito como um todo:

“(…) com efeito, é preciso ver que o momento fundador é, literalmente, indeterminável, radicalmente indisponível; cada vez que pensamos poder apreendê-lo, disfarça-se em abismo, remetendo para um passado mais longínquo do que o passado; contudo, se achamos que o podemos identificar, no final dessa regressão ao antigo, eis que ele se projecta para frente, oferecendo apenas a realidade na antecipação da sua realização futura; e quando esta finalmente se produz, apercebemo-nos então, poder-se-ia dizer que de forma retrospectiva, que ele sempre tinha estado ali e nunca parara de operar nos bastidores da História” (OST, ob. cit., p.69).

adaptação às condições temporalmente cambiantes, consoante se tem feito. No entanto, um aspecto desses direitos que, inclusive, sustenta o brilho de sua nomenclatura como fundamental é a sua disciplina jurídica, a ser problematizada a seguir.

## 2.2. Panorama geral sobre a disciplina dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, sendo direitos, voltam-se à aplicação prática e são mais que cogitações filosóficas. Além disso, ao constituírem uma categoria, abarcam uma pluralidade e sugerem uma disciplina jurídica que justifique sua reunião. Está-se, pois, a problematizar o *locus a deffinitio*, na medida em que a existência do *genus* depende da identificação de algo que o distinga (*differentia*), ou melhor, de uma causa formal que o torne existente em meio ao substrato comum da causa material, especificadas que já foram, no escorço histórico anterior, as causalidades eficiente e final. A seguir esse rumo, cumpre tecer considerações sobre o conteúdo primevo dessa universalidade jurídica no constitucionalismo e, ainda que genericamente, o modo como doravante frutificou.

Ao se quadrar algum direito fundamental especificamente, é, muitas vezes, intuitivo perceber seu conteúdo, como a liberdade religiosa, cujo sentido é basicamente o de poder professar a fé de sua escolha sem turbações alheias<sup>128</sup>. Quando vistos em conjunto, porém, a diversidade da essência de cada um revela que a possibilidade de uma visão de conjunto versa sobre tarefa mais complexa.

Volvendo-se os olhos novamente ao seu alvorecer, os direitos fundamentais restaram intuídos a partir da experiência de graves violações. Primeiramente estruturados filosoficamente, receberam depois a consagração escrita pelo constitucionalismo quase que como uma declaração política, porquanto não emergiram acompanhados de uma disciplina jurídica específica de cogência. Apesar disso, foram reputados como parte indispensável da Constituição moderna, qualificando-se, ainda assim, como direitos pela pressuposta

---

128“A liberdade religiosa é, a um tempo, uma liberdade negativa e uma liberdade positiva. Por outras palavras, do direito à liberdade religiosa resultam obrigações negativas, de abstenção, em virtude das quais cabe ao Estado criar um perímetro de autonomia, segurança e imunidade em trono da liberdade de consciência, de religião e de culto dos indivíduos e das comunidades. (...)

“A dimensão positiva da liberdade religiosa significa que incumbe também ao Estado garantir, à maioria religiosa e às minorias, determinados pressupostos fácticos e normativos, no limite das suas possibilidades e do princípio da igualdade, para que os indivíduos possam cumprir as suas obrigações religiosas, individual e coletivamente” (CANOTILHO; MACHADO, 2013, p.288).

necessidade de informarem as ações dos poderes constituídos. Sua primeira funcionalidade, destarte, revestiu-se desse caráter interpretativo, a guiar o legislador e o aplicador do Direito.

A essa tênue força argumentativa se agregou a evolução decorrente do controle de constitucionalidade das leis, que, com o tempo, alçaria o diploma constitucional - e, logo, sua parte integrante dos direitos fundamentais - a parâmetro de validade do sistema jurídico. Entrementes, a sindicabilidade constitucional de caráter jurídico – ou seja, nas modalidades americana e austríaca, eis a tradição francesa deter tónus mais político<sup>129</sup> – não surgiu de uma irrupção única e, desde logo, acabada, bem como levou tempo a se disseminar pelo mundo. Enquanto isso, fortes críticas dirigiram-se ao preconcebido caráter fundante da ordem jurídica pensado pelo constitucionalismo, acusando-se a Constituição de imprescindir de correspondência com os fatores reais de poder – afora isso, não passaria de meros pedaços de papel<sup>130</sup>.

O passar dos anos, por outro lado, provocou o enraizamento da cultura constitucional, a que se deve acrescentar a consciência formada em torno da necessidade de salvaguarda aos direitos fundamentais, tanto maior quanto mais dramático foi o assombro causado por graves violações<sup>131</sup>. Todos esses fatores se somaram a ponto de propiciar a doutrina a identificar uma força normativa na Constituição, consistente na

---

129“O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias.

“Ressalte-se, porém, a excepcionalidade prevista no art. 37.2 da Constituição francesa, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento” (MORAES, ob. cit., p.632).

130Remete-se aqui às palavras de Ferdinand Lassalle, para quem, ao descrever a realidade do século XIX, as Constituições, sem a força dos fatores reais de poder – como os canhões e as baionetas do exército do rei, as terras da nobreza e o capital dos burgueses -, nada mais seriam que meros pedaços de papel. Sintetizando seu raciocínio, relembra ele declaração do rei Frederico Guilherme IV:

“Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente, nem para o futuro, permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda providência (LASSALLE, 1998, p.37).

131Essa transição de consciência jurídica é sintetizada por Maria Benedita Urbano em quatro razões: 1.superação da dicotomia entre sociedade e Estado, deixando a Constituição de ser apenas um conjunto de normas do poder político para assumir a função de ideal de justiça; 2.descrédito do mito da infalibilidade do legislador, formado para extirpar o arbítrio do poder absoluto do monarca e, mais tarde, abandonado pela verificada incapacidade de o poder legiferante proteger pessoas dos regimes fascista e nazista; 3.abrandamento da desconfiança em relação ao poder judiciário, forjada na experiência constitucionalista francesa, que influenciou decisivamente o Direito do continente; 4.substituição ou decurso de tempo em relação a cartas constitucionais, ou melhor, constituições outorgadas que não se perspectivavam na necessidade de respeito a pactos políticos entre os grupos de uma sociedade. Nesse sentido, URBANO, ob. cit., pp.66 e 67.

possibilidade de, por uma verdadeira vontade assente na comunidade, subsistirem normas constitucionais sem a dependência inarredável dos fatores reais de poder.<sup>132</sup>

Desse modo, além da função de parâmetro de validade que o controle de constitucionalidade legou ao Direito, a força normativa da Constituição permitiu aos direitos fundamentais ostentarem um valor argumentativo de maior vigor, considerando que o texto constitucional passou a ser pensado como dotado de aplicabilidade *a se stante*, sem a necessidade de regramento infraconstitucional que o assegurasse efetivo na prática. Tal aquisição cultural – que irradiou mais cedo ou mais tarde, conforme o histórico da nação – pode ser exemplificada, no caso português, pela dependência de regulamentação legal, no regime salazarista, para a efetividade da garantia do *habeas corpus*<sup>133</sup>, em contraste com o reconhecimento desse remédio, sob o prisma democrático da Constituição de 1976, advindo puramente de sua previsão constitucional, ainda que se fizesse desacompanhada de normatização no plano legal.

Posto dessa forma, poder-se-ia deparar com a apressada objeção de que a disciplina do conjunto jusfundamental não se distinguiria da imperante em prol de qualquer outra disposição do texto constitucional, não se justificando, logo, como *genus* autônomo. Ante essa refutação, cumpre lembrar (no que se aplica até às Constituições históricas) a função inaugural dos direitos fundamentais, isto é, seu caráter argumentativo reforçado de, como parte *sine qua non* das Constituições, informar todo o sistema jurídico, incluindo as demais disposições constitucionais. Presente desde suas primícias no constitucionalismo, é precisamente essa especial *differentia*, na disciplina jurídica própria, que estabelece a causa formal justificadora do gênero dos direitos fundamentais.

Nessa quadra, a disciplina dos direitos fundamentais assenta sobre sua condição (presente desde a aurora do constitucionalismo) de baliza hermenêutica qualificada, a que se acrescenta, para os sistemas jurídicos que atingiram tal maturidade, a força normativa e, para as constituições escritas rígidas, o *status* de parâmetro de validade<sup>134</sup>. Afora tal

---

132Tal é o pensar de Konrad Hesse, em fenômeno para que concorrem a pretensão de eficácia da Constituição e as condições necessárias à sua realização:

“A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p.14).

133OTERO, 2010, p.274.

134“A rigidez ou flexibilidade da Constituição é apurada segundo o critério do grau de formalidade do procedimento requerido para a mudança da Lei Maior. A estabilidade das normas constitucionais, em uma Constituição rígida, é garantida pela exigência de procedimento especial, solene, dificultoso, exigente de maiorias parlamentares elevadas, para que se vejam alteradas pelo poder constituinte de reforma. Em

panorama geral, características adicionais podem ser observadas, a depender da lei fundamental de cada país<sup>135</sup>.

---

oposição, as constituições flexíveis permitem a sua reconfiguração por meio de um procedimento indiferenciado do processo legislativo comum. (...)

“(...) A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2014, pp.108 e 109).

135Um exemplo seria a inclusão dos direitos fundamentais individuais como cláusulas pétreas no artigo 60, §4º, da Constituição do Brasil de 1988, ou seja, a particularidade de, na disciplina do sistema brasileiro, essa universalidade jurídica ser textualmente impassível de redução pelo poder constituinte derivado:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“IV – os direitos e garantias individuais.”

### Capítulo 3 - Os direitos fundamentais e sua aplicação: dos fulgores do constitucionalismo até a atualidade

O que se seguiu aos movimentos constitucionalistas foi a institucionalização do projeto da modernidade triunfante, em sua pretensão de ditar aos fatos da vida uma disciplina jurídica de linearidade comparável ao compasso de um relógio. Como importante engrenagem dessa visão de mundo, os direitos fundamentais, destinados inicialmente aos propósitos de um governo limitado, foram mais profundamente estudados pela dogmática jurídica, o que incluiu uma maior atenção ao problema da aplicação.

Depois do viço idealista de sua juventude, no entanto, o tempo logo fez a modernidade amadurecer, quando os fatos impuseram sua inarredável lógica e a vida se deslustrou não linear. Nesse percurso turbado pelas convulsões sociais da nascente sociedade de massas e, mais tarde, pelas graves violações das grandes guerras, o catálogo jusfundamental deixou de ser enxuto e, mais que se modificar quantitativamente, diversificou-se qualitativamente, resultando possível seu seccionamento em diferentes dimensões.<sup>136</sup> Já a aplicação do Direito, que se pretendeu quase que mecânica, rendeu-se à indispensabilidade da interpretação, embora advertida em sua liberdade pelas críticas dos modernos.

O tempo da modernidade, pois, deformou-se, tal como a arte retratou os relógios derretidos na obra *A persistência da memória*, de Salvador Dalí<sup>137</sup>. Cumpre, nesse caminho

---

136Clássica é a divisão dos direitos fundamentais em gerações, ou dimensões (denominação preferível, por tais grupamentos coexistirem sem o posterior suplantar o anterior), desenvolvida por Karel Vasak:

“(…) passou a ser difundida – por meio da voz de Karel Vasak, a partir de conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo – a ideia de que a evolução dos direitos (humanos e fundamentais) poderia ser compreendida mediante a identificação de três ‘gerações’ de direitos (…)” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., p.306).

A corresponder ao período liberal, inserem-se os direitos civis e políticos; ao período social, aos direitos sociais, econômicos e culturais individualmente; ao período cultural, aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (GOUVEIA, 2016, pp.938-941). Há autores que sustentam outras dimensões de direitos, além dessas três clássicas:

“Nos direitos mais recentes, os da quarta geração, identificam-se sobretudo quatro dimensões: os direitos do ambiente e da proteção do meio natural, o direito ao desenvolvimento, o direito ao respeito do patrimônio comum da humanidade e o direito à paz” (MARQUES, 2007, p.220).

Nessa senda, de se referir, por exemplo, que sustentam uma quinta dimensão José Adércio Sampaio (direitos ligados ao amor a todas as formas de vida e à proteção contra a dominação biofísica) e José Alcebiades de Oliveira Júnior e Antônio Wolkmer (direitos atrelados à sociedade tecnológica). Zulmar Fachin e Deise Marcelino, de seu turno, chegam a defender uma sexta dimensão, justificada pelo direito de acesso à água potável (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., p.313).

137O detalhe de tais relógios derretidos bem simbolizam a relatividade do tempo, que pode demorar mais a transcorrer, ou apressar-se, a depender de como subjetivamente é perspectivado. Foi essa, aliás, a conclusão a que chegou Dalí na produção dessa famosa obra, inspirado no vagaroso avançar dos minutos em uma noite

tortuoso que nos conduz à atualidade, esquadrihar o detalhamento conceitual recebido pelos direitos fundamentais, no que pertine à abordagem dogmática posteriormente empreendida. Quanto à aplicação dessa categoria, importa fazer o contraste entre a interpretação do formalismo jurídico, oriundo do idealismo moderno, e a revalorização axiológica da argumentação jurídica, forjada no impacto das aspirações por um Direito linear com as limitações de suas reais possibilidades práticas.

### 1. Do alvorecer do formalismo jurídico até os primeiros momentos posteriores às grandes guerras mundiais

O impulso moderno de limitação ao Estado teve, no formalismo jurídico, uma de suas expressões. Diferente do mero apego às formalidades que seu nome sugere, essa concepção de Direito buscou a limitação da argumentação jurídica e o acendramento axiológico como maneiras de contornar arbitrariedades e de promover a segurança jurídica. Embora robustos em sua significação valorativa, os direitos fundamentais sobreviveram a essa inspiração formalista, em função da etérea juridicidade de suas primeiras manifestações positivas, ainda muito próximas da política.<sup>138</sup>

Nesse passo, como produto de visceral reação antiabsolutista, a vertente constitucionalista francesa concebeu a Escola da Exegese como representante do formalismo jurídico.<sup>139</sup> É bem verdade que, desde meados do século XVIII, a lei já propendia a se sobrepôr a todas as outras fontes do Direito, como reflexo da centralização de poder do rei; entretanto, essa tendência exacerbou-se após a Revolução Francesa, como tentativa de minorar a atuação da magistratura, considerada aliada da monarquia<sup>140</sup>.

---

de dor de cabeça, enquanto visualizava o derretimento dos restos de queijo camembert que sobraram do jantar. Nesse sentido, FARTHING, 2011, p.431.

138 ATIENZA, 2014, pp.32 e 33.

139 “Caracterizava-se, no seu sentido mais geral, por entender o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos - no *Code civil* antes de mais, pois a E. E. liga-se sobretudo à obra dos civilistas - e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva. (...) à normatividade jurídica correspondia essencialmente o *modus* de uma racionalidade sistemática e mesmo de uma racionalidade axiomáticamente sistemática” (NEVES, 2010, pp.181 e 182).

140 “A afirmação do caráter objetivo da lei foi particularmente enfatizada, no século passado, pela escola da exegese. Não só refletia uma desconfiança com relação aos magistrados, recrutados, durante o Antigo Regime, no seio da aristocracia, como também correspondia às necessidades de segurança e certeza jurídicas do sistema social em implantação. (...) Mesmo quando, em função das lutas sociais, novos sistemas de

Imaginou-se, então, necessário e possível limitar a atividade dos juízes unicamente à mecânica aplicação dos textos legais<sup>141</sup>, suprimindo-se drasticamente o campo da discricionariedade judiciária, que poderia descambar em arbítrio. Herdeiro do jusracionalismo, esse pensar propugnava relegar aos teóricos a tarefa de meramente explicar a lei, afastando-se a tradição do *ius commune*, que, repleta de interpretações, deporia contra a segurança jurídica.<sup>142143</sup>

Em tal senda exegética, os direitos fundamentais adquiriam concretude cogente apenas por intermédio do legislador ordinário, orientação que somente se modificou de modo decisivo posteriormente à Segunda Guerra Mundial, com a definitiva suplantação do então Estado legal pelo Estado constitucional. Nessa nova era jurídica, em que se revalorizou o aspecto axiológico como égide às experiências totalitárias, houve a distinção dogmática do catálogo jusfundamental em categorias que, a seguir, merecem atenção devido à relevância que assumiram. Outrossim, deter-se-á posteriormente a outra corrente do formalismo jurídico, o historicismo alemão, que, conquanto voltado primeiramente ao desenvolvimento do Direito Privado, mais tarde contaminou o Direito Público, sendo valioso à metodologia dos direitos fundamentais até hoje.

---

valores surgiram, os magistrados tenderam geralmente a optar pelo sistema de valores hegemônico, inclusive em função de suas ligações orgânicas, enquanto segmento social, com a classe dominante” (CARRION, 1997, p.94).

141“(...) o papel do intérprete se reduz a aplicar precisa e mecanicamente a regra querida pelo legislador, ainda que há 100 ou 200 anos antes” (MONTORO, 2013, p.428).

142“Havemos de observar que o pensamento jurídico da escola da exegese foi determinado por uma teoria das fontes do Direito, por uma teoria constitucional, se assim posso dizer (...). (...) Para eles, a lei, o código, não é um ‘livro de autoridade’, mas a expressão da vontade do soberano a que se deve estrita obediência. (...) “Conclui-se que a tarefa da jurisprudência consiste em interpretar o texto, determinar seu escopo, mas não formar uma *communis opinio doctorum* para desenvolver o Direito (...).

“Os meios dessa interpretação são o método lógico-gramatical. O jurista principia determinando o sentido da regra legal aplicando as regras da gramática; a história legislativa também pode promover algum esclarecimento. Então, em uma segunda fase, garante-se que o significado dado à letra da lei não seja contrário a outras regras do código. É aqui que a lógica resta aplicada, porque não há contradições na lei” (COING, 1970, p.542, traduzi).

143Apesar do revés em seu intento avesso à interpretação, tal ideário, além de buscar a igualdade na aplicação do Direito, teve o mérito de, ao sublinhar a lei como fonte primeira, atender às rápidas modificações jurídicas que aquele tempo de profundas transformações reclamava, imediatidade essa que não estava ao alcance da doutrina e da jurisprudência (HESPANHA, ob. cit., p.406).

### 1.1.Principais distinções conceituais dos direitos fundamentais tecidas das primícias do constitucionalismo até a etapa imediatamente posterior às grandes guerras

O catálogo jusfundamental, uma vez positivado, recebeu os influxos mais diretos das contingências, em contraste com o trato mais sutil observado à época em que se restringia a uma existência filosófica. A turbulência do período histórico desde que exsurgiu, nos movimentos constitucionalistas, até a etapa posterior às grandes guerras ocasionou um desenvolvimento que permitiu à dogmática cogitar novas distinções. No universo dessas teorizações, é de subida relevância o seccionamento entre os direitos formal e materialmente fundamentais, bem como sua contraposição aos direitos humanos.

Nesse sentido, cabe, de plano, telar a emenda IX (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos, em que se dispôs não se reputarem excluídos os direitos possuídos pelos cidadãos diante de sua eventual não consagração constitucional. Desse modo, em princípio, os direitos fundamentais seriam aqueles previstos, enquanto tais, no texto da lei maior, mas, por obra do poder constituinte derivado norte-americano, alinhado à crença em direitos naturais, abriu-se a cultura jurídica a outros direitos que, conquanto não prescritos constitucionalmente ou mesmo não positivados, agregar-se-iam ao catálogo jusfundamental. Seriam esses os direitos materialmente constitucionais, admitidos em diversos sistemas jurídicos, como o português e o brasileiro, e reconhecidos, por vezes, junto às cortes responsáveis pelo controle de constitucionalidade.<sup>144</sup>

Não obstante, desde que passaram a integrar a ordem jurídica como parcela imprescindível da Constituição moderna, o catálogo jusfundamental recebeu denominações bastante heterogêneas junto às diferentes tradições pátrias<sup>145</sup>, mas todas aludindo a direitos

---

144“Em rigor, direitos fundamentais são sempre direitos constantes da Constituição formal. A seu lado fala-se, entretanto, em direitos fundamentais em sentido material para abranger todos os direitos constantes da Constituição em sentido material como conjunto de normas de qualquer natureza que lhes acrescentam novos direitos, por si só ou enquanto reguladores da organização e da atividade do Estado ou da estrutura dos seus órgãos e dos respectivos titulares.

“Esta distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remonta, de algum modo, ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em não poucas Constituições” (MIRANDA, 2018, pp.14 e 15).

145 Quando das revoluções liberais, os direitos naturais foram chamados de direitos do homem, recebendo, posteriormente, outras denominações, como liberdades públicas (muito utilizada pela doutrina francesa, não inclusiva dos direitos econômicos e sociais), direitos públicos subjetivos (preferida pela doutrina alemã do século XIX) e direitos individuais (acepção excludente do estágio evolutivo hodierno, que abarca direitos difusos e coletivos). Nesse sentido, RAMOS, 2014, pp.45-47.

garantidos dentro da ordem jurídica de um Estado. Pelas experiências de violações ocorridas em regimes totalitários, entretanto, observou-se que os maiores abusos restaram perpetrados pelo próprio fenômeno estatal, de quem se esperava, paradoxalmente, um papel garantidor. Vale relembrar que, desde as primícias do constitucionalismo, a norma fundante do Estado, como condição *sine qua non* para ser qualificada como Constituição, deveria prever necessariamente uma universalidade jurídica pretensamente inviolável<sup>146</sup>.

Tal situação, então, provocou a emergência dos direitos humanos, previstos, sob essa denominação, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, gestada junto à Organização das Nações Unidas. Seria, pois, um catálogo jurídico de domínio dos planos teórico e internacional independente do reconhecimento dos Estados, de titularização vinculada não à nacionalidade, mas à condição de ser humano.<sup>147</sup> Com isso, a categoria jurídica, prevista desde a irrupção do constitucionalismo como parte indispensável de uma Constituição, passou-se a chamar, com intuito diferencial, de direitos fundamentais.<sup>148</sup> Malgrado sejam universalidades jurídicas, em grande medida, coincidentes, diferenciam-se, eis que nem todos os direitos humanos receberão necessariamente reconhecimento dentro de uma ordem jurídica, assim como o legislador constituinte é soberano para prever, como direitos fundamentais, outros direitos além dos humanos<sup>149</sup>.

Nesse ambiente conceitual, o estudo sobre os direitos fundamentais remete à dimensão interna da ordem jurídica, podendo-se enfocar, sob a ótica de uma teoria geral, a categoria a abarcar tal conjunto, sem deter-se em um ou alguns direitos específicos.

---

146“Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial.” (...)

“A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo” (PIOVESAN, 2006, p.116).

147“Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. De longa data alguns tratados avulsos cuidaram, incidentalmente, de proteger certas minorias dentro do contexto de sucessão de Estados. (...)

“A Carta de São Francisco, no dizer de Pierr Dupuy, fez dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização (...). Três anos mais tarde, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral aclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, texto que exprime de modo amplo – e um tanto precoce – as normas substantivas pertinentes ao tema, e no qual as convenções supervenientes encontrariam seu princípio e sua inspiração” (REZEK, 2011, pp.253 e 254).

148“A expressão direitos fundamentais encontra a sua origem na Constituição alemã de 1848. Nela invocam-se os <<direitos fundamentais do povo alemão>> (art.IV/§25) como direitos preexistentes ao Estado. Mais tarde, por influência de Georg Jellinek (1851-1911) e com os comentários e manuais que surgem no quadro da Constituição de Weimar (1919), formar-se-á uma teoria específica dos direitos fundamentais” (MARQUES, 2007, p.238).

149SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., p.297.

Prefiguram-se contemplados, nesse catálogo jurídico, os direitos formal e materialmente fundamentais, sendo estes mais difíceis que aqueles de serem identificados, por não estarem expressos na parte da Constituição dedicada a essa universalidade<sup>150</sup>.

## 1.2.A aplicação do Direito no período seguinte ao irrompimento do constitucionalismo

Tão importante quanto o conhecimento sobre os conceitos jurídicos é a maneira como são, afinal, aplicados. A exemplo da escola exegética, o período seguinte à aurora do constitucionalismo foi paralelamente notabilizado pelo surgimento de emblemáticos métodos de aplicação do Direito, que, mais tarde, cruzariam o caminho do gênero jusfundamental. Nesse âmbito, distinta da exegese francesa e, inclusive, imbuída de espírito conservador contrarrevolucionário, deveras influente foi a corrente formalista do historicismo alemão e de seus desdobramentos, como a Teoria Pura, que gerou importantes reflexos na disciplina dos direitos fundamentais.

Nessa quadra, em compensação à ausência de um Estado germânico unificado até o terceiro quartel do século XIX, desenvolveu-se previamente um nacionalismo baseado no romantismo de elementos culturais comuns. Em meio a essa tendência, forjou-se a chamada Escola Histórica alemã, segundo a qual os traços do passado se pronunciariam no

---

150Entre tantas construções possíveis, Robert Alexy propõe que a norma de direito fundamental material (a que se refere como “atribuída”) seja detectada quando for possível ser reputada correta sua fundamentação, existindo os critérios jurídico, sociológico e ético para se atingir tal retidão. Admite ele que a situação comporte um critério empírico, mas, precisamente por ser exterior, não seria adequado ao não se restringir aos limites da juridicidade:

“Pode-se pensar, de um lado, em um critério empírico e, de outro, em um critério normativo. Escolhe o critério empírico aquele que afirma que normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Mas, a partir da perspectiva de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, um tal critério empírico não se mostra adequado” (ALEXY, 2017, p.73).

É possível a admissão, malgrado a contaminação por fatores extrajurídicos, de critério empírico (como considerar os direitos materialmente fundamentais como aqueles assim considerados pelo órgão incumbido de dar a última palavra dentro de uma ordem jurídica). Esse caminho foi seguido, inclusive, por Hans Kelsen, fazendo, de certa forma, concessão à pureza do Direito:

“Debruçando-se sobre o texto norte-americano, escreve Kelsen que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir, explica, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso traduz é que os órgãos de execução do Direito, especialmente os tribunais, podem estipular outros direitos, afinal indiretamente conferidos pela Constituição” (MIRANDA, ob. cit., p.15).

presente de modo a dotar cada povo de um espírito próprio (o *Volksgeist*)<sup>151</sup>, revelando-se no folclore, na língua, na literatura e mesmo no Direito.

No entanto, a leitura dessa suposta alma, dada a veia aristocrática do ambiente contrarrevolucionário, seria feita pelos intelectuais, que, por sua vez, enalteciam o romanismo enquanto fenômeno jurídico do Império Alemão, tal como recepcionado fora pela jurisprudência do *usus modernus pandectarum*.<sup>152</sup> Era, como dimensão da Escola Historicista, o Direito dos professores, ou *Professorenrecht*, que, legalista e individualista, dominou o pensamento jurídico germânico desde a primeira metade do século XIX até, em seu desdobramento da Pandectística, o início do século XX.

Para a Pandectística (*Pandektenwissenschaft*), também conhecida por jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), haveria uma sistematicidade inerente ao Direito por se versar sobre a emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. Os institutos jurídicos, como que preenchidos de alma, seriam orientados por princípios reconhecidos empiricamente ora por indução, ora por dedução, permitindo-se, assim, uma sistematização formatada em verdadeira pirâmide conceitual.<sup>153</sup> De se referir que, sob os influxos dos progressos tecnológicos oitocentistas, os pandectistas apropriaram-se da taxonomia científica e, sublinhando a utilização do *usus modernus* das máximas, cunharam-nas de princípios<sup>154</sup>.

---

151Sobre o conceito de espírito do povo, “A referência mais antiga aparece, segundo estes, em Hegel, *Volksreligion u. Christentum* (1793; em Nohl, *Hegels theol. Jugendschriften* [1907] 21 e 404). - com grande desenvolvimento sobre a carga religiosa da expressão, utilizada com um sentido empírico no *De l’Esprit des lois* de Montesquieu” (WIEACKER, p.408, nota de rodapé 38).

152“Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo” (*Id.*, *ibid.*, p.402).

153“O conceito <<supremo>>, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva – e vice-versa. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.

“Foi Puchta quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma <<pirâmide de conceitos>>” (LARENZ, 2019, pp.22 e 23).

154“O século XIX é, não só a época de um assombroso progresso da maioria das ciências, mas também o momento do <<cientismo>>, quer dizer, da atitude mental que via naquelas o caminho para resolver os problemas humanos e sociais do mundo (...).

“Perante esta situação, os saberes não matemáticos nem naturais viam-se numa situação difícil. Se queriam elevar-se <<à dignidade de ciências>>, não lhes restava outra solução que não fosse, ou alienarem-se na medida do possível aos métodos e mentalidade das ciências por excelência, ou procurar justificar a sua existência buscando outros rumos. (...)

Inspirada no formalismo kantiano e lastreada grandemente na obra de Savigny, essa corrente legou à dogmática jurídica contemporânea a teoria da subsunção (*Subsumptionslehre*), pela qual a solução jurídica resultaria de um raciocínio silogístico, sendo a premissa maior a norma genérica de direito, enquanto que a menor, a situação de fato a resolver.<sup>155</sup> Igualmente, edificou a ideia de plenitude lógica do ordenamento jurídico: frente a aparente lacuna, cumpriria ao juiz, sem discricionariedade, subir um degrau na escala de generalização para, com o recurso aos princípios e ao caráter sistemático do fenômeno jurídico, resolver o caso *sub judice*<sup>156</sup>.

Essa visão do Direito, nessa esfera, constitui manifestação do formalismo jurídico, que, em nome de um Direito científico e autônomo, demitia-se de todas as questões reputadas extrajurídicas (religiosas, éticas, úteis, políticas), ocupando-se unicamente do rigor formal. Talvez o ápice dessa abstração se tenha alcançado com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, para quem uma norma jurídica vigeria não por parâmetros como a justiça, ou a utilidade, mas por estar em conformidade com outra norma jurídica que lhe fosse superior. Ascendendo sucessivamente desse modo até a Constituição, o Direito estruturar-se-ia como uma pirâmide normativa (*Stufentheorie*), sendo a validade

---

“É interessante observar que aquilo a que poderíamos chamar o complexo de inferioridade dos juristas (...) gravitaram e gravitam bastante num conjunto de tendências e atitudes intelectuais. Como superar essas objeções? (...) Sobretudo na Alemanha, pela mesma época em que Kirchmann escrevia, desenvolvia-se um poderoso movimento doutrinal, a chamada pandectística, cuja finalidade era a construção de conceitos jurídicos. (...) Desta forma, o jurista fazia obra científica, pois sua tarefa não era avaliar os imprevisíveis ditados das leis, mas sim investigar o sistema dos conceitos jurídicos gerais, descobri-los. A ciência jurídica alemã, durante o século XIX e o primeiro terço do século XX, conseguiu assim um ar sério e respeitável, sob o ponto de vista científico” (LATORRE, ob. cit., pp.126-134).

155“(..) a realização da justiça nos casos concretos seria assegurada subsumindo os ‘factos’ ao ‘direito’, nos termos de um raciocínio silogístico, em que a premissa maior era uma norma genérica de direito e a premissa menor a situação de facto (*Tatbestand*) a resolver” (HESPANHA, ob. cit., p.420).

156“Na Alemanha do século XIX, os textos romanos ainda são a lei. (...)”

“Os pandectistas rejeitam a casuística dos romanos. Das soluções individuais encontradas nas fontes são deduzidos princípios (...).

Essa teoria parte da ideia de que é preciso distinguir, na lei, duas camadas: a das simples regras (encontradas nos artigos das leis) e a dos institutos. (...) todas as regras de um sistema jurídico poderiam ser reduzidas a um número limitado de institutos sociais básicos, como o casamento, a família, etc., mas também a institutos mais técnicos, como ‘direito real’, ‘obrigação’, etc. (...)

A tarefa da ciência jurídica é a de descrever as instituições, encontrar as relações das regras positivas e, finalmente, erigir tais institutos como um sistema. (...)

Finalmente, deve-se notar, no mesmo quadro de ideias, que os pandectistas pensam que, ao se referir aos institutos, o jurista poderá preencher quaisquer lacunas da lei. Existe lacuna acaso não encontrada uma regra adequada ao Direito positivo. Neste caso, deve-se volver ao espírito dos institutos, à ideia viva do *Volksgeist*, para se extrair, em harmonia com essa ideia, a regra necessária” (COING, ob. cit., pp.538-541, traduzi).

constitucional (sejam quais fossem os valores que consagrasse, em franco relativismo) pressuposta - uma norma (a *Grundnorm*) mandaria pressupor a validade da Constituição.<sup>157</sup>

O relativismo da Teoria Pura, imputado de ser permissivo ao Estado perpetrador de graves violações no período das grandes guerras, cedeu lugar a uma revalorização axiológica do Direito que teve, nos direitos fundamentais, um elemento de importante centralidade. De outro vértice, a vagueza de grande parte dos ditames jusfundamentais, própria de uma declaração política que, na origem, efetivamente o era, descortinou a necessidade de essa categoria assumir uma aplicabilidade menos etérea e, para tal mister, o instrumental sistemático produzido pelo formalismo jurídico revelou-se mais tarde de subida valia.

## 2.Os direitos fundamentais e sua aplicação no contexto atual

Se o relativismo da Teoria Pura do Direito não impôs freios aos totalitarismos de meados do século XX, o Positivismo Sociológico serviu a tanto assertivamente, ao menos, em algumas de suas muitas vertentes. Em suma, essa teorização se opôs tanto ao liberalismo quanto ao formalismo em seus fundamentos, afirmando que não haveria qualquer indício historicamente factível de algum pacto social e que o ser humano, naturalmente, nasceria e viveria em sociedade, não passando o indivíduo de mera ficção. Assim, concretamente prevalente seria a visão corporativista, que parte da ideia de grupos, isto é, de entidades políticas primárias (família, empresa, município), desconfiando-se deixar a cargo do povo assuntos que deveriam ser do domínio de “cientistas sociais”. Em aversão à depuração metodológica jurídica, sustentava-se uma aproximação com as ciências sociais, bem como se refutava tanto o primado sobre as fontes jurídicas como a

---

157“O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. (...) “Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 1984, pp.267-269).

identidade entre o Estado e o Direito, malgrado a ênfase ao aspecto regulador do fenômeno estatal lhe investisse, na prática, de gigantesca força.<sup>158</sup>

De igual forma, o viés totalitário socorreu-se também de algumas tendências céticas do Direito, assim qualificadas por verem o fenômeno jurídico como mero instrumento de domínio, a positivar a apropriação dos meios de produção pelas classes dominantes. Por volta da década de 70, esse pensamento se abrandou sob a roupagem da Teoria Crítica, que reconheceu, no Direito, algum papel emancipador, como se fosse o palco de lutas e reivindicações de grupos socialmente desfavorecidos.<sup>159</sup>

Também em aberta crítica ao formalismo jurídico, emergiu o movimento do Direito Livre, que (em ponto considerado subversivo pela crítica) ponderava possível se chegar a praticamente qualquer resultado a partir das interpretações dos textos legais<sup>160</sup>. Segundo tal concepção, os juízes julgariam com base em sua sensibilidade e em seu senso de justiça e, somente após, encontrariam argumentos racionais e fundamentos na lei a amparar a decisão. Desse modo, admitia-se a inarredável parcela política inerente à atividade da magistratura e, ao mesmo tempo, apontava-se para a necessidade de eventual responsabilização na atuação dos juízes, que haveria sido escamoteada no positivismo ao se tributar os resultados decisórios exclusivamente à abstração da lei<sup>161</sup>.

Semelhantemente a essa abordagem, embora mais branda, desenvolveu-se outra espécie de positivismo, o realismo, que exacerbou o caráter instrumental do fenômeno jurídico e que deu sequência à crítica ao formalismo. Para esse entendimento, a

---

158 HESPANHA, ob. cit., pp.460-473.

159“(…) o marxismo conduz mais facilmente à dissolução da argumentação jurídica na argumentação política.

“Todavia, o que antecede é válido para aquilo que poderíamos designar por marxismo clássico, mas não em relação a diversas orientações de marxismo jurídico que começam a surgir desde finais dos anos sessenta e que se caracterizam por ‘debilitar’ as teses marxistas tradicionais. (...) Reconhece-se a importância do Direito na transformação social. (...)”

“Aquilo a que nos últimos tempos se chama teoria crítica do Direito (‘uso alternativo do Direito, *critical legal, critique juridique*, ‘crítica jurídica’, etc.) pode considerar-se de certo modo como um produto desse marxismo débil (...)” (ATIENZA, 2014, pp.62 e 63).

160“Neste contexto há-de compreender, com efeito, um movimento que essencialmente afirmava a <<necessária liberdade do jurista na procura do direito, uma margem de decisão pessoal responsável ineliminável pela codificação mais exauriente, e que não pode ser integrada pelas operações puramente ‘lógicas’ da metodologia clássica>> (Lombardi). Essa metodologia clássica, com a concepção do direito que levava pressuposta, era a do positivismo legalista na sua versão pandectística ou sistemático-conceitual (...)” (NEVES, 2010, ob. cit., p.195).

161Essa crítica de que a decisão se formaria pelas convicções pessoais do decisor, utilizando-se o Direito positivo somente para se justificar o que anterior e subjetivamente se decidira, não foi exclusiva do movimento do Direito Livre, que, então, distinguir-se-ia por sua relatividade no quesito da obediência à lei e pelo menor apreço (ou maior descrédito) à objetividade (ou cientificidade) na investigação do Direito (*id. ibid.*, pp.197 e 198).

argumentação jurídica relevaria em um sentido retórico, sendo valiosa não pela sua retidão, mas pelo eventual convencimento obtido. As decisões judiciais, a despeito de aparentemente se justificarem por processos como o do silogismo jurídico, assentar-se-iam verdadeiramente sobre as crenças do decisor, de modo que a teoria do Direito formalista, com sua fé na segurança jurídica e na resposta correta conduzida por um método, forneceria uma visão confortável, mas falsa.<sup>162</sup>

Entretanto, as graves violações das experiências totalitárias, como seria de se esperar, reconduziram o pensamento do século XX ao jusnaturalismo, o que, no plano interno, restou promovido pela revalorização axiológica através da ênfase aos direitos fundamentais, impondo a transição do Estado legal para o Estado constitucional.<sup>163</sup> Ao mesmo tempo, cogitações mais detidas reconheceram os avanços metodológicos do formalismo jurídico, que mereceriam ser levadas em conta, desde que temperadas pela moderação do realce valorativo e argumentativo.<sup>164</sup> Sob esse mais recente cariz, é preciso debater os possíveis conceitos de direitos fundamentais e as ideias sobre sua aplicação.

## 2.1. Sobre os conceitos de direitos fundamentais

Havendo-se percorrido todo um apanhado histórico a fim de se bem compreender o sentido da categoria jurídica em análise, cumpre discutir os conceitos que, em compatibilidade com toda a evolução estudada, podem ser atribuídos ao gênero dos direitos fundamentais. Para tanto, faz-se mister separar as concepções formais das materiais e, de posse desse entendimento, avaliar a utilidade correlata.

---

162“<<As profecias do que farão os tribunais, e nada mais pretensioso do que isso, é o que eu entendo por Direito>>. Os realistas seguirão este caminho e, rechaçando qualquer tentativa de ordenar ou conceber o Direito como um sistema lógico, dedicar-se-ão à análise do funcionamento real dos tribunais, dos factores que influem nas suas decisões, da importância que têm nelas factores extrajurídicos (...).

“O sentido do movimento realista (...) leva a tentar desmontar de forma implacável o que considera princípios admitidos rotineiramente pelos juristas (...). Um deles, como acabamos de ver, é o da primazia da norma. Outro intimamente ligado a ele é o da segurança jurídica. Os realistas insistirão na incerteza fundamental que caracteriza a vida jurídica (...)” (LATORRE, 1978, pp.191-193).

163“(...) a possível função do Direito natural se desloca para outro lado: o jusnaturalismo não pode subsistir, ou ressurgir, como tese ontológica do Direito, mas, em todo caso, como teoria sobre a fundamentação do Direito, como deontologia jurídica. (...) Em minha opinião, o positivismo esgotou seu ciclo histórico, como anteriormente tinha acontecido ao Direito natural. Tal como Bloch escreveu uma vez que a ‘escola histórica crucificou o Direito natural na cruz da história’, poderia hoje afirmar-se que o ‘constitucionalismo crucificou o positivismo jurídico na cruz da Constituição’” (ATIENZA, ob. cit., pp.57 e 58).

164LATORRE, ob. cit., pp.193 e 194.

A despeito da semelhança terminológica, não se trata aqui de diferenciar novamente os direitos formal e materialmente fundamentais, o que remeteria à problemática de como se identifica um direito dessa categoria no sistema jurídico. Ocorre que, ao se perquirir sobre um conceito, visa-se a justificar uma qualificação pelo ser em si mesmo, diante de que a infinidade de acepções possíveis pode ser separada em concepções formais e materiais.

Segundo uma concepção formal, o conceito constrói-se de acordo com o Direito positivo – ainda que em conformidade com como é interpretado. Por exemplo, no caso dos direitos fundamentais, poder-se-ia sustentar que se versa sobre direito a que o órgão incumbido de dar a última palavra sobre a Constituição atribui à disciplina dos direitos fundamentais (segundo o sistema jurídico em que se está). Na mesma senda, uma tese analítica é uma variante de concepção formal, mas com o diferencial de fragmentar o instituto em suas partes componentes. Ilustrando-se, a acepção acima completar-se-ia com a afirmação, a partir da eficácia mínima apurada junto aos países de Constituição rígida, que a disciplina mínima dos direitos fundamentais envolveria as eficácias de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por sua hierarquia constitucional) e de valor argumentativo reforçado (na interpretação jurídica, por iluminar, inclusive, outros dispositivos constitucionais).<sup>165</sup>

Já consoante uma concepção material, o conceito erige-se ao se questionar as razões que levaram o sistema jurídico a conferir uma qualificação. Pelo prisma do direito fundamental, a definição consistiria em justificar por que um direito foi ou deve ser reconhecido como fundamental pelo legislador constituinte ou pelo órgão incumbido de dar a última palavra sobre questões constitucionais. Nesta situação, é corriqueiro valer-se dos préstimos de ciências extrajurídicas, como a Sociologia, a História, a Filosofia.<sup>166</sup>

---

165A dogmática penal, ao conceituar o crime, costuma valer-se de critérios formais e analíticos, razão por que as seguintes exemplificações podem contribuir para a compreensão do esforço conceitual ora empreendido:

“O conceito formal de delito com referência aos elementos que o compõem (melhor seria falar-se em aspectos ou características do crime), de caráter analítico, tem evoluído. (...) Basileu Garcia conceitua-o como a ‘ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível’ (MIRABETE, 2000, pp.96 e 97).

166Persistindo-se no paralelo tecido junto à doutrina penal, é esclarecedora a seguinte preleção:

“Como as definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime. As investigações dos estudiosos desenvolveram-se nesse sentido e abrangem inclusive ciências extrajurídicas como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia etc. (...)

“Não se construiu, ainda, um conceito material inatacável de crime” (*Id., ibid.*, pp.95 e 96).

Os conceitos materiais, como se percebe, mais se aproximam do desiderato da completude, delineando a doutrina diversas formulações quanto aos direitos fundamentais<sup>167</sup>. Para tanto, porém, é preciso arrimar-se nas características e no rol de direitos definidos pelo sistema jurídico de um país, porque o gênero em comento constitui uma decisão do Direito interno, diferentemente de o que se verifica com os direitos humanos no plano internacional<sup>168</sup>.

Nessa linha, objetivando-se estudar os direitos fundamentais sem se prender à ordem jurídica de um país especificamente, é preciso ascender em termos de abstração e diminuir a densidade da categoria até se atingir uma concepção formal. Não se está a sustentar, vale reforçar, que uma aceção assim formulada seria absolutamente preferível, mas apenas que se trataria de um instrumento mais adequado acaso se pretendesse não transitar unicamente dentro das margens do Direito de um Estado. Acontece que não se dispõe de aceção material uniforme ou imune ao dissenso, ainda mais se tal teorização se arrojar aplicável ao fenômeno jurídico de mais de um país<sup>169</sup>.

---

167Exemplificativamente, apresenta-se a seguir proposta quanto a critérios para a obtenção de um conceito material de direitos fundamentais:

“(…) A questão é a clássica de caráter ético-político expressa na pergunta <<que direitos devem ser (ou é justo, ou está justificado que sejam) tutelados como fundamentais?>> (…). Creio ser possível, de forma sumária, identificar quatro critérios axiológicos, todos eles referidos ao valor da pessoa humana entendida como fim e nunca como meio, segundo a clássica máxima da moral kantiana. Esses critérios, tal como exporei, servem, por um lado, para determinar as opções ético-políticas em favor dos valores da pessoa – vida, dignidade, liberdade, sobrevivência – que são estabelecidos positivamente como fundamentais sob a forma de expectativas universais e, por outro, são todos sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo democrático (…).

“O primeiro desses critérios é o do nexa entre direitos fundamentais e igualdade. (…)

“O segundo critério, em conexão com o primeiro, é o do nexa entre direitos fundamentais e democracia. (…)

“O terceiro critério é o do nexa entre direitos fundamentais e a paz estabelecido no preâmbulo da Declaração universal de 1948. (…)

“O quarto critério é o papel dos direitos fundamentais como leis do mais fraco” (FERRAJOLI, 2009, pp.315 e 316).

168“Qualquer conceituação de direitos fundamentais que busca abranger de modo completo o conteúdo material dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. (…) Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, ob. cit., pp.316 e 317).

169“Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à sua forma de positivação” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.68).

Apesar de, pela utilidade, optar por um conceito formal, o referido autor dedica-se a uma teoria geral do Direito alemão. Ao explicitar tal meta, entretentes, enuncia a possibilidade de uma abordagem dos direitos fundamentais sem se fundar em um ordenamento jurídico em particular:

“A partir de agora deve ser questionado o que são normas de direitos fundamentais. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume

Se, por outro lado, os conjuntos (nacionais) de direitos fundamentais não são coincidentes, tal não significa que sejam inconciliáveis no plano dogmático, o que se mais evidentemente se alcança através de uma concepção formal. Sob esse norte, impende rememorar que outras áreas do saber jurídico adotam, por vezes, uma ótica formalista: na ausência de uma aceção que justifique todas as escolhas legislativas no âmbito criminal, crime é o fato que a lei assim considera ser<sup>170</sup>.

A compaginação com outros ramos jurídicos, pois, não se limita ao Direito Público. A perscrutar paralelo na seara privada, os títulos de crédito<sup>171</sup>, exurgidos espontaneamente da prática comercial sem conhecer os limites dos Estados, foram identificados pela doutrina, quando apropriados pela positivação heterogênea de diferentes países, como os documentos que atendiam às formalidades definidas em lei e que, por cumpridas tais formas, aplicar-se-lhes-iam a disciplina (eficácia) dos títulos de crédito<sup>172</sup>.

Na esteira de lógica *a pari* frente a essas comparações e da precedente discussão sobre um critério de identificação dos direitos formal e materialmente constitucionais, é viável a formulação de uma concepção formal para a universalidade em análise. A categoria jusfundamental seria, então, aquela a que o órgão que der a última palavra sobre a Constituição atribui a disciplina dos direitos fundamentais, consistente, ao menos, de dotar direitos de valor interpretativo qualificado (sobre todo o sistema jurídico, contemplando-se a própria lei fundamental) e, nas nações com rigidez constitucional, de servir de parâmetro de constitucionalidade.

Tal modelo, adverte-se, é simplesmente formal. Para ser analítico, haverá de ser complementado pelo estudo estrutural interno aos direitos fundamentais, o que o apanhado dogmático da segunda parte deste ensaio mais detidamente se propõe a empreender.

---

uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Neste trabalho o objeto é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã” (*id.*, *ibid.*, p.65).

170“Sob o ponto de vista formal, podem-se citar os seguintes conceitos de crime: ‘Crime é o fato humano contrário à lei (Carmignani); ‘Crime é qualquer ação legalmente punível’; (...). Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, sua essência, em seu conteúdo, em sua ‘matéria’” (MIRABETE, ob. cit., p.95).

171“É a fim de abranger todos os títulos de crédito que Vivante, modificando a definição de Brunner, define o título de crédito como o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado” (ASCARELLI, 1969, p.19).

172“É, assim, o formalismo o fator preponderante para a existência do título e sem ele não terão eficácia os demais princípios próprios dos títulos de crédito. Tanto a autonomia das obrigações como a literalidade e a abstração só poderão ser invocadas se o título estiver legalmente formalizado, donde dizerem as leis que não terão o valor de título de crédito os documentos que não se revestirem das formalidades exigidas por ditas leis” (MARTINS, 1997, p.11).

## 2.2.Sobre a visão metodológica contemporânea

Um conceito analítico serve aos direitos fundamentais na medida em que seu método de aplicação pode fornecer maior concretude operacional a esse catálogo jurídico de baixa densidade. É como se os mecanismos monocromáticos formalistas fossem coloridos pelas divagações jurracionais inspiradoras da categoria jusfundamental. Essa fusão, em outros tempos impensável, tornou-se coerente sob o Estado constitucional e, em seus propósitos conciliatórios, tem-se valido da tendência emergente no século XX de revalorizar aspectos sufocados no irrompimento do constitucionalismo, como a argumentação jurídica, o discurso legitimador no Direito e a hermenêutica.<sup>173</sup>

Sucedem que, entre as reações ao positivismo sociológico, em invés de se promover um afastamento do senso científico, preferiu-se aperfeiçoá-lo com a busca de uma mais apurada autonomia ao Direito. Dentro do ideário kantiano de se autonomizar um campo do saber através das condições de validade de suas proposições, distinguiram-se as ciências da natureza das ciências de cultura. Às primeiras se atribuiria o estudo dos fenômenos naturais e dos comportamentos sob um viés externo ao ser humano; às últimas, a contemplar o Direito, outorgar-se-ia uma visão interna, com seus fatores irracionais (como as emoções) e com a compreensão dentro de seu contexto, incluindo o ambiente cultural.

Sob essa lente, a linguagem, de acordo com pensadores como Wittgenstein, Austin e Hart, caracterizar-se-ia por ser demarcada por regras, semelhantemente a um jogo, mas, no caso, tratar-se-ia de regramento forjado no seio de uma cultura. O Direito, com suas leis, seria uma das formas de fazer valer padrões comportamentais na realidade (social), inversamente ao que se passaria em outras ciências, cujas leis seriam a descrição de como os fenômenos - a exemplo dos comportamentos, conforme estudados na Sociologia - operar-se-iam no mundo.<sup>174</sup>

---

173Tal pensamento contemporâneo secciona-se em diversas vertentes de denominações cambiantes (argumentação jurídica, lógica jurídica, discurso jurídico, hermenêutica, neoconstitucionalismo, neopositivismo), havendo sutil aproximação ao serem consideradas como uma tendência no conjunto:

“Me dá a impressão, pelo contrário, de que o neoconstitucionalismo consiste em um amontoado (de confins indeterminados) de posturas axiológicas e de teses normativas, entre as quais não é fácil de se identificar alguma tese teórica reconhecível e suscetível de discussão” (GUASTINI, 2013, p.231, traduzi).

174HESPAÑA, ob. cit., pp.478-482.

Voltada também ao raciocínio jurídico, a tendência linguística esteve relacionada ao crescimento do interesse da comunidade acadêmica pela lógica aplicada ao Direito, motivo por que assaz influentes se mostraram obras dessa temática na década de 50, com destaque para autores como Klug e Von Wright. Como resultado, ressurtiu a teoria da argumentação jurídica em expoentes como Viehweg, Perelman e Toulmin e, já nos anos 70, em juristas como Alexy, MacCormick, Peczenick, Aarnio, Dworkin, Summers e Raz<sup>175</sup>.

Sob o enfoque dessa vertente jurídica, a interpretação seria um momento indispensável à determinação do Direito, enquanto processo a transformar o texto em sentido; entretanto, a lei exerceria função de relevo, ao servir de limite linguístico ao momento interpretativo. Com isso, retorna-se a uma situação de importância da argumentação jurídica, que, fundamental ao fenômeno jurídico medieval, restou desprestigiada no alvorecer da modernidade, sob a pecha de porta ao líbito judiciário. Por isso, ao reconhecer-se atualmente a participação indispensável do intérprete, são propostas teorias sobre o método (argumentativo, discursivo e hermenêutico) a ser seguido com o fito de se garantir maior racionalidade na construção do Direito.<sup>176</sup>

Objetivando-se precitar as sociedades de violações como as experimentadas, sobretudo, na primeira metade do século XX, tisonou-se axiologicamente o Direito com o reconhecimento da plena juridicidade à Constituição, não mais dependente da antes inarredável intermediação legislativa. Nessa passagem do Estado legal para o Estado constitucional, os direitos fundamentais ocuparam a centralidade legitimadora que outrora exercera o Direito natural. Por outro lado, a ocasional baixa densidade das disposições jusfundamentais (própria de sua condição política primeva) tornou premente o aprofundamento dos estudos metodológicos acerca de sua aplicação, o que realçou o interesse quanto à argumentação jurídica. Essa preocupação igualmente se fortaleceu com a atual preponderância da democracia, que, tanto interna como internacionalmente, enseja

---

175ATIENZA, ob. cit., pp.71-73.

176“Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. (...)”

“Diante dessa verdadeira revolução copernicana que atravessou o direito a partir do segundo pós-guerra, as diversas teorias jusfilosóficas tinham (ou têm) como objetivo primordial buscar respostas para a seguinte pergunta: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?” (STRECK, 2005, pp.291-293).

debates para encontrar consensos, como se a justificação necessitasse hoje ser justificada.<sup>177</sup>

Levando-se em conta o reconhecimento da indispensabilidade do intérprete no processo de construção do Direito, ressurte essencial prosseguir com o estudo de um modelo de aplicação dos direitos fundamentais alinhado à revalorização argumentativa. Não se olvidando da aversão moderna à insegurança jurídica e ao arbítrio, tal esforço deve empregar o raciocínio próprio de uma teoria analítica, como expediente metodológico voltado a reduzir os riscos que os excessos subjetivistas da interpretação podem oferecer.<sup>178</sup>

---

177“(…) com a passagem do Estado legalista para o Estado constitucional: para que possam considerar-se como Direito válido, as leis têm de subordinar-se a certos critérios de conteúdo que integram ideias de moralidade e de justiça: os direitos fundamentais” (ATIENZA, ob. cit., p57).

178“Se trabalharmos no interior de um paradigma no qual o direito assume um caráter hermenêutico, que decorre da própria característica que marcou o direito a partir do segundo pós-guerra, em que visivelmente a tradição nos mostra o papel interventivo da jurisdição constitucional, então a preocupação de qualquer teoria jurídica deve ser voltada ao enfrentamento das consequências desse fenômeno.

“Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para “a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e,

“b) ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas” (STRECK, ob. cit., pp.299 e 300).

**PARTE II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO NA  
METÓDICA JURÍDICA: DIGRESSÕES NO ESPAÇO DA DOGMÁTICA E DA  
TEORIA DA NORMA**

*Primeiramente, nada existe; em  
segundo lugar, mesmo que  
exista alguma coisa, o homem  
não a pode apreender; em  
terceiro lugar, mesmo que ela  
possa ser apreendida, não pode  
ser formulada, nem explicada  
aos outros.  
Górgias  
Do não ser, ou da natureza<sup>179</sup>*

Antes de mostrar que a cumulação subsidiária de pedidos do processo civil atual é raciocínio milenar<sup>180</sup>, a epígrafe em liça faz transparecer o pensamento da sofística, cujo conteúdo se turvou ao haver sido substancialmente legado à posteridade pelo testemunho de seus adversários, os filósofos<sup>181</sup>. Absolvidos ou não da acusação de manipularem argumentação puramente instrumental, os sofistas emergem como defensores de um viés que considera intangível a relação direta com o objeto, eis ser indispensável à percepção do mundo a instância intermediária da linguagem, isto é, de como o sujeito compreende e se comunica com o que lhe é exterior.<sup>182</sup> Esse modo de raciocinar em muito se assemelha a como hodiernamente os direitos fundamentais são aplicados, uma vez entre o texto e a norma se reputar necessária a interpretação, ainda que limitada pela metódica jurídica.

---

179Tal trecho integra o princípio de um dos poucos discursos que se conservou do longo sofista Górgias (485 a.C. - 376 a.C.), conforme REBOUL, ob. cit., p.6.

180 “Trata-se de aplicação da regra da eventualidade, segundo a qual a formulação das pretensões e exceções deve ser feita no momento específico da postulação. O demandante estabelece uma hierarquia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame de mérito); o terceiro só será atendido se o segundo e o primeiro não puderem sê-lo etc” (DIDIER JR., 2015, p.569). No discurso transcrito, acaso não vingue a primeira proposição, conta-se, sem se incorrer em contradição, com o acolhimento da segunda, cujo insucesso pode ser suportado pela aceitação de uma terceira afirmação.

181 “A partir do século IV a.C., e por obra, sobretudo, de Platão, o termo sofista adquire um matiz mais pejorativo, que persiste até nossos dias, de homem que não se preocupa com a verdade, senão apenas em sua aparência e na utilidade que se pode extrair. (...) Não obstante, não podemos aceitar, sem reservas, esse juízo sobre os sofistas transmitido por seus inimigos, principalmente quando não nos haja legado diretamente nenhuma de suas obras (ao menos, a obra completa)” (RODRÍGUEZ PANIAGUA, 2013, ob. cit., p.24, traduzi).

182REBOUL, ob. cit., pp.7-10.

A palavra interpretação, etimologicamente, advém do Latim *interpres*, que era o sacerdote da primitiva religião romana pré-clássica e que predizia o futuro a partir da análise das entranhas de animais.<sup>183</sup> Em sintonia com a origem do termo, interpretar não apenas designa o resultado de sua atividade, que é a atribuição de sentido, como também sugere a existência de significado oculto no objeto interpretado – ou mesmo inexistente antes da revelação do intérprete, na ótica da sofística antes mencionada. Também assim os direitos fundamentais, para que sejam direitos, carecem de ação interpretativa, a traduzir o texto em norma jurídica.

A indispensabilidade da interpretação, contudo, depara-se com a possibilidade de excessos e, lembrando-se a reação dos modernos à liberdade criativa dos comentadores, postula limites.<sup>184</sup> Atualmente, esse desiderato restritivo é buscado na metódica jurídica, que, no âmbito constitucional, dedica-se aos procedimentos de aplicação e cumprimento da Constituição<sup>185</sup>. Doravante se incursionará nessa seara por meio de suas dimensões da teoria da norma constitucional (sobre categorias normativas) e da dogmática (sobre o controle procedimental interpretativo pelos instrumentos conceituais).

Dessa maneira, abandona-se o exame distanciado permitido pelo recurso ao tempo e, com fundamento nos pressupostos recolhidos, passa-se a transitar no espaço do período atual da aplicação dos direitos fundamentais, sob o propósito de se aproximar do maior

---

183“‘A palavra ‘intérprete’ tem origem latina – *inter pres* – e designava o adivinho, aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas; este conceito popular permanece na expressão ‘desentranhar’ o sentido de algo. A julgar pelo conteúdo jurídico que o termo assumiu – desentranhar o significado das palavras da lei – essa atitude mística e acientífica do adivinho, o *interpres*, pode ser a origem provável da ciência da interpretação, se considerarmos ainda que as origens do direito se confundem com a religião” (COELHO, 1981, p.182).

184“Plantado no princípio da autorreferencialidade da linguagem, eis a assunção do movimento do ‘giro linguístico’. É a retórica, não como singelo domínio de técnicas de persuasão, mas, fundamentalmente, como o modelo filosófico adequado para a compreensão do mundo. Tem-se como não mais existente aquele espaço excessivamente privilegiado de racionalidade, apoiado nos auspiciosos resultados colhidos pela Ciência, tão enaltecido e reverenciado nos tempos do Iluminismo.

“O abandono puro e simples da matriz convencional de recorte cartesiano poderia resvalar para um relativismo exacerbado, representando o perigo de nos movermos em direção ao anarquismo metodológico, sem perspectivas austeras para o projeto científico. Nada obstante, a Filosofia das Ciências continua sua trajetória, cogitando de recursos compatíveis com a produção de paradigmas novos, nos quais se estabeleçam conhecimentos rigorosos, desvencilhados do referencial implacável da ‘verdade absoluta’, mas habilitados a manter de pé o prestígio do discurso científico nos domínios do saber” (CARVALHO, 2015, pp.166 e 167).

185“ ‘Métodos’ de prática e ‘teorias’ dogmáticas são sempre meros recursos auxiliares do trabalho jurídico. São, no entanto, recursos auxiliares cuja peculiaridade, cujos limites, fundamentabilidade e nexos materiais de modo nenhum estão abandonados à gratuidade de modos individuais de trabalho. No âmbito da objetividade restrita que lhe é possível e, não obstante, com caráter de obrigatoriedade, a metódica jurídica deve empreender a tentativa de uma conscientização dos operadores jurídicos acerca da fundamentabilidade, da defensabilidade e da admissibilidade das suas formas de trabalho” (MÜLLER, 2005, p.1-2). No mesmo sentido, CANOTILHO, 2003, p.1117.

controle possível sobre a indispensável interpretação.<sup>186</sup> Para tanto, tal como o sacerdote antigo lia o inefável nas entranhas das vítimas, afasta-se uma primeira camada de tecidos para encontrar as formas mais exteriores das regras, dos princípios e dos postulados, como verdadeiros órgãos a contribuir com a funcionalidade do sistema jurídico. Ao se progredir nessa dissecação científica do Direito, atinge-se o interior das vísceras, a deslustrar o mecanismo básico do antecedente e do consequente, da causa e do efeito, ou, sob outra terminologia bastante tradicional, do suporte fático e da consequência jurídica.<sup>187</sup>

---

186“O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático-normativo adequado de decisão dos casos concretos (como critério-hipótese exigido, por um lado, e a submeter, por outro lado, ao discurso normativamente problemático do juízo decisório desses casos)” (NEVES, 1993, p.84).

187“*A metódica constitucional debate-se ainda com aquilo que já se chamou epigonismo positivista. Por mais que se faça fê numa metodologia pós-positivista que vá além dos textos, os operadores jurídicos mostram-se relapsos em ultrapassar os postulados positivistas: (1) as soluções dos casos encontram-se nos textos das normas; (2) a interpretação / aplicação de normas é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos ‘códigos’. Quem assim proceder não sabe nada de direito constitucional*” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., p.1119).

## Capítulo 1 – Os direitos fundamentais e a teoria da norma constitucional

Se o afã moderno de quase suprimir a interpretação jurídica ressaia inviável, afigurou-se legítima a intenção de evitar uma liberdade interpretativa ampla como a exercida pelos comentadores à época do Antigo Regime e, sob esse propósito, um primeiro nível de controle pode ser obtido através do procedimento hermenêutico a ser utilizado pelo intérprete. Aliás, a socorrer-se novamente das reflexões que a mitologia clássica permite fazer, a ciência dedicada à interpretação, a Hermenêutica, restou cunhada a partir do nome do deus grego Hermes, a quem incumbia o dever de levar os desígnios das divindades à humanidade.<sup>188</sup> Semelhantemente ao caminho percorrido por esse mensageiro, que partia da morada do panteão helênico, no Monte Olimpo, mas que variava conforme o ponto de destino na terra dos homens, a travessia promovida pelo exegeta principia no texto, mas o raciocínio jurídico de aplicação é cambiante em relação à norma obtida.

O procedimento aplicativo, em linha de dependência com a espécie normativa, diz respeito à teoria da norma. Trata-se de campo da metódica constitucional que, no concernente aos direitos fundamentais, importa ser examinado nas categorias das normas jurídicas de primeiro e de segundo grau, isto é, no seccionamento fundado nos níveis da aplicação e do critério de aplicação.

### 1. Os direitos fundamentais e as normas jurídicas de primeiro grau

Se as possibilidades de desenvolvimento de categorias normativas não encontram limites na abstração humana, de suma relevância à articulação do pensamento jurídico atual têm sido as regras e os princípios, alocadas no gênero da norma jurídica.<sup>189</sup> Ditas

---

188 “Mercúrio era o deus romano do comércio, sendo os comerciantes conhecidos como *mercatores*, ou *mercuriales*. (...) Mercúrio é a versão romana de Hermes, deus grego da fertilidade (e portanto ligado ao sexo). Seus emblemas eram o falo, imagens fálicas e o caduceu – duas cobras enroladas num bastão. (...)”

“Hermes cumpria outras funções: divindade ligada às estradas, ao comércio, ao lucro; era também o mensageiro de outros deuses. (...)”

“O Hermes dos gregos que viviam no Egito, Hermes Trimegistus (‘três vezes grande’), estava associado a práticas secretas, chamadas herméticas, cultivadas pelos alquimistas” (SCLIAR, 2003, p.31 e 33).

189Essa ilimitada diversidade conceitual bem se ilustra com o pensamento de Castanheira Neves, que dota os termos ‘norma’ e ‘regra’ de significação diversa da atualmente tradicional dicotomia entre regras e princípios, compreendidas sob o gênero da norma:

como de primeiro grau por atuarem diretamente no mundo dos fatos, essas espécies normativas emergiram em importância quando, em concorrência com o silogismo legal tão celebrado pela pandectística e por seus desdobramentos positivistas, passou-se a reconhecer cogência a formulações de menor concretude - que não eram, ademais, novidade no Direito, como o testemunham os brocardos dos antigos romanos e os axiomas dos modernos. Tal ascensão, na seara conceitual, ocorreu no mesmo contexto de reconhecimento de juridicidade aos direitos fundamentais, quando a parcela não organizatória das Constituições, ao longo do século XX, deixou de ser declaração meramente política<sup>190</sup>.

A historicamente recente juridicidade dos direitos fundamentais, nessa toada, criou a necessidade de se conceber caminhos para sua aplicação, esforço metodológico esse que inevitavelmente recebe os influxos próprios do pensamento de seu tempo e que, destarte, atenta para a diferenciação entre regras e princípios. Há vertente, cumpre elucidar, que propugna haver uma identidade lógica e deontica entre ambas espécies normativas, a tornar inviável o estabelecimento de uma distinção em essência<sup>191</sup>. A primeira condição de declaração política dos direitos fundamentais, entretantes, dotou boa parte do catálogo de formulação dificilmente operacionalizável diretamente por subsunção, resultando

---

“Em síntese: a norma será a expressão de um dever-ser racional (ou com uma qualquer pretensão de objetiva racionalidade), referido a uma *veritas-ratio*; o imperativo será a expressão de uma ordem prescritiva, referida à *voluntas* de uma *auctoritas*-poder; a regra será a expressão de um regulativo convencional, referido a um qualquer *consensus* de auto-determinação” (NEVES, 1998, p.103).

A infinidade de formulações que a abstração jurídica pode assumir, mais que demonstrar a esterilidade da defesa de uma tese como a melhor diante de todas as outras, revela o acerto de se desenvolver um modelo metódico coerente em si e operacionalizável para os fins da aplicação a que se destina.

190A atenção aos princípios, na ciência jurídica, tomou vigor com o paradigmático artigo de Ronald Dworkin “É o Direito um sistema de regras?”, que, mais tarde, passou a ser o capítulo 2 da obra “Levando os direitos a sério”. Moveu, pois, a preocupação do notável jurista norte-americano a discordância frente ao positivismo de Herbert L. A. Hart, principalmente, no ponto em que se admitia o suprimento (pelo ato de autoridade) da insuficiência de um sistema exclusivamente composto por regras, na resolução de casos difíceis (*hard cases*):

“Outra das doutrinas de Wittgenstein que Hart incorpora ou tem em conta – também, neste caso, através, sobretudo, da elaboração ou ulterior desenvolvimento por parte de um de seus seguidores – é a da importância das regras para explicar e compreender a vida social e, em especial, o Direito. (...)

“(...) Em outros termos, é, sim, a prática, a interpretação *a posteriori*, a que determina quais são <<os casos claros, em que os termos gerais parecem não necessitar interpretação>> (...).

“(...) Todavia, deve-se supor (e podemos supor) que nem tudo seja duvidoso; <<é uma condição necessária da existência de um sistema jurídico que nem toda norma seja duvidosa em todos os pontos. A possibilidade de que haja tribunais que, em qualquer momento dado, tenham autoridade para decidir essas questões limites referentes aos últimos critérios de validade, ou seja, referentes à norma de reconhecimento, depende meramente do fato de que, nesse momento, a aplicação de ditos critérios a uma vasta área do Direito, que inclua as normas que conferem aquela autoridade, não origine dúvidas, embora se origine seu preciso âmbito e alcance>>” (RODRIGUES PANIAGUA, 2015, pp.245, 261 e 262, traduzi).

191Conforme notícia SILVA, 2014, pp.29 e 30.

pertinente admitir a espécie normativa mais etérea dos princípios, que se distinguem das regras conforme entendimentos agrupáveis em duas correntes principais.

Com arrimo no reconhecimento dos princípios como pilares do sistema jurídico, desenvolveu-se vertente a diferenciar essa espécie normativa por sua função de nortear a interpretação e a escolha das regras voltadas à aplicação. Ausente texto condicional ao desencadeamento da consequência jurídica, porém, os princípios emanariam apenas indiretamente sua eficácia, por dependerem da subsunção unicamente viabilizada pela estrutura das regras.<sup>192</sup>

Já em atenção ao modo final de aplicação e à forma de resolução de conflitos, distinção diversa é proposta. Independentemente do critério de tudo ou nada das regras (ou verifica-se sua hipótese e desencadeia-se a consequência, ou não há essa verificação, nem a derradeira eficácia<sup>193</sup>), os princípios poderiam ser diretamente aplicáveis por meio de uma relação de mais ou menos, ou melhor, de emprego consoante uma norma principiológica preponderasse sobre outra no caso concreto. Outrossim, enquanto o antagonismo de regras se solucionaria ou pela invalidade de uma, ou pelo reconhecimento de exceção a outra (ambas situações ocorrentes no plano abstrato), nenhum princípio colidente seria expungido do sistema jurídico, muito embora um trinfasse sobre os demais na situação que desafiasse sua aplicabilidade (preponderância a se averiguar no plano concreto)<sup>194</sup>.

A naturalmente decorrer da bifurcação distintiva no tocante às aludidas espécies normativas, a uma teoria analítica é de rigor a explicitação da via seguida, opção que se justificará com base nas críticas tecidas aos posicionamentos existentes. Logo mais

---

192“Ocupámo-nos dos <<princípios éticos-jurídicos>> como critérios teleológico-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio. Qualificámo-los de <<pautas directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas>>. Enquanto <<ideias jurídicas materiais>> são manifestações especiais da ideia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica. (...)

“Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados” (LARENZ, 2019, ob. cit., p.674).

193“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca de obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p.39).

194 “Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2017, p.96).

adiante, outra encruzilhada avultará no horizonte, a demandar a escolha do enquadramento dos direitos fundamentais ou como regras, ou como princípios. É sobre tais questões que os próximos dois tópicos se ocuparão.

### 1.1.Exame crítico sobre as distinções entre as normas jurídicas de primeiro grau

A pluralidade de distinções normativas de primeiro grau, se não conduz à eleição de uma por seu acerto ou pelo desacerto de outra, requer a justificação da escolha com fulcro nos propósitos buscados, que, no caso, voltam-se à aplicação dos direitos fundamentais. Para se decidir entre as possibilidades que se apresentam, faz-se mister atentar para a ausência de identidade entre texto e norma: o quanto prescrito em um dispositivo, por se versar sobre forma de linguagem dependente da intervenção do intérprete para agir no mundo, pode frutificar com o surgimento de uma ou mais normas, ou mesmo de nenhuma. De igual maneira, há normas que não se apoiam objetivamente em qualquer suporte textual.<sup>195</sup> Sob esse filtro de entendimento, impõe-se examinar as já expostas diferenciações entre regras e princípios.

Nessa quadra, observa-se que a distinção lastreada no maior ou menor grau de concreção das normas de primeiro grau, sob o parâmetro da existência textual de hipótese desencadeante eficaz e da correlata consequência, pouco atenta ao evento de o texto se sujeitar à maleabilidade própria de sua formulação linguística. Com efeito, ainda que o poder legiferante haja concebido textualmente uma regra, nada impede que o intérprete desse dispositivo extraia um princípio, ou mesmo que de princípios se deduzam regras.<sup>196</sup><sup>197</sup>

---

195“*A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. (...)*

“*Por analogia aos símbolos linguísticos quaisquer, podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para a sua significação*” (CARVALHO, 2004, p.8).

196“*Uma parte de cada regra, à qual alguns autores se referem como prótase e outros como fatos operativos, especifica o objetivo da regra, as condições factuais deflagradoras da aplicação da regra. Esse componente da regra, a que me referirei como seu predicado factual, pode ser entendido como sua hipótese, porque regras prescritivas podem ser formuladas de modo a começar com um ‘se x’, em que ‘x’ é uma declaração descritiva cuja realização é, ao mesmo tempo, necessária e suficiente condição à aplicação da regra. (...)*

“*Regras também contêm o que eu chamo de consequente, a prescrever o que acontece quando as condições especificadas no predicado factual são obtidas. (...)*

Tal não significa, pois, que o exegeta goze de irrestrita liberdade na construção da norma, porquanto o texto representa efetivamente um limite – a verificação fática da hipótese normalmente há de ser reconhecida como incidência, a postular a consequência positivada. Por outro lado, também tal denota que essa limitação não é absoluta.<sup>198</sup>

A tese distintiva concorrente, ancorada no modo final de aplicação e na forma de resolução de conflitos, igualmente não remanesce imune a críticas. Quanto ao critério de tudo ou nada atribuído às regras, a pretendida aplicabilidade absoluta precisa ceder no confronto com exceções concretas, que o relativizam. Ocorre que, sem embargo de eventuais conceitos jurídicos indeterminados<sup>199200</sup> na hipótese de incidência a obnubilar a automaticidade da subsunção, consequência é obstada, por vezes, mesmo quando

---

“No entanto, qualquer norma pode ser reformulada à canônica fórmula de um hipotético predicado factual seguido de seu consequente. ‘Não pise na grama’ equivale a ‘se estiveres sobre o gramado, serás convidado a sair’, ao passo que ‘requer-se aos cavalheiros o uso de traje formal’ significa o mesmo que ‘se és do gênero masculino e se desejas ingressar neste restaurante, precisas vestir traje formal’” (SCHAUER, 1998, p.23, traduzi).

197No Direito Penal ocidental, por exemplo, a limitação ao Estado de se considerar crime fato anterior à sua tipificação como ilícito penal estrutura-se, em verdade, como regra (prevê-se a consequência da inconstitucionalidade ao ato estatal que incorra na hipótese de criminalizar conduta praticada antes da criminalização). Porém, tamanha é sua fundamentalidade ao sistema jurídico que se intenciona informar toda a interpretação criminal com base nessa regra, o que permite sua reconstrução como princípio, para além de meramente deflagrar a eficácia de invalidação a partir do silogismo subsuntivo. Essa é a interpretação que se pode fazer para preservar a tradicional denominação da legalidade penal como norma principiológica, diante de doutrina desenvolvida muito antes das atuais precisões conceituais entre regras e princípios:

“O princípio da legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esta última construída por Feuerbach, no começo do século XIX” (TOLEDO, 2015, p.21).

198“Em um argumento jurídico, ninguém começa com uma folha em branco e procura elaborar uma conclusão razoável *a priori*. A solução oferecida deve-se fundamentar em alguma proposição de lei, precisando-se mostrar que tal proposição é coerente, de algum modo, com outras proposições que consideramos como expressões de leis estabelecidas. Quem elabora argumentos jurídicos e toma as decisões não aborda problemas de decisão e justificação no vazio, mas no contexto de uma plêiade de materiais que o guiam e justificam as decisões, a restringir o âmbito em que se pode tomar legitimamente as decisões dos órgãos públicos” (MACCORMICK, 2016, pp.83 e 84, traduzi).

199“A utilização de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados é, de resto, sobejamente conhecida pela literatura jusprivatista. De forma sempre perspicaz, Manuel de Andrade lembraria a este respeito que existem ‘disposições do sentido instável’, ‘conceitos essencialmente flexíveis’, ‘meras directivas gerais muito vagas e elásticas’ cuja consistência exacta a lei não especifica (noções de acto ou facto ‘reprovado’ ou ‘contrário à moral pública’, de ‘bom pai de família’, de ‘proprietário prudente’, de ‘bom nome e reputação’, de ‘boa fé’, de ‘motivo grave’). Em todos esses casos – acrescenta Andrade -, a lei abdicando de uma parcela de poder de normação, em vez de estatuir um preceito rígido e mecânico, limita-se a fornecer um simples quadro, um molde, uma forma, destinada a receber matéria que há-de vir de fora... (...) Os americanos chamam-lhe ‘estalões’ ou ‘padrões’ (*standards*) jurídicos; Wurzel pôs-lhe o nome de ‘conceitos válvulas’ (*Ventilbegriffe*), considerando-os uma espécie de válvulas de segurança do mecanismo legislativo; e Polaco falou a este respeito de ‘órgãos respiratórios da legislação’” (CANOTILHO, 2001 (B), pp.889 e 890).

200“As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis” (MARTINS-COSTA, 1998, p.131).

faticamente presentes os pressupostos do suporte fático (fenômeno da superabilidade<sup>201</sup>). Conforme a própria origem etimológica o denuncia, regras são concebidas para situações regulares, normais, podendo-se revelar de todo inadequadas frente a casos concretos irregulares – ou melhor, que escaparam, no plano concreto, à imaginação do legislador.<sup>202</sup> Ao contrário, igualmente é possível que o efeito jurídico se reconheça a situação sem a incidência dos pressupostos da hipótese, que é o quanto se sucede na analogia<sup>203204</sup>.

Quando atrelada à forma de resolução de conflitos, essa proposta distintiva esbate-se com objeções assemelhadas às já apontadas. De se referir, de imediato, que a seleção de fatos e de aspectos fáticos a serem considerados pelo intérprete na conclusão sobre o preenchimento do suporte fático da regra envolve, para tal mister, raciocínio em que razões são ponderadas (com o fito de incluir e de excluir fatos na apreciação), atividade essa a se revelar ainda mais aguda diante de conceitos jurídicos indeterminados. É possível haver, outrossim, razões imperiosas a afastar a aplicação de uma regra incidente ao caso sem que

---

201A teorização da “superabilidade” das regras é influenciada decisivamente pela superação (*overruling*) de precedentes (de elevado grau de rigidez, devido ao *stare decisis*) no *Common Law*, sistema em que se pode distinguir 3 tipos de *overruling*:

“O primeiro tipo ocorre em situações em que inovações tecnológicas ou avanços tornam o precedente obsoleto.” (...)

O segundo maior tipo de superação de precedente ocorre quando a modificação ou abandono do precedente é necessário para trazer o *Common Law* em sintonia com a evolução social ou moral, isto é, quando os valores substanciais sob os quais o precedente se baseou não mais são tolerados. (...)

“Um terceiro tipo de superação justificada sucede-se nas situações em que subsequentes experiências mostram que o precedente foi substancialmente equivocados, ou mal concebido, desde o princípio” (SUMMERS, 1997, pp.396 e 397, traduzi).

202Esse é o resultado inexorável do fenômeno da textura aberta das normas:

“Regras, portanto, dobram-se a predicados factuais que são (usualmente) probabilísticos e generalizações pouco inclusivas em relação à justificação de ser da própria regra. Já que generalizações são necessariamente seletivas, generalizações probabilísticas incluirão algumas propriedades que, em casos particulares, mostrar-se-ão irrelevantes, sendo que todas generalizações, a levar em conta ou não probabilidades, excluirão algumas propriedades que, em casos particulares, seriam relevantes. (...)

“Logo, mesmo regras que agora não limitam algo diverso de seu escopo, nem deixam de prever algo no sentido a que se destinam, incorrerão nesses vícios. A mais precisa regra é potencialmente imprecisa.

“O quanto exposto é meramente uma adaptação do fenômeno da textura aberta identificado por Friedrich Waismann. (...) Textura aberta é a ineliminável possibilidade de vagueza, a não erradicável contingência de que mesmo o aparentemente mais preciso termo, quando confronta situação não antecipada quando de sua definição, torna-se vago. (...) Textura aberta é a indelével característica da linguagem, a consequência da confrontação entre a linguagem estática e o mundo em sua contínua mutação e também em sua faceta desconhecida” (SCHAUER, ob. cit., pp.33-36, traduzi).

203“O que se entende por analogia legal é a aplicação de uma regra legal a um caso que, sob o ponto de vista da linguagem comum, não se inclui nem no centro, nem na periferia de sua área de aplicação, mas, de forma relevante, assemelha-se aos casos cobertos pela lei em alguns aspectos essenciais (PECZENIK, 2005, p.20, traduzi).

204Cabe prestigiar o seguinte didático exemplo de analogia:

“O legislador, por meio da lei A, regulou o fato B. O julgador precisa decidir o fato C. Procura e não encontra no direito positivo uma lei adequada a este fato. Percebe, porém, que há pontos de semelhança entre o fato B (regulado) e o fato C (não regulado). Então, por analogia, aplica ao fato C a lei A” (JESUS, 2009, p.4).

haja sua expulsão do sistema jurídico por invalidade, ou sem a incidência de alguma exceção abstratamente posta.<sup>205</sup>

As observações feitas, uma vez serem, em parte, situações marginais, não levam ao abandono da distinção do modo final de aplicação e da forma de resolução de conflitos, mas à necessidade de seu aperfeiçoamento: ao invés de se prender à estrutura condicional do texto (se absoluta ou relativa), impõe-se fundar na maneira como o intérprete o ressignifica (finalisticamente, para os princípios; comportamentalmente, para as regras)<sup>206</sup>. Em lugar de se considerar os princípios (em si) como mais ou menos otimizados, verifica-se ser o estado de coisas buscado por essas normas de que se pode aproximar mais ou menos<sup>207</sup>. Ao contrário de se vincular à condicionalidade textual das regras, mais decisivo é o fator de maior carga argumentativa necessário para se afastar do dispositivo dessa espécie normativa - em processo semelhante ao da superação da *opinio communis doctorum* dos comentadores, mas com a rigidez reforçada que a lei enseja.

A partir da compreensão franqueada por essas aquisições metodológicas, atinge-se maior lucidez quanto à aplicação pragmaticamente possível das normas jurídicas. Além disso, é possível seguir com a discussão sobre o enquadramento dos direitos fundamentais como regras, ou como princípios.

---

205“(…) uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?” (ÁVILA, ob. cit., p.75).

206 “De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência. De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética” (*Id.*, *ibid.*, p.63).

207 “Robert Alexy caracterizou os princípios jurídicos como mandatos de otimização. O princípio necessita de uma clarificação conceitual. (...) O princípio não pode, conceitualmente, ser um mandado de otimização. Dito mandado é uma proposição normativa acerca dos princípios e, como tal, é necessariamente parecido com uma regra: ou se segue, ou não se segue. Portanto, o mandado de otimização não pode ser aplicado ‘mais ou menos’. Ou se otimiza, ou não se otimiza” (AARNIO, 2000, p.598, traduzi).

## 1.2.Sobre a qualificação dos direitos fundamentais como regras ou como princípios

Sendo as normas de primeiro grau aquelas destinadas a diretamente promover a ordenação dos fatos pelo Direito, especificar os direitos fundamentais como regras, ou como princípios, equivale a designar o seu método de aplicação. Para tal esforço de capital relevância prática, são de subida importância os apontamentos já feitos a respeito da diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, da desidentificação entre texto e norma e dos critérios distintivos entre regras e princípios.

No contexto dos pressupostos alhures examinados, o rol de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, em grande medida, corresponde ao conjunto de direitos fundamentais estabelecidos nas ordens jurídicas dos diferentes países, o que se tributa à origem comum de ambos na doutrina do Direito Natural. Porém, não há coincidência entre tais catálogos em função de inexistir vinculação que submeta o legislador a positivar tal correspondência na Constituição. Por força dessa mesma liberdade, o exercício do poder constituinte pode tanto instituir, como direito fundamental, texto cuja hipótese de incidência e cuja consequência explícitas amoldem-se estruturalmente às feições de uma regra como, atendo-se a um estado de coisas a ser atingido, manifestar-se como princípio.<sup>208</sup>

Na transição entre o texto e a norma, contudo, o intérprete pode extrair princípios de um direito fundamental dotado de claros suporte fático e consequência, bem como, no processo hermenêutico de aplicação, formular a regra através da qual melhor se otimiza, no caso concreto, o estado de coisas cuja promoção foi inserida na universalidade jusfundamental. Essa passagem de estados, predicada por alguns como o caráter dúplice

---

208 Não se descarta aqui da realidade atual de alguns Estados a respeito de uma partilha no exercício de seus poderes soberanos. A se tomar o constitucionalismo português por parâmetro, pelo princípio da integração europeia, “(1) a soberania exclusiva dos órgãos do poder político no âmbito de validade e eficácia da Constituição portuguesa sofre as restrições resultantes da ‘partilha de poderes’; (2) a abertura da ordem jurídica portuguesa ao direito comunitário resultante da integração europeia implica a validade e aplicação directa na ordem interna do direito comunitário europeu” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., p.367). Guardadas tais peculiaridades contemporâneas, a liberdade a que se alude é aquela de natureza racional que se atribuiu ao poder constituinte em sua gênese teórica sob Sieyès:

“Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. (...)

“Existe alguma autoridade anterior que pudesse dizer a uma multidão de indivíduos: Eu vos reúno sob tais leis; vós formareis uma nação nas condições que vos prescrevo? (...)

“Repetindo: uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo” (SIEYÈS, 2001, pp.49-51).

dos direitos fundamentais<sup>209</sup>, mais se deve à condição do Direito enquanto linguagem e argumentação<sup>210211</sup>.

Destarte, acaso a construção interpretativa da norma de direito fundamental resulte diretamente em uma regra, a constatação da suficiência do suporte fático há de acarretar a consequência decorrente – por exemplo, a inconstitucionalidade de crime para fato ocorrido anteriormente à lei incriminadora, ou a invalidade de imposto a alcançar fato gerador precedente à lei institutiva do tributo. Levando a exegese a um princípio (o que é mais comum, dada a origem jusnaturalista do catálogo), pode-se vislumbrar apenas provisoriamente o âmbito de proteção, que apenas restará iluminado claramente através da ponderação em contraste com o âmbito de proteção colidente de outros princípios. Delimitado o que se protege, a análise do caso concreto conduzirá à regra, ou melhor, aos pressupostos a serem preenchidos na situação específica e à consequência dirigida ao estado de coisas perscrutado pela norma principiológica de direito fundamental.<sup>212</sup>

---

209“O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.141).

210“(...) o recurso ao argumento linguístico não significa necessariamente a adesão a postulados dedutivo positivistas. Em vez de se falar de uma interpretação ‘gramatical’ ou ‘semântica’, deverá falar-se de um segmento hermenêutico textual. O que se procura não é o sentido ou conteúdo semântico de um enunciado linguístico, mas sim a demonstração da sustentabilidade de uma fundamentação jurídico constitucional que, entre outras coisas, toma em consideração o significado atribuído a uma disposição linguístico-constitucional” (CANOTILHO, 2001 (B), ob. cit., p.696).

211“Na fundamentação de uma norma segundo os critérios de validade de um ordenamento jurídico, pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade. Isso tem especial importância se, entre os critérios de validade, encontram-se limites constitucionais; por exemplo, um rol de direitos fundamentais. A argumentação jurídica pode ser de importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade dessa norma” (ALEXY, 2020, pp.203 e 204).

212É a dita lei de colisão:

“Se uma ação h preenche C, então h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais,

“C é o pressuposto do suporte fático de uma regra” (...).

“(K) Se o princípio P<sup>1</sup> tem precedência em face do princípio P<sup>2</sup> sob as condições C: (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>) C, e se do princípio P<sup>1</sup>, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R.

“Uma formulação menos técnica seria:

“(K’) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

“Essa lei, que será chamada de ‘lei de colisão’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida” (ALEXY, 2017, ob. cit., pp.98 e 99).

Pode haver casos em que será necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente. Nessa situação, o princípio tem precedência sob outro sob certas condições e apenas em relação a uma consequência jurídica: (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>) C, R’. R’ seria o símbolo de “consequência jurídica limitada”.

Tal modo de proceder sintetiza, pois, o método de aplicação dos direitos fundamentais, que, de outro vértice, percebe-se exposto apenas em suas peças mais exteriores ao começar a trazer à lume os elementos da sùtil argamassa de sua lógica, como a ponderação. Neste ponto, não ressaí mais precoce abordar a temática das normas jurídicas de segundo grau.

## 2.Os direitos fundamentais e as normas jurídicas de segundo grau

À efetividade dos direitos fundamentais, que se podem manifestar como regras ou como princípios, devem ser tomadas decisões necessárias à subsunção e à promoção do estado de coisas a ser buscado por imposição jurídica, ou mesmo aos conflitos e às colisões. A nortear tais escolhas, são essenciais critérios, que, enquanto tais, assumem a condição de normas prestantes à aplicação de outras normas.

Dessa maneira, em contraposição às normas dirigidas ao objeto de aplicação, ditas de primeiro grau, é possível perceber outro nível de abstração que se devota ao aplicador e que, por isso, recebe designações como metanormas, postulados normativos aplicativos ou normas jurídicas de segundo grau. Por se situarem na instância metódica, não se confundem com sobreprincípios como o Estado de Direito e a segurança jurídica, que, a despeito de também serem empregados como diretrizes a outras normas, estão no patamar da aplicabilidade e, eventualmente, podem resultar diretamente densificados na prática.<sup>213</sup> Igualmente por conta do pertencimento ao domínio do método, os aludidos postulados não entram em contradição com outras normas, diversamente de o que se sucede, por estarem no plano da aplicação, com as regras e com os princípios.<sup>214</sup>

Na medida em que remetem ao modo como as regras e os princípios devem ser aplicados, as normas de segundo grau são assaz relevantes à aplicabilidade dos direitos fundamentais e, por conseguinte, merecem consumir detida atenção. Para tanto, serão

---

213Nesse sentido, ÁVILA, ob. cit., p.164.

214Mesmo que as normas de segundo grau sejam, por vezes, classificadas como princípios, não como uma terceira espécie normativa, restam distintas dos princípios (então) de primeiro grau, sendo a distinção em si o ponto relevante:

“Muitos princípios (efetivamente, não todos) não são normas de conduta comuns, senão metanormas, ou ‘normas de segundo grau’ e, mais precisamente, normas sobre a aplicação do Direito: normas que não se dirigem, pois, aos cidadãos privados, senão aos órgãos jurisdicionais e administrativos, não se referindo diretamente à conduta, mas a outras normas” (GUASTINI, 1999, pp. 149 e 150, traduzi).

examinadas conforme suas diretrizes demandem ou não critérios e elementos determinados, o que leva a seu agrupamento em postulados específicos e inespecíficos.

## 2.1. Os direitos fundamentais e os postulados inespecíficos

As diretrizes de aplicação dos direitos fundamentais, por vezes, não se adstringem ao relacionamento de categorias específicas de elementos (bens, interesses, razões, direitos, valores e princípios), nem obedecem a critérios de articulação predeterminada, mais se aproximando de ideias gerais. Ainda assim, são de notável valia para a interpretação desse catálogo jurídico, merecendo destaque, enquanto espécies desse gênero, a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso.

De se referir que, com o propósito de delimitar critérios estritos, muitos autores terminam por atribuir à ponderação encadeamento metódico próprio ao da proporcionalidade. Todavia, o emprego desse termo a nominar atividade interpretativa de menor rigor denuncia se tratar de expediente mais genérico, consistente em conferir pesos aos elementos relacionados à decisão, em lógica erigida pelo exegeta conforme o caso concreto. A retidão do procedimento vincula-se à consideração de todos os argumentos envolvidos e à justificativa da solução obtida a partir das grandezas atribuídas, acompanhando-se tal, se possível, da extração de regras de relação a firmarem utilização para além da situação em apreço.<sup>215</sup>

Quando o caso relaciona valores parcial ou totalmente antagônicos, a ponderação pode ser orientada pela concordância prática. Entende-se, sob tal postulado, o dever de otimizar ao máximo a realização dos elementos em oposição, segundo o juízo do intérprete, eis não haver caminho metódico predeterminado a respeito de como há de ser efetivada essa máxima promoção.<sup>216</sup> Também a nortear tal dialética, mas em sentido

---

215 Nesse sentido, ÁVILA, ob. cit., pp. 185 e 186.

216 A doutrina, por vezes, predica a concordância prática de princípio, muito embora sua instrumentalização (que é o ponto efetivamente relevante) coincida com o que aqui se expressa por norma de segundo grau (a terminologia de preferência, por certo, é questão de somenor importância diante do sentido):

“Princípio da concordância: o princípio de unidade da Constituição, segundo Hesse, ao qual acrescento a paridade de classificação dos preceitos constitucionais, obriga, quando houver colisões entre tais preceitos, à tomada de uma técnica de interpretação otimizadora, não uma técnica de exclusão, própria das regras jurídicas; de forma que nenhuma das normas constitucionais em conflito fiquem sem aplicação e que todas alcancem a maior efetividade prática possível. (...)”

oposto, figura a proibição de excesso, que intenta conter a atividade do intérprete aos limites do aniquilamento de grandeza ofuscada pela preponderância de outra. Escuda-se evitar, com isso, restrição que subtraia um mínimo de eficácia ao direito fundamental, sem, entretanto, definir-se de antemão o modo como se detectam tais fronteiras intransponíveis.<sup>217</sup>

Como é possível ser percebido, a inexistência de diretrizes metódicas estritas ensejam maior dependência dos expedientes destacados à indústria do intérprete. Diversamente, o percurso exegético apresenta-se mais claro à luz da estruturação dos postulados específicos, a serem telados a seguir.

## 2.2.Os direitos fundamentais e os postulados específicos

Outras normas jurídicas de segundo grau há que, diferentemente de ideias gerais sem estruturação preestabelecida, guiam a interpretação dos direitos fundamentais por critérios definidos, podendo, inclusive, complementar o emprego dos postulados inespecíficos. Se a terminologia utilizada, por se sujeitar às preferências doutrinárias, pode ser cambiante, de maior relevo é a identificação do conjunto de diretrizes consagrado por sua utilidade. Sob esse enfoque, destacam-se as metanormas que, segundo nomenclatura tradicional, costuma-se designar por proporcionalidade, razoabilidade e igualdade.

Em sintonia com tais ilações, é de se vincar a não coincidência entre a compreensão do senso comum e a técnica jurídica a respeito da proporcionalidade, eis que,

---

“O ponto de partida, como ocorre com frequência, deve ser o de lograr a máxima concordância possível entre postulados constitucionais que se chocam em alguma medida. Nesse princípio, é possível de se identificar o tradicional cânnon lógico-sistemático. Com efeito, já se pronunciou o Tribunal Constitucional no sentido de que o princípio de interpretação sistemática da Constituição está destinado a harmonizar os valores essenciais estabelecidos ou reconhecidos pelo próprio diploma constitucional, entre os quais se encontram os direitos fundamentais, as liberdades públicas e a forma política parlamentarista (...)” (DOMÈNECH, 2016, pp.93, 96 e 97, traduzi).

217“O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (...). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. arts. 18º/2, 19º/4, 265º e 266º/2). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores e sentenças judiciais pretendem derivá-lo do princípio do estado de direito (...), outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais (...)” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., pp. 266 e 267).

diversamente da ideia geral de uma (justa) proporção, os rigores do mencionado postulado aplicativo específico demandam a observância de critério composto por três regras. Nesse sentido, faz-se mister, primeiramente, aferir a adequação, correspondente à aptidão de a medida analisada atingir a finalidade a que se destina. Sendo adequado, o objeto de exame precisa ainda ser necessário, isto é, não haver outro meio que promovesse o desiderato com menor grau de restrições aos direitos fundamentais eventualmente afetados. Certificada tal necessidade, impõe-se conferir, em ótica utilitarista, se as vantagens prometidas pelo fim superam as desvantagens decorrentes de sua implementação.<sup>218219</sup>

Além disso, os critérios expostos viabilizam dessumir que a proporcionalidade somente tem aplicação quando o caso em liça relacionar meios e fins. Para postulados diversos, as condições são também outras, como na razoabilidade, cuja utilização é reclamada quando dificuldades surgem na transição da generalidade do texto abstrato para a particularidade da norma concreta<sup>220</sup>.

---

218“As duas primeiras regras de argumentação que a compõem (1.exigência de adequação e 2.exigência de necessidade) se seguem do caráter de ‘princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas’, ao passo que a terceira delas (3.proporcionalidade em sentido estrito) se segue da relativização dos princípios jurídicos ante as possibilidades normativas. O postulado da proporcionalidade (com suas três regras parciais) e o caráter principiológico de certas normas jurídicas são duas faces de uma mesma moeda.

“A proporcionalidade aparece, assim, como uma estrutura complexa de um raciocínio implícita na essência da ideia de otimização” (BUSTAMANTE, 2006, p.84).

219A despeito da clareza de tais diretrizes, os casos concretos frequentemente não eximem o exegeta do exercício de atividade complexa, conforme se pode ilustrar com a seguinte brilhante articulação de ideias sobre o princípio da precaução:

“A última característica das medidas decorrentes do princípio da precaução é deverem ser proporcionais. A proporcionalidade tem, em todo o processo de aplicação do princípio da precaução, um papel-chave. Mas se a proporcionalidade pressupõe uma comparação seguida de uma ponderação, quais são aqui os elementos a ter em consideração?

“As medidas devem ser proporcionais às ponderações feitas anteriormente:

“a) por um lado, às vantagens e inconvenientes (ambientais, sociais e económicos) que decorrem da autorização da actividade, da aprovação do produto ou da aplicação da tecnologia;

“b) por outro, ao nível de protecção definido como adequado, pelos poderes públicos (e que pode não corresponder à aceitabilidade social do risco, como já vimos antes). (...)

“Se as vantagens da actividade, produto ou tecnologia forem mínimas, os inconvenientes, forem significativos e o nível de protecção exigido, for elevado, então a medida proporcional e adequada poderá ser uma proibição *tout court*” (ARAGÃO, 2008, p.51).

220De se consignar que há doutrina a identificar e a desidentificar a razoabilidade em relação à racionalidade:

“A nível da literatura especializada, não existe acordo sobre se é possível fundamentar uma distinção entre ambos conceitos. Enquanto alguns autores partem de uma distinção estrita entre o racional e o razoável, outros autores consideram que tal distinção não é tão clara e que haveria uma espécie de justaposição entre ambos termos. (...) Com base nessa distinção, podemos afirmar que, a um nível aplicativo, a racionalidade é um critério relacional que serve para determinar a adequação de um meio a um fim, ao passo que a razoabilidade está referida à aceitabilidade no tocante a questões valorativas. No âmbito do discurso jurídico, ambos conceitos são interdependentes, dado que a racionalidade requer ser razoável para poder ser aceitável” (QUISPE, 2016, pp.211 e 212, traduzi).

Quanto às diretrizes da razoabilidade, a composição dos critérios igualmente conta com uma tríade de regras, mas cada uma pode atuar isoladamente para a satisfação do postulado. Em sua dimensão da equidade, atinente à harmonização da norma geral com o caso particular, razoável é a interpretação consoante o que normalmente ocorre, como a pressuposição do agir de boa-fé dos envolvidos, ou a que, ao contrário, supera o texto estrito quando a generalização legal se mostra inapta a disciplinar a especial singularidade da situação<sup>221</sup>. Já como equivalência, a metanorma em comento exige correspondência justificável entre a medida e o critério eleito, a exemplo da relação entre a culpabilidade do agente e sua pena, na restrição ao direito fundamental à liberdade que o sancionamento criminal representa<sup>222</sup>. Enquanto congruência, a razoabilidade demanda suporte empírico existente<sup>223</sup>, como a exigência de o poder público ser veraz na informação de estar protegendo o meio ambiente, diante do apontamento de omissão estatal no desmatamento não autorizado de floresta por particulares.

A completar o quadro, é imprescindível não se olvidar da igualdade, que, na realidade linguística do Direito, insere-se em categorias distintas, conforme a reconstrução normativa do texto: pode-se apresentar como regra - na proibição ao tratamento discriminatório -, como princípio - a ordenar estado de coisas a ser (igualmente) promovido - e mesmo como postulado - ao normatizar a aplicação de outras normas.<sup>224</sup> Na condição de metanorma, suas diretrizes consistem em orientar o manejo do critério

---

221Essa ideia a respeito da equidade vai ao encontro do escólio de Aristóteles sobre o assunto:

“O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie.

“Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta” (ARISTÓTELES, 2010, p.125).

222Nesse sentido, ÁVILA, ob. cit., p.202.

223“É um conceito relacional que expressa a ideia de conformidade ou correspondência entre os elementos que relaciona. A congruência a nível da motivação vem a ser, portanto, o produto da coordenação e a correspondência existente entre os distintos argumentos ou razões que a conformam” (QUISPE, ob. cit., p.215, traduzi).

224ÁVILA, ob. cit., p.193.

diferenciador (seja esse qual for) em sintonia com a finalidade<sup>225</sup>. O mesmo estado pode ser, a depender do parâmetro, inquinado de igual ou desigual, como uma criança de tenra idade, que, penalmente, é inimputável, mas que, se herdar patrimônio, haverá de recolher o imposto de transmissão *causa mortis* tal como um adulto – diversamente em relação à seara criminal, aos fins da tributação o critério etário é indiferente<sup>226</sup>.

Dessa forma, os direitos fundamentais, na passagem hermenêutica do texto para a norma, orientam-se pelos postulados e, assim, apresentam-se como regras ou princípios, em formatação regente de seu modo de aplicação. Essa articulação metódica, já representativa por si só de algum grau de controle sobre a interpretação, pode-se ainda robustecer em seu desiderato limitador pela partição da norma em seus elementos componentes, o que remete à estruturação analítica da teorização formal empreendida, ou, em outras palavras, aos estudos do suporte fático dos direitos fundamentais.

---

225“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele” (MELLO, 2002, p. 37).

226Exemplo de aplicação da igualdade, enquanto coerência entre o critério e a finalidade distintiva, encontra-se em argumento clássico do emergente Direito Animal (possivelmente, a nova fronteira a ser transposta no movimento inaugurado pelos direitos naturais, a indicar que a dignidade relevante não é apenas a humana). Para sua compreensão, importa preliminarmente definir o que seria especismo:

“Especismo é um termo que se refere à postura, sob diferentes valores, em relação a seres e seus interesses justificada com base na espécie a que pertencem” (ROBERTSON, 2015, p.21, traduzi).

A partir dessa definição, pode-se ilustrar a aplicação da igualdade nas palavras do célebre filósofo Peter Singer (que, conquanto se valha da terminologia ‘princípio’, emprega o mesmo sentido aqui proposto para postulado, pelo evento de a consideração aos animais se dever pautar não pelo critério da espécie, mas pelo da capacidade de sofrer):

“(…) o sexo de uma pessoa não serve como orientação para avaliar suas capacidades ou habilidades; eis por que a discriminação com base no sexo não se justifica.

“(…) Seria um contrassenso afirmar que não é do interesse de uma pedra ser chutada na estrada por um menino da escola. Uma pedra não tem interesses porque não sofre. Nenhum modo de atingi-la fará diferença para o seu bem-estar. A capacidade de sofrer e de sentir prazer, entretanto, não apenas é necessária, mas também suficiente para que possamos assegurar que um ser possui interesses – no mínimo, o interesse de não sofrer. Um camundongo, por exemplo, tem interesse em não ser chutado na estrada, pois, se isso acontecer, sofrerá. (...)”

“Os sexistas violam o princípio da igualdade ao favorecer os interesses do próprio sexo. Analogamente, os especistas permitem que os interesses de sua espécie se sobreponham aos interesses maiores de membros de outras espécies. O padrão é idêntico em todos os casos” (SINGER, 2013, pp. 6-15).

## Capítulo 2 – O suporte fático dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, externamente constituídos como regras ou princípios, internamente contêm a estrutura do suporte fático, que representa instrumental da abstração jurídica de grande valia à metódica interpretativa. É oportuno salientar que, por vezes, sucede aos instrumentos tornarem-se algo diferente de o que eram em seu princípio, tal como, inspirando-se novamente na mitologia clássica, ocorreu ao caduceu de Hermes: inicialmente concebido como um cajado de peregrino, foi depois ornado por duas serpentes entrecruzadas – a simbolizar a ascensão do patrono dos viajantes ao *status* de divindade da interpretação, que pacifica as teses colidentes com uma trave entre ambas.<sup>227</sup> De modo semelhante, o suporte fático nasceu sob formatação e propósitos outros em comparação aos que, séculos mais tarde, apresentaram-se à utilidade do catálogo jusfundamental.

Com efeito, a ideia de suporte fático originou-se do termo alemão *Tatbestand*, o qual, na dogmática germânica do processo inquisitório medieval, designava o conjunto de circunstâncias objetivas de prova de um crime – aproximadamente ao que hoje se conhece por *corpus delicti* - e que, em momento ulterior, assumiu acepção material, atinente às condições imprescindíveis à consideração de um fato como crime.<sup>228</sup> A superar tal serventia primeva, a jurisprudência dos conceitos depois empregou a mencionada palavra na construção da parte geral do Direito Civil, dotando-a da significação mais genérica de pressuposto necessário ao desencadeamento dos efeitos jurídicos - como se fosse, no Direito, a relação de causa e efeito observada na natureza, na esteira da influência do progresso científico sobre o pensamento jurídico da época. Sob essa (útil) acepção, o vocábulo em comento não apenas posteriormente transpôs os limites do Direito Privado, ao

---

227O caduceu foi o bastão com que Apolo regalou Hermes em recompensa pela invenção da lira, concebida através de tripas de bois esticadas sobre um casco de tartaruga. Posteriormente, a divindade mensageira apartou duas serpentes que se enfrentavam. Pacificadas, agregaram-se ao aludido cajado - instrumento utilizado para as apaziguar. Sobre o assunto, CHEVALIER; GHEERBRANT, 2015, pp.160 e 487.

228A essa temática contribuem as considerações sobre termo jurídico italiano *fattispecie*, correspondente de suporte fático:

“Quando, além disso, foi introduzido, em nossa literatura jurídica, assumiu o mesmo significado que, na Alemanha, atribui-se a *Tatbestand*.”

“A doutrina penal germânica utilizou, primeiramente, tal termo para expressar o que, até então, entendia-se por *corpus delicti*, sendo que, em sua longa evolução, esse conceito perdera quase todo seu sentido processual (designava, no processo inquisitório medieval, as circunstâncias objetivas constituintes da prova do crime) para passar a significar o complexo de circunstâncias necessárias à imposição de uma pena prevista nas leis criminais. Nessa acepção, de causa dos efeitos jurídicos, o termo *Tatbestand* (*fattispecie*) tornou-se comum a todas as disciplinas, a exprimir um conceito fundamental na dinâmica do Direito (...).

“A doutrina tradicional define o suporte fático, segundo visto, como causa dos efeitos jurídicos” (CALASSO, 1967, pp.926 e 927, traduzi).

servir a outros ramos jurídicos, como passou a ser traduzido e incorporado à doutrina de diversos países, em compasso com a projeção alcançada pela pandectística.<sup>229</sup>

De se referir que, malgrado a falta de uniformidade na transliteração do citado vocábulo tedesco conforme a disciplina jurídica e a doutrina nacional, segue a ser a mesma a lógica de identificação do conjunto de elementos abstratos que, se ocorrentes na realidade, ensejam a consequência da norma jurídica, dentro das especificidades próprias de cada ramo. No Direito Tributário, por exemplo, a obrigação de pagar tributo deriva do preenchimento da hipótese de incidência pelo fato gerador<sup>230</sup>; no Direito Penal, a imposição de pena depende do cometimento de conduta nos moldes descritos no tipo<sup>231</sup>.

O Direito Privado convive, segundo as opções cambiantes da literatura, com a locução suporte fático para designar a ideia de *Tatbestand*,<sup>232</sup> o que tem sido também a preferência no Direito Constitucional. Versando-se sobre conceito central na operação abstrata de que dimanam os efeitos jurídicos, seu detalhamento é essencial às preocupações voltadas à aplicação dos direitos fundamentais. Entre as abordagens possíveis, a acepção em evidência oferece-se ao exame tanto em si mesma como em relação a fatores alheios que lhe podem gerar repercussões, vias essas a serem trilhadas no seguimento deste estudo.

---

229“A teoria dos fatos jurídicos é um peculiar fruto da jurisprudência dos conceitos: desenvolve-se em paralelo com a construção da ‘parte geral’ do Direito Civil. (...)”

“(...) o conceito de ‘fato’ pode relevar juridicamente em perspectivas distintas e precisamente: a) ‘fato’ como elemento constitutivo (*Tatsache*, ou melhor, ‘fato’) de uma categoria mais abrangente de diversos elementos de fato. Tal categoria abrangente pode ser chamada ela mesma de ‘fato’, ou ‘fato complexo’, ou ‘suporte fático’ (*fattispecie*), ou, na doutrina alemã, *Tatbestand* (como compreensão da *Summe der Tatsachen*, isto é, da ‘soma dos fatos’), ou *der Merkmalen* (subsídios) de um certo comportamento; b) ‘fato’ como elemento material no complexo de pressupostos de uma consequência jurídica, distinto da qualificação jurídica do fato em si e de cada outra circunstância de caráter abstrato ou, em qualquer caso, imaterial (...)” (MAIORCA, 1957, pp.112 e 113, traduzi).

230“A incidência é o fenômeno jurídico de adequação da situação de fato verificada (fato gerador) à previsão normativa (hipótese de incidência). Com a subsunção do fato à norma, o que poderia ser um simples fato da vida assume a qualidade de fato jurídico gerador de obrigação tributária” (PAULSEN, 2008, p.139).

231“O tipo apresenta-se, antes de tudo, como tipo de garantia – também por vezes chamado, com propriedade, tipo legal de crime -, isto é, como o conjunto de elementos, exigido pelo art.29º da CRP e pelo art. 1º do CP, que a lei tem de referir para que se cumpra o conteúdo essencial do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se de um conjunto de elementos que se distribuem pelas categorias da ilicitude, da culpa e da punibilidade: em qualquer uma destas categorias se depara com requisitos de que depende em último termo a punição do agente e relativamente aos quais por isso tem de cumprir-se a função da lei penal como Magna Charta dos cidadãos. É este o conteúdo e é esta a função que ao tipo de garantia cabem dentro do sistema da justiça penal” (DIAS, 2004, p.268).

232“A expressão suporte fático – com que Pontes de Miranda traduziu a alemã *Tatbestand* – foi utilizada inicialmente no Direito Penal, e trazida para o Direito Privado por Tohl, segundo o depoimento de Cammarata. O conceito, conforme demonstra Pontes de Miranda no prefácio do seu Tratado de Direito Privado, é de aplicação universal na Ciência Jurídica, não sendo privativo de um determinado ramo do Direito” [MELLO, 1999 (A), p.37].

## 1.O âmbito de proteção dos direitos fundamentais

A problematização a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais nada mais é que a discussão sobre as condições necessárias à produção de seus efeitos. Ocorrente a hipótese do texto normativo no mundo dos fatos, apura-se a pertinência ao Direito, que se traduz no ingresso ao abstrato mundo jurídico e na aptidão de desencadeamento da consequência eficaz. Ínsito ao reconhecimento de sua força normativa, a universalidade jusfundamental submete-se, com suas especificidades próprias, a esse raciocínio de cunho silogístico, que remonta ao processo de sistematização do pensamento jurídico.<sup>233</sup>

Entre a infinidade de componentes que a inteligência humana poderia engendrar, não se controverte o âmbito de proteção enquanto elemento do suporte fático dos direitos fundamentais. Consiste, pois, em o que está a ser tutelado sob o manto do direito pertencente a esse catálogo jurídico.<sup>234</sup> Contudo, se seu reconhecimento como parte integrante do conceito hipotético é pacífico, o mesmo não se pode dizer de sua amplitude, o que está na origem das teses antagônicas restrita e ampla do suporte fático, bem como de concepção intermediária – ou, talvez, eclética.

---

233Esse modo de raciocinar bem se ilustra na seguinte clássica passagem da lavra de Pontes de Miranda (a ser lida com a cautela de se tratar de texto redigido antes da disseminação da ideia de princípios como espécie de norma, gênero que, por sua vez, costumava-se confundir com o conceito de regra jurídica):

“Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito de sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico: a morte de A abre a sucessão de A, dissolve a comunhão de bens entre A e B, dissolve a sociedade A & Companhia, exclui a A na lista de sócios do Jockey Club e de professor do Instituto de Biologia ou de membro do corpo diplomático.

“(…) Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos.’ (…) A lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles)” (PONTES DE MIRANDA, 1999, pp.52 e 53).

234“As normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados <<bens>> ou <<domínios existenciais>> (ex.: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística). Estes <<âmbitos>> ou <<domínios>> protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: <<âmbito de proteção>> (<<Schutzbereich>>), <<domínio normativo>> (<<Normbereich>>), <<pressupostos de facto dos direitos fundamentais>> (<<Grundrechtstatbestände>>). De acordo com a terminologia anteriormente referida, preferimos falar aqui em <<âmbito normativo>>, para recortar, precisamente, aquelas <<realidades da vida>> que as normas consagradoras de direitos captam como <<objecto de protecção>>” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., p.1262).

### 1.1.As acepções restrita e ampla do suporte fático dos direitos fundamentais

A predicação do suporte fático dos direitos fundamentais como amplo ou restrito pode, devido à sugestão provocada pela terminologia ligada a dimensões, transmitir a falsa impressão de se tratar de critério quantitativo, quando se versa sobre acepção de ordem qualitativa. Ocorre que o âmbito de proteção, a depender da visão preferencial, ora recebe um enfoque provisório antes de se chegar às posições definitivas, ora já encontra, na operação lógica de aplicação, um panorama conclusivo de partida. Como decorrência de definições desse jaez, estabelece-se a maneira como os limites do catálogo jusfundamental são identificados e o modo de interação com direitos congêneres, a se estruturar mais aproximadamente às regras ou aos princípios.

Para começar a elucidar as diferenças de tal dissenso metódico, cumpre assinalar que a vertente em prol de um suporte fático dito restrito exclui *a priori* ações e estados do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. No aparente choque com posições jurídicas antagônicas, considera-se que a esfera protetiva do direito, em verdade, ali não existe - ou se está dentro de seara definitivamente resguardada e há tutela, ou não se está e desassiste amparo à situação. Viés dessa natureza ostenta o mérito de negar curso a interpretações reputadas manifestamente incabíveis, favorecendo a aplicação subsuntiva, como se raciocinasse por meio de regras.<sup>235236</sup>

Com o azo de promover a mencionada exclusão *a priori* de ações, estados e posições jurídicas, três são os critérios de maior prestígio. Segundo a acepção histórico-sistemática, a interpretação deve delimitar a essência do direito fundamental a partir do

---

235NOVELINO, 2016, p.280.

236Verificou-se, na jurisprudência brasileira, a utilização de suporte fático restrito em voto do ministro Sepúlveda Pertence (no mandado de segurança 21.729 (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>), quando sustentou legítimas as limitações ao intercâmbio de dados, mas não reputou secretos os dados em si. Assim, concluiu pela exclusão *a priori* do sigilo sobre o conteúdo desses dados, sendo válida a limitação à intervenção sobre o trânsito da comunicação, mas, uma vez exposto o conteúdo comunicado, permitida seria, exemplificativamente, a apreensão do computador que o armazena:

“Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.”

Quanto ao entendimento exposto, é de se questionar, no entanto, a razão pela qual a Constituição haveria protegido o trânsito de dados, mas não os dados em si, o que põe em evidência as dificuldades inerentes a um suporte fático restrito, ligadas a argumentos acusados de arbitrários.

contexto cultural imperante na época de criação do texto da Constituição, bem como da relação dos direitos fundamentais entre si e junto a outros dispositivos com assento constitucional. Já para a teoria do alcance material, os limites do catálogo jusfundamental extrair-se-iam da especificidade da conduta do programa da norma, excluindo-se as condutas não específicas, isto é, as permutáveis por outras sem prejuízo do exercício típico do direito fundamental<sup>237</sup>. Quanto à tese da priorização de liberdades básicas, far-se-ia mister reduzir o número de liberdades fundamentais para não enfraquecer sua essencialidade e para evitar profusão de colisões, sendo que, feitas as escolhas sobre o que mais seria essencial, priorizar-se-iam as liberdades eleitas, sob pena de violação dos princípios de justiça.<sup>238</sup>

O suporte fático amplo, por sua vez, justifica sua condição de concepção à parte por adotar procedimento diverso em relação ao da vertente restrita. A segmentar seu *iter* de aplicação em duas etapas, tal compreensão provisoriamente acolhe, na primeira fase de seu trâmite lógico, todas as hipóteses imagináveis no âmbito de proteção. Essa estruturação *prima facie* infla sua extensão hipotética a tal ponto que, naturalmente, provoca o choque com outras ações, estados e posições jurídicas, a deflagrar, então, o átimo último de seu método: através da ponderação necessária à resolução dos entrechoques apurados, obtém-se o âmbito de proteção definitivo do direito fundamental.<sup>239</sup>

Como se pode deduzir, a corrente entusiasta de um suporte fático amplo vincula a delimitação do âmbito de proteção a uma dialética diante das posições contrapostas, fazendo uso necessário, para tanto, de normas jurídicas de segundo grau, tal como o postulado inespecífico da ponderação. A proceder-se dessa forma, não obstante, os direitos fundamentais assumem um modo de aplicação próprio dos princípios.<sup>240</sup>

---

237A vedação à conduta de pintar quadro no meio de um cruzamento movimentado não afrontaria a liberdade artística, eis ser possível fazê-lo na calçada.

238A teoria do alcance material é de autoria de Friedrich Müller, enquanto que a tese da priorização de liberdades básicas, de John Rawls (nesse sentido, FERNANDES, 2017, pp.358 e 359).

239“É hoje comum na literatura publicística a distinção entre âmbito de protecção (*Schutzbereich*) e âmbito de garantia efectiva (*Garantiebereich*). Não há, com efeito, identidade entre o chamado âmbito ou domínio de bens protegidos por um direito fundamental (‘âmbito de protecção’, ‘âmbito normativo’) e o chamado ‘âmbito efectivamente garantido.’ O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas nesse âmbito podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita” (CANOTILHO, 2006, pp.346 e 347).

240Como exemplo de decisão em que se utilizou uma concepção ampla de suporte fático, pode-se apontar para o acórdão C-240/83 do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado em 1985 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0240&from=FR>). Em tal aresto, foi proferida decisão paradigmática em que se afirmou ser, com ineditismo, a proteção ambiental um dos

Expostos os termos de tal disjunção metódica, releva analisar as críticas que uma vertente lança sobre a outra, a fim de avaliar se alguma há de triunfar nesse embate, ou se uma solução conciliatória seria possível.

## 1.2.As críticas sobre as teses antagônicas e o suporte fático intermediário

A existência de posicionamentos propositivos de métodos tão diferentes quanto à aplicação aos direitos fundamentais já faz pressentir alegações de fragilidades que uma vertente acusa haver na outra, de forma a justificar o acerto de sua opção. Importa, nessas condições, tanto averiguar quais críticas são tradicionalmente feitas às teses dos suportes fáticos amplo e restrito como investigar eventual tese intermédia entre tais antípodas, discussão essa que visa a contribuir para se encontrar a concepção mais consentânea com a ideia de teoria analítica sustentada.

Nessa esfera, os críticos da teoria do suporte fático restrito dizem-na arbitrária no tocante às escolhas dos estados e ações a serem excluídos *a priori* do âmbito de proteção<sup>241</sup>, reputando insuficientes os critérios formulados para justificar tais decisões interpretativas, sobretudo, nos casos mais complexos.<sup>242</sup> Na face oposta da barbacã, censura-se a utilização que a tese do suporte fático amplo faz da ponderação como recurso central para contemplar ou descartar posições, eis dever tal postulado se destinar, no entender dos autores dessa apreciação, ao deslinde de situações excepcionais, como

---

objetivos da União Europeia. A contenda, então, advinha de questionamento de legislação que, com o objetivo de evitar a contaminação do ar por poluição, proscreeu a venda de óleo residual de indústrias para fins de queima e produção de energia elétrica. Na impugnação à normativa, aventou-se haver afronta à liberdade de comércio, à livre circulação de bens e à livre concorrência, que, conquanto hajam sido reconhecidas como direitos no *decisum*, cederam prevalência, no caso, ao direito a um meio ambiente ecologicamente saudável. Se se tratasse de raciocínio próprio da visão de um suporte fático restrito, dir-se-ia que nem sequer, na situação concreta, existiriam as liberdades de comércio, livre circulação de bens e livre iniciativa.

241“Referidas teorias são criticadas pela ausência de critérios consistentes para excluir, em abstrato e de maneira definitiva, determinadas condutas subsumíveis na hipótese prevista pela norma. Tal exclusão ocorre, em muitos casos, sem adequada justificação, impossibilitando o acesso às verdadeiras razões subjacentes e dificultando o controle intersubjetivo” (NOVELINO, ob. cit., p.281).

242“Para a compreensão desse tipo de casos, a teoria restrita do suporte fático é muito rudimentar. Ela consegue aceitar uma exclusão definitiva do suporte fático nos casos de alto risco de epidemia e sustentar uma proteção constitucional definitiva nos casos em que não há risco algum; mas para os casos intermediários, que são aqueles juridicamente mais interessantes e nos quais é necessário um sopesamento, a teoria restrita ou não tem nenhuma resposta, ou é contraditória, ou conduz a construções excessivamente complicadas” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.321).

recurso residual hermenêutico.<sup>243</sup> Segue-se tal julgamento infenso com o apontamento de que muitas hipóteses da primeira etapa desse método se afigurariam, ainda que admitidas unicamente *prima facie*, manifestamente inaceitáveis<sup>244</sup>, além de a amplificação do âmbito de proteção ensejar um correspondente incremento na percepção de colisões<sup>245</sup>.

Tais críticas, como naturalmente seria de se esperar, inspiram o desenvolvimento de posicionamentos ecléticos, em que se procura mitigar as teses antagônicas com o escopo de se esquivar das fragilidades que lhe são atribuídas. Como resultado, emerge o chamado suporte fático intermediário, que admite a obtenção do âmbito de proteção definitivo através da exclusão, por ponderação, de ampla esfera de tutela cogitada, mas que reputa, de imediato, afastadas ações e posições consideradas inadmissíveis mesmo em caráter *prima facie*.<sup>246</sup> A se proceder dessa forma, ao invés de se aproximar de solução consensual,

---

243“Como decorre deste sumário, não adotamos como modelo a já referida concepção de Alexy, que tem tido algum curso na doutrina alemã e também entre nós, nos termos da qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais deveriam ser entendidos como princípios, isto é, como consagradores de direitos *prima facie*, que, em definitivo, podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos, ou até sacrificados, segundo critérios de ponderação e de harmonização, para satisfazer outros valores ou direitos, em situações de conflito.

“Nesta construção – que parte de um âmbito de proteção máximo do preceito, de algum modo extremando as teorias da <<hipótese normativa alargada>> -, a limitação de direitos fundamentais, associada ao método da ponderação e da harmonização, toma um sentido muito amplo (...)” (ANDRADE, 2017, p.266).

244“Referidas teorias são alvo de inúmeras críticas. A primeira é no sentido de que a ampliação excessiva do suporte fático teria dois elementos extremos: ou garantiria uma proteção excessiva ao direito fundamental, engessando a legislação e ameaçando os outros bens jurídicos; ou não levaria a sério a vinculação ao texto da constituição. (...) A segunda crítica é a de que ao eliminar por meio das restrições aquilo que anteriormente estava protegido pelo suporte fático, a teoria do suporte fático amplo criaria uma ilusão desonesta. Isso porque, em muitos casos, aquilo que está *prima facie* garantido pelo suporte fático acabaria não sendo assegurado de forma definitiva. (...) A terceira crítica se basearia no argumento de que quanto mais ampla for a definição do suporte fático, maior será o número de casos envolvendo direitos fundamentais e, conseqüentemente, maiores serão as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais. Esses fatores conduziriam à excessiva constitucionalização do direito e à perigosa ampliação tanto das competências do Tribunal Constitucional, como do número de casos nos quais a solução exigiria o sopesamento de razões” (NOVELINO, ob. cit., p.283).

245“Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, p.212).

246Assim se pode enquadrar o pensamento de Reis Novaes, que ele mesmo chama de concepção restritiva mitigada:

“De acordo com a concepção restritiva mitigada que aqui defendemos, a delimitação da previsão normativa dos direitos fundamentais deve, pelo menos, permitir excluir aquilo que, com toda a evidência, embora apresente características que, isoladamente consideradas, pudessem convocar a proteção de direitos fundamentais, não pode ser considerado pela consciência jurídica própria de Estado de Direito como exercício jusfundamentalmente protegido. Assim, e recorrendo, para ultrapassar o plano do meramente intuitivo, ao critério formulado por Starck, diremos que, à partida, não se incluem no âmbito protegido pelos direitos fundamentais todos os comportamentos ou acções que, independentemente de sua associação ocasional ou aparente a exercícios típicos de direito fundamental, constituam ilícito penal em sentido jurídico-material ou, mesmo que não sejam objecto de sanção penal, apresentem evidente e intolerável

termina-se por atrair, em conjunto, as reprimendas dirigidas às teorias ampla e restrita. Por exemplo, os critérios propostos para a exclusão à partida de estados alegados incogitáveis, ainda que se mostrem operativos, mantêm alguma carga inegavelmente intuitiva e, dessarte, pouco controlável.

No contexto de tais discussões, avulta mais confortável conviver com as críticas tecidas ao suporte fático amplo em relação às dirigidas à tese restrita. Além de não existir adstrição ao uso da ponderação a situações excepcionais, a momentânea pressuposição de ações e estados quase consensualmente inadmissíveis não representa problema impediante, justamente, por se tratar de etapa *prima facie* no raciocínio jurídico, diversa do âmbito de proteção definitivo. Se for verdadeiro, por outro lado, que esse método possa elevar a quantidade de colisões perceptíveis, por outro, haverá a correlata amplificação de justificações à tomada de decisões, sendo tal algo desejável em termos de aceitabilidade e de controle.<sup>247</sup> O caráter intuitivo dos critérios de exclusão de posições jurídicas à partida, ao contrário, inquina de arbitrário o proceder justificativo, a ignorar os anseios por maior sindicabilidade que a consciência jurídica da comunidade expressou no despoite da modernidade.

É de se manter, entretanto, algum distanciamento da concepção ampla do suporte fático apenas no ponto em que se afirma serem estruturalmente princípios os direitos fundamentais. Conquanto normalmente assim de fato o seja, já se observou alhures não haver impedimento ao legislador constitucional no sentido de, no catálogo jusfundamental, inserir regras, ainda que o respectivo texto, na realidade linguística do Direito, resulte

---

danosidade social ou sejam radicalmente incompatíveis com os requisitos mínimos de vida em comunidade e por esse facto, suscitem uma reprovação social e jurídica consensuais.

“(…) No entanto, tratando-se de casos difíceis, é muitas vezes difícil distinguir quando a solução do problema se basta com a interpretação jurídica abstracta da norma jusfundamental ou quando ela exige a consideração ponderada dos interesses opostos aos interesses de liberdade” (NOVAIS, 2003, pp.427 e 436).

247Observa-se que o posicionamento atual de J. J. Gomes Canotilho se alinha a tal concepção:

“O discurso do texto deixa entrever algumas mudanças de posição teóricas relativas a posições anteriores. Assim, passou-se a manejar o conceito de <<ponderação de bens>> como instrumento metódico de investigação e decisão que não tem de estar necessariamente ancorado numa teoria dos valores (*Wertordnung*), aqui decididamente rejeitada, quer no plano histórico que no plano metodológico (como ordem hierárquica de valores constitucionais). Todavia, o recurso à <<ponderação>> como instrumento metódico torna-se necessário, uma vez que não só a <<dimensão objectiva>> de princípios possibilitava a <<optimização>> de bens jurídico-constitucionais, mas também permitia resolver alguns problemas de limites e conflitos de direitos não reconduzíveis a uma tarefa de concordância prática. A isto acresce o facto de a <<ponderação>> conduzir a construções juridicamente controláveis não carecidas do *background* teórico e metódico de uma <<teoria reduzida>> do *Tatbestand*, ou seja, uma teoria que recorre à restrição do âmbito de proteção para solucionar questões delicadas de limites e colisões. Neste sentido, aproximamo-nos da proposta de R. Alexy (…)” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., pp.1282 e 1283).

eventualmente superado ou reconstruído como princípio (ou mesmo mantido enquanto regra).

Os debates em torno da exclusão, de plano, de ações e posições jurídicas ou da obtenção do âmbito de proteção definitivo a partir de esfera provisória maior, de outro vértice, retrata um cenário de colisões no seio da universalidade jusfundamental, ainda que aparentemente, a depender do posicionamento preferencial. Assente nesse panorama de entrechoques, desperta-se o questionamento sobre se haveria algum limite impenetrável no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que conduz, de seu turno, às discussões acerca do núcleo essencial, a seguir examinadas.

## 2.O conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A dissecação analítica dos direitos fundamentais pode mais profundamente progredir e, ao se incursionar no interior do âmbito de proteção, tende a atingir sua área nuclear, assim distinta por representar campo invulnerável a restrições.<sup>248</sup> Tal ideia de núcleo essencial, em termos positivos<sup>249</sup>, teve sua origem no artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn<sup>250</sup>, no que restou seguida por outras constituições, como a portuguesa<sup>251</sup> e a espanhola<sup>252</sup>. Mesmo quando ausente o acolhimento constitucional, essa concepção

---

248A se centrar nas possíveis limitações legislativas, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser definido como “o conjunto de institutos que, enquanto requisitos formais e materiais para as leis restritivas dos direitos e liberdades, operam como limites à capacidade limitadora do legislador em dita matéria” (LUQUE, 1993, p.25, traduzi).

249Salienta-se a anterioridade da ideia apenas relativamente ao texto positivado:

“A ideia da existência de um núcleo intangível em determinadas normas constitucionais foi admitida pela doutrina alemã tanto antes quanto depois em relação à entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn. (...)”

“Esta construção do âmbito nuclear e da distinção entre núcleo e periferia se origina da teoria da garantia institucional desenvolvida durante a vigência da Constituição de Weimar. Os construtores da ideia do núcleo, da essência da garantia institucional, foram G. Anschütz e R. Thoma, que opinaram que o efeito das garantias institucionais era o de proteger com força constitucional, ou melhor, incondicionalmente, o instituto garantido frente à sua plena desaparecimento ou frente à infração ao mínimo que estipula sua essência. Ao mesmo tempo, considerava-se que a legislação ordinária somente não pode regular as singularidades do instituto dentro dos limites caracterizados por dito mínimo” (GAVARA DE CARA, 1994, pp.226 e 229, traduzi).

250Artigo 19, 2: Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, capturado em 19 de julho de 2020).

251Artigo 18º, 3, da Constituição de 1976: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

252Artigo 53, 1, da Constituição de 1978 (traduzi): Os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Somente por lei, que, em todo o caso,

encontrou frequente reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, como se sucede no caso brasileiro<sup>253</sup>.

Em decorrência igualmente do ambiente de origem, os estudos sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais multiplicaram-se na literatura alemã, o que forneceu subsídio de notável valia à doutrina de outros sistemas jurídicos. Tal tema, na referida senda de influência germânica, também é conhecido pela expressão “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), cunhada por Karl August Betterman em palestra de 1964<sup>254</sup>.

Todavia, o núcleo essencial dos direitos fundamentais está longe de ser construção unívoca. Secciona-se, de um lado, entre as concepções objetiva e subjetiva e, de outro, entre as teorias absoluta e relativa.

---

deverá respeitar seu conteúdo essencial, poder-se-á regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).

253É esse o entendimento que se pode extrair, *verbi gratia*, de clássico artigo da doutrina brasileira:

“Pode deduzir-se daí, comenta Stern: ‘que o art.79, alínea 3ª, da Lei Fundamental pretende declarar intangíveis os conteúdos normativos tão somente no que se refere aos princípios fundamentais nos arts.1º e 20 da mesma Lei Fundamental.’ Trata-se do seu núcleo (*Kern*), do seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*). Estes elementos essenciais são intangíveis (*unantastbar*). ‘... Consequentemente, podem efetuar-se modificações no conteúdo jurídico dos arts. 1º e 20 da Lei Fundamental, contanto que não seja atingido (*angetastet*) o seu conteúdo fundamental. A proteção diz respeito tão-só ao conteúdo essencial; mas, quanto a este, é absoluta. Este, como diz o art.79, alínea 3ª, da Lei Fundamental, não pode sequer ser tocado (*berührt*). Com isso, estão aqueles princípios protegidos contra a supressão (*Aufhebung*), uma vez que seria esta a mais forte dentre as formas de tocá-los.’ ... ‘O âmbito nuclear (daqueles princípios) pode ser entendido como a própria essência, que não há como separar daqueles institutos, sem mudar-lhes a estrutura e o tipo. Determina-se, pois, qual o conteúdo essencial de um princípio estrutural contemplado no art.20 da Lei Fundamental, pelos seus elementos essenciais, não pelos acidentais.’

“Recolhendo esse abalizado ensinamento, cabe entender, portanto, como conteúdo essencial de um direito fundamental ou de um princípio estrutural, em face dos limites materiais do poder de emenda, aquilo que neles constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição. Isto posto, parece indubitável, também em nosso direito constitucional, que somente este conteúdo essencial é que não poderia ser suprimido ou alterado por uma emenda aprovada nos termos do art.60 da Constituição federal” (NOVELLI, 1995, pp.47 e 48).

254“Já em tempos da Lei Fundamental de Bonn, a locução ‘limites dos limites dos direitos fundamentais’ foi cunhada e se tornou popular a partir de uma conhecida conferência sobre os limites dos direitos fundamentais que K. A. Bettermann proferiu junto à sociedade jurídica de Berlim no final de 1964. De acordo com Bettermann, a Constituição estabelece as condições materiais e formais que toda intervenção legislativa, no âmbito dos direitos fundamentais, deve cumprir para ser admissível. Na Lei Fundamental, essas condições se erigem como limites dos limites dos direitos fundamentais, sendo as mais representativas, a juízo desse autor, a garantia do conteúdo essencial (art. 19.ii LF) e a dignidade humana (art. 1.i LF)” (BERNAL PULIDO, 2014, p.824, traduzi).

## 2.1.As teorias subjetiva e objetiva

A concepção respeitante ao núcleo essencial dos direitos fundamentais modaliza-se segundo o aspecto que, no âmbito de proteção, há de ser configurado como intangível. Tomando-se como referencial o objeto, ou seja, o que se visa a inexoravelmente proteger, os posicionamentos dogmáticos seccionam-se entre as correntes subjetiva e objetiva.

Para a tese subjetiva, a intromissão ao núcleo essencial jusfundamental do titular já seria condição de suficiência a fim de reputar uma intervenção como violadora. A se tutelar desse modo a posição jurídica de cada indivíduo, almeja-se evitar que, em uma situação concreta, afigure-se inexistente o direito fundamental desfavoravelmente a alguém que inequivocamente o titularize. A vertente em comento considera imprescindível que a salvaguarda jusfundamental faça, na prática, algum sentido em prol de cada indivíduo.<sup>255</sup>

Diversamente, à teoria objetiva desimportam as posições dos titulares em particular em algumas situações, desde que se preserve a higidez do direito fundamental como um todo.<sup>256</sup> Tal visão dialoga com a dimensão dúplice do catálogo jurídico em estudo (ao admitir sua faceta objetiva, não restrita à primeira adstrição exclusiva aos direitos subjetivos) e, ao mesmo tempo, erige a salvaguarda dessa universalidade de direitos como garantia institucional.<sup>257</sup> Dessa maneira, ainda que pontualmente aniquilado

---

255“Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.

“Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados” (SILVA, 2010, p.186).

256“A teoria objectiva considera dever referir-se a protecção do núcleo essencial ao direito fundamental como norma objectiva e não como direito subjectivo individual. Por outras palavras: o objecto de protecção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular” (CANOTILHO, 2003, ob. cit., p.459).

257Em sintonia com a vertente objetiva quanto ao núcleo essencial, cabe destacar a teoria institucional de Peter Häberle sobre o assunto:

“Um avanço importante na determinação do conteúdo essencial encontra-se na teoria institucional propugnada por Peter Häberle. Segundo essa tese, a aludida categoria refere-se à dimensão institucional que define o sentido, o alcance e as condições de exercício dos direitos fundamentais. Por essa via, a proteção do conteúdo essencial deve-se entender como uma garantia institucional (*institutionelle Garantie*) que faz referência aos fins objetivamente estabelecidos (institucionalizados) pela Constituição, em função dos quais,

em detrimento de um indivíduo, não se haverá violado o núcleo jusfundamental caso haja sido preservada a garantia geral e abstrata, a partir do cariz de todos os indivíduos, ou da maior parte deles<sup>258</sup>.

A discussão atinente ao objeto, como se pode deduzir, remete à decisão sobre se a tutela ao conteúdo essencial do direito fundamental se deve voltar ao direito subjetivo individual ou à garantia objetiva. Os dois entendimentos existentes a respeito da temática, se se excluem no quadro abstrato, parecem dever conviver entre os instrumentos à disposição do intérprete, que haverá de se deparar com situações diversas a reclamar concretamente a utilização impositiva da tese subjetiva ou da objetiva.<sup>259</sup> Contornos outros, porém, são assumidos ao se tomar, por parâmetro, o valor da proteção ao núcleo jusfundamental – absoluto, ou passível de conformação casuística a direitos alheios.

---

precisamente, reconhecem-se os direitos e liberdades fundamentais. Em suma, a *Wesensgehaltgarantie* refere-se à obrigação de o legislador salvaguardar a instituição, definida pelo conjunto da normativa constitucional e pelas condições histórico-sociais que formam o contexto dos direitos e liberdades” (PÉREZ LUÑO, 1995, p.312, traduzi).

258 Exemplo de interpretação que se enquadra nessa tese se pode encontrar em um caso histórico, a sentença 27 de 18 de fevereiro de 1975 da Corte Constitucional Italiana. Na situação, à ré se imputava o delito de aborto, havendo ela justificado sua conduta em razão de uma grave enfermidade ocular de que era portadora, que poderia ser agravada com a gravidez e que havia a possibilidade de ser transmitida à prole. No plano jurídico, a jurisprudência admitia o chamado aborto terapêutico apenas em hipóteses de estado de necessidade, enquanto que o Código Penal (o dito Código de Rocco, ainda em vigor, de alta carga punitiva, próprio de sua genética fascista) silenciava sobre discriminante que aproveitasse ao caso. Em uma das mais célebres utilizações da ponderação (a técnica do *bilanciamento*), os magistrados constitucionais reconheceram presentes dois direitos fundamentais em colisão: o de nascer, que escudava ao feto, e o à saúde (física e psíquica) da mãe. No *decisum*, privilegiou-se este em sacrifício daquele, porque, ponderaram os magistrados, prevaleceria - não de modo absoluto, mas no caso - o direito de uma pessoa ante o direito de quem nem pessoa ainda era. Nesse sentido, BIN; PITRUZZELLA, 2015, pp. 541 e 542, bem como a própria sentença no sítio <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

259 É o que acredita, *verbi gratia*, jurista do escol de Konrad Hesse:

“A outra questão, se sob o núcleo absolutamente protegido dos direitos fundamentais deve ser entendido o núcleo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou aquele de sua qualidade como garantias de conexões de funções objetivas, não se deixa, já por causa da correlação de ambos, responder no sentido de um ou-ou, mas também não no de um não-só-mas-também. Sempre deve, sem dúvida, a função do direito fundamental ficar conservada ‘para a vida social em conjunto’, porque uma limitação que abolisse essa função nunca pode ser proporcional. Em geral, também uma limitação de direitos fundamentais, que elimina quase ou completamente uma liberdade garantida jurídico-fundamentalmente para o particular, será desproporcional e, por causa disso, incompatível com o artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Há, todavia, casos excepcionais nos quais, para o particular, de um direito fundamental, segundo uma fórmula frequentemente empregada, pode ‘quase nada mais restar’, nos quais, porém, a limitação de direitos fundamentais não viola o conteúdo essencial do direito fundamental, porque ela é proporcional, como, por exemplo, a ordem de internação de um doido perigoso em um estabelecimento fechado” (HESSE, 1998, p.268).

## 2.2.As teorias relativa e absoluta

O âmago do âmbito de proteção pode ser identificado conforme o valor da proteção do âmbito. Em outras palavras, a forma de conceber o núcleo indevassável do direito fundamental varia doutrinariamente de acordo com o posicionamento sobre se seria viável sua definição sem prescindir de seu exame no caso concreto. As respostas negativa e positiva, na literatura jurídica, correspondem às teorias relativa e absoluta.

Quanto à primeira tese mencionada, sua denominação se justifica pelo evento de não se acreditar possível definir a esfera de proteção nuclear do direito fundamental a não ser dentro da análise da situação prática – o conteúdo essencial, destarte, seria relativo de acordo com o caso concreto.<sup>260</sup> Invisível a uma interpretação segura *a priori*, a distinção entre o âmago e a periferia do âmbito de proteção transpareceria quando a realidade desafiasse o abrigo da égide jusfundamental – e, para essa clarificação, sugerir-se-ia o manejo do postulado da proporcionalidade.<sup>261262</sup>

Já para a concepção absoluta, imagina-se o núcleo duro do direito fundamental definido *a priori* e circundado pela periferia do âmbito de proteção.<sup>263</sup> Ante o caso

---

260“Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso. (...)”

“A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquele que o vincula à regra da proporcionalidade” (SILVA, 2010, ob. cit., pp.196 e 197).

261O acórdão nº 148 de 1994 do Tribunal Constitucional português bem ilustra o debate em torno do núcleo essencial dos direitos fundamentais (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>). Trata-se, pois, do célebre caso das propinas do ensino público superior, em que o presidente da república demandou o reconhecimento da inconstitucionalidade de certos pontos da Lei nº 20 de 1992, que estabeleceu uma grande majoração na contribuição estudantil e que gerou comoção e revolta junto à comunidade discente. Cumpre aqui, quanto a esse aresto, sublinhar a impugnação às sanções que essa legislação trazia, entre as quais, a de cancelamento da inscrição diante de descumprimento da obrigação de pagar propinas, o que violaria, no entender do impugnante, o núcleo essencial do direito ao ensino. Não foi, contudo, esse o entendimento dos magistrados constitucionais, que, fazendo uso da proporcionalidade, consideraram haver adequação entre os meios e os fins do sancionamento. Com isso, observou-se o emprego de uma concepção relativa do núcleo essencial do direito fundamental ao ensino, eis ter sido aferido tal âmago ante as circunstâncias do caso concreto, sem demarcar-se linha fronteira estática no âmbito de proteção.

262Apesar de sua ágil operacionalidade, a teoria relativa está longe da unanimidade:

“Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. As teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade (art.18º, nº 2) e conteúdo essencial (art. 18º, nº 3)” (MIRANDA, 2000, p.341).

263“A teoria absoluta, inversamente, compreende o núcleo essencial como ‘um núcleo fixo que independe de ponderação’. Assim, a teoria absoluta se afasta da perspectiva meramente relacional da teoria relativa, orientando-se para a busca de um âmbito que se consubstancie em um último reduto de proteção, absolutamente insuperável” (BRANDÃO, 2007, p.308).

concreto, a parcela periférica (consequentemente, também preestabelecida, por exclusão) poderia ser disposta pelo legislador infraconstitucional e pelo exegeta (judicial ou administrativo), mas não o âmago essencial, infenso absolutamente a qualquer sorte de ablação.

Essa teoria, por outro lado, fende-se ao sabor do grau ainda maior atribuível à solidez do conteúdo essencial. Sob matiz mais suave, a tese absoluta assumiria sua formulação dita dinâmica ao admitir que o conteúdo essencial cambiaria no tempo, embora tal esfera nuclear, no contexto histórico em que estivesse, fosse imune às contingências de momento. Já a acepção absoluta estática afirma haver um núcleo do direito fundamental resistente mesmo ao fator temporal, o que, para ser conseguintemente possível ao menos hipoteticamente, tende a reduzi-lo a dimensões deveras menores no cotejo com o dinamismo da outra variante.<sup>264</sup>

Nesse contexto, há vertente a propor amálgama entre as acepções relativa e absoluta ao distinguir, no conteúdo essencial<sup>265</sup>, parte invulnerável de parcela conformável faticamente, mas essa compreensão recebe a acusação de ser, antes de eventual conciliação, uma variante do pensamento absoluto.<sup>266</sup> Igualmente, pode-se perceber

---

264“Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. (...) “Há autores, contudo, que concebem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não apenas como absolutos em sentido espacial, mas também como absolutos em sentido material-temporal. Isso quer dizer, nessa acepção do conceito, que aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente intangível – como visto acima –, mas também imutável.” (...)

“Basta, para tanto, que essa parte estática não seja demasiado ampla.” (...)

“Importante é levar em consideração também, no caso de todas as teorias absolutas, o quanto de um direito fundamental é considerado como essencial e o quanto sobra para a conformação ordinária. Sem essa variável, qualquer conclusão pode ser precipitada” (SILVA, 2010, ob. cit., pp.188-191).

265“Haverá de recorrer-se, porventura, a uma teoria *mista*, a um tempo absoluta e relativa: *relativa*, porque a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos; *absoluta* porque, em última análise, para não existir aniquilação do núcleo essencial, é necessário que haja sempre um resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua *utilidade constitucional*” (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p.395).

266“Fala-se, ainda, em uma teoria mista, que concebe a existência de uma dupla barreira às restrições legislativas: no círculo de maior raio, a legitimidade das restrições legislativas condiciona-se à observância da proporcionalidade; no de menor raio, tem-se o núcleo essencial, entendido como um âmbito de protecção incondicionado, na medida em que incompatível com qualquer restrição legislativa. Parece claro, todavia, que não se cuida, propriamente, de fusão das teorias relativa e absoluta, mas de variação da teoria absoluta, ante a concepção do núcleo essencial como uma esfera de protecção insuperável e que prescinde de ponderação” (BRANDÃO, ob. cit., p.309).

proximidade, de um lado, entre as correntes subjetiva e absoluta e, de outro, as teorias objetiva e relativa, ainda que se exima de pretender vinculação inexorável<sup>267</sup>.

De todo o modo, as reflexões que as teses sobre o conteúdo essencial sugerem, mesmo que digam respeito aos confins mais profundos do âmbito de proteção, dialogam pressupostamente com elementos exteriores ao próprio direito fundamental – com o fito de se precaver de sua violação. À completude de uma teoria analítica, portanto, é indispensável o estudo dos fatores externos correlacionados à universalidade jusfundamental e da eficácia que conseqüentemente provocam.

---

267“ Ainda que não se possa estabelecer estrita correlação, em termos gerais, cabe dizer que os defensores da tese absoluta, enquanto afirmam a existência de um núcleo essencial radicalmente invulnerável dos direitos fundamentais, sustentam a teoria subjetiva e consideram impenetrável esse núcleo mesmo que de modo individualizado; a teoria objetiva, por sua vez, guarda conexão com as teses relativas, que tratam de elucidar todo o problema da justificação das restrições, preocupando-se preferencialmente pela preservação, em abstrato, dos direitos fundamentais” (MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997, pp.34 e 35, traduzi).

### Capítulo 3 – A consequência jurídica dos direitos fundamentais

A consequência jurídica dos direitos fundamentais traduz um dos aspectos assumidos pela acepção da eficácia. Quando atrelado à ideia de efetividade, tal termo designa tanto a produção do Direito - com a criação da norma a reger relação específica na sociedade, por suas instâncias legítimas - como o cumprimento desse produto normativo pela comunidade destinatária - reprodução essa do jurídico que se entenderia por eficácia social<sup>268</sup>. Quando se quadra o mecanismo de interpretação voltado à aplicação, a mesma palavra denota sentido diverso, correspondente a elemento que, na estrutura da norma jurídica, congrega o feixe de efeitos esperados pela incidência do suporte fático.<sup>269</sup>

É essa compreensão que, vinculada à estrutura normativa analítica, releva à aplicação dos direitos fundamentais na atividade imediatamente interpretativa. Aliás, particularidade da antes aludida divindade da interpretação inspira oportunamente reflexão de cautela: seu nome romano, Mercúrio, fora atribuído a planeta que, juntamente com os demais astros, imaginou-se orbitar a Terra.<sup>270</sup> Tal como o pensamento humano já se guiou

---

268Alude-se aqui à posição que, diversamente do dualismo entre texto e aplicação, enxerga três dimensões na efetivação do Direito, a justapor texto, interpretação aplicativa pelos órgãos legítimos (como o Poder Judiciário) e cumprimento desse produto interpretativo. De fato, não necessariamente a lei do caso concreto estabelecida por uma sentença (lastreada em dispositivo legal) será efetivamente cumprida, ou observada em seus exatos termos:

“A aplicação do direito – de uma norma ou conjunto de normas jurídicas – quando procedida pelos particulares, em termos de cumprimento do direito, importa, em regra, reprodução do direito. Quando procedida pelo Estado, consiste na criação de uma norma individual. Esta norma, que impõe o cumprimento de outra norma, criada pelo Estado, em especial quando o faça o Judiciário, pode consubstanciar mera reprodução ou mesmo, quando isso se imponha, produção de direito” (GRAU, 2010, p.323).

269“(…) as consequências jurídicas consistem em direitos (poderes jurídicos) e deveres e, depois, que estes direitos e deveres são reconhecidos como jurídicos. Com referência a este último ponto contentemo-nos com a observação de que os direitos e deveres apenas são reconhecidos como jurídicos quando podem ser defendidos e efectivados através de meios jurídicos – o que hoje praticamente significa, dada a íntima ligação entre Estado e Direito, que eles, sendo necessário, podem fazer-se valer perante as autoridades judiciais e administrativas. (...)”

“Quando dizemos que uma ofensa da lei ou dos bons costumes tem a consequência jurídica de fazer com que se não produzam consequências jurídicas (efeitos jurídicos), à expressão <<consequência jurídica>> há-de ser atribuído um duplo sentido: um primeiro, significando o mesmo que parte constitutiva da regra jurídica, e um segundo, significando o mesmo que direito ou dever” (ENGISH, 1983, pp.30-32).

270De se recordar que o geocentrismo, apesar de equivocado, conseguiu ser formulado de modo a explicar boa parte dos fenômenos observados em sua longa época de crédito:

“Há pontos luminosos que à simples vista não se distinguem das estrelas e que se movem não como o faz o conjunto das estrelas. (...) A esse número reduzido de pontos luminosos, que não passam de cinco observáveis a olho nu, deu-se o nome de planetas (Mercúrio, Vênus, Marte, Júpiter, Saturno), intencionando dizer-se que são corpos errantes em relação ao movimento das estrelas, das estrelas fixas, como se dizia. (...)”

“E, assim, a teoria geocêntrica de Ptolomeu explica, por exemplo, o movimento retrógrado dos planetas, um dos fenômenos astronômicos mais importantes a explicar, junto com a variação do brilho dos astros, recorrendo a uma circunferência (chamada deferente) que tem, como centro, a Terra e a um epiciclo, que é

por percepções como a do geocentrismo, também a ciência jurídica se pode sujeitar a imprecisões, o que se auspícia ocorrer com operação lógica frequentemente empregada para explicar a eficácia jusfundamental.

O intento de apreciar tal formulação principia, nos limites de eventual refutação e correção de curso, com aspectos relacionais dos direitos fundamentais,volvendo-se depois à associação estabelecida com a temática da validade.

## 1.Os direitos fundamentais relacionalmente

O catálogo jusfundamental tanto recebe os influxos de fatores que lhes são alheios como, em sentido inverso, opera no mundo através dos efeitos a que se destinam. Controverte-se, entretanto, essa relação recíproca ao lhe impingirem alguns o *status* de mendaz aparência, o que remete à dissenção entre as teorias interna e externa. Na medida em que a consequência jurídica dos direitos fundamentais dimana de seu âmbito de proteção, conformado ou não por condicionantes exteriores segundo o posicionamento seguido, o exame dessa controvérsia há de preceder as considerações sobre a eficácia da universalidade em estudo.

### 1.1.As teorias interna e externa

O desvelo das teorias interna e externa retoma a disputa entre as concepções restrita e ampla do suporte fático dos direitos fundamentais, mas sob o enfoque reverso, eis que a observação do mesmo fenômeno transita da esfera protegida para os fatores que a podem atingir. Com suas raízes filosóficas nas discussões a respeito das restrições à liberdade, tal controvérsia debutou, no Direito, por meio da literatura civilista<sup>271</sup> e, somente na década de 50 do século XX, pronunciou-se na seara jusfundamental através da

---

outra circunferência de raio menor cujo centro se localiza sobre o deferente” (PINO, 2004, pp. 100-104, traduzi).

271SILVA, 2010, ob. cit., p.127.

jurisprudência alemã – ao cogitar necessários limites que não jaziam expressos na Lei Fundamental de Bonn.<sup>272</sup>

A teoria interna deve sua denominação, em sua primícia privatista, à ideia de abuso de direito – atrelada à obrigação de se deter ao ponto em que se inicia o exercício abusivo.<sup>273</sup> Já a terminologia afiliada dos limites imanentes, por seu turno, é de autoria de Günther Holstein em obra de 1921.<sup>274</sup> Na dogmática constitucional, essa compreensão serviu, muitas vezes, de contraponto ao individualismo<sup>275</sup> - na medida em que o direito fundamental se refreria ante os interesses comunitários -, conquanto tal não haja sido aspecto proibitivo a uma associação a eventual concepção liberal.<sup>276</sup>

O direito fundamental, para a teoria interna, basta em si para a definição de sua eficácia, pelo que é suplantado o conceito de restrição (externo ao direito) pela aceção de limites (ao âmbito de proteção), ou, se discorde dessa substituição terminológica, haveria restrições imanentes (ao direito) por serem definidas *a priori* por interpretação.<sup>277</sup> Portanto, os limites não versam sobre a interação com restrições, mas sobre até que ponto se estende o conteúdo jusfundamental, espaço dentro do qual intervenção qualquer redunde em violação e além do qual não haveria nem direito, nem conflito com outros direitos. Porém, a despeito das formulações metodológicas voltadas aos dois principais instrumentos desse posicionamento (os limites imanentes e o suporte fático restrito), não se logra esquivar das acusações, sobretudo, de arbitrariedade tanto maior quanto menos fácil for o caso, o que estimula o alinhamento à teoria externa.<sup>278</sup>

---

272CABALLERO; SAGGESE, 1995, p.117.

273SILVA, 2010, ob. cit., p.128.

274NOVAIS, 2003, ob. cit., pp. 301 e 302.

275Nas palavras de Peter Häberle, um dos defensores desse posicionamento:

“Se os direitos têm igual importância constitutiva, tanto para os indivíduos como para a comunidade, se não estão garantidos somente em favor do indivíduo, se cumprem uma função social e se formam o pressuposto funcional da democracia, então, resulta disso que a garantia dos direitos fundamentais e seu exercício caracterizam-se pela concorrência entre interesses públicos e individuais” (HÄBERLE, 2003, p.53, traduzi).

276Exemplo disso é a visão liberal e perfilhada aos limites imanentes do insigne jurista José Carlos Vieira de Andrade, de acordo com o que se verifica em ANDRADE, 2017, ob. cit., pp.107-110; 273-275.

277“(…) os direitos fundamentais apresentam limites internos ou imanentes, ‘limites necessários que resultam de sua própria natureza’” (MARTINEZ-PUJALTE, ob. cit., p.49, traduzi).

278Debruçando-se sobre as liberdades de comunicação, o insigne jurista Jónatas E. M. Machado, ao expressar a necessidade de ponderação com direitos titularizados por terceiros para serem as restrições definidas e ao pressupor colisões entre direitos, deixa expostas as fragilidades da teoria interna e, consequentemente, entende como de maior viabilidade o raciocínio filiado à ótica externa:

“As diferentes liberdades de comunicação não são, de forma alguma, absolutas e ilimitadas, à semelhança do que sucede com todos os outros direitos fundamentais. Elas estão sujeitas a restrições, nos termos constitucionalmente previstos, em função do respeito devido aos direitos dos outros e a certos bens da comunidade e do Estado. (...)”

Com suas bases filosóficas lançadas desde as primeiras Constituições modernas<sup>279</sup> e com sua emergência vinculada ao desenvolvimento da teoria dos princípios<sup>280</sup>, a tese externa sustenta haver duas etapas a se cumprir para a obtenção da salvaguarda jusfundamental. Por primeiro, cogita-se provisoriamente o âmbito de proteção de modo amplo – eliminando-se ou não, conforme o posicionamento, certas possibilidades de imediato. Em um segundo passo, chega-se à conformação definitiva do direito a partir do cotejo com fatores supostamente antagônicos – sobretudo, outros direitos fundamentais.<sup>281</sup> O suporte fático há de ser, por conseguinte, amplo, ou, ao menos, intermediário.

Desse modo, a não ser se constitucionalmente autorizada a tanto, legislação de hierarquia inferior não tem a *vis* de, sob a tese interna, promover qualquer limitação, mas unicamente uma delimitação (dita regulamentação), no sentido de se obedecer aos contornos definidos pela Constituição. Já para a teoria externa, admite-se haver

---

“(…) Uma leitura fiel à construção dogmática e teórica das liberdades comunicativas com um âmbito normativo alargado e uma estrutura principal deve rejeitar a existência de *limites imanes* aos próprios direitos fundamentais.

“Diferentemente, entende-se que de limites imanes deve-se falar apenas tendo em vista aqueles que decorrem de uma leitura sinóptica dos bens constitucionais protegidos, inscritos no espírito da Lei Fundamental. Os mesmos exprimem a existência de situações *de direito constitucional em colisão*. Trata-se, pois, não de limites constitucionais imanes aos direitos fundamentais, mas sim de limites dos direitos fundamentais imanes à Constituição. (...)”

“Assim, os limites constitucionalmente imanes devem ser mediados e concretizados pelo legislador através de uma ponderação constitutiva, não de uma actividade meramente interpretativa e declarativa, cujos resultados devem ser clara e concludentemente fundamentados” (MACHADO, 2002, pp.708-711).

279“Se compararmos, por exemplo, o art. 4º da *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen* de 1789, e o art. 2º da Constituição Portuguesa de 1822, verifica-se que os direitos originários e naturais se confrontavam com os limites dos direitos dos outros (*Déclaration*) ou com os limites das leis (Const. de 1822). (...) O problema das restrições aos direitos – restrições resultantes dos direitos dos outros e restrições impostas por leis – tinha sólidas raízes filosóficas nas teorias kantiana e lockeana” (CANOTILHO, 2006, ob. cit., pp.344 e 345).

280“A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível. De forma muito simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie* (SILVA, 2010, ob. cit., p.139).

281“O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. (...) Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da existência externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.277).

intervenções<sup>282</sup>, que, para não se transmutarem em violação, precisam ou ser restringidas por norma constitucional, ou, ao menos, decorrerem de alguma.<sup>283</sup>

Essa primeira hipótese da tese externa, denominada de restrição diretamente constitucional, pode ser escrita - consagrada ou não no mesmo dispositivo do direito fundamental, apresenta-se como regra ou princípio – ou não escrita – advindo da colisão com outro direito fundamental, manifesta-se como princípio. A segunda situação, chamada de restrição indiretamente constitucional, consiste em autorizações constitucionais expressas ou implícitas de edição de legislação infraconstitucional.<sup>284</sup> Subdivide-se, pois, em três espécies de reserva legal: a simples, de conteúdo e finalidade não determinados constitucionalmente; a qualificada, condicionada em conteúdo e finalidade pela Constituição; e a implícita, deduzida de cláusula constitucional não escrita expressamente.<sup>285</sup>

De toda a forma, ambas teorias, ou seja, tanto a tese interna quanto a externa, dedicam-se à elucidação da salvaguarda jusfundamental, área sobre a qual há de atuar a eficácia dos direitos fundamentais.

## 1.2.A eficácia dos direitos fundamentais

O âmbito de proteção, delimitado seja por condicionantes externos, seja por fatores intrínsecos ao direito fundamental, projeta-se no mundo por meio de efeitos jurídicos, que, todavia, não encontram identidade de tratamento na heterogeneidade dos sistemas: nem há, conforme visto, coincidência quanto aos diversos catálogos de direitos,

---

282“O conceito de intervenção constitui o supraconceito para os conceitos de embaraço, afetação e eliminação” (*Id.*, *ibid.*, p.303).

283A discussão em tela traz à baila o leading case do acórdão n° 254 de 1999 do Tribunal Constitucional português, que, em sua decisão, valeu-se da teoria externa para precisar os limites de direitos fundamentais reconhecidos como colidentes na situação (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html>). Em caso em que uma empresa farmacêutica buscava examinar processo administrativo de autorização de comercialização de fármaco de concorrente, por suspeitar se tratar de fórmula sua posta por outra empresa no mercado sob produto de outra denominação, verificou-se o embate entre o direito à informação, a permitir a impugnação de eventual ato lesivo, e o direito ao segredo industrial, decorrente da propriedade intelectual. Apesar de, no feito, ter sido usado (impropriamente), por vezes, o termo “limites imanentes”, fez-se ponderação com pressuposição *prima facie* do âmbito de proteção dos direitos, para serem ulteriormente conformados definitivamente quando confrontados na concretude do litígio. Permitiu-se, assim, o acesso a alguns documentos, mas não todos.

284ALEXY, 2017, ob. cit., pp.285-295.

285NOVELINO, ob. cit., pp.287-289.

nem se apura uniformidade nas consequências correspondentes. Por outro lado, as construções que os diferentes poderes legiferantes erigem quanto à eficácia jusfundamental permite traçar características comuns em termos de aplicação, conteúdo e forma.

No concernente à aplicação, é tema de dissenso e mesmo de escolha do sistema jurídico a aplicabilidade do catálogo jusfundamental extensível a particulares (eficácia horizontal), além daquela corriqueiramente voltada ao poder público (eficácia vertical).<sup>286287288</sup> Como se não bastasse se controverter a quem se aplica, problematiza-se haver, por vezes, dispositivos constitucionais sem aplicação – ao menos, direta -, o que naturalmente lança sombra sobre a disciplina dos direitos fundamentais.

Como se poderia esperar do ambiente que serviu de berço ao controle de constitucionalidade, coube à doutrina norte-americana iniciar tarefa distintiva ao predicar os dispositivos constitucionais como autoexecutáveis, quando bastantes em si para a produção da eficácia, e como não autoexecutáveis, quando seus efeitos dependessem de legislação infraconstitucional.<sup>289</sup> Seguiram-se, dessa concepção primordial, diversas outras teorias, como a que diferencia as normas constitucionais quanto à eficácia plena, contida e limitada.<sup>290</sup> Entrementes, cada vez mais se aproxima do consenso de que se prescinde do

---

286A jurisprudência alemã da década de 50 do século XX, em contraste à eficácia vertical (do titular frente ao Estado), desenvolveu a tese da eficácia horizontal (externa, no Direito privado ou perante terceiros) dos direitos fundamentais, tema sobre o qual se podem identificar 4 posicionamentos: 1.a negatória da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (nos Estados Unidos, a *state action doctrine*, a excepcionar tal raciocínio na proibição da escravidão, e a mais branda *public function theory*, a alargar o poder estatal a particulares que desenvolvem atividades típicas de Estado); 2.a doutrina da eficácia horizontal mediata, indireta ou dualista (aplicabilidade às relações privadas com o intermédio do legislador ordinário); 3.a tese da eficácia horizontal imediata, direta, ou vinculação direta das entidades particulares; e 4.as teorias diferenciadoras ou alternativas (ora sustenta-se que o monopólio estatal da autoridade enseja responsabilidade por quaisquer violações, ora que a dicotomia entre as eficácias direta e indireta estaria superada). Nesse sentido, CORREIA, 2016, ob. cit., pp.46-52, nota de rodapé 65.

287O diploma constitucional lusitano foi o primeiro a vincular tão categoricamente particulares aos direitos fundamentais, a que foi seguido pelas constituições de Cabo Verde e de Angola. Entretanto, malgrado a intenção privilegiada dos direitos fundamentais pelo constituinte, do artigo 18º da Constituição portuguesa remanesceu em si inspirador de dúvidas (a aplicabilidade a indivíduos ou apenas a entidades coletivas particulares; eficácia direta ou indireta à seara privada):

“Com efeito, a Constituição proclama a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas, mas, depois, é como se não o tivesse feito, ou seja, não acontece nada, tudo se desenvolve, no domínio das relações privadas, como sempre ocorreu” (NOVAIS, 2018, p.33).

288 A sentença de 20 de outubro de 2016 da Corte Interamericana de Direitos Humanos dá exemplo de eficácia horizontal - condenação do Brasil com o fito de coibir a escravidão, em episódio em que se libertaram 85 pessoas mantidas em regime de trabalho escravo em propriedade particular ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf)).

289SILVA, 1998, p.74.

290“Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de

legislador ordinário para o texto constitucional emanar consequência jurídica em algum grau<sup>291</sup>, como no desestímulo à produção legislativa inconstitucional.<sup>292</sup>

Em prol da imediata aplicabilidade do conjunto jusfundamental, pode-se obter respaldo na lógica da teoria da norma ao se rememorar que, conforme examinado na primeira metade deste ensaio, a maior parte desses direitos preexistia à sua elevação à dignidade de fundamental. Exemplo dessa ilação é a propriedade, que se revestia de juridicidade muito antes de sua fundamentalidade se reconhecer constitucionalmente e que, por isso, os poderes correlatos e suas formas de aquisição consequentemente costumam se encontrar não na Constituição, mas na legislação infraconstitucional.<sup>293</sup> Sob tal premissa, a inserção ao rol jusfundamental enseja a consequência jurídica direta de qualificar um direito como fundamental, agregando ao seu conteúdo próprio uma disciplina adicional, que é a eficácia dos direitos fundamentais, cambiante segundo o sistema jurídico.

Em relação ao conteúdo, a eficácia jusfundamental manifesta-se subjetiva e objetivamente, sendo que, quanto ao primeiro aspecto, o catálogo jurídico em estudo secciona-se entre os direitos a prestações e os direitos de defesa. Nessa linha, enquanto estes escudam o titular da eliminação, interferência ou embaraço ao exercício do âmbito de proteção (tal como a liberdade de ir e vir se opõe à detenção fora das hipóteses legais)<sup>294</sup>, aqueles exigem, para serem atendidos, não uma abstenção, mas uma postura ativa<sup>295</sup> (a

---

normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (*Id.*, *ibid.*, pp.82 e 83).

291“*A doutrina weimariana do poder legislativo unitário, assente numa compreensão decisionística da teoria da representação da soberania popular e na disponibilidade do direito constitucional pelo legislador, é hoje claramente rejeitada, afirmando-se, pelo contrário, a heterovinculação das instâncias legiferantes pelas normas constitucionais*” [CANOTILHO, 2001 (A), pp.329 e 330].

292“*A impossibilidade de aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos sociais por falta de determinação constitucional suficiente não os coloca à mercê do legislador. (...)*

“(…) os preceitos constitucionais relativos aos direitos dos consumidores também servem de padrão positivo de controle de constitucionalidade da legislação emanada sobre a matéria e poderão fundar a declaração de nulidade ou desaplicação das leis que os violem, ou exercer uma influência prevalecente na interpretação das respectivas disposições” (ANDRADE, 2007, p.139).

293GILISSEN, ob. cit., pp.635-647.

294“*Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal* (SARLET, 2009, p.168).

295“*Perante as marcas da complexidade, a constituição não podia mais, sob pena de anorexia, limitar-se ao esqueleto organizatório e à regulação de um conjunto básico de direitos fundamentais entendidos como direitos de defesa em relação ao Estado. Face ao processo de osmose Estado/Sociedade, o estatuto*

exemplo do direito à saúde, que impõe ao poder público a construção de hospitais, a contratação de profissionais, a implementação de políticas de acesso a fármacos).<sup>296</sup>

De outro vértice, é reconhecida à universalidade jusfundamental uma eficácia objetiva, para além da salvaguarda a posições próprias da gênese desse rol enquanto direitos subjetivos. Entre os diversos efeitos que a doutrina identifica sob essa espécie de consequência jurídica, vale sublinhar sua irradiação a todo o sistema jurídico, que há de ser interpretado em sintonia com os direitos fundamentais – mesmo as demais disposições de hierarquia constitucional -, em linha com sua natureza de origem enquanto declaração política inspiradora do Estado moderno.<sup>297</sup>

Quanto à forma, a opção pela rigidez da Constituição pode conferir aos direitos fundamentais um processo legislativo mais dificultoso para sua modificação, ou mesmo garantir sua não supressão.<sup>298</sup> Arelado ao assento constitucional do catálogo, insere-se a inconstitucionalidade de o que lhe for contrário como efeito mediato. Sucede que a qualificação de direito como fundamental produz diretamente a eficácia de o integrar aos pressupostos de validade do sistema jurídico, o que se opera mesmo na remota hipótese de nada ser retido por esse filtro de condições.<sup>299</sup> O advento de ato avesso aos ditames

---

fundamental da comunidade política alargou-se, chamado que foi a disciplinar os aspectos fundamentais não apenas do Estado, mas da própria sociedade. Encetado este caminho, rapidamente se difundiu a ideia de uma capacidade de hiperprestação da constituição, convertida em cartilha emancipatória, em ‘constituição dirigente’, qual a estrela-polar no caminho da conversão da utopia em história, à luz de um ‘princípio da esperança’” (LOUREIRO, 1999, p.270).

296Conquanto os direitos de defesa e a prestações em muito se relacionem, respectivamente, aos de primeira e de segunda dimensões, não há coincidência entre as categorias – a participação política, por exemplo, insere-se na primeira dimensão e, porém, demanda uma série de prestações estatais para ser efetivada.

297Seria a dimensão dúplice dos direitos fundamentais:

“(…) a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de <<direitos>> aos indivíduos. (...)”

“Só que a doutrina constitucional refere a dimensão objectiva em contextos e alcances variados: a propósito das <<garantias institucionais>>, da <<eficácia externa ou horizontal>> dos direitos, do seu <<efeito de irradiação>> para toda a ordem jurídica, dos <<deveres de proteção>> do Estado contra terceiros, das normas de <<direito organizatório>> e de <<direito procedimental>> necessárias ou convenientes para uma efetiva aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais” (ANDRADE, 2017, ob. cit., p.109).

298“Através da rigidez da Constituição, a lei cai do pedestal em que estava no constitucionalismo oitocentista (...).

“Especificamente, o princípio da constitucionalidade consiste na não contradição das normas constitucionais pelas normas legais. Tal resulta tanto do art. 134 da Constituição (<<A Corte constitucional julga controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis>>) quanto do art.138 da Constituição, que impõe, para a modificação da Constituição, um procedimento especial, diferenciado em relação ao da legislação ordinária” (ZAGREBELSKY, 1992, p.58, traduzi).

299“Como se sabe, o constitucionalismo contemporâneo (e também o constitucionalismo português) assenta em três princípios essenciais: o primeiro é a concepção normativa da Constituição (...). O segundo –

jusfundamentais remete a segunda situação, que, por seu turno, receberá a desqualificação como inconstitucional por seu desatendimento aos requisitos de validade.

Nesse ponto, as discussões atingem maturidade suficiente para se relacionar a eficácia dos direitos fundamentais à validade.

## 2.A eficácia dos direitos fundamentais e a validade

A hierarquia constitucional dos direitos fundamentais é a causa (eficiente) pela qual os atos que lhes forem contrários são tizados pela mácula da inconstitucionalidade, sendo essa a mais grave invalidade do sistema jurídico por decorrer justamente de inobservância à região cumeira da pirâmide normativa. É de se consignar, porém, que validade é termo polissêmico, a designar não apenas a conformidade a pressupostos jurídicos, mas também a legitimidade (fundamento axiológico-filosófico) das normas e mesmo sua obediência pelos destinatários.<sup>300</sup> A acepção seguida, na reflexão preliminar, emprega o primeiro sentido mencionado.

Mesmo dentro desse campo semântico, todavia, a dubiedade prossegue. Para muitos autores, válida seria a legislação concebida de acordo com os pressupostos formativos, como a gênese de órgão competente e a regularidade do procedimento conducente à vigência.<sup>301</sup> Para outros, a validade pressupõe a existência, caso em que o termo em foco designa o existir perfeito da norma, ou melhor, a conformidade a condições do ordenamento que, se não averiguadas, não descredenciam o ato quanto ao ser jurídico, mas desqualificam-no ao patamar de defeituoso, viciado, passível de reparação e, na maioria das vezes, de limitação no concernente aos efeitos<sup>302</sup>.

---

intimamente ligado ao primeiro – é a elevação da Constituição a parâmetro de validade de todos os actos do poder público” (CORREIA, 2003, p. 63).

300“1) A validade ideal, material, normativo-filosófica, denominada por Wróblewski <<axiological validity>> ou <<acceptability>> das normas legais; 2) A validade constitucional, existencial, lógico-formal ou jurídica, como <<systemic validity>> ou <<validity>> em sentido estrito para Wróblewski; 3) A validade fática, empírica ou sociológica, a que o autor anteriormente mencionado qualifica de <<factual validity>> ou <<efficacy>>” (FALCÓN Y TELLA, 2000, pp. 27 e 28).

301É o entendimento, *verbi gratia*, de Hans Kelsen:

“De uma forma ou de outra: por ato de fixação ou pelo costume, a norma entra em validade. Quando se diz: ‘uma norma vale’, admite-se essa norma como existente. ‘Validade’ é a específica existência da norma, que precisa ser distinguida da existência de fatos naturais, e especialmente da existência dos fatos pelos quais ela é produzida” (KELSEN, 1986, pp.3 e 4).

302Exemplificativamente, é a compreensão de Karl Larenz:

Essa última ideia é a que, para a (des)qualificação de inconstitucional ligada aos efeitos dos direitos fundamentais, deve ser levada em conta. Em contribuição à clareza do pensamento, essa opção de sentido recebe o suporte doutrinário da divisão do mundo jurídico em três planos – existência, validade e eficácia -, a serem ultrapassados sequencialmente para a deflagração da consequência jurídica em circunstâncias de normalidade. Consoante tal formulação, se reunidos forem os requisitos mínimos para que um fato se repute jurídico, será existente, mas outras condições são necessárias para que se considere perfeito – ou melhor, válido – e para que, então, irradie os efeitos esperados.<sup>303</sup>

Dessa maneira, para haver existência jurídica válida, impõe-se transpassar um verdadeiro filtro de requisitos do ordenamento jurídico, formado por disposições infraconstitucionais<sup>304</sup> e constitucionais – entre as quais, estão os direitos fundamentais. É de subido interesse, logo, desvendar esse mecanismo de seleção validante de que participa o catálogo jusfundamental, o que remete o estudo a cotejo relacional entre os conceitos de intervenção e de suporte fático.

## 2.1.A intervenção e o suporte fático dos direitos fundamentais

Se a invalidade é consequência de o que assestar o domínio normativo de um direito fundamental, a investigação a respeito das condições desencadeantes desse efeito reconduz ao exame do suporte fático, considerando ser tal conceito, conforme visto, o antecedente da eficácia. Sob o viés da teoria ampla dessa acepção e de seu reverso, a tese externa das restrições, a etapa *prima facie* dessa metodologia dialética depende de antítese a conter a amplificação protetiva e, conseqüentemente, a viabilizar a conclusão quanto à tutela definitiva. Destarte, decorrência lógica de se quadrar o resultado da invalidação é a

---

“A lei conhece, portanto, graus intermediários entre a plena eficácia (validade) de um negócio jurídico e a plena ineficácia (nulidade). (...)”

“A designação de um negócio ineficaz para todos efeitos e permanentemente <<nulo>> não deve induzir a se considerar tal negócio como algo <<não existente>>. O negócio existe como ato realizado, isto é, como evento; porém, denegam-se-lhes os efeitos jurídicos a que se dirige” (LARENZ, 1978, pp.623 e 624, traduzi). 303MELLO, 1999 (B), p.11.

304Exemplos são os pressupostos do negócio jurídico: “Para valer, requer declaração de vontade, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

“Seus pressupostos de validade, isto é, as circunstâncias necessárias a que produza os efeitos próprios de sua função típica, são concernentes ao sujeito (capacidade), ao objeto (idoneidade) e à posição do sujeito em relação ao objeto (legitimação)” (GOMES, 1999, p.363).

pressuposição de algo a indevidamente intervir no campo jusfundamental protegido, razão por que doutrina bastante tradicional adiciona ao âmbito de proteção a intervenção como segundo elemento do *Tatbestand*.

Haveria, dessa forma, dois elementos no suporte fático dos direitos fundamentais: o âmbito de proteção, enquanto seara protegida, e a intervenção, que seria aquilo contra que se está a proteger. À percepção confessadamente contraintuitiva dessa composição<sup>305</sup> calha contra-argumentar que, segundo tal posicionamento, sem o fator interventivo ao domínio normativo não se deflagraria o efeito jurídico de invalidação do ato violador (por inconstitucionalidade direta ou mesmo reflexa). Como resultado, essa configuração reuniria todos os pressupostos da consequência jurídica provisoriamente cogitada, a suprir exigência doutrinária ao conceito que, inclusive, recebe nome: a inteireza (ou integridade) do suporte fático<sup>306</sup>. Outra razão a socorrer esse suporte fático bipartido assenta-se na necessidade que, tanto nos direitos de defesa como nos direitos a prestações<sup>307</sup>, deflui da transição de um âmbito de proteção *prima facie* para sua correlata condição definitiva – a eventualmente se excepcionar, nessa relação impositiva, direitos como os permissivos<sup>308</sup>.

Por conceber algo de insuficiente nessa proposta, estruturação variante adita terceiro elemento ao suporte fático: a ausência de fundamentação constitucional legitimadora. A sustentar tal acréscimo, afirma-se que a consequência jurídica (de invalidação) verificar-se-ia somente se a intervenção não contasse com justificação respaldada na lei fundamental. Em outras palavras, não se poderia inquirir de inválido o ato interventivo que, a despeito de provisoriamente atingir o âmbito de proteção de direito fundamental, encontrasse arrimo na Constituição. Ausente a legitimidade que a lei maior

---

305 Tal aparência peculiar é admitida pelo próprio autor:

“Embora possa soar um pouco estranho, isso põe às claras sua estrutura” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.305).

306 “(...) a regra fundamental da inteireza do suporte fático: pela qual os efeitos jurídicos se produzem somente quando todos os seus elementos são realizados” (SCOGNAMIGLIO, 1954, p.336, traduzi).

307 “Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre por meio de sopesamentos –, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. (...) Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.446).

308 “(...) no âmbito da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais permissivas têm a importantíssima função de estabelecer os ‘limites do dever-ser’ em relação às normas de hierarquia inferior. Essa função não pode ser realizada por meio da mera ausência de normas mandatórias ou proibitivas. Ela pode, contudo, ser realizada por meio de normas permissivas de proteção, ou seja, por meio de normas que proíbem ao Estado ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competência, que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações” (*Id.*, *ibid.*, pp.231 e 232).

pode conferir, todavia, haveria uma violação, alocada fora, enquanto tal, do plano da validade.<sup>309</sup>

A teorização em torno da primeira configuração mencionada, por vezes, não exclui abertura a uma concepção tripartite, conquanto se mostre indiferente a essa possibilidade ao considerar a segunda formulação aludida redutível a um suporte fático de dois elementos.<sup>310</sup> Ainda se ressentido, entretanto, de desconforto com o diferencial comum a ambas, a intervenção, o que perspectiva diversa poderá quiçá dissipar.

## 2.2.O suporte fático dos direitos fundamentais sem a intervenção

A consequência jurídica advém da incidência do suporte fático, tal como o efeito deve provir da causa. Visão perspectivada sob outro ângulo, muito embora sustentada por equação que explique certa quantidade de fenômenos, não contempla justificativa à integralidade da eficácia. Tal é a situação da teoria que inclui a intervenção no *Tatbestand* dos direitos fundamentais, que vê elemento como imprescindível por não perceber que se trata de fração de realidade composta.

Nesse passo, quando se afirma que normas garantidoras de direitos de defesa apenas se satisfazem com suporte fático dotado de dois elementos, os conceitos do bem protegido e da intervenção, está-se a sustentar que a consequência jurídica de invalidade se opera somente ao se intervir em ponto em que uma abstenção é garantida. Contudo, sucede que a invalidade é qualidade do ato inválido, não do direito fundamental, ou, dito de outra

---

309“Ora, se suporte fático são *os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental*, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas incluir nesse conceito a *ausência de fundamentação constitucional*” (SILVA, 2006, pp.30 e 31).

310 “Se se escolhe o suporte fático do bem protegido, o dualismo entre suporte fático e restrição é substituído por um dualismo entre suporte fático, intervenção e restrição. Uma análise mais detida demonstra, no entanto, que isso nada mais significa que a divisão do suporte fático em dois elementos” (ALEXY, 2017, ob. cit., p.304).

Com efeito, a lógica do modelo de Robert Alexy é dialético: de um lado, o âmbito de proteção; de outro, a intervenção, como tese e antítese a conceberem a conclusão da tutela definitiva do direito fundamental. Se há legitimidade constitucional, não há antítese, ou melhor, não há contra que se proteja com a égide jusfundamental. Dessa maneira, as conformações diádica e triádica, essencialmente, equivalem-se.

forma, a inconstitucionalidade predica e é inerente ao ato inconstitucional, não ao conjunto jurídico a que se desobedeceu.<sup>311</sup> O ponto dinâmico não está no direito fundamental, que já produziu a eficácia de se instituir como parâmetro de validade, mas no ingresso do ato no mundo jurídico, que vem à existência, mas de modo viciado, por ser desconforme ao filtro que separa o constitucional do inconstitucional.<sup>312</sup> Há, ao invés de um, dois fenômenos.

Tal como em outros ramos jurídicos, a mesma *ratio* se confirma no Direito Penal: a regra que tipifica conduta e que comina pena pressupõe outra norma a tutelar o bem jurídico e a vedar a violação de seu âmbito de proteção. O ato de matar alguém, no crime de homicídio, enseja o efeito da pena de prisão, mas não se enuncia expressamente o direito à vida, nem a proibição à sua afronta. Implícita ou explicitamente, esse direito compõe o filtro de validade do sistema jurídico previamente à ação que, quando perpetrada, ingressa no mundo jurídico com a invalidade da ilicitude penal.<sup>313</sup>

O modelo de suporte fático dotado de dois elementos, pois, é capaz de conferir alguma explicação à eficácia da invalidação, mas escapa-lhe a justificativa para outros efeitos que não necessariamente precisam de intervenção para serem produzidos. Afora sua desnecessidade quanto aos direitos permissivos, conforme admitido na própria teorização dessa vertente<sup>314</sup>, o conteúdo eficaz dos direitos fundamentais de informar a interpretação de todo o sistema jurídico é deflagrado independentemente de violação ao domínio normativo.

---

311Na esteira da tópica aristotélica, proposições são formas; já os conceitos, conteúdos. O que se relaciona aos conceitos se divide em 4 categorias: a definição (ligada à essência), o gênero (o que se predica, na categoria de essência, de várias coisas com diferenças específicas), a propriedade (atributo não integrante da essência, mas encontrado em todos os seres da definição, como a capacidade de aprender gramática, que é essencialmente humana, mas que não compõe a definição de homem) e o acidente:

“Um acidente é (1) alguma coisa que, não sendo nada do que precede – isto é, nem uma definição, nem uma propriedade, nem um gênero – pertence, no entanto, à coisa; (2) algo que pode pertencer ou não pertencer a alguma coisa, sem que por isso a coisa deixe de ser ela mesma (...)” (ARISTÓTELES, 1983, p.8).

Exemplo de acidente é a característica de um homem ser ruivo, ou calvo. Nessas condições, pode-se dizer que a inconstitucionalidade é acidente do ato inconstitucional.

312Semelhante raciocínio orienta outros ramos jurídicos, como o Direito Privado:

“O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico) não há distingui-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade” (PONTES DE MIRANDA, 1983, p.29 e 30).

313“A norma penal obedece a peculiar técnica legislativa. (...)”

“Em consequência, a regra proibitiva permanece implícita na definição do crime e só por via indireta é que pode ser determinada. Assim, no artigo 121, *caput*, do Código Penal, o legislador define o crime de homicídio na seguinte proposição: Matar alguém. Esse é o comportamento ilícito. De forma oculta, existe o mandamento proibitivo ou regra imperativa: Não matarás” (JESUS, 2006, pp. 14 e 15).

314ALEXY, 2017, ob. cit., p.303.

No que concerne especificamente à inconstitucionalidade, a consequência jusfundamental não é a invalidade, mas a instituição do direito qualificado como fundamental enquanto parâmetro de validade. Sob tal pressuposto, é o ato em si que se torna inválido por ingressar defeituoso no plano da validade (formado pela universalidade jusfundamental e também por outras balizas próprias de cada sistema jurídico).

Não se descarta da alegação de que, diante das amplificadas dimensões do âmbito de proteção *prima facie*, surge a exigência de contraponto através de intervenção igualmente inflacionada, de maneira a abarcar o suporte fático tudo o que contribui à conformação da tutela definitiva. Por outro lado, se assim inexoravelmente o fosse, também se haveria de incluir, no *Tatbestand*, a ponderação, que é indispensável ao diálogo entre domínio normativo *prima facie* e ato interventivo, bem como todos os demais postulados normativos.

No entanto, como o plano de aplicação é o nível em que se situa o suporte fático, à sua integralidade não convém ser elemento critério aplicativo algum, pertencente à seara das metanormas - as normas voltadas a outras normas. Destarte, da mesma forma que regras e princípios entram em conflito e colidem, também os direitos fundamentais (ao menos, sob a ótica da teoria externa), estruturados consoante tais espécies, convivem com entrechoques e, quando e se<sup>315</sup> tal ocorrer, as normas de segundo grau guiarão o caso ao âmbito de proteção definitivo. Já a intervenção protagoniza exame à parte, em operação lógica diversa, respeitante à maneira como passa pelo plano da validade – perfeitamente, ou com defeito, que poderá atingir a gravidade da inconstitucionalidade.

Portanto, materialmente preenchido por âmbito de proteção passível de conformação *a posteriori*, o suporte fático dos direitos fundamentais verifica-se formalmente satisfeito quando um direito é alçado à dignidade de fundamental à luz dos critérios próprios de cada realidade jurídica (nacional ou supranacional). O direito em si já é dotado de disciplina eficaz própria de seu conteúdo – muitas vezes, preexistente à

---

315De se consignar que, na concepção de teoria externa de J. J. Gomes Canotilho, o aspecto interventivo é uma possibilidade na transição entre o âmbito normativo e a proteção definitiva do direito, não uma *conditio sine qua non* (o seguinte grifo em “se” é nosso):

“1) em primeiro lugar, analisa-se *se* existe uma intervenção restritiva dos poderes públicos ou de sujeitos privados no âmbito de protecção de um direito pessoal e constitucional ou de um direito de personalidade civil;

“2) em segundo lugar, investiga-se se a intervenção restritiva obedece às exigências formais e materiais legitimadoras da intervenção restritiva (ex.: fundamento legal, direito concorrente, proporcionalidade da intervenção)” (CANOTILHO, 2006, ob. cit., p.347).

qualificação como fundamental<sup>316</sup> -, a que se agrega, como consequência jurídica de sua elevação ao rol jusfundamental, a eficácia dos direitos fundamentais, variante segundo cada ordenamento.<sup>317</sup> Eis o silogismo bastante à suficiência de uma teoria analítica alheia a um sistema jurídico específico.

De se referir que o Direito Privado, ramo há muito mais tempo familiarizado a esse conceito em relação ao Direito Constitucional, satisfatoriamente distingue um suporte fático *prima facie* (dito abstrato) de outro definitivo (nominado de concreto, na construção da norma regente do caso) sem necessitar diretamente de fator inválido (como a intervenção) enquanto elemento.<sup>318</sup> A dogmática do Direito Tributário, com suas distinções, identifica a mesma lógica.<sup>319</sup>

Não há por que, somente no Direito Constitucional, ser diferente. Assim como levou algum tempo para que se abandonasse o geocentrismo, fundado na percepção de aparentemente os astros circundarem a Terra, talvez alguma visão turva se deva à historicamente recente força normativa reconhecida ao catálogo jusfundamental e à juventude da experiência dogmática nessa área em comparação a outros ramos jurídicos. Quanto ao âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais, sua condição

---

316É o caso, inclusive, do anteriormente citado direito fundamental à vida: se sua proteção, através da criminalização do homicídio, deita raízes no Direito pré-histórico, sua incorporação, como direito fundamental, é relativamente recente - ausente na Magna Carta de 1215 e no *Bill of Rights* de 1869, fez-se presente na declaração de independência (de 1776) e no *Bill of Rights* (de 1791) dos Estados Unidos (ARRUEGO, 2019, p.251, nota de rodapé 9).

317A qualificação de um direito como fundamental a ensejar a eficácia da atribuição da disciplina jusfundamental encontra paralelo nas normas organizatórias da teoria da norma do Direito Privado:

“O efeito jurídico relacionado ao suporte fático previsto é sempre uma pura criação do direito (...). As normas que resolvem problemas de organização se exaurem – no âmbito do Direito Privado – ao relacionar o suporte fático à atribuição de determinadas qualificações a pessoas, coisas, atos humanos: qualificações de capacidade ou posições para as pessoas, de comerciabilidade ou categoria para as coisas, de licitude, legalidade ou validade para os atos, mediante os quais essas normas concorrerão a configurar os tipos de situações de fato que serão os suportes fáticos previstos de normas ulteriores. Diferentemente, as normas dirigidas a resolver preferencialmente problemas de composição dispõem, em primeiro lugar, das tarefas de constituir, modificar ou extinguir os vínculos (isto é, as relações jurídicas) e, eventualmente e em segundo lugar – com preceitos de caráter secundário e sancionatório -, a cominação de sanção para a hipótese de o vínculo disposto não ser observado” (BETTI, 1942, p.4, traduzi).

318Ainda se sugere, por vezes, uma terceira dimensão, o suporte fático real:

“Distingue-se comumente o suporte fático abstrato ou legislativo do suporte fático concreto, mas impõe-se também distinguir o último do suporte fático real. (...) O suporte fático abstrato é aquele previsto hipoteticamente e é uma das duas partes constitutivas da norma. O suporte fático concreto é um suporte fático correspondente ao abstrato, mas pensado em seu devir histórico. (...) não é uma abstração criada pela lei, como o suporte fático legislativo, mas uma abstração que o intérprete extrai dentre todos os possíveis suportes fáticos reais. O suporte fático real, enfim, ou melhor, os suportes fáticos reais são aqueles da vida, individuados no tempo e no espaço” (RUBINO, 1939, pp.3 e 4, traduzi).

319“Do ponto de vista linguístico a distinção mais clara fazem-na os alemães, que têm termos diferentes para significar o suporte legal ou a hipótese de incidência (*Tatbestand*) e o fato concreto (*Sachverhalt*)” (TORRES, 2004, p.211).

provisória tributa-se não à dependência de eventual intervenção, mas ao Direito enquanto linguagem, sendo o caráter argumentativo do fenômeno jurídico naturalmente permeável à solução emergente do caso concreto.

## CONCLUSÃO

O panorama apresentado dedicou-se a elucidar, nos temas pelos quais transitou, as principais linhas metódicas contemporâneas de aplicação dos direitos fundamentais. Na explanação empreendida, apontou-se para as vertentes analíticas que transpareciam mais adequadas a conferir aplicabilidade a catálogo jurídico tão caro ao sistema normativo, bem como, quando se afigurou pertinente, refutou-se o que parecia merecer estruturação diversa. Com o fito de sintetizar os frutos colhidos, é preciso inicialmente trazer à lume os raciocínios que serviram de pressupostos à solidez da articulação e, somente então, ingressar-se na construção dogmática que se objetivou edificar.

Essa investigação vestibular, trilhada com recurso ao tempo, centrou-se primeiramente na Idade Média, quando a sociedade marcadamente desigual e orgânica impedia, conseqüentemente, o reconhecimento de direitos como os fundamentais, dotados de vocação universalista e destinados à resistência individual. De outro vértice, o hábil esforço interpretativo dos juristas comentadores, ao costurar um Direito fluido em meio à pluralidade estatutária imperante, ensejou notável produção de conceitos e de critérios que, ulteriormente, representaram a base de aplicação do referido catálogo jurídico.

No período moderno, ebuliram as condições necessárias ao despoite dos direitos fundamentais, quando tomou forma pensamento de tez atomista, aberto à oposição do indivíduo frente à sociedade, da parte diante do todo. Simultaneamente, a astuta técnica dos comentadores passou a ser desacreditada por supostamente propiciar, ao invés da solução alinhada à certeza jurídica, o resultado vitorioso à parte que subterraneamente se intentava favorecer. Em linha com esse desejo de segurança, a aplicação do Direito permitiu-se seduzir pelo racionalismo do nascente espírito científico, de que foi filho o elevado apreço à ideia de método, enquanto caminho conducente à decisão jurídica correta.

Tal projeto moderno, no constitucionalismo, passou a decisivamente se consolidar. Nesse contexto de entronização da lei como instrumento de certeza e de censura aos abusos interpretativos, positivaram-se os direitos fundamentais, cambiantes conforme a nação, mas sujeitos à ascensão dos modelos inglês, francês e norte-americano. Em desdobramento à influência dessas clássicas vertentes, a diversidade de expressões nacionais cedeu passo a certa aproximação eficaz - principalmente, se acolhido o controle de constitucionalidade, quanto à elevação do gênero jusfundamental a parâmetro

de validez e, com frequência ainda maior, quanto ao seu balizamento hermenêutico sobre todo o sistema jurídico.

Em contraste com as promessas da modernidade, entretanto, o período seguintemente telado, a propósito dos paralelos feitos às alegorias relacionadas ao tempo, permitiria desconfiar de pernicioso junção com Saturno, planeta que, designado pelo nome romano do titã Crônus, já se imaginou prenunciar episódios de grandes sofrimentos.<sup>320321</sup> Seja pelo elevado grau de exploração a que o trabalho foi pelo capital submetido, seja pelas crueldades praticadas nas duas guerras mundiais, houve tanto o reconhecimento de outras dimensões aos direitos fundamentais (a exemplo dos direitos sociais) como a necessidade de a salvaguarda transpor os limites do Estado - autor das maiores violações. Internacionalmente, tal proteção se intencionou efetivar através dos direitos humanos, em manifestação a sentimentos e desejos que paradoxalmente também se associam ao mencionado astro - talvez por se tratar do oitavo planeta na órbita solar, sendo oito o número da justiça<sup>322</sup>.

Alegorias à parte, semelhante frustração com os anseios da modernidade, na aplicação do Direito, foi observada: a esperança de certeza fundada no mecânico cumprimento da lei naufragou ante a indispensabilidade da interpretação na realidade jurídica, que se descobriu eminentemente linguística. Isso, por outro lado, não significou que se devesse render a manipulações como aquelas contra que os modernos vociferaram. Para não se descambar na liberdade argumentativa que se disse excessiva na técnica dos comentadores, talvez um meio termo pudesse ser proposto pela dogmática jurídica, por meio de critérios e conceitos que representassem algum limite à atividade hermenêutica, regida, no simbolismo a que muito se fez alusão, pelo fugaz deus pagão Mercúrio.

Mostrou-se viável, com fulcro em tais pressupostos, partir para a discussão metódica. Para sua compreensão em apertada síntese, a exposição doravante feita não necessariamente seguirá a ordem de assuntos disposta no texto precedente.

---

320 “O nome de grande maléfico lhe é conferido a justo título, pois ele simboliza todo tipo de obstáculo, as paradas, a carência, o azar, a impotência, a paralisia” (CHEVALIER; GHEERBRANT, ob. cit., pp.806 e 807).

321 Mesmo a causa da peste negra já foi atribuída à ação de Saturno:

“Atribuía-se a peste a emanações de regiões insalubres, ou a um castigo divino (ideia que Burton endossava), ou o envenenamento dos poços pelos judeus - que à época foram mortos às centenas. Uma comissão de doutores, constituída pela Sorbonne a pedido de Filipe VI, apontou como origem da doença uma junção de planetas em que Saturno desempenhava um papel importante” (SCLIAR, 2003, ob. cit., p.24).

322 CHEVALIER; GHEERBRANT, ob. cit., p.527.

Nesse contexto, primeira ilação dogmática a se vincar é a de os direitos fundamentais normalmente se comportarem como princípios, a despeito de nada impedir o legislador de positivizar textualmente uma regra jusfundamental. De se referir que mais adequada se afigurou, quanto às mencionadas espécies normativas, a distinção lastreada na forma como contendem e no modo final de aplicação, porém, com os detalhamentos de se considerar a desidentificação entre texto e norma, a superabilidade das regras e a otimização não dos princípios em si, mas do estado de coisas que promovem. Ao nível metanormativo - isto é, ao plano dos critérios aplicativos -, diferenciaram-se os postulados específicos - como a proporcionalidade, a razoabilidade e a igualdade - dos inespecíficos - com destaque à ponderação, à concordância prática e à proibição de excesso.

Estabelecida tal formatação externa, o enfoque analítico direcionou o exame às profundezas da estrutura normativa dos direitos fundamentais. Nessa incursão, deparou-se preliminarmente, como que se estivesse a dissecar um corpo, com o esquema lógico da dicotomia entre os efeitos jurídicos e as condições para que sejam deflagrados, a transplantar ao Direito, pela teoria da norma, a relação entre causa e efeito.

Faz-se mister, pois, antecipar que as consequências jusfundamentais não foram peremptoriamente designadas, porquanto a disciplina eficaz correspondente varia consoante o sistema jurídico. Sem embargo, ressaíu viável assinalar que, quando adotado um controle de constitucionalidade, a qualificação de um direito como fundamental dá ensejo ao efeito de o integrar ao filtro de validade do sistema. Além disso, a situação historicamente inaugural desse catálogo jurídico enquanto declaração política fundante do Estado moderno também aponta, em função do atual reconhecimento de sua juridicidade, para a eficácia de inspirar a interpretação de todo o ordenamento - incluindo outras disposições constitucionais.

Sendo essa a aproximação possível ao não se atrelar a algum sistema nacional em específico, a pretensão a um panorama de aplicação orienta o exame a perscrutar a respeito de o que desencadearia as aludidas consequências clássicas ligadas aos direitos fundamentais. Para tanto, revela-se de subida utilidade o estudo do suporte fático, conceito engendrado para designar as condições bastantes à eficácia jurídica.

Nessa esfera, baseada no pressuposto de que os direitos fundamentais ensejam o efeito de tornar inconstitucionais os atos que lhes são infensos, visão tradicional dota o suporte fático de dois elementos: o âmbito de proteção, como conceito respeitante ao que

jusfundamentalmente se protege, e a intervenção, a representar aquilo contra que se escuda - somados, operar-se-ia a eficácia da inconstitucionalidade sobre a própria intervenção. Ideia variante, por sua vez, propõe um terceiro (e negativo) elemento, consistente na ausência de fundamentação constitucional legitimadora, eis que, se o ato interventivo encontrar arrimo na Constituição, não se segue a inconstitucionalização - em suma, trata-se de preocupação sobre se se intervém legítima, ou ilegitimamente.

Essa estruturação, contudo, não explica a totalidade da consequência jurídica potencial dos direitos fundamentais - como o efeito de se irradiarem a todo o ordenamento como baliza hermenêutica, o que ocorre independentemente de ato interventivo. Tal insuficiência reside no evento de essa teorização identificar um fenômeno, quando há dois: a elevação de um direito a parâmetro de validade ao ser qualificado como fundamental e o ingresso, no mundo jurídico, de ato contrário ao filtro de validez do sistema. Sucede que a eficácia em que se funda a vertente ora refutada não é a de tornar inconstitucional o ato violador, mas a de integrar um direito ao filtro de validade do ordenamento jurídico, predicação eficaz essa desencadeada mesmo na (improvável) hipótese de nenhum ato violar a salvaguarda jusfundamental. Por essa razão, a intervenção não deve compor o suporte fático dos direitos fundamentais.

É ocupado sozinho, portanto, o suporte fático dos direitos fundamentais pelo âmbito de proteção, que, por seu turno, pode ser obtido tanto pela exclusão de certas posições protegidas à partida como por operação bifásica: admite-se provisoriamente toda a tutela possível e, após, reduz-se à égide (à conformação definitiva) através do cotejo com bens jurídicos eventualmente colidentes. Trata-se, pois, do dissenso entre as versões, respectivamente, restrita e ampla do suporte fático - ou, sob o viés dos fatores que interferem na seara jusfundamental, a controvérsia entre as teorias interna e externa.

Há visões que, a conciliar características de ambas teses antagônicas, apostam em um suporte fático intermediário. Essa construção se amoldaria às discussões pretéritas apenas nos limites da admissão de o legislador poder textualmente positivar uma regra jusfundamental - no restante, pressentiu-se como arbitrária (carente da devida justificação) a exclusão à partida de posições tuteladas, remetendo a preferência a dimensões mais amplas do suporte fático. Tal posição, cumpre sublinhar, não requer a integração da intervenção como elemento à hipótese de incidência, porque a distinção entre um campo protegido *prima facie* e outro definitivo não é novidade entre os mais variados ramos

jurídicos, provindo da nota linguística e argumentativa do Direito. Quando surge a necessidade de se explicitar essa transição, acodem à interpretação os postulados normativos, que, apesar disso, não são convidados a integrar o suporte fático - uma vez estarem não no nível de aplicação, mas no plano metanormativo.

Ainda se identificou, no interior do âmbito de proteção, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como parcela protetiva inegociável a concessões interpretativas. Deparando-se com questões correlatas, o exegeta haverá de decidir se o direito pode desassistir eventuais situações individuais - é a discórdia entre as teorias objetiva e subjetiva -, ou mesmo se tal núcleo invulnerável é passível de variação segundo o caso concreto - a remeter à contenda entre as teses absoluta e relativa.

Tal é o panorama que, com critérios e conceitos, restou proposto. Sua maior importância não subsiste nem na racionalidade que pode emprestar a decisões, nem na avaliação de julgados merecedores de questionamento técnico, mas no profundo valor do catálogo jurídico a que pretende conferir operacionalidade. Na dissecação analítica feita, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais estão para o Direito assim como o coração está para o corpo humano.

É oportuno lembrar, consoante examinado, que essa relevância se plasmou ao longo do tempo, mas de um tempo marcado por graves violações, como se regido houvesse mesmo sido, em seus tristes episódios, pela face terrível de Saturno. Para se articular os direitos fundamentais contra tais situações, descortina-se a preocupação quanto à atividade - a interpretação - que uma vez fora associada a Mercúrio, divindade, aliás, cujo nome se emprestou a metal ministrado, na Medicina do passado, para a cura de doenças.<sup>323</sup> Quisera este panorama fazer o titã assumir, no encontro que se intentou promover com o deus pagão, sua outra significação relacionada, a justiça, como remédio aos males que afligem o coração do Direito.<sup>324</sup>

---

323 “Diferente da peste e apesar do poema, a sífilis não era vista como um castigo divino (...). Além disso, havia tratamento, ainda que precário: um dos remédios, inócuo, era o guaiaco, produto vegetal introduzido na Europa pelos espanhóis em 1508. O outro, também mencionado por Fracastoro, era o mercúrio, que já era usado no tratamento da lepra e de doenças da pele. Dizia-se que trabalhadores em minas de mercúrio curavam-se da sífilis. (...)”

“Nos dois tipos de tratamento havia aspectos simbólicos em jogo. O guaiaco vinha da América, o mesmo lugar onde, para muitos, a sífilis teria se originado. (...) Quanto ao mercúrio, tinha o mesmo nome do deus romano, patrono dos mercadores ou *mercuriales*: lembremos que a sífilis emergiu numa época de grande desenvolvimento do comércio, incluindo o comércio sexual do qual a doença se origina” (SCLIAR, 1996, pp.62 e 63).

324 “As disciplinas que regulam as diversas dimensões da vida social possuem os seus próprios sistemas de valores. O bem para a ética, o belo para a estética, a utilidade para a economia, etc. A justiça, por sua vez, é o

---

critério de orientação do direito, a sua medida de legitimação. Eis, uma causa, a verdadeira causa que todos os juristas devem abraçar” (MARQUES, 2007, ob. cit., p.240).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el razonamiento jurídico in* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña. N.4. Coruña: Universidade da Coruña; Servizo de Publicacións, 2000.

AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976 in** Estudos jurídicos de Coimbra. Coordenador: Luciano Nascimento Silva. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed., reimpressão. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017.

AQUINO, Tomás de. *The “Summa Theologica” of St. Thomas Aquinas. Part. I. QQ. L - LXXIV*. Tradução: padres da província dominicana inglesa. 2ª ed. Londres: Burns Oates & Washbourne LTD., 1922.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. 3ª ed. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **Princípio da precaução: manual de instruções** in Revista CEDOUA. Nº 22. Ano 11. Coimbra: CEDOUA; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução: Torrieri Guimarães. 4ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA., 2010.

ARISTÓTELES. **Tópicos. Dos argumentos sofisticos**. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARRUEGO, Gonzalo. **La inelasticidad del derecho fundamental a la vida y su relación con la muerte asistida** in *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*. Diretor: Ricardo Chueca. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Tradução: Nicolau Nazo. 2ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O Direito visigótico** in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. V.96. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67491/70101>. Acesso em 11 de março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador.* 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano.* V.1. 2ª ed. Pádua: CEDAM; Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1942.

**Bíblia de Jerusalém.** 3ª impressão. São Paulo: Editora Paulus, 2004.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale.* 17ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª ed. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. **Emendas constitucionais e restrições aos direitos fundamentais** *in* Revista de Direito Administrativo. Nº 246. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?** *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional. N.43, jan./junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CABALLERO, Francisco Velasco; SAGGESE, Mariano Bacigalupo. *“Limites inmanentes” de los derechos fundamentales y reserva de ley in Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº85. Madri: Civitas, 1995.

CAETANO, Marcelo. **Constituições portuguesas**. 7ª ed. Lisboa: Verbo, 1994.

CALASSO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. V. XVI: Estr – Fat. Milão: Giuffrè Editore, 1967.

CALASSO, Franceso. *Medio Evo del Diritto: I. Le fonti*. Milão: Mvltta Pavcis AG; Giuffrè Editore, 1954.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001 (A).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado** in Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Método de interpretação das normas constitucionais: peregrinação constitucionalista em torno de um prefácio de Manuel de Andrade à obra Interpretação e Aplicação das Leis de Francesco Ferrara** (palavras proferidas na sessão de homenagem ao professor Manuel de Andrade na Câmara Municipal de Estarreja em 28 de abril de 2001) in 77º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001 (B).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Igrejas e sindicatos e o dia do Senhor**. Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. V.I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 6ª ed. São Paulo: Editora e Livraria Noeses, 2015.

CAVANNA, Adriano. *Storia del Diritto Moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Reimpressão. Milão: Mvlta Pavcis AG; Giuffrè Editore, 1982.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. **Dicionário de símbolos**. Tradução: Vera da Costa e Silva, Raul de Sá Barbosa, Angela Melim e Lúcia Melim. 27ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

COING, Helmut. *Trois formes historiques d'interpretation du Droit in Revue Historique de Droit Français et Étranger*. 4ª série. 48º ano. Paris: Librairie Sirey, 1970.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

CORREIA, Fernando Alves. **Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdiccional efectiva in 79º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ª ed. com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 4ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2ª ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Livraria Martins Fontes LTDA., 1987.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DESCARTES, René. **Descartes: Discurso do método; As paixões da alma; Meditações; Objeções e respostas**. Tradução: J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Tomo I: Parte Geral. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. V.1: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DOMÈNECH, Carlos Hugo Preciado. *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*. Pamplona: Editorial Aranzadi; Thomson Reuters, 2016.

DUBY, Georges. **As três ordens, ou o imaginário do feudalismo**. Tradução: Maria Helena Costa Dias. 2ª ed. Mafra: Editorial Estampa, 1994.

DURANT, Will. **A História da Filosofia**. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ERBENOVÁ, Andrea. *The influence of case-law on the human rights development*. Ad Alta: Journal of Interdisciplinary Research, 2011. Disponível em: <http://www.magnanimitas.cz/ADALTA/0101/papers/erbenova.pdf>. Capturado em 30 de maio de 2020.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: histoire des mots*. 4ª ed. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1959.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Conceito e fundamento da validade do Direito**. Tradução: Stefani Borba de Rose Trunfo. 2ª ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000.

FARTHING, Stephen. **Tudo sobre arte**. Tradução: Paulo Polzonoff Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. 8ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. **A usucapião especial urbana: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda.,1997.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. V.II. 6ªed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Tradução: Francisco Tomás y Valiente; Clara Álvarez. Madri: Marcial Pons, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *A propósito del neoconstitucionalismo*. Tradução: Renzo Cavani. Gaceta constitucional. N° 67. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Tradução: Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría analítica del Derecho: estudios*. Tradução: César E. Moreno More. Lima: Zela Grupo Editorial, 2017.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. 1ªed. Tradução: Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Fundamental*. Granada: Editorial Colmares, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Mineola: Dover Publications, Inc., 1991.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. V.1. Parte Geral. 28ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução: Valério Rohden e Udo Balduur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado; Editora Coimbra, 1984.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Tradução: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado; Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução: Walter Stöner. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Tradução: Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. V.I. Coordenador de tradução: Hilário Franco Júnior. Bauru: Edusc, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O direito à identidade genética do ser humano** in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Stvdia Ivridica

nº 40; Colloquia nº2: Portugal – Brasil ano 2000. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

LUQUE, Luis Aguiar de. *Los limites de los derechos fundamentales in Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.14, janeiro/abril. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Tradução: José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores, 2016.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa**. 82º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (65). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A administração visigótica revisitada in Separata de Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque**. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A Faculdade de Direito de Coimbra em retrospectiva**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do Direito Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAIORCA, Carlo (autor do texto sobre os vocábulos *fatto giuridico* e *fattispecie*). *Novissimo digesto italiano*. Direção: Antonio Azara e Ernesto Eula. V. VII. Turim: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes do Brasil** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N.49. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra LTDA., 2003.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. **História do direito português medieval e moderno**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2002.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. **Introdução ao Direito**. V.I. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. **O liberalismo e a codificação do Direito Civil em Portugal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Suplemento XXIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito: letra de câmbio e nota promissória**. V.I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MARTINS, Roberto de Andrade. **Universo: teorias sobre sua origem e evolução**. São Paulo: Editora Moderna Ltda., 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. V.15. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. **História Antiga e Medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno.** 5ª ed. São Paulo: Editora Scipione, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999 (A).

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999 (B).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais.** 2ª ed. Coimbra: Almedina Edições S.A., 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de História do Direito.** *Acta Universitatis Conimbrigensis.* Volume II. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 30ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORTARI, Vincenzo. *Cinquecento giuridico francese: lineamenti generali*. Nápoles: Liguori, 1990.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, António Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

NEWTON, Isaac. **Newton: Princípios matemáticos; Óptica; O peso e o equilíbrio dos fluidos**. Tradução: Carlos Lopes Mattos, Pablo Rubén Mariconda e Luiz Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2016.

NOVELLI, Flávio Bauer. **Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art.2º, §2º, da Emenda Constitucional nº 3/93** in Revista de Direito Administrativo. Nº 199, janeiro/março. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1995.

OLI, Gian Carlo; DEVOTO, Giacomo. *Dizionario della Lingua Italiana*. 12ª ed. Florença: Le Monier, 1980.

**Ordenações Filipinas**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p105.htm>. Acesso em 06 de maio de 2020.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**. V.I. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PECZENIK, Aleksander. *A treatise of Legal Philosophy and general jurisprudence. V.4. Scientia Juris: legal doctrine as knowledge of Law and as a source of Law*. Dordrecht: Springer, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª ed. Madri: Tecnos, 1995.

PINO, Germán Guerrero. *El paso del geocentrismo al heliocentrismo in El hombre y la máquina*. N° 22, janeiro/junho. Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte geral. Tomo I: introdução, pessoas físicas e jurídicas**. 1ª ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

QUISPE, Jorge Alexander Portocarrero. *Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales in Sobre la interpretación constitucional y convencional: un enfoque transversal en el Derecho*. Coordenação: Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **Guerra e poder na sociedade feudal**. São Paulo: Editora Ática S.A., 1995.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ROBERTSON, Ian A. *Animals, welfare and the Law: fundamental principles for critical assessment*. Nova Iorque: Routledge, 2015.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del pensamiento jurídico. V.1.De Heráclito a la Revolución francesa.* Madri: Biblioteca Nueva, 2013.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del pensamiento jurídico. V.2.Siglos XIX y XX.* Madri: Biblioteca Nueva, 2015.

RUBINO, Domenico. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari.* V.1 dos *Studi di Diritto Privato.* Milão: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1939.

PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. **História moderna e contemporânea.** 4ª ed. São Paulo: Editora Ática S.A., 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SCLIAR, Moacyr. **A paixão transformada: história da Medicina na literatura.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SCLIAR, Moacyr. **Saturno nos trópicos: a melancolia europeia chega ao Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in life.* Oxford: Clarendon Press, 1998.

SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento: da Grécia antiga ao neoliberalismo.** Porto Alegre: AGE Editora, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias (dialética erística).** Tradução: Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Fatto giuridico e fattispecie complessa: considerazioni critiche intorno alla dinamica del Diritto in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Ano VIII. Milão: Dott. A. Giuffré – Editore, 1954.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** 4ª ed. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista de Direito do Estado. N° 4. São Paulo: Editora Renovar, 2006.

SINGER, Peter. **Libertação animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais.** Tradução: Marly Winckler; Marcelo Brandão Cipolla. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SÓFOCLES. **Antígone**. Coleção clássicos de bolso. Tradução de J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: Ediouro S.A., 1995.

SUMMERS, Robert Samuel. *Precedents in the United States (New York State) in Interpreting precedents: a comparative study*. Organizadores: Neil MacCormick e Robert Samuel Summers. Brookfield: Dartmouth Publishing Company Limited; Ashgate Publishing Limited, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Concretização de direitos e interpretação da Constituição**. 81º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. 19ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da tipicidade no Direito Tributário** in Revista de Direito Administrativo. Nº 235. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2004.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade imobiliária e o registro de imóveis: perspectiva histórica, econômica, social e jurídica**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Almedina Edições S.A., 2016.

VEIGA, Paula Margarida Cabral dos Santos. **Entre véus e minaretes: um (possível) diálogo multicultural** in Boletim de ciências económicas: homenagem ao prof. doutor

António José Avelãs Nunes. V. LVII. Separata. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Instituto Jurídico, 2014.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2ª ed. 2ª tiragem. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

WEIL, Yvonne; AUROUX, Sylvain. **Dicionário de Filosofia: temas e autores**. 2ª ed. Tradução: Miguel Serras Pereira. Porto: Asa Literatura, 1996.

WIKER, Benjamin. **10 livros que todo conservador deve ler: mais quatro imperdíveis e um impostor**. Tradução: Mariza Cortazzo. Campinas: Vide Editorial, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ª ed. Tradução: António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale. I: Il sistema delle fonti del Diritto*. Turim: Utet, 1992.

## **JURISPRUDÊNCIA**

Ao longo do texto, foi referenciada a seguinte jurisprudência:

### **A. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

- Sentença de 20 de outubro de 2016 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

### **B. Jurisprudência da Corte Constitucional Italiana**

- Sentença 27 de 18 de fevereiro de 1975 da Corte Constitucional Italiana, disponível em <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

### **C. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Brasil)**

- Mandado de segurança nº 21.729-4 do Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>. Acesso em 8 de fevereiro de 2019.

### **D. Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português**

- Acórdão nº 148 de 1994 do Tribunal Constitucional Português, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

- Acórdão nº 254 de 1999 do Tribunal Constitucional Português, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

### **E. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

- Caso 240/83 do Tribunal de Justiça da União Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0240&from=FR>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

### **F. Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

- Caso Lautsi e outros contra a Itália, julgado em 18 de março de 2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104040%22%5D%7D> . Acesso em 7 de fevereiro de 2019.